



Universidad de Granada

**INSTRUMENTOS DE GARANTIA DE LAS OBLIGACIONES DE LOS
AGENTES INTERVINIENTES EN LA EDIFICACIÓN**

BARTOLOMÉ HERRERA GARCÍA

GRANADA, Mayo de 2009

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Bartolomé Herrera García
D.L.: GR 2956-2010
ISBN: 978-84-693-2553-7

Universidad de Granada

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL

TESIS DOCTORAL

**INSTRUMENTOS DE GARANTIA DE LAS OBLIGACIONES DE LOS
AGENTES INTERVINIENTES EN LA EDIFICACIÓN.**

Doctorando: BARTOLOMÉ HERRERA GARCÍA

Directores de la tesis

Dr. D. GUILLERMO OROZCO PARDO

Catedrático de Derecho Civil

Dr. D. JOSÉ LUÍS PÉREZ-SERRANOBA GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil

Í N D I C E

ABREVIATURAS.....14

INTRODUCCIÓN.....16

 Interés por el tema.....16

 Objetivo.....22

 Delimitación del objeto de estudio.....23

 Método.....24

PRIMERA PARTE

El régimen jurídico de la edificación.

CAPITULO I. EL PROCESO EDIFICATORIO Y SUS AGENTES.

1. ELIMINAR.....27

2. EL PROCESO DIFICATORIO.....30

 2.1. Introducción.....30

 2.2. Objeto.....31

 2.3. Exigencias técnicas y administrativas de la edificación.....34

3. LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN.....45

 3.1. Introducción.....45

 3.2. El promotor.....47

 3.3. El proyectista.....52

 3.4. El constructor.....55

 3.5. La dirección facultativa.....59

 3.5.1. El director de obra.....61

3.5.2. El director de ejecución de la obra.....	64
3.6. Las entidades y los laboratorios de la calidad.....	67
3.7. Los suministradores de los productos.....	73
3.8. Los propietarios y los usuarios.....	77

SEGUNDA PARTE

Las garantías en la edificación

CAPITULO II. GARANTÍAS DE LOS SUJETOS DE LA EDIFICACIÓN.

1. CUESTIONES PREVIAS.....	82
2. LAS GARANTÍAS.	92
2.1. Introducción.....	92
2.2. Concepto.....	94
2.3. Tipos.....	95
3. GARANTÍAS DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN LA EDIFICACIÓN.....	100
3.1. Introducción.....	100
3.2. Financiadores.....	100
3.3. Contratista.....	101
3.4. Subcontratista.....	102
3.5. Compradores.....	103
3.6. Entes Públicos.....	106
3.7. Técnicos.....	107
3.8. Comitente.....	107
3.9. Trabajadores.....	108
3.10. Suministradores.....	110
3.11. Promotor.....	111

CAPITULO III. EL AVAL BANCARIO.

1. INTRODUCCIÓN.....	113
2. SU CONCEPTO, RÉGIMEN JURÍDICO Y NATURALEZA JURIDICA.	122
3. SUJETOS Y CONTENIDO OBLIGACIONAL.....	126
4. EXTENSIÓN.....	130
5. CAUSA.....	135
6 FORMA.....	139
7. RENUNCIA A LOS BENEFICIOS DE EXCUSIÓN U ORDEN Y DIVISIÓN.....	142
7.1. Planteamiento.....	142
7.2. El beneficio de excusión.....	145
7.3. El beneficio de división.....	148
8. SOLIDARIDAD.....	150
9. PAGO A PRIMER REQUERIMIENTO.....	154

CAPITULO IV. LA RETENCIÓN.

1. CUESTIONES PRELIMINARES.....	162
2. RETENCIÓN REALIZADA POR EL COMITENTE EN LOS PAGOS EFECTUADOS AL CONTRATISTA.....	166
3. RETENCIÓN DE LA OBRA POR EL CONTRATISTA.....	171

CAPITULO V. EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO PROMOTOR.

1. CUESTIONES PREVIAS.....	175
2. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.....	176
3. INTERVINIENTES.....	184
4. ELEMENTOS REALES.....	187
4.1. La obligación garantizada.....	187
4.1.1. Importe.....	188

4.1.2. Desembolso.....	188
4.1.3. Plazo.....	193
4.1.4. Intereses.....	194
4.1.4.1 Intereses remuneratorios u ordinarios.....	194
4.1.4.2 Intereses moratorios.....	194
4.1.5. Comisiones, costas y gastos.....	197
4.1.6. Amortización.....	198
4.1.7. Vencimiento anticipado.....	199
4.2. La garantía hipotecaria.....	206
4.2.1. Bienes sujetos a hipoteca.....	206
4.2.2. Extensión.....	210
4.2.3. Alcance.....	217
4.2.3.1. Obligación principal.....	218
4.2.3.2. Intereses.....	219
4.2.3.3. Comisiones.....	224
4.2.3.4. Gastos.....	224
4.2.3.5. Costas.....	225
5. CAUSA.....	225
6. LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN.....	229
7. SUBROGACIÓN.....	235
7.1. La subrogación del comprador en la adquisición del inmueble.....	236
7.2. La subrogación del prestamista.....	239

CAPITULO VI. PROHIBICIÓN DE DISPONER.

1. INTRODUCCIÓN.....	246
2. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.....	250
3. EFECTOS.....	256
4. INSCRIPCIÓN REGISTRAL.....	258
5. EXTINCIÓN.....	260

CAPITULO VII: EL CREDITO REFACCIONARIO.

1. CUESTIONES PRELIMINARES.....	264
2. EL CRÉDITO REFACCIONARIO.....	264
3. EL PRIVILEGIO REFACCIONARIO.....	266
3.1. Introducción.....	266
3.2. Tipos.....	268
3.2.1. Crédito refaccionario con privilegio especial.....	269
3.2.2. Crédito refaccionario con privilegio general.....	270
4. CRÉDITOS REFACCIONARIOS INMOBILIARIOS.....	271
4.1. Introducción.....	271
4.2. Contratista.....	272
4.2.1. El contratista solo aporta su trabajo o industria.....	272
4.2.2. El contratista aporta además de su trabajo o industria los materiales.....	273
4.3. Subcontratista.....	273
4.4. Suministrador.....	274
4.5. Técnicos.....	275
4.6. Financiadores.....	279
4.7. Entes Públicos.....	281
4.8. Vendedores.....	282
4.9. Compradores.....	283
5. EL CRÉDITO REFACCIONARIO Y LAS EJECUCIONES SINGULARES UNIVERSALES.....	284
5.1. Introducción.....	284
5.2. Créditos refaccionarios anotados.....	285
5.2.1. Ejecuciones singulares.....	285
5.2.2. Ejecuciones universales.....	286
5.3. Créditos refaccionarios no anotados.....	287
5.3.1. Ejecuciones singulares.....	287
5.3.2. Ejecuciones universales.....	288
6. EL PRIVILEGIO SALARIAL REFACCIONARIO.....	288
6.1. Los créditos salariales refaccionarios inmobiliarios.....	288

6.2. El privilegio salarial refaccionario.....	292
6.3. Ejecuciones singulares y universales. Separación de la acción.....	297

CAPITULO VIII: LA ACCIÓN DIRECTA EN LA EDIFICACIÓN.

1. PREMISA.....	301
2. LA ACCIÓN DIRECTA DE TRABAJADORES Y SUMINISTRADORES DE LA OBRA.....	303
2.1. Introducción.....	303
2.2. Legitimación.....	305
2.3. Requisitos.....	306
2.4. Efectos.....	307
2.5. Formas de ejercicio.....	309
2.6. Acción directa y concurrencia de acreedores.....	309
2.6.1. Ejecuciones singulares.....	310
2.6.2. Ejecuciones universales.....	310
2.7. Ejercicio procesal de la acción.....	311
3. LA ACCIÓN DIRECTA DEL SUBCONTRATISTA.	313
3.1. Introducción.....	313
3.2. Legitimación.....	315
3.3. Requisitos.....	316
3.4. Eficacia.....	320
3.4.1. Conservativa.....	320
3.4.2. Ejecutiva.....	321
4. LAS ACCIONES DIRECTAS DE LA LOE.....	322
5. LA ACCIÓN DIRECTA DEL ARTÍCULO 76 LCS.....	325

TERCERA PARTE

Los seguros en la edificación

CAPÍTULO IX. LOS SEGUROS DE LOS SUJETOS EN LA EDIFICACIÓN.

1. CUESTIONES PRELIMINARES.....	328
1.1. Alternativas ante el riesgo.....	330
1.2. Transferencias de riesgos.....	331
1.3. Transferencias a terceros no profesionales del riesgo.....	332
1.4. Transferencias a las empresas aseguradoras.....	332
2. LOS SEGUROS EN LA EDIFICACIÓN. SEGUROS OBLIGATORIOS Y SEGUROS VOLUNTARIOS.....	334
3. PERIODO DE COBERTURA.....	340

CAPITULO X. EL SEGURO TODO RIESGO CONSTRUCCIÓN.

1. INTRODUCCIÓN.....	343
2. SUJETOS INTERVINIENTES.....	345
3. ELEMENTO OBJETIVO.....	347
3.1. Interés asegurado y objeto asegurado.....	348
3.2. Riesgos asegurados.....	349
3.3. Cláusulas delimitadoras de los riesgos cubiertos, limitativas de los derechos de los derechos de los asegurados y cláusulas de exclusión.....	354
4. SUMA ASEGURADA.....	360
5. COBERTURAS OPCIONALES.....	362
5.1. Coberturas ampliadas.....	364
5.2. Seguros complementarios.....	365
6. PERIODO DE COBERTURA.....	370
7. CLÁUSULA A FAVOR DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS.....	374

CAPITULO XI. EL SEGURO DECENAL DE DAÑOS.

1. CUESTIONES PREVIAS.....	382
2. OBJETO DEL SEGURO.....	386
3. SUJETOS.....	388
4. PERIODO DE VIGENCIA Y DE COBERTURA.....	392
4.1. Recepción de la obra.....	393
4.1.1. Recepción provisional.....	394
4.1.2. Recepción definitiva.....	394
4.1.2.1. Expresa.....	394
4.1.2.2. Tácita.....	397
5. VALORACIÓN DEL INTERÉS ASEGURADO.....	397
6. PRIMA.....	399
7. RIESGOS CUBIERTOS.....	400
8. EL CONTROL TÉCNICO.....	411
9. CONTROL Y CONSECUENCIAS DE LA NO SUSCRIPCIÓN DE LAS GARANTÍAS OBLIGATORIAS.....	418
10. DAÑOS.....	423
11. INDEMNIZACIÓN Y DERECHO DE REINTEGRO DEL ASEGURADOR.....	423

CAPITULO XII. EL SEGURO MULTIRRIESGO HOGAR.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	426
2. INTERVINIENTES.....	428
3. PERIODO DE COBERTURA.....	429
4. OBJETO.	429
5. SUMA ASEGURADA.....	431
6. COBERTURAS Y EXCLUSIONES.....	433
6.1. Riesgos y daños.....	433
6.2. Exclusiones.....	436
7. VALORACIÓN DEL SINIESTRO, FRANQUICIA E INDEMNIZACIÓN.....	438

8. CLAÚSULA A FAVOR DE TERCERO.....439

CAPITULO XIII: EL SEGURO MULTIRRIESGO COMUNIDAD.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN.440
2. ELEMENTO SUBJETIVO.....441
3. OBJETO DEL SEGURO.....442
4. LA SUMA ASEGURADA.....443
5. PERIODO DE COBERTURA.....444
6. COBERTURAS Y EXCLUSIONES.....444
 6.1. Riegos y daños.....444
 6.2. Exclusiones.....445

CAPITULO XIV. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

1. PRELIMINAR.....450
2. DELIMITACIÓN TEMPORAL.....453
3. RESPONSABILIDADES DE LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN.....459
 3.1. Responsabilidad del artículo 1591 C. C.....459
 3.2. Responsabilidad en la LOE.....460
 3.3. Régimen de responsabilidad del TRLGDCU.....480
 3.3.1. Régimen de los artículos 136, 137 y 138 por productos
 Defectuosos.....480
 3.3.2. Régimen del artículos148 para los servicios de rehabilitación
 y reparación de vivienda.....484
 3.3.3. Régimen de artículo 149 por daños causados por la vivienda.....485
 3.4. Vicios ocultos.....489
 3.5. Régimen general de responsabilidad contractual.....490
 3.6. Responsabilidad extracontractual.....494

4. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL. COBERTURA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL Y DECENAL DE LOS TÉCNICOS.....	506
4.1. Introducción.....	506
4.2. Responsabilidad civil.....	506
4.2.1. Proyectista.....	506
4.2.2. Dirección facultativa.....	509
4.2.2.1 Director de la obra.....	511
4.2.2.2. Director de ejecución de la obra.....	514
4.2.3. Entidades y Laboratorios de control de calidad de la edificación	518
4.3. Coberturas.....	520
5. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE CONSTRUCCIÓN.....	525
5.1. Responsabilidad civil del promotor, constructor y subcontratista.....	526
5.1.1. Promotor.....	526
5.1.2. Constructor y subcontratista.....	529
5.2. Coberturas y exclusiones.	533
5.3. Responsabilidad civil de los suministradores.	538
5.4. Coberturas y exclusiones.....	541

CAPITULO XV. EL SEGURO DE CAUCIÓN.

1. INTRODUCCIÓN.....	549
1.1. Delimitación del riesgo.....	552
1.2. La póliza y el certificado individual.....	554
1.3. El derecho de reembolso del asegurador frente al tomador del seguro.....	556
1.4. Contragarantías.....	558
2. EL SEGURO DE AFIANZAMIENTO DE ANTICIPO DE VIVIENDAS.....	559
2.1. Régimen jurídico.....	561
2.2. Objeto del seguro.....	563
2.3. Sujetos.....	565
2.4. Delimitación temporal.....	566

2.5. Suma asegurada. La prima.....	568
2.6. Riegos y exclusiones.....	570
2.7. Póliza.....	571
2.8. Certificados individuales.....	573
2.9. La cuenta especial. Anticipos.....	574
2.10. Siniestro.....	578
2.11. Ejecutividad de la garantía.....	581
2.12. Sanciones administrativas y penales.....	583
3. LAS GARANTÍAS ESTABLECIDAS EN LA LOE.....	584
3.1. Introducción.....	584
3.2. Cláusula a primer requerimiento.....	588
3.3. Inoponibilidad de excepciones.....	592
3.4. Inconvenientes respecto del seguro de daños materiales.....	593
4. EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO GARANTÍA ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LICITACIONES Y DE CONTRATOS DE OBRA.....	594
 CONCLUSIONES.....	598
 BIBLIOGRAFÍA.....	610
 JURISPRUDENCIA CONSULTADA.....	639

ABREVIATURAS

AAMN	Anales Academia Maritense del Notariado
AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AFDL	Anales de la Facultad de Derecho de Liège
AL	Actualidad Laboral.
BCRE	Boletín Colegio Registradores de España
CC	Código Civil
CCJC	Cuaderno Civitas Jurisprudencia Civil
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CTE	Código Técnico de la Edificación
RDGRRN	Resolución Dirección General Registros y Notariado
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
ET	Estatuto de los Trabajadores
IL	Informe Laboral
INE	Instituto Nacional de Empleo
LC	Ley Concursal
LCAP	Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
LCCH	Ley Cambiaria y del Cheque
LCGC	Ley Condiciones Generales de la Contratación
LCP	Ley de Colegios Profesionales
LCSP	Ley del Contrato de Seguro Privado
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGDCU	Ley General Defensa y Consumidores y Usuarios
LH	Ley Hipotecaria
LOE	Ley de Ordenación de la Edificación
LOSSP	Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados

LPA	Ley Procedimiento Administrativo.
LPH	Ley de la Propiedad Horizontal
LRPD	Ley Responsabilidad Productos Defectuosos
OCT	Organismos de Control Técnico
RCDI	Revista Critica de Derecho Inmobiliario
RD	Real Decreto
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursatil
RDPatrimonial	Revista Derecho Patrimonial
RDPPrivado	Revista de Derecho Privado
RDUMA	Revista de Derecho Urbanístico y Medioambiente
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDSP	Revista de derecho de los seguros privados
RDUR	Reglamento Disciplina Urbanística
RES	Revista Española de Seguros
RDS	Revista de Derecho Social
RGD	Revista General de Derecho
RH	Reglamento hipotecario
RJN	Revista Jurídica del Notariado
RLJ	Revista Legislación y Jurisprudencia
TS	Tribunal Social
UTM	Unión Temporal de Empresas
VPO	Viviendas de Protección Oficial

INTRODUCCIÓN.

INTERÉS POR EL TEMA.

1.- La edificación es un sector importante de nuestra economía. En el año 2007 operaban en el sector el 6'3% del total nacional de empresas, generando el 5% del PIB¹, se autorizaron 634.100² licencias para obras de edificación, cantidad que se

¹ Boletín mensual de Estadística.

HERNÁNDEZ PEZZI, C.. *Código Técnico de la Edificación Sostenible y Cambio Tecnológico*. CSCAE. 6/2006. El sector de la construcción aportó el 10'8% al PIB, correspondiendo la mitad a edificación.

INE. No existen datos desagregados de las empresas operantes en construcción civil y en edificación. Las empresas que operaban en el sector de la construcción a finales de 2007 ascendían a 501.056, que representaban el 14'6% del total nacional. Haciendo una estimación en relación con su contribución al PIB, las empresas dedicadas a la edificación serían unas 250.528, lo que representa el 6'30%.

² Según la Asociación Hipotecaria de España las solicitudes de obras de edificación a los ayuntamientos durante el periodo 2000-8, han sido de: 440.100, 394.600, 403.800, 471.500, 544.700, 604.300, 737.200, 634.100 y 268.400 respectivamente con una caída notable en la producción de viviendas.

redujo drásticamente en los años 2008 y 2009³, a causa del exceso de oferta acumulada⁴. A pesar de ello, dio ocupación al 6'95%⁵ de la población activa.

2.- En torno a la actividad de la edificación concurren intereses de diferentes sectores⁶ (administraciones públicas, promotores, ciudadanos, etc.), en los que influyen diversos factores⁷ económicos, sociales, financieros y culturales. En dichos factores hay que destacar esencialmente dos: a) cubrir una necesidad básica de la existencia humana como es el alojamiento, regulada constitucionalmente en el art. 47 C. E., y; b) la acusada tendencia de los ciudadanos de adquirir en propiedad tanto la vivienda habitual como sucesivas viviendas, lo que hace que se le considere un activo de inversión.

3.- Los poderes públicos intervienen activamente en la actividad de la edificación, mediante una compleja legislación estatal y autonómica, con el fin de proteger los intereses de la comunidad en la configuración y en el acceso a la vivienda, frente a la libertad de fuerzas existentes en la economía de mercado. El art. 148.1.3 de la C. E., incluye la vivienda entre las competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas, a pesar de ello, el Estado no queda desprovisto de la competencia de legislar sobre la edificación, ya que el art.

³ En la actualidad se ha producido una reducción drástica en el número de solicitudes de obras de edificación por el exceso de oferta existente. Hay que tener en cuenta la naturaleza cíclica de la actividad económica, que también se deja sentir en el sector de la edificación.

⁴ En los últimos años, hemos pasado de una etapa que culminó en el 2007 en la que imperaba un importante proceso especulativo, a otra etapa de crisis a partir de dicha fecha, que según los expertos continuará hasta 2011, fecha en la que se espera se difumine la crisis y comience la recuperación y normalización del sector. En la actualidad, el stock de viviendas nuevas pendientes de venta se estima en torno a 1.400.000.

⁵ INE.

⁶ *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Madrid, 2009, Septiembre. Nº. 252. Págs. 189-191. En estos últimos cuatro años, la vivienda ha pasado del boom inmobiliario de máxima producción, a la situación actual de crisis que azota al sector, consecuencia de la caída de precios y ventas, que acompañada de fortísimas restricciones de créditos inmobiliarios, ha conducido a la actual paralización del sector inmobiliario español.

149.1.13 de la C. E. le atribuye el establecimiento de las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica, de la que forma parte el sector de la edificación.

4.- La Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación (en adelante LOE), ha regulado por vez primera y con carácter general el proceso edificatorio, los agentes intervinientes en el mismo, sus obligaciones, responsabilidades y las garantías que han de constituirse a favor de compradores y usuarios, con el objetivo principal de asegurar la calidad de la edificación. El Código Técnico de la Edificación (CTE) aprobado mediante el RD 314/2006, de 17 de marzo, establece las exigencias para la calidad de los edificios y sus instalaciones, con la finalidad de desarrollar los requisitos básicos de la edificación (seguridad, bienestar y sostenibilidad) y de garantizar la protección del medio ambiente.

5.- El producto obtenido en la actividad de la edificación es el edificio, que puede tener por destino cualquiera de los diferentes usos contemplados en el art. 2.1. LOE. Entre las características que reúne hay que destacar: a) ciclo de vida largo; b) coste elevado; c) producto complejo; d) alta regulación jurídica, tanto administrativa (aspecto técnico) como civil (obligaciones de los agentes, responsabilidades y garantías); e) amplios plazos de garantía (decenal, trienal y anual), y; f) un largo periodo de financiación.

6.- El capítulo tercero de la LOE define los agentes de la edificación y establece sus obligaciones. El art. 8 los conceptúa de forma general como "... todas las personas físicas o jurídicas que intervienen en la edificación...", concepto que es particularizado para cada uno de ellos en los artículos 9 a 16, en los que incluye al promotor, proyectista, constructor, director de obra, director de la ejecución de obra, entidades y laboratorios del control de calidad de la edificación, suministradores de los productos y a los propietarios y usuarios.

7.- La LOE tiene especial interés en la protección de los compradores y usuarios. Para ello, ha instaurado un sistema de garantías, basado fundamentalmente en la contratación de los seguros obligatorios, anual, trienal y decenal (actualmente en vigor solo el primero), y ha modificado la Ley 57/1968 para el aseguramiento de los anticipos a cuenta del precio de la vivienda, realizados por los adquirentes a los promotores. La protección también está cubierta por otras normas, tales como el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁸, Ley de las Condiciones Generales de la Contratación, Orden de las Transparencia de las Condiciones Financieras en los Préstamos Hipotecarios, etc..

8.- El legislador ha optado por no intervenir en las relaciones jurídicas que se generan entre el resto de los agentes de la edificación, por entender que se dan en el ámbito de relaciones empresariales y profesionales, y entre sujetos con suficiente formación y experiencia para regular sus relaciones. Sin embargo, entre estos agentes, principalmente entre los más pequeños, también se pueden presentar importantes desequilibrios en las posiciones que ocupan en las relaciones jurídicas que les vinculan, fundamentalmente por el déficit de información y control.

9.- El promotor adquiere en el proceso edificatorio un protagonismo especial. Su función es la de acometer el proyecto inmobiliario, evaluando su viabilidad financiera y soportando el riesgo de mercado de dicha actividad empresarial, riesgo que es originado por fluctuaciones de los costes de producción, de los precios de venta y de las cantidades demandadas. Las obligaciones que le impone la LOE vienen reguladas en el art. 9.2. Entre ellas se encuentran la de ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él y la de conseguir la financiación necesaria.

⁸ R.D.L. 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Para el desarrollo de los proyectos inmobiliarios, generalmente recurren a la constitución de sociedades mercantiles de tipo capitalista, con las que limitan su responsabilidad a los recursos propios que éstas posean.

10.- Los recursos financieros de las sociedades promotoras con relación a la dimensión de los proyectos inmobiliarios, generalmente son escasos. Ello hace necesario que para la ejecución de la obra tengan que recurrir al crédito, a la contratación de garantías externas y a la transferencia de riesgos. Dichas contrataciones suponen un coste para el proyecto y su elección no debe dejar indiferente al acreedor, ya que afecta a la salvaguarda de sus créditos, por lo que debe observar los instrumentos en que se materializan.

11.- La financiación de las promociones inmobiliarias la integran fundamentalmente, los anticipos de compradores, que suelen alcanzar hasta un veinticinco por ciento del precio de venta de la vivienda; el préstamo hipotecario al promotor⁹ que puede financiar hasta el noventa y cinco por ciento del valor de la ejecución material de la obra, y; los créditos de provisión del resto de agentes. El recurso al crédito por el promotor hace que el proyecto alcance normalmente altos niveles de endeudamiento, lo que frecuentemente produce desviaciones significativas del ratio de garantía.

12.- La carestía de la edificación se debe fundamentalmente a su elevado coste y a la especulación persistente sobre la misma, que constituye una enfermedad endémica del sector¹⁰. Ésta ha llevado a los compradores a altos niveles de endeudamiento, que han financiado mediante la formalización o subrogación de

⁹ No existen datos desagregados sobre el valor de ejecución de la obra nueva en edificación y la financiación hipotecaria concedida para dichas promociones, pero los expertos (entidades financieras, asociación hipotecaria, etc.) sostienen que la practica totalidad de las promociones inmobiliarias que no son de autopromoción recurren a este tipo de financiación, ya que con ella no solo se financia al promotor, sino también al comprador a través de la subrogación.

¹⁰ Según la Asociación Hipotecaria de España el incremento medio anual del precio de la vivienda en el periodo 2002-2006 fue superior al 15%.

préstamos hipotecarios¹¹, con plazos de amortización que han llegado a superar los treinta años.

13.- A mi juicio, son varios los problemas que se ponen de manifiesto en las promociones inmobiliarias¹²:

a) El hecho de que las compras se realicen sobre proyecto o durante la ejecución de la obra y se formalicen en documento privado, genera inseguridad jurídica en el adquirente, al no tener dicho un título que pueda acceder al Registro, lo que frecuentemente ha dado lugar a fraudes, sobre todo, en épocas de fuertes incrementos de precios, en las que en ocasiones, la revalorización de la edificación ha provocado que el promotor, a pesar de ser penalizado por su incumplimiento, haya resuelto el contrato o haya realizado dobles ventas, viéndose perjudicando el adquirente al verse privado de la utilidad de la vivienda.

b) La Ley 58/60 impone al promotor la obligación de garantizar la devolución de los anticipos efectuados por los compradores con anterioridad al otorgamiento de la escritura de compraventa, para el caso, de que incumpla la obligación de devolver dichas cantidades cuando no entregue la vivienda en los plazos pactados. También obliga a ingresar los anticipos en una cuenta especial, disponiendo de ellos solo para atender gastos de la obra. Sin embargo, la práctica ha puesto de manifiesto frecuentes incumplimientos de la obligación de contratar la garantía y de la realización del control que ha de llevarse a cabo sobre los ingresos y las disposiciones efectuados en dicha cuenta.

¹¹ Esta financiación alcanza hasta el 95% del valor de ejecución material de la obra. Pudiendo verse ampliada si también se recurre a dicha financiación para la adquisición del terreno o solar.

¹² Según la Asociación Hipotecaria de España la distribución entre promotores de las viviendas iniciadas en los años 2007 y 2008 fue la siguiente:

2007: n°. viviendas 641.400; personas físicas 11'86%; sociedades mercantiles 85'32%; cooperativas 1'7 %; Admón. Pública 1'6%; otros 0'88 %.

2008: n°. viviendas 615.100; personas físicas 11'46%; sociedades mercantiles 85'25%; cooperativas 2'16 %; Admón. Pública 0'23%; otros 0'92 %.

c) Los desembolsos del préstamo hipotecario se realizan a la presentación de certificaciones de obras, contratos privados de compraventa y escritura de compraventa. Éstos tienen por destino la cuenta del promotor, lo que puede provocar situaciones comprometidas al resto de los agentes cuando atraviese dificultades financieras o cuando dichos fondos se desvíen a otros fines distintos del pago de los compromisos asumidos en el proyecto.

d) No todos los créditos de provisión gozan del privilegio refaccionario, por lo que aquellos créditos que no gocen de dicho privilegio o de ningún otro sobre el edificio, quedarán como créditos ordinarios o subordinados.

e) En las promociones inmobiliarias, la propia construcción constituye la garantía principal del proyecto. Son los intervinientes, los principales interesados en el aseguramiento de los riesgos existentes sobre la misma, mediante la elección de las coberturas más adecuadas. La complejidad de la actividad de la edificación da lugar a que los agentes de la edificación incurran frecuentemente en responsabilidad por daños causados a la propia obra o a terceros, originados por actuaciones profesionales negligentes, haciendo necesario su aseguramiento, ya sea por iniciativa propia, por pactos establecidos entre ellos o porque así lo establezcan disposiciones legales. El sistema de seguros instaurado en la edificación lo integran diferentes seguros que a veces presentan vacíos, insuficiencias y solapamientos en las coberturas.

OBJETIVO.

14.- La investigación tiene como objetivo el estudio de las relaciones jurídicas que se establecen entre los sujetos intervinientes en los proyectos de edificación y los instrumentos jurídicos que las garantizan. Para ello, he considerado conveniente plantearme:

a) Las garantías que dan cobertura a los créditos de los intervinientes, así como, la prelación de éstas en caso de ejecución.

b) El control que se realiza de los recursos financieros (cuenta especial de los anticipos de compradores, desembolsos del préstamo hipotecario, créditos de provisión, etc.), la forma en que éstos afluyen al proyecto y su materialización en la obra (solar, proyecto, ejecución obra, licencias, etc.).

c) La suficiencia de la solvencia del proyecto, constituida fundamentalmente por el valor de la obra, la cual, frecuentemente ha de ampliarse a través de la incorporación de nuevos patrimonios, transferencias de responsabilidades y transferencias de riesgos, ya que los agentes intervinientes normalmente exigen garantías complementarias cuando se consideran desfavorecidos o perjudicados con respecto a otros que gozan de privilegios más fuertes.

d) Seguros contratados, sujetos intervinientes, periodos vigencia y cobertura, riesgos y daños cubiertos, etc., evitando que se produzcan insuficiencias, vacíos y solapamientos en las coberturas de los mismos.

DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.

15.- El título de la tesis refleja el objeto de este trabajo, si bien hay que matizar, que el término garantías se utiliza en un sentido amplio, por cuanto, no solo se refiere a las garantías de los créditos de los sujetos intervinientes en la edificación, sino que también comprende, los seguros con los que se da cobertura a los riesgos existentes sobre el edificio y a las responsabilidades de los agentes.

16.- Dado que un estudio exhaustivo de cada tipo de garantía y seguro desbordaría el objetivo de este trabajo, he tenido que desechar algunos

instrumentos, al no tener un uso generalizado en la edificación. El estudio se centra en el préstamo hipotecario, instrumento preferente para financiar las promociones inmobiliarias, con él, se puede financiar la adquisición del terreno, su urbanización, la edificación y la posterior comercialización; la retención, con la que se garantiza el cumplimiento de los contratos de obra; el aval bancario, garantía personal que garantiza la devolución de los anticipos de los compradores y otras obligaciones asumidas por los agentes de la edificación; el privilegio refaccionario de los créditos refaccionarios; la prohibición de disponer, impuesta por la Administración para asegurar el destino de las viviendas protegidas; la acción directa, y; los seguros, tanto los impuestos por la legislación para proteger a compradores y usuarios, como los asumidos voluntariamente por intervinientes.

17.- El periodo contemplado comienza con la acometida del proyecto por el promotor, finalizando con la adquisición del dominio pleno del inmueble por el comprador.

MÉTODO.

18.- El estudio se ha a llevado a cabo mediante el análisis de la legislación sobre edificación (estatal y autonómica), los contratos de uso generalizado en la misma, y las interpretaciones y aportaciones que viene haciendo la jurisprudencia judicial y registral, junto a la doctrina científica.

19.- El trabajo se divide en las siguientes partes:

1ª. La primera relativa al proceso edificatorio y sus agentes. La integra el capítulo primero y como indica su título aborda el proceso edificatorio, los agentes intervinientes y las obligaciones que éstos asumen por su participación en el mismo.

2ª. La segunda relativa a las garantías en la edificación. Comprende los capítulos dos al ocho. El capítulo segundo es un capítulo introductorio a las garantías, en él, se aborda su concepto y tipos, junto a las garantías usuales con las que los intervinientes en los proyectos inmobiliarios aseguran sus créditos. En el resto de capítulos se hace un estudio de dichos instrumentos de garantía y de las particularidades que presentan en la edificación. Estos son: el aval bancario, la retención, el préstamo hipotecario promoción, la prohibición de disponer, el crédito refaccionario y la acción directa.

3ª. La tercera parte se refiere a los seguros utilizados en la edificación. Comprende los capítulos nueve a quince. Dedicó el capítulo nueve a una introducción sobre los seguros, instrumentos de transferencia de riesgos y responsabilidad, y el resto de capítulos a cada uno de los seguros utilizados: a) el de construcción para la cobertura de la obra en su fase de ejecución; b) el decenal para garantizar la reparación de los daños que se manifiesten en la obra fundamental durante el periodo de garantía; c) el de responsabilidad civil, que cubre la responsabilidad, incluida la decenal, de técnicos, suministradores, entidades y laboratorios de control de calidad, constructores y promotores; d) los seguros multirriesgos de hogar y comunidad, que cubren el edificio de los riesgos y daños principales durante la fase de mantenimiento y conservación, y; e) el seguro de caución, con el que se garantizan la devolución de los anticipos de compradores ante incumplimientos del promotor, los incumplimientos en licitaciones y ejecuciones de contratos de obra, y las garantías del artículo 19 LOE.

4ª. Un último capítulo, en el que a modo de conclusiones, destaco las cuestiones más significativas respecto de las garantías utilizadas en la edificación, formulando algunos comentarios y sugerencias sobre la adecuación de las disposiciones legales.

PRIMERA PARTE

El régimen jurídico de la edificación.

CAPITULO I. EL PROCESO EDIFICATORIO Y SUS AGENTES.

SUMARIO: 1. PRELIMINAR. 2. EL PROCESO EDIFICATORIO: 2.1. Introducción. 2.2. Objeto. 2.3. Exigencias técnicas y administrativas de la edificación. **3. LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN:** 3.1. Introducción. 3.2. El promotor. 3.3. El proyectista. 3.4. El constructor. 3.5. La dirección facultativa. 3.5.1. El director de obra. 3.5.2. El director de ejecución de la obra. 3.6. Las entidades y los laboratorios de la calidad. 3.7. Los suministradores de los productos. 3.8. Los propietarios y los usuarios.

1. PRELIMINAR.

20.- El artículo 47 C. E., ubicado en el Capítulo III del Título Primero, bajo el rótulo “*De los principios rectores de la política social*”, establece el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna, y el deber de los poderes

públicos de promover las condiciones necesarias y de establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho. Se trata de un derecho social, sin que esté garantizado como derecho público subjetivo, siendo el grado de vinculación de los poderes públicos el determinado en el artículo 53.3 C. E.

El artículo 148.1.3ª C. E. establece la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de vivienda, competencia que ha sido asumida en exclusiva por todos los Estatutos de Autonomía, dando lugar a la elaboración de legislación sobre vivienda en cada una ellas.

21.- El acceso a la vivienda se realiza a través del mercado. En él, podemos diferenciar un mercado libre que funciona conforme a las leyes de la oferta y la demanda, y un mercado en el que intervienen las Administraciones Públicas, fomentando la oferta y la demanda a través de los Planes de Vivienda, único medio a través del cual un amplio sector de ciudadanos pueden acceder a una vivienda digna.

22.- La preocupación por la calidad de la edificación, junto a la importancia económica del sector ha llevado a los poderes públicos a establecer la configuración legal de la construcción de los edificios con especial atención en la vivienda, cubriendo las lagunas existentes en la variedad de normas vigentes con anterioridad a la LOE, al CTE y a la legislación autonómica.

23.- La LOE se constituye en la norma fundamental de la edificación, al margen de la legislación autonómica. Esta Ley, la constituyen un conjunto de normas de diversa naturaleza¹ entre las que se encuentran normas civiles (regulan

¹ ARNAU MOYA, F.. *Los vicios de la construcción. Su régimen en el Código Civil y en la Ley de Ordenación de la Edificación*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. Págs. 179-82. La propia LOE establece en su disposición adicional primera el respeto a las competencias legislativas y de ejecución que tengan asumidas las comunidades autónomas en el ámbito del proceso de edificación. No obstante, la responsabilidad de los agentes de la edificación y las garantías para asegurar la misma son de competencia exclusivamente estatal por tratarse de materias civiles y mercantiles de las contempladas en el artículo 149.1.6ª, 8ª y 30ª.

las relaciones jurídicas de los agentes y la responsabilidad del artículo 17), mercantiles (artículo 19), administrativas (artículos. 3, 5, y 9.2.c, 10.2.a, 12.3.a y 13.2.a) registrales (artículo 20) y procesales (Disposición adicional séptima).

La regulación vigente tiene como objetivo fundamental afianzar la calidad de los edificios y mantener un equilibrio ambiental. Dicha calidad se manifiesta en los requisitos sobre seguridad, funcionalidad y habitabilidad que ha de reunir el edificio, así como en otros aspectos vinculados al bienestar de las personas.

24.- La LOE reporta a los adquirentes de los edificios con respeto al régimen del artículo 1.591 C. C., esencialmente, los siguientes beneficios²: a) la extensión del régimen general de responsabilidad a todo tipo de defectos, sean o no generadores de ruina, a los que bajo el régimen del artículo 1.591 C. C. se les venían aplicando la normativa general de incumplimiento contractual; b) la regulación de la recepción de la obra que afecta al señalamiento del *dies a quo* para los plazos de responsabilidad; c) la regulación del resto de agentes de la edificación existentes, al margen de arquitectos y constructor, especialmente del promotor; d) la inclusión en la legitimación activa a los subadquirentes; e) la delimitación más precisa de la responsabilidad de los agentes, para la que bajo el régimen del artículo 1.591 C. C. se había generalizado la solidaridad; f) la imposición de un sistema de aseguramiento obligatorio, y; g) la preocupación por la calidad de las edificaciones recogida en el artículo 3 LOE. Sin embargo, hay que destacar el perjuicio que supone a los adquirentes la reducción de los plazos de garantía, que pasa del general de los diez años del artículo 1.591 C. C., al triple plazo de diez, tres y un año del artículo 17 LOE. Así como, la reducción del plazo de prescripción para el ejercicio de éstas acciones, que pasa de quince años del artículo 1.964 C. C., al de dos años del artículo 18.1 LOE.

² RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M., *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*. Comares. Granada, 2002. Págs. 20 y 23.
ARNAU MOYA, F.. *Op. cit.*. Págs. 178-9.

2. EL PROCESO EDIFICATORIO.

2.1. INTRODUCCIÓN.

25.- El artículo 2.1 de la LOE define el proceso de la edificación “*la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado...*”, por lo que se puede decir, que la edificación³ es la actividad que expresa el avance en la ejecución del edificio.

26.- En el proceso edificatorio podemos distinguir las fases siguientes⁴:

a) Preliminar. En la que el promotor aborda, aunque para ello tenga que recurrir a los técnicos competentes el estudio topográfico, geotécnico y de calificación e infraestructura urbanística.

b) Proyección. En la que el proyectista acomete la confección del proyecto, el cual, debe contener la descripción del edificio y definir las obras de ejecución del mismo con el detalle adecuado para su valoración e interpretación.

c) Ejecución de obra. Comprende actividades como: el control de la recepción en obra de los productos, equipos y sistemas; la ejecución material de la obra, la cual ha de llevarse a cabo conforme al proyecto, y; el control de la obra terminada.

³ MOLTÓ GARCÍA, J. I.. *Los agentes de la edificación (en la Ley 38/99)*. Editorial Montecorvo S.A.. Madrid 2000. Pág. 38.

⁴ VAZQUEZ IRUZUBIETA, C.. *Responsabilidad de promotores, técnicos y constructores*. Difusa. Madrid 2004. Págs. 25 y ss.

d) Conservación y mantenimiento del edificio. Su utilización debe hacerse conforme a las instrucciones y usos previstos, debiendo quedar constancia en el libro del edificio de las intervenciones de reparación, reforma, rehabilitación, inspecciones pertinentes y el mantenimiento llevado a cabo durante la vida de éste.

2.2. OBJETO.

27.- El objeto material lo constituye la propia edificación. El artículo 2.1 LOE, se refiere al edificio como la finalidad perseguida con el proceso edificatorio, pero no define que se entiende por tal. El Código Civil atribuye al concepto jurídico de edificio la condición de bien inmueble (artículo 334.1º) integrado por un conjunto unitario de diversos bienes muebles (materiales) sustentados sobre el suelo, junto con cosas muebles incorporadas a él, que adquieren la condición de inmuebles⁵ (artículo 334.3º). Ha sido la jurisprudencia⁶ quien ha perfilado el concepto de edificio en base a los requisitos que cumple⁷, como son: a) tratarse de una obra inmueble, nueva o de reconstrucción de parte importante de una edificación; b) tener larga duración, y; c) estar destinado a la atención de necesidades humanas. El CTE⁸ lo define como construcción fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para albergar otros usos.

28.- El artículo 2.1 LOE establece los grupos de edificios existentes en función del uso principal de los mismos:

⁵ VILLAGÓMEZ RODIL, A.. “La edificación en el siglo XXI”. *Derecho de la Edificación*. Coord. GARCÍA VARELA, R. Bosch. Barcelona, 2008. Pág. 95.

⁶ SSTS 24 de diciembre de 1982 (1982, 7981) y 14 de diciembre de 1984 (1984, 6114).

⁷ BRENES CORTES, J.. *Garantías por defectos en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación. Especial referencia al seguro de daños decenal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005. Pág. 158.

⁸ CTE. Anejo III. Terminología.

a) Administrativos (oficinas y despachos profesionales); sanitario (hospitales, sanatorios); religiosos (templos, capillas); residencial en todas sus formas (viviendas, hoteles, etc.), y; docentes y culturales (enseñanza, museos, bibliotecas, etc.).

b) Aeronáuticos (transporte aéreo, fabricación, etc.); agropecuarios (explotaciones agrícolas, forestales y ganaderas); de la energía; hidráulica; mineros; de telecomunicaciones (instalaciones y equipos); del transporte terrestre; marítimos; fluviales y aéreos; forestales; industriales; navales; de la ingeniería de saneamiento e higiene (tratamiento residuos urbanos), y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.

c) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores, pudiendo ser proyectados por arquitectos técnicos.

También tienen la consideración de edificación las instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio.

29.- El artículo 2.2. LOE establece en función del tipo de obra, cuales tienen consideración de edificio. Éstas son:

a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica, que no tengan de forma eventual o permanente carácter residencial, ni público y se desarrollen en una sola planta (artículo 2.2.a LOE). No existen razones para excluir las obras menores del ámbito de aplicación de la LOE, ya que entonces pasarían a regirse por el régimen del C. C, lo que haría que tuvieran un plazo de garantía mayor que el establecido por la LOE para obras de mayor importancia.

b) Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total, o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el sistema estructural, o tengan por objeto, cambiar los usos característicos del edificio (artículo 2.2.b LOE). Tampoco es admisible considerar excluidas del ámbito de aplicación de la LOE aquellas obras de reforma que no constituyan una reforma total, o que siendo parcial no reúna algunos de los requisitos que señala la norma.

c) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico, y aquellas otras, de carácter parcial que afecten a elementos o partes objeto de protección (artículo 2.2.c LOE).

30.- Cabe plantearse si las obras de ingeniería entran dentro del ámbito objetivo de la edificación. En principio parece que dichas obras no se corresponden con el concepto de edificación, por cuanto no se trata de levantar un edificio, sin embargo, considero que en dicho término, la LOE utiliza la segunda acepción que el diccionario de la lengua da de ella, que se corresponde con el sentido figurado de construcción.

31.- El proceso de la edificación no solo se limita a la creación del edificio, sino que junto a los aspectos técnicos⁹ que debe reunir, contempla otros, como son: los agentes intervinientes, sus obligaciones, responsabilidades, las garantías

⁹ Art. 3.2 LOE. RD 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación. El Código Técnico de la Edificación es el marco normativo por el que se regulan las exigencias básicas de calidad que deben cumplir los edificios, incluidas sus instalaciones para satisfacer los requisitos de seguridad y habitabilidad en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre.

que han de constituir para la protección de compradores y usuarios, el uso que hay que darle y su posterior mantenimiento. La regulación que la LOE hace (artículo 1) del proceso de la edificación solo queda referida a los aspectos esenciales, no contemplando un desarrollo pormenorizado de las fases que comprende¹⁰.

32.- Dado que el objeto del presente trabajo es la cobertura de las responsabilidades de los agentes de la edificación y la de los riesgos existentes sobre el edificio, se hace necesaria la referencia al proceso edificatorio, los agentes de la edificación y las obligaciones que la LOE les impone.

2.3. EXIGENCIAS TÉCNICAS Y ADMINISTRATIVAS DE LA EDIFICACIÓN.

33.- Los aspectos esenciales del proceso edificatorio quedan recogidos en el Capítulo II de la LOE, bajo el título de *Exigencias técnicas y administrativas de la edificación*. Estos quedan referidos:

34.- a) A los requisitos básicos que ha de cumplir los edificios (artículo 3 LOE y artículo 1 CTE) para la consecución de la calidad. Diferencia entre relativos a la funcionalidad, seguridad y habitabilidad.

35.- La funcionalidad está en consonancia con el destino del edificio¹¹. Regulada en el artículo 3.1.a), se refiere: 1º) a la utilización, superficie, espacios, medidas, y a la adecuada dotación de las instalaciones para las funciones que deben cumplir; 2º) a las condiciones de facilidad y movilidad que debe reunir el

¹⁰ FERNÁNDEZ MARTÍN, D.. *La promoción inmobiliaria. Aspectos prácticos*. Editorial Cie Dossat. Madrid, 2000. Pág. 107.

¹¹ VILLAGÓMEZ RODIL, A.. *Derecho de la edificación*. Coord. GARCÍA VARELA, R. Bosch, Barcelona, 2008. Págs. 104-114.

acceso a los edificios (especialmente para los minusválidos), y; 3º) a los servicios técnicos de telecomunicación.

36.- La seguridad ha de estar prevista tanto en la construcción del edificio como en su uso. Estos requisitos son: 1º) seguridad de las estructuras (estudios de suelo, cimentación, vigas, forjados, muros de carga, etc., elementos todos ellos que constituyen la estructura de la obra); 2º) dotación de los medios precisos para la evitación de incendios, sofocación, limitación de su extensión y medidas necesarias para procurar un desalojo urgente, y; 3º) utilización en general, referido a todos aquellos requisitos técnicos y no técnicos que hagan que la utilización del edificio sea lo más segura posible (riesgos de accidentes personales).

37.- Por último, la habitabilidad, referida a la protección de las personas, permitiendo la residencia o el trabajo dentro de los edificios en las mejores condiciones de calidad de vida. La habitabilidad adecuada se refiere a la adecuación estructural, superficie, distribución de espacios y dotaciones (agua, luz, electricidad, etc.). Los requisitos de la habitabilidad están referidos: 1º) al medioambiente, mediante el respeto de las edificaciones a su entorno y de una adecuada gestión de residuos, basuras, salubridad, etc.; 2º) las agresiones acústicas, respecto de las cuales se deben de adoptar medidas protectoras necesarias para paliar los ruidos; 3º) al ahorro energético y aislamiento técnico, mediante el uso racional del aislamiento térmico frente al frío, humedades, calor, evitando un consumo desmesurado, y; 4º) a otros aspectos relativos a las funcionalidades de los elementos constructivos y las instalaciones.

38.- b) El artículo 4.1. de la LOE¹² se refiere al proyecto, al que conceptúa como *el conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las*

¹² Quedan excluidas de la obligación de contar con proyecto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.

exigencias técnicas de las obras contempladas en el artículo 2. De las condiciones que ha de reunir, se ocupa el artículo 6 del CTE¹³, que se refiere en el punto primero a las generalidades y en el segundo a su control, debiendo incluir la justificación técnica de las soluciones propuestas de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa técnica aplicable.

39.- El proyecto es el elemento definidor del proceso constructivo¹⁴, de él se derivan la adjudicación del contrato de obra, el objeto de la licencia de obras, y la declaración de obra nueva, constituyendo la base del libro del edificio y de las instrucciones de uso. El proyectista queda obligado a que el resultado (contrato de obra) reúna todos los requisitos, condiciones y características que permitan alcanzar los fines que lo motivaron¹⁵, debiendo justificar las soluciones conforme a la normativa técnica aplicable.

40.- El CTE en el anejo I establece que el contenido del proyecto de edificación¹⁶ lo constituyen las memorias, los planos, el pliego de condiciones,

¹³ En el anexo III lo define como “el conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las exigencias técnicas de las obras contempladas en el artículo 2 de la LOE, y en el que se justifican técnicamente las soluciones propuestas de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa técnica aplicable”.

¹⁴ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación, Aranzadi*. Cizur Menor (Navarra) 2005. Págs. 115-117.

¹⁵ BURGOS Y PEREZ DE ANDRADE, G. y GARCIA VARELA, R. *Derecho de la Edificación*. Dir. GARCÍA VARELA Bosch. Barcelona, 2008. Págs. 117-120. La Ley de Propiedad Horizontal, Texto refundido de 12 abril de 1996 en su art. 10.1.f, lo considera como objeto de propiedad intelectual, gozando el proyectista de los derechos morales y de explotación que la Ley otorga.

¹⁶ En el anejo I del CTE se relacionan los contenidos del proyecto de edificación:

I. Memoria.

1. Memoria descriptiva: agentes, información previa, descripción del proyecto, prestaciones del edificio.
2. Memoria constructiva: sustentación del edificio, sistema estructural (cimentación, estructura portante y estructura horizontal), sistema envolvente, sistema de compartimentación, sistema de acabados, sistema de acondicionamiento o instalaciones, equipamiento.
3. Cumplimiento del CTE: seguridad estructural, seguridad en caso de incendio, seguridad de utilización, salubridad, protección contra el ruido y ahorro de energía.

mediciones y presupuesto. A efectos de su tramitación administrativa, el CTE establece que todo proyecto de edificación podrá desarrollarse en dos etapas, la etapa de proyecto básico¹⁷ y la de proyecto de ejecución¹⁸. El proyecto principal puede completarse mediante proyectos parciales u otros documentos técnicos entre los que se debe mantener la necesaria coordinación (artículo 4.2 LOE).

41.- c) La LOE se refiere en el art. 5 a las licencias y autorizaciones administrativas preceptivas para la construcción del edificio, la ocupación, y las ejecuciones de obras que con posterioridad se realicen en el mismo.

Los artículos 1 a 5 del Reglamento de Disciplina Urbanística para el Desarrollo de la Ley sobre el Régimen del suelo y ordenación urbana, regula los actos sujetos a licencia¹⁹, la competencia y el procedimiento para otorgarlas. Hay

II Planos.

1. Plano de situación. 2. Plano de emplazamiento. 3. Plano de urbanización. 4. Plantas generales. 5. Planos de cubiertas. 6. Alzados y secciones. 7. Planos de estructura. 8. Planos de instalaciones. 9. Planos de definición constructiva. 10. Memorias gráficas. 11. Otros.

III Pliego de condiciones

1. Pliego de cláusulas administrativas. 2. Disposiciones generales. 3. Disposiciones facultativas. 4. Disposiciones económicas. 5. Pliego de condiciones técnicas particulares. 6. Prescripciones en cuanto a la ejecución por unidades de obra. 7. Prescripciones sobre verificaciones en el proyecto terminado.

IV Mediciones

V Presupuesto

1. Presupuesto aproximado. 2. Presupuesto detallado.

¹⁷ El proyecto básico define las características generales de la obra y sus prestaciones. Su contenido es suficiente para solicitar la licencia y autorizaciones administrativas, pero no para iniciar la obra.

¹⁸ El proyecto de ejecución desarrolla el proyecto básico y define la obra en su totalidad sin que puedan rebajarse las prestaciones declaradas en el básico, ni alterarse los usos y condiciones bajo las que se concedieron la licencia y autorizaciones administrativas. Incluye los proyectos parciales.

¹⁹ Podemos citar : a) obras de construcción de edificaciones e instalaciones de nueva planta; b) obras de ampliación de edificios e instalaciones existentes; c) las de modificación o reforma que afecten a la estructura de los edificios e instalaciones; d) las de modificación del aspecto exterior de los edificios e instalaciones; e) obras que modifiquen la disposición interior de los edificios, cualquiera que sea su uso; f) obras que hayan de realizarse con carácter provisional a que se refiere el apartado 2 del artículo 58 del Texto Refundido de la Ley del suelo. g) las parcelaciones urbanísticas; h) los movimientos de tierra, tales como desmontes, explanación,

que mencionar: a) la licencia de obra; b) la licencia de ocupación, y; c) la cédula de habitabilidad.

Su otorgamiento está sujeto al régimen del silencio administrativo del artículo 43.2 LPA, considerándose estimadas salvo que una norma con rango de ley establezca lo contrario. A pesar de ello, la estimación de la licencia por silencio no prejuzga la validez de la misma, que podrá declararse nula si es contraria a la legislación o al plan urbanístico (artículos 8.1.b del Texto Refundido de la Ley Suelo²⁰ y 5.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística).

42.- c.1) Licencia de obra²¹. Legitima la actividad constructiva realizada dentro de los plazos de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras. La competencia para su otorgamiento y suspensión de las obras es municipal (artículos 6 RDUR y 25.2 d) LBRL). Para su otorgamiento, es necesario, obtener previamente las autorizaciones sectoriales pertinentes que correspondan en cada caso, de lo contrario, la licencia podría devenir nula. Además de legitimar para la construcción, la licencia de obras tiene otros efectos, ya que es necesaria para practicar la inscripción de la obra nueva en construcción y terminada, y para la contratación provisional de suministros (energía, agua, gas, telefonía).

El transcurso de los plazos de la licencia sin que se haya realizado la edificación no supone la caducidad automática de la licencia, ya que ésta ha de

excavación y terraplenado, salvo que tales actos estén detallados y programados como obras a ejecutar en un proyecto de urbanización o de edificación aprobado o autorizado; i) la primera utilización u ocupación provisional de los edificios e instalaciones en general; j) los usos de carácter provisional a que se refiere el apartado 2 del artículo 58 de la Ley de Suelo; k) el uso del vuelo sobre las edificaciones e instalaciones de todas clases existentes; l) la modificación del uso de los edificios e instalaciones en general; m) la demolición de las construcciones, salvo en los casos declarados de ruina inminente, y; n) en general, los demás actos que señalen los planes, normas u ordenanzas.

²⁰ RDL 2/2008 de 26 de Junio.

²¹ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y CARRASCO GONZALEZ. *Op. cit. Derecho...* Págs. 192-221.

ser formalmente declarada a través de un expediente tramitado con audiencia del interesado en el que se tendrán en cuenta las circunstancias concurrentes, no bastando la sola inactividad del licenciataria. La incoación del expediente de caducidad debe hacerse constar en el Registro de la Propiedad mediante anotación preventiva y su declaración impide el inicio o reanudación de las obras.

Las licencias irregularmente otorgadas serán anulables aunque solo contravengan parcialmente el ordenamiento urbanístico, ya que los actos administrativos no son divisibles. Tratándose de obras ilegalmente terminadas el artículo 31 del Reglamento de Derecho Urbanístico (RDUR) obliga a la Administración municipal a requerir la legalización de las obras terminadas con o sin licencia, o a su demolición, si no es posible la legalización, al margen de las sanciones administrativas y penales correspondientes.

43.- c.2) Licencia de primea ocupación²². Tiene por objeto conformar la obra realizada con el proyecto que sirve de soporte a la licencia de obra, el cumplimiento de las prescripciones contenidas en ésta y los usos permitidos por el planeamiento, junto con los requisitos de seguridad y salubridad. Su regulación incumbe exclusivamente a las CCAA (artículo 148.1.3º).

Se requiere esta licencia para ocupar cualquier parte del edificio (incluido el garaje) y el cambio de uso del mismo. La competencia para su otorgamiento es municipal, siendo necesario adjuntar en su solicitud el certificado final de obra. Su denegación solo puede ser: 1º) porque el edificio no reúna las oportunas condiciones de utilización; 2º) porque no se ajuste al proyecto para el que se concedió la licencia de edificación; 3º) por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de urbanizar, y; 4º) por incumplirse las condiciones a las que estaba sujeta la licencia de obra.

²² CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, y CARRASCO GONZÁLEZ. *Op. cit. Derecho....* Págs. 233-241.

La entrega del inmueble sin licencia de primera ocupación (en VPO, cédula de habilidad sustituida por la calificación definitiva) es causa de resolución del contrato de compraventa ex artículo 1.124 C. C. y de las cláusulas penales correspondientes.

44.- c.3) Cedula de habitabilidad. Documento expedido por la Administración competente con la finalidad de controlar las condiciones de salubridad e higiene de los edificios destinados a viviendas y alojamientos de carácter residencial. No debe confundirse con la licencia de primera ocupación o utilización, pues tienen diferente contenido y finalidad. Por medio de la licencia de primera utilización se controla la adecuación de la edificación realizada al proyecto que obtuvo la correspondiente licencia de obras, mientras que, la cédula de habitabilidad²³ tiene por objeto comprobar que el edificio reúne las condiciones de habitabilidad requeridas para ser destinado a morada humana, objeto que es absorbido por la licencia de primera ocupación, que ha hecho que la cédula sea suprimida en algunas CCAA.

Es obligación del promotor la gestión y obtención de la cédula de habitabilidad (artículo 9.c LOE), aunque dicha obligación varía en función de las CCAA pudiendo corresponder al propietario, y en segunda y posteriores ocupaciones al nuevo ocupante. Entre la documentación que se ha de aportar en la solicitud se encuentran: el certificado final de obra; la licencia de primera ocupación; declaración de alta en el impuesto de bienes inmuebles; certificación de los derechos de acometida de las compañías suministradoras de electricidad, agua y gas; certificado de instalación de antenas colectivas; escritura de obra nueva y división horizontal, y; el acta de recepción de obra. Para ocupar una vivienda en régimen de alquiler se exige que se disponga de la correspondiente cedula de habitabilidad. Las viviendas de protección oficial con calificación

²³ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y CARRASCO GONZÁLEZ. *Op. cit.* *Derecho*. Págs. 243-249.

definitiva para la primera ocupación están exentas de la cédula de habitabilidad, aunque se exija para las segundas y posteriores ocupaciones.

La cédula de habitabilidad autoriza a la ocupación de la vivienda, permite la formalización de contratos definitivos de suministro y la cancelación de las garantías prestadas en el aseguramiento de las cantidades anticipadas en construcción y venta de viviendas. La ocupación de la vivienda sin la cédula de habitabilidad está considerada infracción grave en algunas CCAA, y la no entrega por el promotor, comporta las mismas consecuencias contractuales que la falta de licencia de primera ocupación.

45.- d) El artículo 6 LOE regula la recepción de la obra como el acto mediante el cual el promotor la acepta. La LOE solo se refiere a la recepción definitiva, obviando la recepción provisional, que fue necesario implantar ante la necesidad de verificar que la obra reúne los requisitos básicos que ha de cumplir, los cuales no se pueden comprobar de forma instantánea. La obra puede recibirse en su totalidad, o por fases completas y terminadas cuando así lo acuerden las partes.

46.- Establece para la misma un plazo de treinta días desde la terminación de la obra, acreditada mediante el certificado final de obra, salvo pacto en contrario, plazo que se contará a partir de la notificación que el constructor haga por escrito al promotor. Diferencia entre la recepción expresa y tácita, ésta última, se entiende efectuada cuando han transcurrido treinta días desde la terminación de la obra, contados a partir de la notificación efectuada por escrito al promotor, si éste, no ha puesto de manifiesto por escrito reservas o rechazos.

47.- La recepción se lleva a cabo mediante acta firmada al menos por el promotor y el constructor, en la que como mínimo, se hará constar: las partes intervinientes; fecha de terminación de la obra; el coste final de la ejecución material de la obra; la recepción con o sin reservas, caso de existir éstas, el plazo en que deberán quedar subsanadas, la emisión de la correspondiente acta de

subsanación, y; las garantías que se exijan al constructor para asegurar su responsabilidad, debiendo adjuntarse el certificado final de obra suscrito por la dirección facultativa. En el capítulo XI se aborda con mayor detalle la recepción de la obra por el promotor, ya que ésta representa el momento en que comienza el periodo de cobertura del seguro decenal.

48.- e) La documentación de la obra ejecutada (artículos 7 LOE y 7,8 CTE) comprende el proyecto, el acta de recepción, la relación de los agentes que han intervenido durante el proceso de edificación, las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones y los datos relativos a las garantías del edificio²⁴. Con dicha documentación se constituye el Libro del Edificio²⁵, que será entregado a los usuarios finales²⁶ para que cumplan las obligaciones que le son impuestas por el artículo 16.2 LOE. En él, se describen las características físicas y constructivas del edificio, las normas de actuación en caso de siniestro y en situaciones de emergencia, así como, la descripción de las obligaciones de los

²⁴ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO. *Derecho de la Construcción y la Vivienda*. 6º. edic.. Diles. Madrid, 2008. Págs. 489-91.
ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M.. *Derecho de la Construcción. Aspectos administrativos y civiles*. 7ª. edic.. Comares. Granada, 2008. Págs. 250-5.

²⁵ Ley 2/1999, de 17 de marzo, de Medidas para la Calidad de la Edificación. Art. 13. Integran el Libro del Edificio los siguientes documentos: a. Traslado de las anotaciones que se hagan en el Libro de Órdenes, Asistencias e Incidencias, que sean significativas para el conocimiento, descripción, conservación, así como mantenimiento de lo realmente ejecutado. b. Los planos y documentos indicados en el artículo anterior. c) Las normas e instrucciones sobre uso, conservación y mantenimiento que contenga el proyecto, completadas, en su caso, con las que la dirección facultativa considere necesarias, y con las que hubieren establecido los proveedores o suministradores de materiales o instalaciones específicas. d) Las calidades de los materiales utilizados, así como las garantías que emitan los constructores y sus proveedores o suministradores sobre la calidad de sus actividades y materiales. e) Las normas de actuación en caso de siniestro o en situaciones de emergencia que puedan producirse durante la vida del edificio. El art. 14 dispone que un ejemplar del Libro del Edificio se depositará bajo la responsabilidad del director facultativo, en el Ayuntamiento del término municipal donde estuviera ubicado el edificio. Al término de la obra, el director facultativo entregará al propietario un ejemplar del Libro del Edificio y éste lo tendrá siempre a disposición de los usuarios que tengan interés en consultarlo. En el caso de una comunidad de propietarios, otro ejemplar se entregará al Presidente en su calidad de representante de la misma.

²⁶ STS de 18 de marzo de 2002.

propietarios respecto a su conservación y mantenimiento. Debe contener la información y documentación que tiene que facilitar cada agente interviniente en el proceso edificatorio, y se irá completando o actualizando con la documentación técnica que posteriormente se redacte para llevar a cabo obras de ampliación, reforma o rehabilitación de todo el edificio o alguna de sus plantas, o de intervención en sus elementos comunes. La presentación del Libro del Edificio es necesaria para que se otorgue la licencia de primera ocupación.

49.- La LOE menciona la escritura de obra nueva y la escritura de división horizontal. A la primera solo se refiere para acreditar la constitución de las garantías del artículo 19, y a la segunda, para el acceso a los servicios de telecomunicación (D. A. 6^a). La escritura de obra nueva²⁷ consiste en un acto unilateral emitido por el dueño de la obra para que ésta ingrese en el Registro²⁸. En ella queda descrito el edificio en su conjunto y los diferentes pisos o locales que lo componen. Puede llevarse a cabo cuando la obra está solo comenzada, sin ser necesario un control efectivo, bastando que coincida lo declarado por el otorgante con el proyecto autorizado, sin que sea necesario que previamente haya tenido comienzo la ejecución de la obra, por lo que una vez finalizada tendrá que acreditarse en el registro la terminación²⁹, mediante acta notarial de protocolización³⁰ a la que se le incorporará el certificado final de obra, la cual, quedará inscrita mediante nota marginal en la que necesariamente se hará constar las garantías del art. 19 LOE, ya que el artículo 20.1 LOE impide que se

²⁷ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. Cit. C. Derecho* Págs. 118, 120 y 134-5.

²⁸ Art. 20 R.D.L. 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo.
Arts. 208 LH y 308 RH.

²⁹ Art. 47 Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

³⁰ De los tipos de actas notariales, presencia, notoriedad y protocolización, este último tipo es el que ha de utilizarse para dejar constancia registral de la terminación de la obra nueva.

autoricen o inscriban en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que le sea de aplicación dicha Ley sin la acreditación y testimoniación de las mismas.

50.- Mediante la constitución del régimen de propiedad horizontal se crea cada piso o local como finca jurídicamente independiente. Para su constitución, no es necesaria la previa inscripción de la declaración de obra nueva, pero conforme a los artículos. 8.4 y 8.5 LPH, se exige de modo implícito, una declaración de la existencia de la obra que ha de dividirse, descripción que está contenida en la declaración de obra nueva, por lo que habitualmente, se procede al otorgamiento de las dos escrituras en el mismo documento. Para la constitución del régimen de propiedad horizontal es necesario que la obra esté comenzada (artículo 8.4. L.H.) a diferencia de la declaración de obra nueva, para la que solo es suficiente que la obra esté proyectada³¹.

51.- f) El motivo fundamental de la LOE es la protección de compradores y usuarios, para lo cual establece la constitución de garantías suficientes como una aportación más al mandato constitucional del artículo 51.1 C.E. y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias³². El artículo 148 TRLGDCU introduce un régimen especial de responsabilidad para los daños originados en el uso correcto de los servicios que por su propia naturaleza o por estar reglamentariamente establecido incluyen necesariamente la garantía de determinados niveles de eficacia o seguridad, como sucede con la edificación (artículo 2 LOE). La responsabilidad máxima establecida alcanza los tres millones de euros. En él, se incluyen los

³¹ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO. *Derecho de la Construc...* Págs. 121-2.

³² No todo acto de compra de adquisición de edificio cae en el ámbito de la legislación consumerista, sobre todo cuando la adquisición es para comercializar con ella.

servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, siendo extendido en el artículo 149, a quienes construyan o comercialicen viviendas en el marco de una actividad empresarial, por daños ocasionados por los defectos que éstas adolezcan, sin que estén cubiertos por un régimen legal específico. Este régimen de responsabilidad supone una solución para aquellos daños que no estén incluidos en el ámbito objetivo de la LOE³³, como ocurre con las obras de reformas, donde la doctrina no es pacífica respecto a su inclusión.

52.- El art. 17 constituye el régimen específico de responsabilidad de la LOE para los daños materiales de la edificación que tengan origen en vicios y defectos de la construcción. Es el régimen de responsabilidad fundamental de la edificación, lo que unido a la obligación establecida en el art. 19 LOE de contratar las garantías decenal, trienal y anual (estando actualmente en vigor solo la primera), configura un apoyo fundamental al sistema de calidad de los edificios y a la protección de los consumidores y usuarios.

3. LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN.

3.1. INTRODUCCIÓN.

53.- La delimitación objetiva de la LOE incluye a los agentes de la edificación, sus funciones, obligaciones, responsabilidades, y las garantías a constituir para proteger los intereses de propietarios y usuarios, dedicándoles el capítulo tercero, en el que ha pretendido regularlos de una forma unitaria.

³³ ORTI VALLEJO, A.. “La responsabilidad civil en la edificación”. *Tratado de Responsabilidad Civil*. 4ª. edic.. Coord. REGLERO CAMPOS. Thomson, Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2008. Págs. 1.151-2.

PACHECO JIMÉNEZ, Mª. N.. *Op. cit.*. Págs. 269-271.

54.- El art. 8 los define de la manera siguiente: “*Son agentes de la edificación todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación. 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*”. Este artículo no enumera los intervinientes en el proceso de la edificación con el calificativo de agentes, sino que éstos quedan determinados en los artículos 9 a 16 junto con sus obligaciones, cuestión importante, ya que dicha consideración se derivan las responsabilidades del artículo 17 LOE, Se pueden diferenciar³⁴ entre los que intervienen directamente en el proceso de la edificación como el promotor, proyectista, constructor, director de la obra y director de ejecución de la obra, y aquellos otros, que intervienen de manera indirecta, entidades y laboratorios de control de calidad, suministradores de los productos y los propietarios y usuarios.

55.- MOLTÓ³⁵ considera dos aspectos fundamentales en la definición legal de agente de la edificación. El primero, es el alcance de la intervención en el proceso edificatorio; y el segundo, las obligaciones legales y contractuales de dicha intervención. La LOE ha optado por un concepto amplio de agente, estando todos los intervinientes en el proceso edificatorio incluidos en el objeto de la Ley, sin embargo, la conceptualización de éstos desde el punto de vista de las obligaciones asumidas es más restrictiva. La doctrina en general se ha pronunciado a favor de que el número de agentes explicitados en la LOE es abierto, existiendo otros intervinientes no mencionados en la Ley que también gozan de dicha consideración (administraciones públicas y subcontratistas), teniendo los mencionados carácter de mínimos, sin que necesariamente se requiera la intervención de todos ellos.

³⁴ SERNA BILBAO M^a. N.. *Manual del Derecho de la Edificación, Instituciones Básicas*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1999. Pág. 55.
MOLTÓ GARCÍA, J. I.: *Op. cit.* Pág. 62.

³⁵ *Op. cit.*. Pág. 18 y ss.

56.- La incorporación de éstos al proceso edificatorio tiene lugar a través de relaciones contractuales. Se les aplica fundamentalmente el régimen jurídico establecido en la LOE para las obligaciones legales, y los de responsabilidad contractual y extracontractual para el resto de obligaciones, junto con otros regímenes específicos. Las administraciones públicas³⁶ que intervengan como agentes de la edificación, se regirán por la legislación sobre contratos de las administraciones públicas (artículo 1.3 LOE), quedando como subsidiario el régimen de la LOE para lo no dispuesto en dicha legislación a excepción de los dispuesto sobre garantías.

57.- Cada agente se corresponde con una actividad necesaria del proceso edificatorio³⁷, el promotor para promover y financiar el proyecto, el proyectista para proyectarlo, el constructor para ejecutar la obra, la dirección facultativa para dirigir la obra, las entidades y laboratorios para controlar la calidad, los suministradores para proporcionar lo materiales y los propietarios y usuarios para usar y conservar el edificio.

3.2. EL PROMOTOR.

58.- El artículo 9 de la LOE atribuye la condición de promotor a *cualquier persona*³⁸ 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,

³⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, J. .*Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Civitas. 1ª. edic. Madrid, 2000. Págs. 294-5.

³⁷ MERCHÁN GABALDÓN. *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación*. Cie Dossat 2000. Madrid, 2000. Pág. 35.

³⁸ Respecto a la forma jurídica que puede revestir la figura del promotor, puede variar desde el empresario individual, a los societarios, cooperativas, comunidades de bienes, sociedades civiles, asociaciones de interés económico, UTE, autopromotores, etc...

bajo cualquier título. Considera promotores al gestor de cooperativas, a las comunidades de propietarios y a otras figuras análogas (artículo 17.4 LOE) atribuyéndoles las mismas responsabilidades.

59.- El promotor es el agente más importante en el proceso de la edificación. Lleva a cabo tareas relevantes mediante la aportación y organización de recursos propios y ajenos, entre las que se encuentran la elección del solar, la elección de los agentes, la gestión de las licencias, la financiación, la recepción de la obra, su transmisión, etc., pero sobre todo, es la persona que soporta el riesgo empresarial de ver el edificio construido y de alcanzar el lucro esperado³⁹. El promotor es un empresario⁴⁰ en términos de derecho mercantil⁴¹. Desde el punto de vista contractual se le identifica con el comitente, relacionándose con el resto de los agentes como impulsor del proyecto⁴². La Ley de la vivienda de la Comunidad Catalana le exige cumplir con los requisitos que reglamentariamente se

³⁹ Con anterioridad a la LOE la Ley 24/1991, de 29 de noviembre de la Vivienda, de la Comunidad de Cataluña define al promotor en su artículo 3, como “la persona física o jurídica, que decide, programa e impulsa su construcción o rehabilitación, para uso propio o para suministrarla, aunque sea ocasionalmente, al mercado inmobiliario y transmite su titularidad dominical o las adjudica o cede mediante cualquier título”. Con anterioridad, también se menciona la figura del promotor en la ley de 15 de julio de 1954 y en el Derecho de 24 de junio de 1955 referidas ambas disposiciones a las Viviendas de protección oficial, así como en la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976.

⁴⁰MOLTÓ GARCÍA, J. I. *Op. cit.*. Págs. 68 y 73-74. En el concepto de promotor del art. 9 de la LOE no hay una referencia a la ejecución de la obras sino únicamente a la financiación, teniendo tal consideración aunque no sea él quién construya.

⁴¹ Así el R. D. 515/1989, de 21 de abril, por el que se dictaban normas de protección de los consumidores, en relación con la oferta, promoción y publicidad que se realice para la venta o arrendamiento de viviendas identificaba al promotor con el empresario.

⁴² ARNAU MOYA, F.. *Op. cit.*. Pág. 122. La aparición del promotor supuso la superación de la situación triangular (comitente, contratista y arquitecto relacionados por el contrato de obra y de servicios) prevista por el legislador decimonónico, ya que hubo que incluir en la cadena contractual al promotor, al subadquirente y subcontratista, convirtiendo la promoción en una operación jurídica-económica que también comprende el contrato de compraventa.

establezcan, así, como estar inscrito en un registro administrativo creado al efecto⁴³.

60.- Existen diferencias significativas entre el dueño de la obra o comitente y el promotor inmobiliario. El segundo fundamentalmente financia con recursos propios o ajenos la obra frente al contratista, recibiendo la edificación terminada para su patrimonio personal o para su comercialización. El promotor-constructor queda enmarcado en la figura del comitente mientras que el promotor inmobiliario⁴⁴ es la persona que con experiencia y conocimiento en el sector de la construcción, se dedica profesionalmente a dicha actividad con ánimo de lucro. En las cooperativas es el consejo rector⁴⁵ quién faculta al gestor (profesional de la construcción) para llevar a cabo el proceso edificatorio, tomando la condición de promotor a los efectos de la responsabilidad de la LOE y en caso de no designarlo asumirá su responsabilidad⁴⁶.

61.- En el leasing financiero inmobiliario⁴⁷, la entidad de leasing no tiene la consideración de promotor, aunque contrata la obra, ostenta el dominio de la construcción realizada y persigue un beneficio empresarial, ya que quién propone la elección del terreno, el tipo de construcción a realizar, al proyectista y al contratista, es el usuario, lo que hace que falte el fundamento de la responsabilidad del promotor del artículo 17 LOE de impulso, programa y control del proceso edificatorio.

⁴³ Art. 32 de la Ley 24/1991, de 29 de noviembre de la Vivienda, de la Comunidad de Cataluña.

⁴⁴ SAP Cantabria núm. 485/2005 (Sección 2ª), de 28.10.06 (JUR 2006\1637).

⁴⁵ Art. 32.3 y 91.1c) Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

⁴⁶ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZALEZ CARRASCO. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. 3ª. edic. Elcano, 2005. Págs. 205-6.

⁴⁷ GARNICA GARNICA. C.. *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*. Aranzadi. Elcano (Navarra), 2001. Pág. 309.

62.- En los proyectos financiados a través de project finance, tiene la consideración de promotor-gestor el project manager, ya que se encarga de gestionar la realización de los proyectos técnicos, la dirección de la obra, de contratar a profesionales y suministradores y de controlar el presupuesto de facturación y pagos⁴⁸.

63.- La LOE considera promotor al que edifica para sí, quedando excluido⁴⁹ de la obligación de constituir las garantías del artículo 19, excepto que enajene el edificio dentro del plazo de diez años establecido en el artículo 17.1 LOE; a los comuneros, cuando la comunidad no ha designado al gestor (promotor-gestor), y; a la administración⁵⁰, que queda sujeta a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a excepción de lo no contemplado específicamente en la misma, que se regula por el régimen de la LOE (artículos 1.3 LOE y 18 a 20 LCSP⁵¹). Al cedente de suelo por obra⁵² se le va a considerar promotor dependiendo de si lo que recibe son pisos o locales, o si es una participación proindiviso de la promoción, en el primer caso, no tendrá la consideración de promotor, pero en el segundo si.

64.- Las responsabilidades en que incurren el promotor-vendedor y el promotor-constructor⁵³ son diferentes. El primero no interviene en la ejecución

⁴⁸ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, C.. *Derecho de la Construc....*Pág. 484.

⁴⁹ Modificado por la Ley 53/2002.

⁵⁰ BURGOS Y PEREZ DE ANDRADE, G. y GARCIA VARELA, R. *Op. cit...* Pág. 172.

⁵¹ LEY 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

⁵² ARCO TORRES M. A. y PONS GONZÁLEZ, M.. *Derecho de la Construcción. Aspectos administrativos y civiles*. 7ª. edic.. Comares. Granada, 2006. Pág. 198.

⁵³ El art. 1 de la Orden 3 de Agosto de 1979 por el que se aprueba la implantación del documento de calificación empresarial en el sector de la construcción, identifica al promotor con el constructor.

de la obra, mientras que el segundo si, siendo la responsabilidad de este último, la del promotor y la del constructor.

65.- El artículo 9.2 enumera las siguientes obligaciones del promotor:

1ª. Ostentar sobre el solar⁵⁴ la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él. Generalmente va a ser un derecho de propiedad o de superficie, aunque también puede concretarse en otros, como el de vuelo, arrendamiento, permuta de solar a cambio de edificación futura⁵⁵, permuta de solar a cambio de participación en beneficios de la venta de la edificación, etc.. Coincido con CORDERO LOBATO⁵⁶ en la incorrecta formulación de esta norma ya que lo importante no es si el promotor es titular de un derecho sobre el solar, sino si tiene facultades para construir sobre él, por lo que hubiese sido conveniente la mención de dicha circunstancia.

2ª. Facilitar la documentación e información necesaria, el acceso al terreno para la redacción del proyecto y autorizar al director de obra las posteriores modificaciones que requiera conforme avance la ejecución de la obra de acuerdo con el artículo 12.3.d) de la LOE.

3ª. Gestionar y obtener las licencias⁵⁷ y autorizaciones administrativas preceptivas, así como suscribir el acta de recepción de la obra, la cual debe

⁵⁴ RUÍZ-RICO RUÍZ –MORÓN J. *Las urbanizaciones privadas*. Montecorvo. Madrid, 1987. Págs. 42-44.

⁵⁵ Art. 13 R. H..
ZURITA MARTÍN, I. “Protección jurídica del aportante de solar: Su nueva proyección”. *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*.V. III. Universidad de Almería, Granada y Jaén., Almería 2008. Págs. 1.887-1.907.

⁵⁶ *Comentario a la Ley de Ordenación de la Edificación*. 3ª. edic.. Aranzadi. Navarra, 2005. Pág. 209.

⁵⁷ GONZÁLEZ PEREZ, J.. *Op. cit.*. Págs. 301-302.

realizarse no solo conforme al proyecto y al contrato, sino también de acuerdo con la legalidad aplicable, entre la que se encuentra la legislación urbanística.

4ª. Suscribir los seguros previstos en el artículo 19 de la LOE, de cara a la protección de los compradores y terceros adquirentes, requisito necesario para poder inscribir la escritura de declaración de obra nueva en el Registro de la Propiedad.

5ª. Entregar al adquirente⁵⁸ la documentación de obra ejecutada o cualquier otro documento exigible por las Administraciones competentes.

66.- Entre las obligaciones del promotor considero que existen ciertas omisiones que deberían haberse incorporado expresamente. Así, en la segunda y tercera se debería haber puntualizado su intervención en la liquidación de la obra y en el replanteo, y en la cuarta, haberse establecido las obligaciones de resarcimiento de daños junto a las garantías del artículo 19. Finalmente, tampoco se menciona la obligación de designación de los técnicos, directores de la obra y constructores.

3.3. EL PROYECTISTA.

67.- La LOE dedica el artículo 10.1 al proyectista, definiéndolo, a través de la delimitación de su actuación profesional, atribuciones y obligaciones como *el agente que por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto*. Debido a la complejidad de algunos proyectos, la redacción podrá realizarse de forma coordinada con otros

⁵⁸ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZALEZ CARRASCO. *Op. cit. Coment.*. Págs. 211-2.

técnicos colaboradores que podrán redactar partes que lo completen, en cuyo caso, cada proyectista asumirá la titularidad de su proyecto.

68.- El proyectista tiene la facultad de redactar el proyecto con libertad, pero con sujeción a la legalidad vigente, en la que destacan las normas urbanísticas y el CTE, debiendo guardar unidad y coherencia con los proyectos parciales y complementarios, y con lo pactado en la carta de encargo⁵⁹ que le vincula contractualmente al promotor o al constructor. Esta relación contractual tiene la consideración de contrato de obra⁶⁰, perfeccionándose con el consentimiento, sin ser necesario ningún requisito de forma. Le es de aplicación el artículo 1.594 C. C., relativo a la facultad de desistimiento frente al promotor o comitente⁶¹.

69.- Las obligaciones que la LOE le impone están reguladas en el punto segundo del artículo 10. Éstas son:

1ª. Estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante que corresponda, arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. Será necesaria la homologación de las titulaciones expedidas por estados que no formen parte de la Unión Europea. En caso de personas jurídicas, éstas, deberán designar al técnico redactor del proyecto que posea la titulación profesional habilitante⁶², debiendo estar colegiado como ejerciente, ya que el ejercicio de la profesión sin dicha titulación supone un delito de intrusismo.

⁵⁹ STS de 18 de octubre de 1999.

⁶⁰ GARCÍA MACHO, E.. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Civitas, S.A., Madrid, 2000. Pág. 66 y ss.
SSTS de 15 de octubre de 1991 y de 25 de mayo de 1998.

⁶¹ GONZALEZ PÉREZ, J.. *Op. cit.* Pág. 304 ss.
SSTS de 21 de abril de 1997 (RJ 1997\3433) y de 25 de mayo de 1998 (RJ 1998\3999).

⁶² MOLTO GARCÍA, J. I.. *Op. cit.* Págs. 119 y ss.

La LOE⁶³ atribuye: a) al arquitecto, la redacción de proyectos de edificios que tengan por destino los usos del art. 2.1.a); b) al ingeniero, ingeniero técnico o arquitecto, la de proyectos de edificios con usos establecidos en el artículo 2.1.b), interpretando el Tribunal Supremo⁶⁴ dicha atribución con criterio amplio y flexible, compatibilizándola con las de los demás profesionales; c) al arquitecto, ingeniero, arquitecto técnico e ingeniero técnico los edificios que tengan por finalidad los usos del artículo 2.1.c), no siendo éstos últimos competentes para edificaciones técnicamente complejas, y; d) idéntico criterio es el seguido para las obras contempladas en los apartados del artículo 2.2. b) y c), obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, y obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico. Respecto de las instalaciones fijas, el equipamiento propio y los elementos de urbanización, pueden intervenir otros técnicos titulados del ámbito de la arquitectura y de la ingeniería de tecnologías específicas, suscribiendo cada uno su trabajo y estando bajo la coordinación del proyectista.

En cuanto a los conflictos competenciales, la LOE remite a las disposiciones legales vigentes de cada profesión (artículo 10.2.a).

2ª. Redactar el proyecto con sujeción a la normativa vigente⁶⁵ y a lo que se haya establecido en el contrato, entregándolo con los visados que en su caso fueran preceptivos. El proyecto debe ser controlado tanto por el promotor como

⁶³ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. Cit... Derecho...* Págs. 494. La LOE atribuye las competencias en función del uso principal de la edificación a los que se refiere el art. 2.1. Las reglas del art. 2.2 no son criterios de atribución competencial, sino solo de delimitación del ámbito de aplicación de la LOE.

⁶⁴ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZALEZ CARRASCO. *Op. cit. Coment...* Págs. 226 y ss.

⁶⁵ El art. 15 del R.D. 1627/97, impone al proyectista la toma en consideración de los principios generales de la prevención de riesgos laborales.

por la administración, ya que el hecho de que sea visado por el colegio profesional no exime a la administración de controlar la idoneidad de la titulación del proyectista para la concesión de las licencias. Para el cumplimiento del contrato en el que se encarga la redacción del proyecto (contrato de obra), es necesaria además de su idoneidad para los fines perseguidos, la entrega del mismo con sus visados preceptivos. La redacción del proyecto contraviniendo el planeamiento no está tipificado como infracción sancionable⁶⁶, pero incurre en responsabilidad civil ante el promotor.

3ª. Acordar, en su caso, con el promotor la contratación de colaboraciones parciales. Los contratos que formalice el proyectista con terceros necesitan de la conformidad del promotor.

3.4. EL CONSTRUCTOR.

70.- El art. 11 LOE lo define en su punto primero como *el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato*. Se corresponde con el contratista de los artículos 1.544 y 1.588 del C. C., adoptando la forma de persona física o jurídica, pudiendo asumir también el rol de promotor, o éste último el de constructor.

71.- El constructor se relaciona con el promotor a través del contrato de obra regulado en el C. C. en los artículos. 1.542 a 1.545, 1.588 a 1.600 (con materiales y sin materiales), 1.592 (recepción parcial y pago en proporción), 1.593 (precio global), 1.599 (entrega) y 1.484 (vicios ocultos). El constructor no cumple con su obligación hasta que la ejecución de la obra sea realizada conforme a lo pactado contractualmente, la licencia, el proyecto y la legislación aplicable, soportando el

⁶⁶ ARCO TORRES M. A. y PONS GONZÁLEZ, M.. *Op. Cit. Derecho...* Pág. 199.

riesgo de pérdida por caso fortuito y fuerza mayor durante su ejecución, si no se ha pactado lo contrario (artículos 1.589 y 1.590 C. C.).

72.- Las obligaciones las establece el punto segundo del art. 11. Son:

1ª. Ejecutar la obra conforme a la *lex artis*⁶⁷, con sujeción a la legislación aplicable, al proyecto, a las condiciones del contrato y las instrucciones del director de obra y del director de la ejecución de la obra, respondiendo de los vicios de la construcción que tengan causa en su actuación, conforme al artículo 17 de la LOE. Se trata de una obligación de resultado en la que el constructor tiene la condición de perito y por tanto no puede ser un mero ejecutor de las órdenes de los técnicos, sino que está capacitado para conocer la inviabilidad del encargo, de las instrucciones recibidas y de la idoneidad de los productos aportados por el comitente.

2ª. Tener la titulación o capacitación profesional que le habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor. Para el ejercicio de la profesión de constructor no es necesario ningún requisito de capacitación⁶⁸, ya que no existe ninguna titulación para dicha profesión, ni norma que establezca una reserva competencial sobre la actividad⁶⁹. Debe de disponer del Documento de Calificación Empresarial en la Construcción para el que solo

⁶⁷ OROZCO PARDO, G.. “La responsabilidad civil de los técnicos: un ejemplo de la tendencia unificadora”. *Aranzadi Civil*. 2006. Nº. 1. Pág. 30. Define la *Lex Artis* “como el conjunto de reglas de contenido ético, científico y técnico que debe observar el sujeto en el desarrollo de su actividad profesional, de acuerdo a las circunstancias y factores presentes en el caso concreto, y cuyo grado de cumplimiento sirve de criterio de valoración e imputación de responsabilidad por el resultado de su actuación”.

⁶⁸ Existe el Documento de Calificación Empresarial regulado por el RD 3008/1978 de 27 de octubre y la Orden de 3 de Agosto de 1979. El RD establece en su art. 2 que por Orden Ministerial se determinarán *las condiciones técnicas o de capacitación fijadas por las disposiciones que regulen el ejercicio de cada actividad*.

⁶⁹ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZALEZ CARRASCO. *Op. cit.* Coment .. Pág. 238.

se exige el cumplimiento de obligaciones tributarias y de seguridad social. La Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas⁷⁰ contempla, en su artículo 17 la acreditación de la solvencia técnica del constructor a través de diferentes medios.

3ª. Designar al jefe de obra⁷¹ que asumirá la representación técnica del constructor en la obra, que por su titulación o experiencia deberá tener la capacitación adecuada de acuerdo con las características y la complejidad de la obra. Ésta se concreta en la titulación correspondiente que generalmente será la de arquitecto técnico. ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ⁷² lo definen como *el agente de la edificación que designado por el constructor, como una de sus obligaciones legales, asume su representación técnica en la obra, y que debe tener la capacitación adecuada, de acuerdo con las características y la complejidad de la obra.* El término de encargado comprende, la alta dirección de la obra, la media y la de simple capataz de la edificación, es decir, cualquier persona a la que se le encarga la realización de una cosa con mando sobre otros.

4ª. Asignar a la obra los medios humanos y materiales que requiera en función de su importancia. Es el propio constructor quién establece dichos

⁷⁰ Art. 17. Solvencia técnica en los contratos de obras. “En los contratos de obra la solvencia técnica del empresario podrá ser justificada por uno o varios de los medios siguientes: a) Títulos académicos y experiencia del empresario y de los cuadros de la empresa y, en particular, del o de los responsables de las obras; b) Relación de las obras ejecutadas en el curso de los últimos cinco años acompañada de certificados de buena ejecución para las más importantes; c) declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que dispondrá el empresario para la ejecución de las obras; d) declaración sobre los efectivos personales medios anuales de la empresa, indicando, en su caso, grado de estabilidad en el empleo de los mismos y la importancia de sus equipos directivos durante los tres últimos años; e) declaración indicando los técnicos o las unidades técnicas, estén o no integradas en la empresa, de los que ésta disponga para la ejecución de las obras”.

⁷¹ El proyecto de la LOE de 1999, lo definía en el art. 13 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”.

⁷² *Op. cit.*. Pág. 212. Cita SSTS 15 de mayo de 1981 y 7 de junio de 1988.

medios, así como el calendario para su utilización, en base al contrato de obra, ya que se trata de utilización de recursos económicos en la actividad empresarial.

5ª. Formalizar las subcontrataciones⁷³ de determinadas partes o instalaciones de la obra, salvo que el encargo lo haya hecho atendiendo a sus cualidades personales⁷⁴. Dichas subcontrataciones son una facultad del constructor, debiendo llevarse a cabo con el subcontratista⁷⁵ respetando los límites del contrato de obra⁷⁶. El artículo 116 de la LCAP contempla la libertad de subcontratación debiendo comunicar el constructor por escrito a la Administración el subcontrato a celebrar, sin que pueda exceder el 50 por ciento del importe de adjudicación.

La LOE no regula al subcontratista⁷⁷, solo lo menciona en el art. 11.2.e) y en el párrafo segundo del art. 17.6. A mi juicio, debería haberlo incorporado a su regulación determinando sus relaciones con el resto de los agentes y el volumen de obra a subcontratar sin desvirtuar la confianza del promotor.

⁷³ Hoy en día es normal debido a la especialización y a la envergadura de las obras el que el constructor recurra a la subcontratación para llevar a cabo la ejecución de la obra.

⁷⁴ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZALEZ CARRASCO. *Op. cit. Coment...* Págs. 238-40.

⁷⁵ El proyecto de la LOE de 1999, lo definía en su art. 23 como “quienes asumen contractualmente ante el contratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución”.

⁷⁶ GARCÍA MACHO, R.. *Op. cit.* Pág. 71.

⁷⁷ Aparecía su inclusión en las enmiendas de los grupos parlamentarios de la oposición.

La Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción en el art. 3.f) define al subcontratista como la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente.

BURGOS Y PEREZ DE ANDRADE, G. y GARCIA VARELA, R. *Op. cit.* Pág. 184.

6ª. Firmar el acta de replanteo o de comienzo y el acta de recepción de la obra. Cuando se trate de una nueva edificación es necesario levantar el acta de replanteo, no así, cuando se trate de una ampliación o modificación⁷⁸. Ambos documentos deben suscribirlos el contratista y los técnicos directores.

7ª. Facilitar al director de obra los datos necesarios para la elaboración de la documentación de la obra ejecutada, según dispone el artículo 12.3 de la LOE. Datos relativos al replanteo, mediciones para elaborar las certificaciones y demás información para la elaboración de los documentos relativos a la obra ejecutada.

8ª. Suscribir las garantías previstas en el artículo 19, mediante seguro de daños materiales, de caución, o mediante la retención del promotor, del cinco por ciento del importe de la ejecución material de la obra, para garantizar durante un año el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a los elementos de terminación o acabado.

3.5. LA DIRECCIÓN FACULTATIVA.

73.- La LOE se refiere en los artículos 12 y 13 a la dirección facultativa diciendo que el director de obra y el director de ejecución de la obra forman parte de ella, pero no llega a definirla. Para PAREJO ALFONSO⁷⁹, es aquella función técnica que engloba un conjunto de acciones dirigidas por profesionales que cuentan con la habilitación requerida legalmente.

⁷⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, J.. *Op. cit.*. Págs. 350-1.

⁷⁹ PAREJO ALFONSO, L.. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación* (Ley 38/1999, de 5 de noviembre). Tecnos. Madrid, 2001. Pág. 235.

74.- Las funciones de la dirección facultativa se pueden agrupar en dos tipos de tareas⁸⁰: a) Las correspondientes a la dirección del desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, y; b) las relativas a la dirección de la ejecución material de la obra y al control cualitativo y cuantitativo de la construcción y de la calidad de lo edificado⁸¹, debiendo anotar en el Libro de Ordenes las oportunas instrucciones e incluso si fuere necesario paralizar los trabajos.

75.- La Ley incluye dentro de la dirección facultativa al coordinador de seguridad y salud. Ambas funciones pueden ser asumidas por un mismo profesional o por profesionales distintos. La dirección facultativa se vincula al promotor de la obra por un contrato de arrendamiento de servicios para obra determinada, conforme a lo dispuesto en el C. C. (artículos 1.544 y 1.583).

76.- El artículo 3.1. del Decreto 462/1971⁸², de 11 de marzo, (modificado por el RD 129/1985, de 23 de enero), define la dirección técnica de las obras como *aquella actividad que controla y ordena la ejecución de la edificación en sus aspectos técnicos, económicos y estéticos, coordinando a tal efecto, las intervenciones de otros profesionales técnicos cuando concurran en la misma*. Las funciones fundamentales de los técnicos directores, son: a) velar por la adecuación de la edificación en construcción al proyecto, haciendo las comprobaciones oportunas e impartiendo al constructor las instrucciones pertinentes, suministrándole la documentación e información necesaria para una ejecución adecuada, y; b) asistir a la obra cuantas veces sean precisas.

⁸⁰ GONZALEZ PERÉZ, J.. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Civitas Ediciones S. L.. Madrid, 2000. Pág. 355.

⁸¹ Art. 7.1. CTE.

⁸² Decreto 462/1971, de 11 de marzo, por el que se aprueban las normas de redacción de proyectos y dirección de obras de edificación.

3.5.1. El director de obra.

77.- El artículo 12 de la LOE en el punto primero define al director de obra 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 objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto.*

78.- La jurisprudencia⁸³ ha venido definiendo la dirección de la obra como *“la fase en la que el arquitecto lleva a cabo la coordinación del equipo técnico facultativo de la obra, la interpretación técnica, económica y estética del proyecto de ejecución, y la adopción de medidas necesarias para llevar a término el desarrollo del proyecto de ejecución”*. Se diferencia del director técnico de la obra en que éste último no dirige, solo controla la calidad y cantidad, de acuerdo con las instrucciones del director de la obra. Los vicios⁸⁴ imputables a la dirección de la obra no solo pueden obedecer a actuaciones por las instrucciones erróneas impartidas, sino también, a omisiones por no dar las instrucciones o realizar las comprobaciones necesarias

Normalmente asumirá la dirección de la obra el mismo profesional que elaboró el proyecto por el conocimiento que tiene del mismo. El artículo 12.2 LOE contempla que puedan dirigir las obras de los proyectos parciales otros técnicos bajo la coordinación del director de obra.

⁸³ STS de 6 de noviembre de 1995.

⁸⁴ ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLES, M.. *Op. Cit.*, Pág. 223. “... se puede entender como vicio de la dirección todo defecto proveniente de las ordenes e instrucciones dictadas por el director de obra en la ejecución del edificio, o por la omisión o incumplimiento de su función de alta dirección o dirección media de la obra”.

79.- Las funciones⁸⁵ principales del director de obra giran en torno a la planificación y organización de la ejecución material de la obra y a su control, conforme al proyecto técnico, a la licencia de edificación, a las condiciones establecidas en el contrato de obra y a su finalidad.

80.- El artículo 12.3 de la LOE establece las obligaciones legales del director de obra⁸⁶:

1ª. Estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto⁸⁷, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. Las personas jurídicas deben designar el técnico director de obra que tenga la titulación profesional habilitante.

La LOE establece las siguientes atribuciones: a) la de arquitecto para la construcción de edificios que tengan los usos indicados en el artículo 2.1.a) LOE; b) la de ingeniero, ingeniero técnico o arquitecto, para las construcciones de las edificaciones indicadas en el artículo 2.1.b) LOE, y; c) la de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, para la construcción de las edificaciones indicadas en el artículo 2.1.c) LOE.

2ª. Verificar el replanteo y la adecuación de la cimentación y de la estructura proyectada a las características geotécnicas del terreno, verificación

⁸⁵ FERNÁNDEZ MARTÍN, F. *La promoción inmobiliaria. Aspectos prácticos*. Cie Dossat. Madrid, 2000. Pág. 87.

STS de 4 de diciembre de 2008 (RJ 2008\6950).

⁸⁶ SAP de Valencia de 4.07.09 (JUR 2009/6037).

⁸⁷ Los trabajos propios de la profesión de arquitecto quedan detallados en el R.D. 2512/1977, de 17 de junio, por el que se aprueban las tarifas de honorarios de los Arquitectos en trabajos de su profesión.

que tiene por objeto comprobar la viabilidad⁸⁸ del proyecto en fase de ejecución de obra, lo que le hace corresponsable del proyecto.

3ª. Resolver las contingencias que se produzcan en la obra y consignar en el libro de órdenes y asistencias las instrucciones precisas para la correcta interpretación del proyecto. De esta manera el Libro de Órdenes y Asistencias e Incidencias se convierte en un documento importante para la interpretación del proyecto⁸⁹ y la acreditación de las soluciones y aplicaciones técnicas introducidas, por la constancia y posterior prueba, de todas las cuestiones relacionadas con la dirección de la obra.

4ª. Elaborar a requerimiento del promotor o con su conformidad, eventuales modificaciones del proyecto que vengan exigidas por la marcha de la obra siempre que la misma se adapte a las disposiciones normativas contempladas y observadas en la redacción del mismo. Dichas modificaciones requerirán de la licencia preceptiva conforme a la legislación urbanística y local, excepto que sean de escasa importancia.

5ª. Suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el certificado final de obra⁹⁰, así como, conformar las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas, con los visados que en su caso fueran

⁸⁸ STA A Coruña de 19.09.08 (AC 2008\1955).

⁸⁹ El Libro de Ordenes y Asistencias está regulado por el Decreto 462/1971, de 11 de marzo, desarrollado por la Orden Ministerial de 9.6.71 sobre formato, características y trámites; por la Orden Ministerial 14.6.71 sobre aplicación a proyectos competencia de arquitectos superiores y por la Orden 19.5.70 sobre Libro de Ordenes y Visitas en viviendas de protección oficial. Estará en todo momento en la obra, a disposición del Arquitecto Director y del Arquitecto Técnico o Aparejador de la misma, quienes deberán consignar en él las visitas, incidencias y órdenes que se produzcan en su desarrollo. También existe en algunas comunidades la obligatoriedad de llevar el Libro de Control de Calidad (Orden de 30 de septiembre de 1991, del Conseller de Obras Públicas y Urbanismo y Transportes, por la que se aprueba el libro de Control de Calidad en Obras de Edificación de Viviendas).

⁹⁰ SAP Cádiz de 10.11.08, (JUR 2009\62388).
RDGRNN de 13 de enero de 2009 (JUR 2009\46041).

preceptivos. Los pagos que tiene que hacer el promotor de la obra al constructor se realizan en base a las certificaciones parciales y final⁹¹ de la obra ejecutada

6^a. Elaborar y suscribir la documentación de la obra ejecutada para entregarla al promotor con los visados que en su caso fueran preceptivos. Para ello, requerirá del constructor los datos necesarios para su elaboración, de acuerdo con la obligación que le viene impuesta por el artículo 11.2.g). El artículo 7 establece que una vez finalizada la obra se le facilite al promotor el proyecto con la incorporación de las modificaciones realizadas debidamente aprobadas para la formalización de los correspondientes trámites administrativos. Dicha documentación constituirá el Libro del Edificio, que tiene por destinatarios a los usuarios finales del edificio, conteniendo como mínimo el acta de recepción, la relación identificativa de los agentes que han intervenido durante el proceso de edificación, y la documentación relativa a las instrucciones de uso, mantenimiento e instalaciones del edificio, de conformidad con la normativa que le sea de aplicación.

7^a. El director de obra asumirá las obligaciones establecidas en el artículo 13 para el director de la ejecución de la obra en caso de que dichas funciones sean asumidas por el mismo profesional.

3.5.2. El director de ejecución de obra.

81.- El artículo 13.1 de la LOE define al director de la ejecución de la obra 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*. Forma parte de la

⁹¹ Art. 5.1 del Decreto 462/1971 de 11 de marzo por el que se aprueban las normas de redacción de proyectos y dirección de obras de edificación. “Las certificaciones de obras serán suscritas por los Técnicos superior y medio afectos a la dirección de la misma, dentro de sus respectivas competencias”.

dirección facultativa junto con el director, asumiendo la dirección material, el control de la construcción y la calidad de lo edificado. Se caracteriza por una mayor proximidad e inmediatez a la obra, controlando las operaciones de la construcción.

82.- Las atribuciones profesionales de los arquitectos e ingenieros técnicos, vienen establecidas en la Ley 12/1986, de 1 de abril. La jurisprudencia ha venido disponiendo que son funciones esenciales de los directores técnicos: a) el estudio y análisis del proyecto; b) la ejecución y vigilancia de las órdenes dadas en la dirección de la obra, procurando la perfecta realización de los trabajos y el empleo de materiales adecuados⁹²; c) conocer las normas tecnológicas de la edificación, vigilando que la realidad constructiva se ajuste a la *lex artis* y advertir al arquitecto de su cumplimiento; d) inspeccionar los materiales, proporciones y mezclas con la debida asiduidad⁹³, y; e) la correcta ejecución de las actividades constructivas, respondiendo de los resultados dañosos debidos a errores, defectos o vicios que ocasione con su intervención⁹⁴.

83.- El artículo 13.2 de la LOE les impone las siguientes obligaciones:

1^a. Estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. Cuando las obras a realizar tengan por objeto la construcción de edificios para los usos indicados en el artículo 2.1.a), la titulación académica y profesional habilitante será la de arquitecto técnico, al igual que para las obras del grupo b) que sean dirigidas por arquitectos. En los demás casos, la dirección de la ejecución de la obra puede ser desempeñada indistintamente por profesionales con la titulación

⁹² STS de 27 de enero de 1988.

⁹³ STS de 15 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7449).

⁹⁴ SSTS de 12 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9583), 2 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9394), 15 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4237).

de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico⁹⁵. En las personas jurídicas, el técnico director de la ejecución designado, deberá tener la titulación profesional habilitante.

2ª. Verificar la recepción en obra de los productos de construcción⁹⁶, ordenando la realización de ensayos y pruebas precisas. Para la comprobación de los materiales cuenta con los laboratorios de control de calidad, que pueden realizar las pruebas y ensayos pertinentes. También cuenta con los distintivos de calidad y sellos otorgados por los organismos reguladores de la calidad.

3ª. Dirigir la ejecución material de la obra⁹⁷ comprobando los replanteos, los materiales, dosificación y mezclas, exigiendo las comprobaciones, análisis y documentos de idoneidad precisos, la correcta ejecución, la disposición adecuada de los elementos constructivos y de las instalaciones de acuerdo con el proyecto y con las instrucciones del director de obra, y la adecuación de los materiales utilizados en la ejecución de la obra.

4ª. Consignar en el Libro de Órdenes y Asistencias⁹⁸ las instrucciones impartidas en la ejecución material de la obra y las visitas realizadas a la misma. El libro debe llevarse desde el comienzo de la obra y al producirse la recepción se entregará una copia del mismo al propietario. Hay que diferenciar el Libro de Órdenes y Asistencias del de Incidencias, éste último, viene impuesto por disposiciones sobre seguridad y salud laboral en la normativa estatal.

⁹⁵ CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.. Coment...* Págs. 258-60.

⁹⁶ Art. 7.2. CTE.

⁹⁷ Art. 7.3. CTE.
SAP Lleida de 13.11.08, (JUR 2008\136715).

⁹⁸ Decreto 462/1971, lo implanta en su art. 4 y la OM 9 de junio de 1971 detalló los requisitos del libro.

5ª. Suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el certificado final de obra, así como elaborar y suscribir las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas. El certificado final de obra se exige preceptivamente para acreditar la terminación cuando se ha declarado la obra nueva en construcción, inscribir la declaración de obra nueva terminada y para obtener la licencia de primera ocupación. También viene obligado a suscribir las certificaciones parciales, aunque éstas, no condicionan la obtención de ninguna licencia ni autorización administrativa. Estas certificaciones deben ser elaboradas por él, pero deberán ser conformadas por el director de obra (artículo 17.7 LOE).

6ª. Colaborar con los restantes agentes en la elaboración de la documentación de la obra ejecutada⁹⁹, aportando los resultados del control realizado. En dicha elaboración, su participación es muy importante por el conocimiento que tiene de la obra y de los agentes intervinientes, dada la proximidad que mantiene respecto a ella.

3.6. LAS ENTIDADES Y LABORATORIOS DE CONTROL DE CALIDAD.

84.- La LOE establece en el artículo primero el aseguramiento de la calidad de la edificación, convirtiéndola en uno de sus objetivos prioritarios y regulando los requisitos básicos que ha de reunir. Para ello, ha incluido como agentes de la edificación a las entidades y los laboratorios de control de calidad¹⁰⁰, cuya

⁹⁹ ART. 7 LOE y CTE.

¹⁰⁰ La regulación básica de estas entidades se encuentra en la Ley 21/1992, de 16 de julio y en el RD 1230/1989, de 13 de octubre, así como en la legislación autonómica en base a las competencias asumidas. El art. 19 de dicha Ley referido a la infraestructura de la calidad en el punto 1.d) asigna a los laboratorios de ensayo el cometido de llevar a cabo la comprobación de que los productos industriales cumplan con las normas o especificaciones técnicas. El punto 1.e) se refiere a las entidades auditoras y de inspección, con el cometido de determinar si las actividades y los resultados relativos a la calidad satisfacen a los requisitos previamente

actividad consiste en prestar asistencia técnica al resto de los agentes, asegurando la calidad de los materiales, los trabajos realizados, las instalaciones, la ejecución y el proceso edificatorio en general¹⁰¹. Su campo de actividad es muy amplio, requiriendo de autorización administrativa¹⁰² para su ejercicio¹⁰³.

85.- La doctrina los considera agentes indirectos¹⁰⁴ o auxiliares por no tener su actuación una incidencia directa en el aspecto físico de la obra, ya que ésta se centran en comprobar que los requisitos y calidades de la edificación se cumplen desde el punto de vista legal y contractual y en caso de no cumplirlos, deben manifestarlo mediante los informes preceptivos. Su intervención tiene carácter esencialmente preventivo¹⁰⁵, prestando asesoramiento no a los constructores, sino al dueño de la obra.

86.- Los controles pueden ser solicitados por el promotor, el director de la obra o el director de ejecución de la obra. La naturaleza de dicha relación es la de un

establecidos, y si estos requisitos se llevan a cabo efectivamente y son aptos para alcanzar los objetivos.

¹⁰¹ GONZALEZ PÉREZ, J.. *Op. cit.*. Págs. 368 y ss.

¹⁰² DECRETO 107/2005, de 3 de junio, del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba el sistema de acreditación de entidades de control y laboratorios de control de calidad de la edificación.

Artículo 4. Naturaleza de la acreditación.

1. La acreditación de entidades de control de calidad y laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación supone el reconocimiento expreso, por parte de la Generalitat, de la capacidad técnica de éstos para realizar la actividad definida en los artículos 2 y 3 de este decreto, respectivamente.

2. La acreditación se concederá a una entidad de control de calidad o laboratorio de ensayos determinado, y no puede ser transferida.

3. La acreditación se otorgará a una entidad de control de calidad o laboratorio de ensayos con carácter específico para el área de actividad en la que haya sido acreditado, sin que, en ningún caso, pueda entenderse otorgada con carácter general.

¹⁰³ Casi todas las comunidades autonómicas tienen establecidas las normas de autorización a nivel autonómico.

¹⁰⁴ MOLTO GARCÍA, J. I.. *Op. cit.*. Pág. 273.
PAREJO ALFONSO L.. *Op. cit.*. Pág. 250 y ss.

¹⁰⁵ ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M. *Op. cit.*. Pág. 234.

contrato de arrendamiento de obra, respondiendo los organismos de los resultados facilitados por su trabajo. Dada la amplitud de sus competencias, generalmente se deberá recurrir al asesoramiento de estos organismos. La Ley no ha impuesto la obligatoriedad de la intervención de las entidades y laboratorios de control de calidad de una manera directa (no así la legislación autonómica¹⁰⁶), sino indirecta, ya que tanto el jefe de obra como el de ejecución de obra responden de ésta.

87.- La LOE los regula en el artículo 14, diferenciando las entidades de los laboratorios de control de calidad de la edificación:

a) *Son entidades de control de calidad de la edificación, aquéllas capacitadas para prestar asistencia técnica en la verificación de la calidad del proyecto, de los materiales y de la ejecución de la obra y sus instalaciones, de acuerdo con el proyecto y la normativa aplicable¹⁰⁷.* La verificación se extiende

¹⁰⁶ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZALEZ CARRASCO. *Op. cit.* Coment... Pág. 267.

¹⁰⁷ DECRETO 107/2005, de 3 de junio, del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba el sistema de acreditación de entidades de control y laboratorios de control de calidad de la edificación.

Artículo 2. Las entidades de control de calidad de la edificación

1. Las entidades de control de calidad de la edificación son agentes de la edificación que prestan asistencia técnica para la verificación de la calidad del proyecto, de los materiales y de la ejecución de la obra de edificación y sus instalaciones, de acuerdo con el proyecto de edificación y con la normativa aplicable en cualquiera de los ámbitos de la edificación y para cualquier fase del proceso edificatorio.

2. Las entidades de control de calidad, de conformidad con lo establecido en la Ley 3/2004, de 30 de junio, de la Generalitat, de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación, estarán obligadas a:

a) Disponer, para los campos de asistencia técnica que así se determine, de la acreditación oficial que reconoce la capacidad suficiente de medios materiales y humanos necesarios para prestar asistencia técnica en la verificación de la calidad del proyecto, de los materiales y de la ejecución de las obras y sus instalaciones.

b) Someterse, conforme a las condiciones que se establezcan reglamentariamente, a los principios de independencia, imparcialidad e integridad, de forma que se contemple su régimen de obligaciones y la exigencia de aseguramiento de sus actividades en los campos de asistencia técnica en las que se encuentren efectivamente acreditadas por parte de la Administración competente.

c) Prestar asistencia técnica y entregar los resultados de su actividad al agente autor del encargo y, en el correspondiente caso, al proyectista, al director de la obra y al director de la ejecución de la obra.

a la calidad del proyecto, a los materiales, a la ejecución de la obra y a sus instalaciones, de acuerdo con la normativa y con el proyecto. El control de la calidad comienza antes de la construcción, examinando la idoneidad del proyecto.

La actividad de estos organismos tiene una incidencia especial en la relación del promotor con las aseguradoras, ya que éstas imponen dichos controles para controlar el riesgo en las coberturas de las garantías establecidas en el artículo 19 de la LOE, dado el dilatado plazo de éstas. El trabajo desarrollado es entregado no solo al agente autor del encargo sino también (*en todo caso*) al director de ejecución de la obra.

88.- b) *Son laboratorios de ensayos¹⁰⁸ para el control de calidad de la edificación, los capacitados para la realización de ensayos de la calidad de los*

3. El apartado c) anterior ha de entenderse, a los efectos de este decreto, en un sentido amplio. Así, la asistencia técnica puede ser de estudio, supervisión, evaluación, verificación, u otras acciones posibles. Debe entenderse, asimismo, que los resultados de la actividad han de entregarse al agente autor del encargo, que puede ser estrictamente un agente de la edificación o una de las diversas administraciones públicas intervinientes. Además, los citados resultados se entregarán al técnico responsable que, según las fases del proceso edificatorio puede ser el proyectista, el director de obra y el director de la ejecución de obra, el responsable de mantenimiento u otros, según el caso.

4. Aunque la acreditación supone el reconocimiento por la Generalitat de la capacidad técnica de entidades de control para realizar adecuadamente los trabajos contratados, éstas serán responsables de sus actuaciones y resultados.

5. El sistema de acreditación para la prestación de asistencia técnica para la verificación de la calidad de la edificación se desarrolla mediante las disposiciones reguladoras generales de la acreditación que se aprueban en este decreto, y que figuran como anexo I, así como por las disposiciones reguladoras específicas que pudieran dictarse para determinados campos de acreditación.

STS de 18 junio 2008, (RJ 2008\4508).

¹⁰⁸ DECRETO 107/2005, de 3 de junio, del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba el sistema de acreditación de entidades de control y laboratorios de control de calidad de la edificación.

Artículo 3. Los laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación

1. Los laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación son agentes de la edificación que realizan ensayos y pruebas de servicio para la verificación de la calidad de materiales y elementos de obra en el ámbito de la edificación de conformidad con la normativa de aplicación.

materiales y pruebas de las instalaciones de la obra, que pasan a formar parte de los controles de las entidades de control de la calidad.

La asistencia técnica que prestan se concreta y materializa en la realización de pruebas de ensayo¹⁰⁹, entendiéndose por éstas, la operación consistente en el examen o comprobación con los equipos adecuados, de una o más propiedades de un producto, proceso o servicio de acuerdo con un procedimiento específico¹¹⁰, a diferencia de las entidades de control de calidad, las cuales, emiten opiniones a través de informes.

89.- Son obligaciones¹¹¹ de las entidades y de los laboratorios de control de calidad:

1ª. Prestar asistencia técnica y entregar los resultados de su actividad al agente autor del encargo y también (en todo caso), al director de la ejecución de las obras. Los resultados se entregarán al asegurador¹¹² y por supuesto al

2. Los laboratorios de ensayo para el control de calidad de la edificación, de conformidad con lo establecido en la Ley de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación, estarán obligados a:

a) Disponer, para las áreas de acreditación que así se determine, de la acreditación oficial que reconoce la capacidad suficiente de medios materiales y humanos necesarios para prestar asistencia técnica, mediante la realización de ensayos o pruebas de servicio de los materiales, sistemas o instalaciones de una obra de edificación, y cuantas otras se puedan establecer reglamentariamente.

b) Prestar asistencia técnica y entregar los resultados de su actividad al agente autor del encargo y, en el correspondiente caso, al director de la obra y al director de la ejecución de la obra.

3. Aunque la acreditación supone el reconocimiento por la Generalitat de la capacidad técnica de laboratorios de ensayo para realizar adecuadamente los trabajos contratados, éstos serán responsables de sus actuaciones y resultados.

4. Las actuaciones para la acreditación de laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación se realizarán según el sistema de acreditación contenido en el presente decreto, y en su anexo II.

¹⁰⁹ ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZALEZ, M.. *Op. cit.*. Págs. 239-40.

¹¹⁰ Art. 8.8, Ley 21/1992, de 16 de julio.

¹¹¹ Art. 14 LOE.

¹¹² Art. 7.2.3 CTE.

promotor, quien instará al agente responsable a subsanar las pegas u objeciones que emanen de la entidad de control.

2ª. Justificar la capacidad suficiente de medios materiales y humanos necesarios para realizar adecuadamente los trabajos contratados, a través de la correspondiente acreditación oficial otorgada por las Comunidades Autónomas con competencia en la materia. La acreditación se realiza por áreas técnicas, pero dado que pueden intervenir varios laboratorios, podrá existir eventualmente una entidad no acreditada¹¹³ que se encargue de centralizar la remisión de los materiales, documentos e informes entre los agentes y los laboratorios.

SAP Zaragoza núm. 220/2006 (Sección 5ª), de 12 abril (AC 2006\448. “PRIMERO En el presente litigio la parte actora, promotora y constructora de una obra en la localidad de Utebo, demanda a «Cotas Internacional, SA», en su concepto de «OCT» u «Organismo de Control Técnico», por el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones contractuales, lo que le habría originado unos daños y perjuicios que son los que le reclama a través de su demanda. Antes que nada es preciso distinguir la figura del «OCT» de la del laboratorio o entidad de control de calidad de la edificación. Estos últimos organismos están regulados en el art. 14 LOE. (Ley de Ordenación de la Edificación 38/99, de 5 de noviembre [RCL 1999, 2799]) y tienen una función de controlar la calidad del proyecto, materiales etc. de una obra, a fin de asistir técnicamente al autor del encargo o al director de la ejecución de las obras. Sin embargo, los «OCT» a cuya característica pertenece la demandada, son entidades técnicas que informan a las aseguradoras sobre el proyecto y ejecución de las obras a los efectos de la cobertura o no por éstas de las garantías obligatorias a que se refiere el art. 19 LOE. Por lo tanto, como ha quedado palmariamente recogido en el presente juicio, este tipo de organismos constituyen una «a modo» de delegación técnica de la compañía de seguros en la obra. Y esa misión puede realizarla la aseguradora por sus propios técnicos (lo que no es habitual) o de forma externa, mediante empresas técnicas como la demandada. En su consecuencia, los informes de los «OCT» poseen una relevante posición en el fenómeno constructivo, puesto que, en buena medida, depende de ellos la concesión de las garantías obligatorias, sin cuyo otorgamiento no podría ni escriturarse ni inscribirse la obra nueva. (art. 20 LOE)”.

¹¹³ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y CARRASCO GONZALEZ. *Op. cit.*. *Derecho*. Pág. 508.

3.7. LOS SUMINISTRADORES DE LOS PRODUCTOS.

90.- El artículo 15 de la LOE regula a los suministradores de los productos. No los define, solo dice quienes tienen tal consideración¹¹⁴. Son *los* fabricantes, los almacenistas y los importadores o vendedores de productos de construcción. El TRLGDCU¹¹⁵ en sus artículos. 5, 138 y 146, identifica al productor con el fabricante, el proveedor y los importadores. A los efectos de dicha Ley tienen la consideración de fabricantes:

- a) los productores de productos terminados.
- b) los de cualquier elemento integrado en un producto terminado.
- c) los que producen una materia prima.
- d) cualquier persona que se presente al público como fabricante poniendo su nombre, denominación social, marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto, envase, envoltorio u otro elemento de protección o de presentación.

Utiliza un concepto amplio de fabricante, incluyendo en el mismo a todos estos sujetos, que pueden estar integrados en la cadena productiva-distributiva de los productos que fluyen de fabricantes a usuarios y consumidores, quedando dentro de dichos canales cualquier persona susceptible de incurrir en responsabilidad por los defectos que adolezcan los productos utilizados en el proceso de la edificación, respondiendo de los daños causados.

91.- El punto segundo del artículo 15 LOE, define el producto de construcción¹¹⁶ como aquel que se fabrica para su incorporación permanente a

¹¹⁴ PAREJO ALFONSO, L.. *Op. cit.*. Págs. 278-279.

¹¹⁵ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

¹¹⁶ El art. 4 referido a las especificaciones técnicas, entendidas como las normas y los documentos de idoneidad técnica para los requisitos de los productos. Estos requisitos se deben

una obra, incluyendo materiales, elementos semielaborados, componentes y obras o parte de las mismas, tanto terminadas como en proceso de ejecución. Tiene por finalidad su incorporación permanente al edificio, entendida de forma amplia, identificándose fundamentalmente con los elementos estructurales. Actualmente, todos los edificios llevan incorporados un número considerable de elementos prefabricados en procesos industriales y luego instalados o utilizados en él.

El artículo 2 del RD 1630/1992, establece las condiciones que deben reunir los productos¹¹⁷ para poder importarse, comercializarse y utilizarse en todo el territorio español¹¹⁸, mientras que el artículo 41 de la Ley de Prevención

contener en los documentos interpretativos establecidos y publicados por las Comunidades Europeas y las especificaciones técnicas (art. 3.2 RD 1630/1992). Éstas últimas comprende a su vez los siguientes:

- a) Normas armonizadas.
- b) Norma transposición de normas armonizadas.
- c) Documento de idoneidad técnica europea.
- d) Especificación técnica racional reconocida.

¹¹⁷ El Anejo I establece los requisitos esenciales que deben reunir los productos.

¹¹⁸ Real Decreto 1630/1992, de 29 de diciembre, por el que se dictan disposiciones para la libre circulación de productos de construcción, en aplicación de la Directiva 89/106/CEE. “Artículo 2. Condiciones para la libre circulación.- 1. Los productos a que se refiere el artículo 1, apartados 2 y 3, que cumplan las prescripciones del presente Real Decreto, podrán importarse, comercializarse y utilizarse en todo el territorio español, siempre que sean idóneos para el uso a que estén destinados, es decir, que cumplan las condiciones siguientes: a) Que tengan unas características que permitan que las obras a las que deban ser incorporados, puedan satisfacer los requisitos esenciales establecidos en el artículo 3, siempre que dichas obras estén adecuadamente proyectadas y construidas y estén sujetas a una reglamentación que contenga dichos requisitos; y b) Que lleven el marcado CE, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 5, el cual indica que satisfacen las disposiciones del presente Real Decreto, incluidos los procedimientos de evaluación de la conformidad establecidos en el artículo 6 y el procedimiento establecido en el anexo V, salvo en los casos que a continuación se indican, en los que no podrán llevar el marcado citado: b.1) Los productos que sean considerados por la Comisión de las Comunidades Europeas como de escasa incidencia sobre los requisitos esenciales del artículo 3 y que se especificarán en las disposiciones que desarrollen el presente Real Decreto. Estos productos serán aptos para su comercialización mediante la presentación por parte del fabricante o su representante legalmente establecido en la Comunidad Económica Europea, en adelante *representante*, de una declaración de conformidad de los mismos con las *buenas prácticas de fabricación*. b.2) Los productos fabricados para una aplicación única y específica y no destinados a ser comercializados. b.3) Los

de Riesgos Laborales establece las obligaciones de los fabricantes, suministradores e importadores de facilitar la información necesaria para su utilización, con el fin de evitar peligros y riesgos en la manipulación.

92.- El suministrador se relaciona mediante el contrato de compraventa o suministro con el constructor (incluso con el subcontratista) y con el promotor, en función de cómo se haya establecido la forma de aprovisionamiento en el contrato de obra que vincula a estos últimos. Las normas fundamentales en el régimen jurídico¹¹⁹ de la responsabilidad por defectos de los productos de construcción son la LOE y TRLGDCU¹²⁰.

93.- El punto tercero el artículo 15 de la LOE, establece como obligaciones del suministrador:

productos a los que es de aplicación el artículo 9.- 2. Los organismos públicos o privados que actúen como una empresa pública o como un organismo público sobre la base de una posición de monopolio, no pondrán en sus normas o condiciones, obstáculos al uso de los productos que cumplan las disposiciones del presente Real Decreto cuando se empleen para los fines a los que están destinados”.

¹¹⁹ Es bastante extensa la regulación jurídica sobre productos de construcción, tanto comunitaria como nacional, entre ella podemos destacar:

Directiva 89/106/CEE de 21 de Diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros sobre los productos de construcción.

Son varias las decisiones con competencia en productos de construcción, entre ellas destacamos la Decisión 1999/470/CE de la Comisión de 29 de junio relativa al procedimiento de certificado de la conformidad de productos de construcción con arreglo al apartado 2 del artículo 20 de la Directiva 89/106/CEE del Consejo en lo concerniente a los adhesivos para la construcción. Real Decreto 1630/1992, de 29 de diciembre, por el que se dictan disposiciones para la libre circulación de productos de construcción, en aplicación de la Directiva 89/106/CEE, Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios, Ley 22/1994, de 6 de junio que regula la responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos, Ley de prevención de riesgos laborales, etc.

¹²⁰ El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias ha derogado la Ley 26/1984 de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley 22/1994 de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, normas éstas que con anterioridad a la actual LGDCU regulaban la responsabilidad por productos defectuosos.

1ª. Realizar las entregas de los productos de acuerdo con las especificaciones del pedido, es decir, cantidad y calidad pactadas (artículo 1.167 C. C.). El cumplimiento adecuado por el suministrador debe comprobarlo el director de la ejecución de la obra, ordenando la realización de los ensayos y pruebas precisas.

2ª. Responder del origen, identidad y calidad de los productos. En caso de no especificarse la calidad del producto se debe entender una calidad media (artículo 1.167 C. C.). La legislación autonómica¹²¹ exige que los materiales estén marcados con fecha de fabricación, número de lote, así como la entrega de la documentación que acredite la calidad de los mismos.

3ª. El cumplimiento de las exigencias que establece la normativa técnica aplicable. La legislación al respecto es numerosa, pero hay que destacar el R.D. 1630/1992, de 29 de diciembre que dicta disposiciones para la libre circulación de productos de construcción, en aplicación de la Directiva 89/106/CEE a la que debe de ajustarse la comercialización y utilización de los productos sujetos a normas técnicas a nivel comunitario, y; el cumplimiento de la normativa técnica aplicable a los productos no sujetos a dichas normas, diferenciando aquellos productos fabricados y comercializados en España, los fabricados en otros estados comunitarios y los fabricados en terceros países.

Las marcas, sellos, certificaciones de conformidad u otros distintivos de calidad voluntarios de los productos, equipos y sistemas que se incorporen a los edificios, que faciliten el cumplimiento de las exigencias básicas del CTE, podrán ser reconocidos por las Administraciones Públicas¹²², sin perjuicio de la exigencia del marcado CE que le sea aplicable, certificación de conformidad

¹²¹ Art. 1, RD 1630/1980 y art. 12.2 de la Ley 2/1999.

¹²² Art. 5.2.3 CTE.

AENOR, autorización de conformidad, sello Ince, documento de idoneidad técnica, sellos de calidad, etc.¹²³

4ª. Facilitar cuando proceda, en función de las características del producto, las instrucciones de uso y mantenimiento de los productos suministrados¹²⁴, las garantías de calidad correspondientes para su inclusión en la documentación de la obra ejecutada y la identificación de los productos con el número de lote y fecha de fabricación conforme a ésta norma o a otras. Esta documentación ha de entregarse al promotor de la obra con la entrega del edificio, teniendo por destino su incorporación al libro del edificio.

Estas obligaciones deben de cumplirse a lo largo de toda la cadena de producción-distribución. Adquiere especial relevancia el suministrador final, ya que no existe la acción directa.

3.8. LOS PROPIETARIOS Y LOS USUARIOS.

94.- La LOE considera a los propietarios y usuarios agentes de la edificación, regulándolos en el artículo 16. La doctrina no es pacífica respecto a tal consideración, existen autores que entienden que la fase de conservación y mantenimiento forma parte del proceso edificatorio pero también hay quienes no están de acuerdo¹²⁵, ya que si se entiende por proceso edificatorio la acción y el resultado de construir un edificio (artículo 2 LOE), los propietarios y usuarios no construyen, solo utilizan el edificio. Es evidente que éstos no son agentes de la

¹²³ Arts. 4, 6, 7.2.1 y 2 CTE.

¹²⁴ El art. 18 de la LGDCU establece los requisitos de etiquetado y presentación de los bienes y servicios.

¹²⁵ SEOANE PRADO, BARCALA FERNANDEZ DE PALENCIA y COBO PLANA. *Garantías y responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*. Sepin. Madrid, 2000. Pág. 70.

edificación, por cuanto, no participan ni directa ni indirectamente en la actividad de la edificación, si bien, adquieren un protagonismo especial en la fase de conservación y mantenimiento, durante la vida útil del edificio. Para ASÍS ROIG¹²⁶ el contenido material de la condición de propietario se define con relación a tres aspectos, el régimen de uso del inmueble, el deber de mantenimiento y el deber de conservación.

En el periodo comprendido desde la recepción de la obra hasta la entrega al comprador, propietario y promotor coinciden, simultaneándose los derechos del propietario a la explotación económica del edificio con los deberes de mantenimiento y conservación que la LOE le impone al propietario.

95.- Junto con la LOE, existe numerosa legislación¹²⁷ que trata de proteger al propietario como parte débil de la negociación. Entre ella se encuentran el D. 2114/1968, de 24 de julio, de vivienda de protección oficial; la Ley 57/1968, de 27 de julio, por la que se regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas; el D. 3114/1168, de 12 de diciembre sobre aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a las comunidades y cooperativas de viviendas; el R.D. 515/1989 de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de vivienda; el R. D. L. 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y; la Orden de 5 de octubre de 1968, sobre propaganda y publicidad de la venta de viviendas que no sean de protección oficial.

¹²⁶ *Comentario a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Dir. Parejo Alfonso, L.. Tecnos. Madrid 2001. Págs. 297 y ss.

¹²⁷ LA SERNA BILBAO, M. N.. *Op. cit.*. Pág. 229.

96.- Las obligaciones establecidas en el artículo 16 LOE¹²⁸, son las de conservar en buen estado¹²⁹ el edificio mediante su adecuado uso y mantenimiento, realizar las inspecciones reglamentarias establecidas¹³⁰, así como recibir, conservar y transmitir la documentación de la obra ejecutada y los seguros y garantías con que éste cuente (artículo 19). Las leyes urbanísticas autonómicas¹³¹ obligan a los propietarios a mantener los edificios en condiciones de seguridad y habitabilidad para el uso debido, utilizándolos adecuadamente de acuerdo con las instrucciones de uso. Ante su incumplimiento, los propios municipios podrán mandar de oficio la ejecución subsidiaria de las obras necesarias para el mantenimiento de dichas condiciones. Este deber alcanza hasta el nivel normal de conservación que está representado por la mitad del valor de una construcción de nueva planta de características y dimensiones similares. En caso de que el importe de la conservación exceda dicha cantidad, procederá la declaración de ruina por el propio municipio.

97.- La Ley 49/60 de la Propiedad Horizontal¹³² establece en los artículos 9 y 10 las obligaciones de cada propietario respecto a las partes privativas, entre las que se encuentra la de mantener en buen estado de conservación su propio piso o local e instalaciones privativas, observando la diligencia debida en el uso del inmueble, y; la de realizar las obras necesarias en las partes comunes para el

¹²⁸ También se refieren al deber de conservación del edificio la LPH art. 9 y 10, la LAU e incluso alguna legislación autonómica establece la obligación de realizar inspecciones técnicas a los edificios.

STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas de 2 noviembre de 2002 (RJCA 2002\233).

¹²⁹ Art. 82. CTE.

BURGOS Y PEREZ DE ANDRADE, G. y GARCIA VARELA, R. *Op. cit.*. Pág. 247.

¹³⁰ BURGOS Y PEREZ DE ANDRADE, G. y GARCIA VARELA, R. *Op. cit.*. Págs. 309-17. El Consejo General de Arquitectura ha confeccionado unas pautas de actuación en la conservación de los edificios: a) el control de los pesos; b) las obras ilegales; c) las humedades; d) seguridad con la electricidad; e) seguridad con el gas; f) el control del agua; g) el cuidado de la madera; h) las reformas, y; i) las fachadas.

¹³¹ Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía. Arts. 155, 157 y 159.

¹³² SAP de Burgos de 11.01.08, (JUR 2008\297081).

adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios. La conservación y mantenimiento de las partes comunes corresponde a la comunidad y de las privativas a los propietarios. La LAU regula los derechos y obligaciones de los contratantes en los artículos. 21, 22, 23 y 24.

98.- La documentación de la obra ejecutada¹³³ será entregada por el director de obra al promotor, quién a su vez, deberá trasmitirla al propietario, al que la LOE le impone la obligación de recibirla, conservarla y entregarla a los usuarios finales o al nuevo adquirente cuando se transmita la propiedad.

¹³³ Arts. 4.1 y 5.6 del RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas. Art. 25 y 26 de la Ley de Cataluña 24/1991, de 29 de noviembre de la vivienda. Art. 12.2 de la Ley de Madrid 2/1999, de 17 de marzo, de Medidas de Calidad de la Edificación.

SEGUNDA PARTE

Las garantías en la edificación

CAPÍTULO II. LAS GARANTÍAS EN LA EDIFICACIÓN.

SUMARIO: 1. CUESTIONES PREVIAS. 2. LAS GARANTÍAS: 2.1. Introducción. 2.2. Concepto. 2.3. Tipos. **3. GARANTÍAS DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN LA EDIFICACIÓN:** 3.1. Introducción. 3.2. Financiadores. 3.3. Contratista. 3.4. Subcontratista. 3.5. Compradores. 3.6. Entes Públicos. 3.7. Técnicos. 3.8. Comitente. 3.9. Trabajadores. 3.10. Suministradores. 3.11. Promotor.

1. CUESTIONES PREVIAS.

99.- La actividad edificatoria como actividad empresarial necesita de recursos financieros con los que adquirir los medios necesarios para construir el edificio, lo que conlleva la elección de las fuentes de financiación y de los instrumentos financieros. El promotor no suele utilizar únicamente recursos propios para

financiar los proyectos inmobiliarios, siendo práctica habitual el recurso al crédito, no solo por insuficiente capacidad financiera para acometer el proyecto, sino también, por los efectos que sobre la rentabilidad tiene el apalancamiento financiero¹. La financiación² puede llevarse a cabo mediante diferentes fórmulas que combinan fuentes e instrumentos de financiación, entre las que hay que destacar: a) las aportaciones del promotor; b) los tramos de financiación; c) el contrato de financiación; d) los anticipos de compradores; e) la financiación hipotecaria; f) la financiación con cargo a fondos públicos; g) el leasing inmobiliario; h) los préstamos sindicados; i) el contrato de aportación; j) el derecho de superficie sobre suelo, y; k) el derecho de vuelo.

100.- a) Aportaciones del promotor. Generalmente se lleva a cabo a través de la constitución de sociedades de tipo capitalista o cooperativas en las que la responsabilidad queda limitada a los recursos propios de la sociedad, constituidos fundamentalmente por el capital aportado por los socios a la constitución de la sociedad y en posteriores ampliaciones, primas de emisión de acciones y reservas constituidas mediante la capitalización de beneficios.

101.- b) Financiación por tramos. Este tipo de financiación puede financiar proyectos con riesgo elevado, estructurándose en diferentes tramos llamados senior, mezanine y junior. El tramo senior abarca hasta el ochenta por ciento de la financiación total del proyecto y suele realizarse mediante préstamos con

¹ El endeudamiento entendido como la relación existente entre los fondos ajenos y los fondos propios, amplifica la rentabilidad financiera del proyecto cuando el beneficio del proyecto antes de intereses e impuestos (BAIT) es superior al coste de la financiación ajena.

² FERNÁNDEZ MARTÍN, D.. *La promoción inmobiliaria. Aspectos prácticos*. 4ª. edic.. Madrid, 2005. Págs. 57-75. Para medir los efectos del endeudamiento se utilizan diferentes ratios entre los que hay que destacar: a) el denominado Loan to Alue, expres, mide la proporción del préstamo con la tasación del valor del mercado del inmueble; b) el Debt Service, mide la proporción entre los ingresos netos generados por el proyecto inmobiliario y los gastos, intereses y comisiones devengados por este, y; c) Interest Coer expresa la proporción entre los ingresos netos generados por el proyecto inmobiliario y el importe total de los intereses anuales que el promotor ha de pagar por el préstamo.

garantía hipotecaria³ sobre el suelo y el edificio en construcción. La financiación mezanine abarca el diez por ciento de la financiación total y suele realizarse a través de préstamos participativos⁴ a largo plazo, que incluyen periodo de carencia. El tipo de interés se divide en dos tramos, el primero fijo (generalmente es un tipo de referencia) y el segundo en función de la evolución de la actividad. La financiación junior comprende entre el cinco y el diez por ciento de la financiación del proyecto y suelen aportarlo los promotores a través de los fondos propios de la sociedad, aunque también pueden recurrir al crédito bancario.

También pueden establecerse los llamados acuerdos de subordinación de deuda por los cuales se establece una preferencia de rango a favor de alguno de los diversos acreedores del promotor.

102.- c) El contrato de Project finance o financiación de proyectos. Es un instrumento de financiación de grandes proyectos inmobiliarios (centros comerciales, hoteles, parques temáticos y de ocio, oficinas, etc.), que hace posible que puedan abordarse proyectos que por su envergadura serían inviables financieramente⁵ para el promotor. Esta técnica puede utilizarse para financiar proyectos económicamente viables con la garantía del cash-flow generado por

³ Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. Art. 5.2. Reglamentariamente se determinarán: ... “Los supuestos en que pueda exceder la relación del 60 % entre el préstamo o crédito garantizado y el valor del bien hipotecado, con el límite máximo del 80 %, así como aquellos en que la Administración, en función de las características de los bienes hipotecados, pueda establecer porcentajes inferiores al 60 %. En todo caso se aplicara el límite máximo del 80 % a los préstamos y créditos garantizados con hipoteca sobre viviendas sujetas a un régimen de protección pública”; y 5.4 “Las condiciones en las que se podría superar la relación del 80 % entre el préstamo o crédito garantizado y el valor de la vivienda hipotecada, sin exceder del 95 % de dicho valor, mediante garantías adicionales prestadas por entidades aseguradoras o entidades de crédito”.

⁴ FERNÁNDEZ MARTÍN, D.. *La promoción inmobiliaria aspectos prácticos*. Editorial Dossat 2000 S.L.. Madrid, 2005. Págs.58-59.

RDL 7/96, de 7 de Junio, de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, modificado por la disposición adicional 2ª de la Ley 10/96.

⁵ FERNÁNDEZ MARTÍN, D.. *Op. cit.*. Editorial Dossat 2000 S.L.. Madrid, 2005. Págs. 62-65.

los mismos, el cual, asegura la devolución del crédito y los intereses devengados. Se trata de una financiación muy compleja que se lleva a cabo a través de la creación de una sociedad específica para su desarrollo llamada Sociedad Vehículo del Proyecto⁶, con personalidad jurídica independiente de las de los promotores o socios y cuyo objeto es solo el desarrollo y explotación del proyecto. En su desarrollo intervienen las entidades financieras que son quienes proporcionan los recursos financieros a largo plazo para la viabilidad del proyecto, los asesores externos necesarios por la complejidad de estas operaciones (jurídicos, medioambientales, ingenieros, etc.), las administraciones públicas en caso de concesiones administrativas, etc..

Las garantías exigidas para la financiación del proyecto son diversas. Se puede acudir: 1º) a la garantía hipotecaria sobre el suelo y el edificio; 2º) al derecho real de anticresis que concede al acreedor la facultad de percibir las rentas que genere el inmueble e incluso promover su venta aplicando su valor al pago de la deuda; 3º) a la prenda sobre las acciones que representa el capital social de la SPV; 4º) a la cesión de derechos; 5º) al control operativo; 6º) a la garantía de socios; 7º) a los seguros, y; 8º) a otros mecanismos⁷ que aunque no constituyen garantías en sentido estricto, tienen por finalidad asegurar la viabilidad del proyecto (cobertura de tipos de interés, seguros a la exportación con cobertura de riesgos políticos, coberturas de tipos de cambio, etc..).

⁶ VAÑO VAÑÓ, M^a. J.. *El contrato de Project Finance*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002.

⁷ LÓPEZ AGUDO, C.. “Financiación de proyectos”. *Lecciones de Derecho Bancario y Bursatil*. Colex. Madrid, 2001. Págs. 281-305. Cláusulas incorporadas frecuentemente a los contratos de financiación para garantizar el comportamiento de la sociedad vehículo del proyecto son: a) Cláusulas Pari passu; b) Cláusula Negative pledge; c) Obligación de Cumplimiento de determinados ratios de endeudamiento; e) restricciones al reparto de dividendos; f) restricciones al endeudamiento con terceros; g) limitaciones a la contratación con terceros; h) limitaciones a la reducción de capital; i) Obligación de comunicar hechos significativos; j) Condiciones suspensivas que supediten la disponibilidad del crédito al cumplimiento de determinados requisitos que se consideran que tienen una influencia notable en el proyecto; k) disposición del crédito contra certificación de obra; l) Retención en garantía de una parte de las disposiciones

103.- d) Anticipos de compradores. Es práctica usual la compraventa de inmuebles en construcción con el pacto de entregar cantidades anticipadas a cuenta del precio, tanto a la formalización del contrato, como durante el periodo de ejecución de la obra. Dichas cantidades suelen alcanzar hasta el veinticinco por ciento del precio de adquisición del inmueble. Estos anticipos suponen al promotor financiación sin costes explícitos, excepto los de las garantías que la Ley 57/68 de 27 de julio establece a favor de los compradores, consistentes en la contratación de avales bancarios o seguros de caución, que garanticen la devolución de los anticipos percibidos por el promotor, junto con los intereses correspondientes calculados al tipo de interés legal del dinero, en caso de no entregarse la vivienda en el plazo pactado.

104.- e) Financiación hipotecaria. La garantía del préstamo recibido es la hipoteca constituida sobre el solar y la edificación en construcción. Este tipo de financiación es peculiar de la empresa inmobiliaria, ya que financia a los promotores y a los compradores, éstos últimos, a través de la subrogación del préstamo del promotor. Se puede recurrir a ella en cualquier momento del periodo por el que transcurre el proyecto inmobiliario, tanto para financiar la adquisición del solar, como la ejecución de las obras o la comercialización del inmueble.

Los elementos de esta financiación son el préstamo, la hipoteca y la subrogación. El préstamo puede alcanzar hasta el noventa y cinco por ciento del valor de ejecución de la obra. Son a largo plazo y se dividen en dos subperiodos, el de carencia en el que se ejecuta la obra y solo se pagan intereses, y el de amortización en el que las cuotas integran intereses y amortización de capital. La hipoteca se constituye sobre el solar y la obra en construcción, previa declaración de la obra nueva y división de la propiedad horizontal, en la que cada finca queda gravada con su responsabilidad hipotecaria y préstamo. La

hasta la total culminación de la construcción, y; m) división de la financiación en dos tramos diferenciados para atender separadamente la fase de construcción y la fase de explotación.

subrogación está contemplada tanto en la escritura de los préstamos hipotecarios al promotor, en la que la entidad crediticia se reserva el derecho de aceptar o no al comprador, como, en los contratos privados de compraventa, en los que el comprador se compromete a subrogarse en el préstamo hipotecario correspondiente a la finca.

105.- d) Financiación con cargo a fondos públicos. Las administraciones públicas vienen desarrollando actuaciones en materia de vivienda protegida mediante los Planes Estatales, facilitando el acceso a la vivienda a los ciudadanos con rentas más bajas, cuando reúnen los requisitos fijados en las normas que los regulan. A través de estos planes, los promotores pueden conseguir financiación subsidiada de entidades crediticias que han suscrito convenios con la administración o bien ayudas financieras directas de origen presupuestario estatal, es la llamada financiación cualificada para viviendas.

Actualmente se encuentra vigente el Plan Estatal 2009-12 (R.D. 2006/2008, de 1 de Julio), el cual establece en su artículo 27 que los promotores de viviendas de nueva construcción podrán obtener préstamos con los que financiar hasta el ochenta por ciento del precio máximo de referencia, con un periodo de amortización que no puede exceder de veinticinco años cuando se trate de viviendas para la venta, y de diez, para arrendamiento, con un periodo de carencia que finaliza en la fecha de la calificación definitiva de la vivienda.

106.- e) Leasing inmobiliario. Mediante este contrato⁸ se cede al promotor el uso de los bienes inmuebles previamente adquiridos por la compañía de leasing, de tal manera, que se puede financiar la adquisición de los terrenos para desarrollar la promoción⁹ a través del arrendamiento por plazo no inferior a diez

⁸ Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/1988 de 29 de julio sobre disciplina e intervención de las Entidades de Crédito.

⁹ FERNÁNDEZ MARTÍN, D.. *La promoción inmobiliaria. Aspectos prácticos*. Dossat 2000 S.L.. Madrid, 2005. Pags. 73-5.

años, mediante el pago de las correspondientes cuotas, pudiendo ejercitar la opción de compra al final del plazo pactado. El procedimiento¹⁰ a seguir es la presentación del usuario ante la sociedad de leasing con el proyecto elaborado, para que ésta pueda evaluarlo, y en caso de aceptarlo, la sociedad queda obligada a adquirir el solar y posteriormente celebrar el oportuno contrato de obra. Puede darse el caso de que sea el mismo promotor quién ceda el solar al financiador para que edifique, arrendándosele posteriormente. Llegado el vencimiento del contrato el promotor puede ejercitar o no la opción de compra, en caso de no ejercitarla la entidad de leasing podrá arrendar el bien inmueble a otro usuario. El tratamiento fiscal de las cuotas es el de gasto fiscalmente deducible, excepto que el contrato tenga por objeto bienes no amortizables (terrenos, solares, etc.).

107.- f) Préstamos sindicados. Son préstamos para financiar proyectos que requieren gran cantidad de recursos. Las entidades crediticias recurren a ellos con el fin de diversificar riesgos a través de la sindicación¹¹. La operación descansa básicamente en las siguientes figuras institucionales: a) prestatario, empresa que recurre a esta vía de financiación; b) banco Lead Manager, entidad organizadora de la operación que tiene la responsabilidad de formar el sindicato e instrumentar la operación; c) bancos Co-Manager, otros bancos con funciones de apoyo; d) bancos participantes, no tienen relación con el prestatario pero participan en la sindicación, y; e) banco Agente, encargado de administrar el préstamo. El coste de este tipo de operación está integrado por el tipo de interés, que generalmente es de referencia, y por diferentes comisiones (inicial, dirección, agencia, participación y compromiso). La moneda suele ser generalmente una divisa convertible.

¹⁰ GARCÍA GARNICA, M^a. C.. *El régimen jurídico del Leasing Financiero Inmobiliario en España*. Aranzadi. Elcano (Navarra), 2001. Pág. 268.

¹¹ CAPARROS NAVARRO, ALVARELLOS BERMEJO y FERNÁNDEZ CAPARROS, J.. 5^a edic.. *Manual de Gestión Inmobiliaria*. Colegio de Caminos, Canales y Puertos. Madrid, 2002. Págs. 497-9.

108.- g) El contrato de aportación. No se trata de un instrumento financiero propiamente dicho, pero permite realizar una promoción inmobiliaria con menos recursos financieros. Mediante este contrato, el promotor dueño del solar, cede el suelo al constructor a cambio de que éste le transmita parte de lo ejecutado. Se trata de un contrato atípico, no recogido en nuestro ordenamiento jurídico a excepción del artículo 13 del R. H., que establece los requisitos necesarios para su inscripción en el Registro de la Propiedad, haciendo constar la especial comunidad constituida entre cedente (promotor-titular del suelo) y cesionario (constructor), y el plazo máximo de diez años para realizar la edificación. El cesionario puede otorgar la escritura de obra nueva y propiedad horizontal pudiendo quedar inscrita a favor del promotor la parte que corresponda, sin necesidad de formalizar acta notarial de entrega. El cesionario no puede sin consentimiento del cedente, enajenar los elementos independientes que constituyen la prestación, salvo que se estipule otra cosa. Este contrato puede adoptar distintas modalidades, como puede ser una permuta de suelo a cambio de pisos o locales determinados con una participación indivisa del edificio resultante, o una participación dineraria en los beneficios obtenidos con la venta de los inmuebles resultantes. Generalmente la prestación que ha de realizar el cesionario se garantiza mediante aval bancario, cláusula resolutoria y cláusulas penales para el caso de demora.

109.- h) Derecho de superficie sobre suelo. Actualmente se encuentra regulado en los artículos 40 y 41 del R. D. L.2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, y en el art. 107.5º de la L. H. que lo declara susceptible de hipoteca. Se trata de un derecho real sobre finca ajena que atribuye temporalmente la propiedad de las construcciones incluidas en la misma a una persona distinta de la que ostenta la propiedad del suelo¹². El artículo 40.3 del R.D.L. 2/2008, establece que el derecho de superficie puede ser a título oneroso con la contraprestación de adjudicación de viviendas o locales, y el art. 40.2 el

¹² FERNÁNDEZ MARTÍN, D.. *Op. cit.*. Pág. 72.

plazo máximo de noventa y nueve años. El propietario del suelo goza del derecho de reversión total del mismo y de lo edificado al finalizar el plazo pactado, y en su defecto, en el establecido por ley.

110.- i) Derecho de vuelo. Da derecho a construir sobre la edificación realizada, entrando en comunidad en régimen de propiedad horizontal con el dueño del terreno y edificado. El derecho real de vuelo nace vía cesión de reserva para construir sobre el vuelo o bajo el suelo de la finca ajena. El artículo 16.2 R. H. regula la inscripción del derecho de vuelo conforme al artículo 8 de la Ley Hipotecaria y concordantes.

111.- Estas alternativas de financiación no se presentan de forma exclusiva, lo normal es que en la financiación del proyecto se combinen diferentes de ellas, contribuyendo todos los partícipes del mismo con la aportación de recursos materiales y humanos, a través de los cuales, adquieren derechos de crédito con diferentes grados de prelación sobre el patrimonio del promotor, lo que lleva a plantearnos las garantías con que éstos cuentan.

112.- Las principales fuentes de financiación de las promociones inmobiliarias las constituyen: a) la aportación de recursos por el promotor, que generalmente se concreta en el solar, llegando en ocasiones a ser más reducida cuando para su adquisición recurre a la financiación bancaria, e incluso residual cuando su adquisición la lleva a cabo mediante permuta de suelo por obra¹³; b) la financiación hipotecaria para la ejecución del proyecto; c) los anticipos de los compradores, y; d) los créditos de funcionamiento¹⁴ del resto de agentes de la

¹³ ZURITA MARTÍN, I. “Protección jurídica del aportante de solar: su nueva proyección”. *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*. Universidad de Almería, Granada y Jaén. Almería, 2000. Págs. 1887-1907.

¹⁴ RIVERO, J.. *Un ensayo. Análisis de estados financieros*. 2ª edic. Trivium. Madrid, 1987. Pág. 27.

edificación (de provisión, bancario a corto plazo, administrativo, de personal, etc.).

113.- La coyuntura del mercado inmobiliario tiene gran incidencia en este tipo de financiación, ya que ante un mercado potencialmente fuerte se puede requerir mayor cooperación de los agentes intervinientes (anticipos de compradores, aplazamiento del pago de las compras efectuadas a suministradores, etc.). Este tipo de estructuras financieras contienen un alto grado de endeudamiento que hace necesario garantizar los créditos de los intervinientes en el proyecto inmobiliario.

114.- Hay que indicar que el sector de la edificación es un sector sin garantías¹⁵ propias, ya que los promotores frecuentemente son sociedades de tipo capitalista con bajo grado de capitalización, que generalmente recurren a la hipoteca de la edificación para adquirir financiación, quedando la utilidad de segundas garantías sobre el mismo inmueble muy reducidas, debido a la prioridad de la preferencia de la primera hipoteca en el cobro de su crédito.

115.- Situaciones de este tipo hacen necesario recurrir al mercado de garantías, tanto por imperativo legal (caso de anticipos de compradores y contratos de obra con la administración) como por acuerdos establecidos entre los intervinientes. Éstas, suponen un coste más del proyecto que el promotor tratará de evitar, persuadiendo al acreedor de su posible desplazamiento por otros competidores, o recurriendo a otros medios, como es el establecimiento de pagos sobre las certificaciones de ejecución parcial de obra, emitidas por la dirección facultativa, con las que previamente se obtienen desembolsos parciales del préstamo hipotecario. A pesar de ello, es necesario recurrir a su contratación¹⁶, ya que,

¹⁵ CORDERO LOBATO, E.. *El privilegio del crédito refaccionario*. Tecnos. Madrid 1995. Pág. 61.

dadas las desiguales posiciones que ocupan los sujetos de las relaciones jurídicas que se generan en la actividad edificatoria, existen diferencias sustanciales, lo que hace conveniente su adquisición, ya que éstas reducen los costes de vigilancia de la conducta del deudor y de los costes de información de los acreedores para determinar la prioridad de sus créditos.

2. LAS GARANTIAS.

2.1. INTRODUCCIÓN.

116.- El artículo 1.911 C. C. impone al deudor la responsabilidad patrimonial universal por incumplimiento de sus obligaciones, destinando todo su patrimonio al ejercicio de las acciones ejecutivas del acreedor. Hay que diferenciar entre el incumplimiento de la obligación pactada para cuya efectividad existe la responsabilidad establecida en los artículos. 1.096 y siguientes del C. C., y la responsabilidad universal como sistema de protección propio, con independencia de que se haya o no incumplido. Para ROCA TRIAS¹⁷, la responsabilidad es una forma de tutela insita en el propio concepto de la obligación¹⁸, sin que haya que

¹⁶ PEINADO GRACIA, J. I. “La distribución del riesgo de insolvencia”. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia* Marcial Pons. Madrid/Barcelona, 2005. Pág. 436 y 462-4.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA. “Problemática actual de las garantías personales en el derecho español”. *Actualidad Civil*, 1997-2. Pág. 548. Su razón económica reposa en la disminución de los costes de transacción originados por la solvencia y reducción de excepciones (según los términos en que se adquiriera la garantía) que dichas entidades pueden oponer ante el requerimiento de pago del acreedor.

¹⁷ ROCA TRIAS, E. “Relación en materia de negocios de garantía”. *Tratado de garantías de la contratación mercantil. Parte general y garantías personales*. T. I. (Coord. NIETO CAROL y BONET SANCHEZ). Civitas. Madrid, 1996. Págs. 138-143.

¹⁸ ORDUÑA MORENO F. J.. *La insolvencia: Análisis de su concepto y concreción de su régimen jurídico*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1994. Pág. 170.

considerarla una garantía, debiendo diferenciarse la responsabilidad patrimonial¹⁹ derivada de la existencia de la obligación de esa misma responsabilidad cuando es objeto de acuerdos que la especifiquen (garantías). GUARDIOLA²⁰ considera que la responsabilidad es innata a la persona, recayendo necesariamente en términos subjetivos y sobre la masa universal de bienes a él conectada, mientras que los bienes individualizados se afectan o vinculan como instrumento de garantía para reducir o eliminar la inseguridad de las relaciones jurídicas. Por ello, junto a la responsabilidad universal del deudor (responsabilidad personal genérica), existe otra responsabilidad menos amplia y más concreta (patrimonial en sentido estricto o real), que surge al quedar afectados determinados bienes de manera inmediata al aseguramiento de ciertas obligaciones, de tal manera, que existe una responsabilidad patrimonial doble, la personal ilimitada y la real²¹.

117.- El patrimonio sobre el que recae la responsabilidad del deudor puede en principio estimarse suficiente para satisfacer el crédito del acreedor, pero puede variar a lo largo de la vida de éste, presentándose situaciones de desequilibrio patrimonial si las deudas del deudor llegan a ser superiores a los bienes y derechos de los que dispone²² para satisfacer todos los créditos (riesgo de insolvencia patrimonial). Dichas situaciones, pueden presentarse porque el deudor ostenta la libre disposición de sus bienes, lo que le permite contraer

¹⁹ LASARTE, C.. *Curso de Derecho Civil Patrimonial*. 14ª. edic.. Tecnos. Madrid, 2008. Págs. 462-6.

²⁰ AMOROS GUARDIONA, M.. “La garantía patrimonial y sus formas”. *Revista de Legislación y jurisprudencia*. Nº. 232, Mayo 1972. Págs. 564-5 y 568.

²¹ DE LA RICA ARENAL, R.. “La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca”. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. IV y V. Págs. 288-9.

²² Las medidas que se pueden adoptar ante esta situación a posteriori pueden ser la persecución de los derechos que no sean inherentes a su persona después de haber perseguido sus bienes (art. 1.911 C. C.), de forma subsidiaria, impugnación de actos en fraude de acreedores (art.1.111 C. C.), o la solicitud del concurso para evitar que el pasivo del deudor siga aumentando.

nuevas obligaciones, o por devaluaciones del valor de su patrimonio (causadas por la evolución de su actividad mercantil, descenso de precios de mercado, etc.).

2.2. CONCEPTO.

118.- Ante la posibilidad de darse una situación de insolvencia se hace necesario eludir o atenuar dicho riesgo, reforzando la posición del acreedor mediante garantías²³, las cuales, conllevan la afección de un nuevo patrimonio, responsabilidad (de forma sucesiva o simultánea) o cosa concreta determinada, mediante la titularidad dominical de la misma, la posesión o su valor de cambio. El nuevo patrimonio afectado al aseguramiento es diferente de la responsabilidad genérica del deudor, en palabras de AMOROS GUARDIOLA, se trata de una *responsabilidad patrimonial conexa en funciones de garantía*²⁴.

La constitución de la garantía supone una atribución patrimonial a favor del acreedor, mediante la cual adquiere un derecho, sin necesidad de desplazamiento patrimonial y sin que se produzca una pérdida inmediata para el garante, lo que le supone un beneficio patrimonial²⁵.

119.- La garantía²⁶ en sentido amplio es aquello que contribuye a reforzar la situación del acreedor, dándole mayor seguridad de cobro, mediante la atribución

²³ AMOROS GUARDIOLA, M. *Op. cit.*. Pág. 587.

²⁴ AMOROS GUARDIOLA, M. *Op. cit.*. Págs. 571 y 573.

²⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L.. “La causa de los contratos de garantía”. *RCDI* 1981. Pág. 725. INFANTE RUÍZ, F. J.. *Las garantías personales y su causa*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. Págs. 41-45 y 79.

²⁶ REYES LOPEZ, M. J.. *Fianzas y nuevas modalidades de garantía. Análisis crítico de sus elementos y efectos. Comentarios y jurisprudencia*. Editorial General de Derecho Valencia, 1996. Pág. 64.

LACRUZ BERDEJO, J. L.. *Op. cit.*. Pág. 724.

de un privilegio que le dota de mayores medidas de seguridad frente al acreedor normal. INFANTE RUÍZ²⁷ las define en sentido técnico *como todo remedio que da al acreedor la seguridad (relativa) de alcanzar el resultado, deducido en obligación y al cual él está interesado, o al menos, su equivalente económico (incluso cuando devenga ineficaz la prestación del deudor a pesar de su oposición) realizándose sobre bienes del deudor o de un tercero, o bien gracias a la actividad de un tercero.*

2.3. TIPOS.

120.- La garantía refuerza la posibilidad de que el acreedor vea satisfecho su interés. Dicho refuerzo se puede llevar a cabo afectando un determinado bien al cumplimiento de la obligación (garantías reales) o vinculando el patrimonio de otro sujeto²⁸ (garantías personales).

121.- Las garantías personales²⁹ se clasifican fundamentalmente en garantías personales típicas, que nacen de negocios jurídicos regulados (la fianza, el aval cambiario, el seguro de caución y el seguro de crédito), y atípicas, que nacen de negocios jurídicos no regulados (fundamentalmente el aval en sentido amplio, el mandato de crédito, la adhesión de deuda, la asunción de deuda, la promesa del hecho de un tercero y las cartas de patrocinio). AMOROS GUARDIOLA³⁰

²⁷ INFANTE RUIZ. *Op. cit.*. Pág. 44.

²⁸ VICENTE CHULIA, F., “Introducción al estudio de las garantías personales en el ordenamiento español”. *Tratado de la contratación mercantil*. V. I. Coord.. MUÑOZ CERVERA y NIETO CAROL. Civitas. Madrid, 1996. Págs. 371-87.

²⁹ INFANTE RUIZ, F.. *Op. cit.*. Págs. 642-643. Diferencia entre garantías personales (fianza en sus diferentes modalidades en la que incluye el seguro de caución, aval cambiario, contrato autónomo de garantía en sus diferentes modalidades en las que estarían incluidos la garantía a primer requerimiento y el seguro de caución) y las pseudos garantías personales (solidaridad, asunción cumulativa de deuda, mandato de crédito, seguro de crédito, declaraciones de patrocinio y promesa del hecho ajeno).

³⁰ AMOROS GUARDIOLA, M. *Op. cit.*. Págs. 585-7.

considera a las garantías personales garantías reales por quedar afectado el patrimonio de un tercero, diferenciándolas de las específicamente reales, en que en éstas queda afectada una cosa concreta. Para el autor, las garantías personales las constituyen privilegios que se refuerza la posición del acreedor frente a otros acreedores concurrentes.

122.- Entre las garantías reales³¹ podemos citar: a) la fiducia “cum creditote”; b) la compraventa a pacto de retro; c) el depósito; d) la venta a plazos de los bienes muebles corporales no consumibles; e) la anticresis; f) la prenda (regular e irregular; g) los warrants; h) prenda sobre derechos; i) prenda sin desplazamiento, y; j) la hipoteca.

123.- Existe un tercer grupo de garantías, las formales³², en las que la preferencia del acreedor garantizado se obtiene a través de la publicidad registral de anotaciones preventivas. Podemos citar³³ : a) la anotación de embargo; b) el derecho de crédito del acreedor refaccionario; c) la anotación preventiva de legados; d) y la anotación preventiva del derecho de retorno a favor del inquilino protegido por la Ley de Arrendamientos Urbanos³⁴ .

124.- Por último, se pueden considerar garantías en sentido impropio³⁵ la cláusula penal y las arras a favor del comprador, ya que éstas tienen un carácter más sancionador que de garantía.

³¹ CAMY SANCHEZ-CAÑETE, B.. *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca.* Aranzadi. El Cano (Navarra), 1993. Págs. 40 y ss.

³² AMORÓS GUARDIOLA, M. *Op. cit.*. Pág. 585.

³³ Art. 42 L. H., ya que existen casos ajenos a la idea de garantía como son la 1 y 5 de anotaciones de demanda y de derecho hereditario.

³⁴ Art. 15 R. H.

³⁵ AMORÓS GUARDIOLA, M.. *Op. cit.* Pág. 586.

125.- Los privilegios crediticios guardan una íntima conexión con la distribución del riesgo de insolvencia patrimonial³⁶, ya que desplazan el riesgo hacia los acreedores simples. Gozan de ellos, tanto los créditos pecuniarios asegurados con garantía real (prenda e hipoteca), como otros que carecen de esas garantías. El privilegio no es una cualidad del derecho del crédito, sino una característica procesal³⁷. Se identifica con el derecho del acreedor a cobrar su crédito del producto de la ejecución de los bienes sobre los que éste recae, con preferencia³⁸ a los acreedores ordinarios e incluso a otros acreedores privilegiados³⁹, manifestando su eficacia frente a los demás acreedores en situaciones de insolvencia patrimonial (no en las ejecuciones singulares, en las que puede llegar a ser abusiva la tercería de mejor derecho cuando existan bienes suficientes), conservando el deudor la integridad de sus facultades de

³⁶ CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.* Págs. 21-3 y 30. Para la autora aquellos créditos en los que el otorgamiento del privilegio no reposa sobre algún fundamento jurídico provocan dificultades en el tráfico jurídico, por lo que la retribución del privilegio debe ser restringida a aquellos créditos que no gocen de un mercado de garantías, ya que de otro modo se encontrarían en una posición favorable con respecto a aquellos que tienen que soportar unos costes de transacción para el aseguramiento de su crédito. Dicho mercado de garantías existirá cuando los costes totales de la garantía son menores que el daño esperado (el valor del crédito impagado), en caso contrario el acreedor se verá obligado a compensar el eventual daño por otros medios como puede ser el incremento del tipo de interés o abandonar dicho riesgo confiando en el cumplimiento.

³⁷ PEINADO GRACIA, J. I. “La distribución del riesgo de insolvencia”. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia* Marcial Pons. Madrid/Barcelona, 2005. Págs. 449-52.

³⁸ PEINADO GRACIA, J. I.. *Op. cit.* Pág. 436.

GARRIDO, J. M^a.. “Teoría General de la preferencia”. *Anuario de Derecho Civil*. Oct.-Dic. 1998. Págs. 1.779-80.

GULLÓN BALLESTEROS. *La prelación de créditos en el Código Civil*. Bosch. Barcelona, 1962. Pág. 16.

³⁹ LACRUZ BERDEJO y OTROS. *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*. V. II. Dykinson, Madrid, 2002. Págs. 274-5. CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.* Pág. 201.

DIEZ SOTO, C. M.. *Op. cit.* Págs. 30-1.

GARRIDO, J. M^a.. *Op. cit.* Págs. 1.824-5.

OLIVENCIA RUÍZ, M.. “Reflexiones sobre la reforma de la Ley Concursal”. *Estudios de Derecho Concursal*. Dir. PEINADO GRACIA y VALENZUELA GARACH. Pons. Madrid/Barcelona, 2006. Págs. 472-3

administración y disposición sobre sus propios bienes, sin perjuicio de que los acreedores puedan acudir a las acciones generales de simulación, nulidad por ilicitud de causa, fraude de ley (artículos 6.4 C. C. y 71.6 L. C.) y fraude de acreedores (artículo 1.111 C. C.), para atacar los pagos realizados a favor de acreedores no preferentes⁴⁰.

126.- La clasificación de los privilegios que hace el C. C. ha quedado provisional, ya que la disposición final 33ª de la L. C. establece que en un plazo de seis meses desde su entrada en vigor ha de remitirse a las Cortes Generales un proyecto de ley regulador de la concurrencia y prelación de créditos para las ejecuciones singulares⁴¹. La clasificación de los créditos en el C. C. diferencia entre: a) créditos preferentes especiales con respecto determinados bienes muebles (artículo 1.922 C. C.); b) créditos preferentes especiales de carácter inmobiliario (artículo 1.923 C. C.); c) créditos preferentes generales (artículo 1.924 C. C.); y d) créditos ordinarios (artículo 1.925 C. C.). La legislación especial ha introducido otros privilegios dentro del sistema de prelación de créditos del C. C., como sucede con la Ley de la Propiedad Horizontal, el Estatuto de los Trabajadores y Ley de Propiedad Intelectual.

127.- A efectos de concurso, la Ley Concursal establece (artículo 89.1) la siguiente clasificación de los créditos: a) privilegiados⁴² (artículos 90 y 91); b) ordinarios (artículo 158), y; c) subordinados⁴³ (artículo 92). En los privilegiados

⁴⁰ DIEZ SOTO, C. M.. *Op. cit.*. Págs. 32-5 y 42-3.

⁴¹ El proyecto de Ley clasifica los créditos: a) Art. 1.922, créditos con preferencia especial con respecto a determinados bienes; b) Art. 1.924, créditos con preferencia general; c) Art. 1.926, créditos súper privilegiados; d) Art. 1.929, créditos que no ostenten preferencia alguna.

⁴² PANTALEÓN PRIETO, F.. “De la clasificación de los créditos”. *Comentarios a la Ley Concursal*. Coord. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y SÁNCHEZ ÁLVAREZ. Marcial Pons. Madrid, 2004. Pág. 520. La LC reduce mucho el número de privilegios pero no así con el volumen del crédito privilegiado.

⁴³ En el ámbito extraconcursal todos los créditos a los que no se atribuye expresamente un privilegio especial o general son considerados como ordinarios, mientras que en el concursal no

diferencia entre créditos con privilegio especial (artículo 90) si afectan a determinados bienes o derechos, y créditos con privilegio general (artículo 91) si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor (artículo 89.2 L. C.).

128.- Los créditos con privilegio⁴⁴ especial atribuyen al acreedor privilegiado la posibilidad de hacer efectivo su crédito con preferencia a los demás acreedores (artículos. 1.922 y 1.923 C. C. y artículo 90 L. C.) con cargo a uno o varios bienes determinados del deudor, ya sean muebles o inmuebles, mientras que los privilegios generales atribuyen al acreedor la posibilidad de hacer efectivo su derecho de modo preferente sobre la totalidad de los bienes del deudor (artículo 1.924 C. C. y 91 L. C.). Los créditos privilegiados se caracterizan porque aparecen junto a mecanismos que aseguran el mantenimiento de la garantía y su oponibilidad ante terceros mediante la publicidad registral, notarial o posesoria.

129.- Por último, la legislación especial contempla los créditos superprivilegiados⁴⁵, dotados de una preferencia absoluta para hacerse efectivos con el producto de la venta de todos los bienes del deudor, incluso con preferencia a todos o algunos de los titulares de créditos dotados de privilegio especial sobre determinados bienes muebles o inmuebles. Su fundamentación jurídica obedece a la necesidad de reaccionar frente a la tendencia de los acreedores de recurrir a las garantías reales para esquivar las preferencias de los acreedores privilegiados.

se reconducen los restantes créditos concursales a la categoría de ordinarios, sino que introduce la figura de los créditos subordinados.

⁴⁴ Tanto en el sistema del Código Civil como en el de la Ley Concursal, se parte del principio según el cual los privilegios especiales gozan de prelación para el cobro sobre los generales (art. 1.926 a 1.929 y art. 1.924 C. C. y art. 156 L. C.).
DIEZ SOTO, C. M.. *Op. cit.*. Págs. 50, 61 y 65

⁴⁵ En esta situación se encuentran fundamentalmente, los créditos laborales a los que se refiere el art. 32 ET en sus párrafos 1º y 3º y los tributarios del art. 77.1 LGT.

3. GARANTIAS DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN LA EDIFICACIÓN.

3.1. INTRODUCCIÓN.

130.- Los sujetos intervinientes en los proyectos inmobiliarios tienden a protegerse del riesgo de insolvencia del promotor mediante la adquisición de privilegios⁴⁶, a través, de la contratación de diferentes medios de cobertura existentes en el mercado de garantías, con los que poder escapar a la regla de la *par condicio creditorum*. La elección del medio corresponde al deudor (como principal interesado en la contratación de la garantía⁴⁷) en función de los diferentes costes-beneficios de cada uno de ellos (cobertura más eficiente del riesgo y coste más bajo), ya que de otra manera el riesgo soportado por el proyecto se vería correspondido con un incremento del coste de la prestación. La contratación corresponde al sujeto que puede adquirirla en mejores condiciones, evitando el riesgo a un menor coste.

3.2. FINANCIADORES.

131.- Los créditos bancarios que financian la ejecución de la edificación se garantizan generalmente mediante hipoteca, siendo necesario para que el banco conceda dicha financiación que la finca a hipotecar esté libre de cargas, ya que de esa manera se consigue el privilegio de la garantía hipotecaria (artículos. 1.923.3 C. C. y 90.1 L. C.) y ser el primer privilegiado.

⁴⁶ CORDERO LOBATO, E., *Op. cit.*. Pág. 23. La autora interpreta los privilegios de acuerdo con la restricción impuesta por el principio de imposibilidad de acceso al mercado de garantías, o lo que es lo mismo, de acuerdo con el límite de la doble garantía de idéntico efecto.

⁴⁷ CORDERO LOBATO, E., *Op. cit.*. Págs. 34-5.

132.- Los préstamos de los financiadores de la obra también gozan de carácter refaccionario⁴⁸, sin embargo, el financiador prefiere la garantía hipotecaria, fundamentalmente por las dificultades que presenta la anotación preventiva del crédito refaccionario⁴⁹, ya que en caso de ser varios los créditos que gocen del privilegio, es necesario para la protección *erga omnes* realizar varias anotaciones, con los inconvenientes que éstas conllevan para segundos y sucesivos acreedores refaccionarios, al requerir del acuerdo unánime de todos los implicados sobre el valor que haya de asignarle a la finca antes de las obras, o del pronunciamiento judicial sobre dicho valor (artículo 61. L. H.). Además, los créditos refaccionarios, generalmente tienen un plazo de vencimiento superior a sesenta días desde el final de la obra, tiempo máximo de que goza el acreedor refaccionario que decida no ejecutar el crédito para realizar la conversión en hipoteca.

3.3. CONTRATISTA.

133.- Los créditos de los contratistas tienen su origen en la contribución que éstos realizan al proceso edificatorio, cooperando en la ejecución material de la obra⁵⁰ (realización o reforma del edificio), prestación que puede llevarse a cabo

⁴⁸ RUIZ-RICO RUÍZ, J. M.. *Las garantías del contratista de inmuebles*. Universidad de Jaén, 1995. Págs. 18-19.

CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO. *Derecho de la Construcción y la Vivienda*. 6ª edic. Dilex, 2005. Págs. 398-9.

SSTS 12 de septiembre de 1862; 19 de abril de 1975; y de 21 de mayo de 1987.

⁴⁹ EIRANOVA ENCINA, E.. “El privilegio del crédito refaccionario”. *La Ley*, 2002. Pág. 1.802.

RUIZ-RICO RUÍZ, J. M.. *Op. cit.*. Págs. 32 y ss.

⁵⁰ MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, Mª. D.. *Garantías del constructor. El crédito refaccionario*. Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España. Madrid, 2000. Pág. 192.

ÁNGEL YAGÜEZ, R.. *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación civil*. Tecnos. Madrid, 1969. Pág. 185.

CONESA GARCÍA, A.. *Derecho de la Construcción*. Bosch. Barcelona. 1996. Pág. 385.

RUIZ-RICO RUÍZ, J. M.. *Op. cit.*. Pág. 26.

mediante aportación de trabajo, industria y materiales (artículo 1.588 C. C.). Estos créditos gozan del privilegio refaccionario (artículos 1.923.3º y 5º C. C.), por lo que el contratista podrá llevar a cabo la anotación preventiva por el valor de ejecución de ésta y de los beneficios empresariales, mediante el contrato de obra que le vincula con el comitente.

3.4. SUBCONTRATISTA.

134.- La subcontratación esta muy presente en la ejecución de los proyectos inmobiliarios debido a la especialización del sector⁵¹. Existe un desequilibrio manifiesto en la negociación entre contratista y subcontratista, ya que este último generalmente goza de una menor dimensión que restringe su capacidad de negociación⁵². Al subcontratista le asiste el privilegio refaccionario⁵³ y el ejercicio de la acción directa para perseguir el cobro de sus créditos⁵⁴.

135.- El artículo 1.597 C. C., no menciona al subcontratista, entre los titulares del ejercicio de la acción directa. La jurisprudencia ha extendido su ejercicio a éstos, por entender que en el supuesto de hecho de dicha acción se encuentran un

SSTS de 21 de julio de 2000, 19 de abril de 1975, 5 de julio de 1990, 9 de julio de 1993 y 6 de febrero de 2006.

⁵¹ MUNAT BERNAT, P. A.. “Comentario a la STS 6.6.00”. *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil*. Nº. 54/2000. Págs. 1300-1.

⁵² OROZCO PARDO, G. y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.. “Sobre la unificación del derecho Privado en materia de obligaciones y contratos; a propósito de la Ley Concursal”. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. T. I.. Marcial Pons. Madrid/Barcelona, 2005. Págs. 382-6. y 390-1.

PEINADO GRACIA J.I.. “Consumidores, contratos, seguridad y costes alternativos”. *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid. 2000, julio/septiembre. Nº. 237. Pags. 1.116-22.

⁵³ ERIANOVA ENCINAS, E.. *Op. cit.*. 2002. Nº. 3. Págs. 1.795-6.
CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.*. Pág. 125.
SAP Guipúzcoa. 16.05.00 (JUR 2000\222818).

⁵⁴ SAP Madrid de 24.01.06.

grupo de contratos interrelacionados entre sí, de los que forman parte el comitente, contratista y subcontratista, en los que el comitente no tiene la consideración de tercero respecto del subcontratista⁵⁵, al ser el subcontrato un contrato derivado y dependiente del principal, sin que se pueda excepcionar el principio de relatividad de los contratos⁵⁶. La doctrina también considera que el subcontratista tiene encaje en los supuestos de dicho artículo.

3.5. COMPRADORES.

136.- El comprador del edificio o parte del mismo puede adquirirlo en cualquiera de las diferentes fases por las que transcurre la edificación. La realidad física en que ésta pueda encontrarse incide directamente en la protección con la que puede contar el comprador y en su acceso al registro⁵⁷. Así, nos podemos encontrar: a) con un edificio programado cuya adquisición se realiza sobre plano⁵⁸, carente de proyecto técnico y de licencia de obra lo que hace que

⁵⁵ PASQUAU LIAÑO, J..”Comentario a la STS 2.7.97”. *Cuaderno Civitas Jurisprudencia Civil*. Nº 45, 1997. Pág. 1.230. Considera que el fundamento de la acción directa del art. 1.597 del subcontratista respecto al comitente se basa en la especial conexión con relevancia jurídica entre el contrato del subcontratista con el contratista principal y al que liga a éste con el comitente, que aún no siendo partes contratantes entre sí, tampoco tienen la consideración de terceros por tratarse de una conexión funcional de contratos. Aunque dicha conexión no derive de que en ambos contratos intervenga una misma persona y vayan referidos a un mismo objeto, sino de la dependencia estructural.

⁵⁶ STS de 27 de julio de 2000 (RJ 2000, 9179).

⁵⁷ CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, LUIS M^a.. *La seguridad del consumidor en las adquisiciones de inmuebles*. Civitas. Madrid, 1993. Págs. 56-60 y 163-7.

⁵⁸ BUSTO LAGO, ÁLVAREZ LATA, y PEÑA LÓPEZ. *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. 2^a edic. Thomson, Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2008. Págs.. 685 y 699. Su contratación se lleva a cabo a través de los contratos de reserva de vivienda, en los que el promotor a cambio de una señal, reserva una vivienda al adquirente de las que construirá, sin que aparezcan en dicho contrato los elementos esenciales del contrato solo la referencia a la futura construcción de una vivienda de la que a veces no existe proyecto de edificación. Si se llega a realizar el contrato de venta la señal se descuenta del precio, si no se llega a realizar, tienen la configuración de auténticas arras confirmatorias. Cita entre otras las siguientes SSTS de 3 de marzo de 1992 y de 20 de octubre de 1990.

el comprador asuma no solo los riesgos de insolvencia del promotor, sino también el riesgo de la realidad y de la regularidad administrativa⁵⁹, sin gozar de protección registral; b) con un de edificio proyectado⁶⁰, siendo necesaria la inscripción previa de la declaración de obra nueva proyectada y, en su caso, de la escritura de división horizontal, para que el comprador pueda inscribir la adquisición sin tener que esperar al plazo de terminación de las obras, en esta situación, a pesar de que los riesgos disminuyen con respecto a la anterior, persiste el riesgo de insolvencia del promotor, de la adecuada calidad de los materiales, y del cumplimiento del plazo de entrega; c) también, puede adquirirlo en fase de ejecución de obra, en la que los riesgos disminuyen con respecto a la anterior a medida que va avanzando la obra, si bien, hay que precisar que a efectos registrales la obra meramente proyectada de la que se ha inscrito la declaración de obra nueva en construcción tiene la consideración de edificación en construcción⁶¹, y por último; d) nos encontramos con la edificación terminada que debe de gozar de la licencia de primera ocupación o la licencia de calificación definitiva en el caso de protección oficial.

⁵⁹ Art. 36 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo. 1. El incumplimiento de los deberes de edificación o rehabilitación previstos en esta Ley habilitará para la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad o la aplicación del régimen de venta o sustitución forzosas, sin perjuicio de que la legislación sobre ordenación territorial y urbanística pueda establecer otras consecuencias. 2. La sustitución forzosa tiene por objeto la facultad de edificación, para imponer su ejercicio en régimen de propiedad horizontal con el propietario actual del suelo. 3. En los supuestos de expropiación, venta o sustitución forzosas previstos en este artículo, el contenido del derecho de propiedad del suelo nunca podrá ser minorado por la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística en un porcentaje superior al 50 % de su valor, correspondiendo la diferencia a la Administración.

⁶⁰ RDGRRNN de 10 de marzo de 2007 (RJ 2007\1574). BUSTO LAGO, ÁLVAREZ LATA y PEÑA LÓPEZ. *Op. cit.* Págs.. 683-5. “La venta sobre plano se configura como aquel contrato por el que una de las partes se obliga a cambio de un precio en dinero o signo que lo represente, a entregar una vivienda o local en proyecto o en construcción, contrato complejo por cuanto está sometido tanto a las normas de la compraventa como a las de ejecución de obra”. Cita entre otras las SSTS 12 de mayo de 1994 y 11 de junio de 1998.

⁶¹ Art. 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo.

137.- La adquisición generalmente se instrumenta en contrato privado, difiriéndose el otorgamiento de la escritura pública y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad al momento de entrega, quedando desprotegido el primer adquirente frente a segundos adquirentes de buena fe (artículo 34 L. H.), durante el periodo de ejecución de obra, ya que el documento privado no tiene acceso al Registro. A ello hay que añadir, que dichos contratos contemplan que durante el periodo de construcción del edificio, el comprador efectúe entregas a cuenta del precio final de venta.

138.- Estas situaciones pueden causar desequilibrio social y económico al comprador de la vivienda⁶² frente al promotor-vendedor, por ello, el legislador le ha dotado de una especial protección a través de la Ley 57/1968⁶³ disponiendo el aseguramiento por el promotor de los créditos surgidos de los anticipos realizados a cuenta del precio de la vivienda, para el caso, de que no le sean devueltos de no iniciarse la construcción o de no llegar a buen fin en el plazo convenido. La protección de estos créditos se lleva a cabo mediante garantías personales como son el aval bancario y el seguro de caución. Con el primero la seguridad se obtiene con la intervención de una entidad crediticia⁶⁴ o sociedad de garantía recíproca como garante personal del promotor ante el comprador, mientras que en la segunda, es con la garantía personal asumida por una compañía aseguradora.

⁶² RDGRRNN de 8 de febrero de 2003.

⁶³ Reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

⁶⁴ SÁNCHEZ CALERO, J. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.. *Instituciones de Derecho Mercantil. V-II.* edic. 31ª. Thomson.. Navarra, 2008. Págs. 427-9.

139.- La doctrina⁶⁵ y la jurisprudencia⁶⁶ han atribuido a estos créditos el carácter de refaccionarios cuando dichos anticipos son aplicados a gastos de obra, ya que contribuyen al aumento de valor de la edificación.

140.- El artículo 19 LOE contempla el seguro de caución como una de las garantías con las que promotor y constructor pueden asegurar las responsabilidades del art. 17, junto al seguro de daños.

3.6. ENTES PÚBLICOS.

141.- Los entes públicos gozan del privilegio refaccionario por los créditos que tienen origen en las subvenciones que conceden para el fomento de la actividad edificatoria⁶⁷ y reparación de edificios, así lo establece el artículo 155 del R. H., al disponer que pueden solicitar la anotación preventiva en virtud de los documentos de subvenciones públicas destinadas a la refacción, reparación o rehabilitación y mejora de edificios urbanos, sus instalaciones, fachadas y elementos comunes.

⁶⁵ MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M^a. D.. *Garantías del constructor: El crédito refaccionario*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 2000. Págs. 407 y ss.

GARCÍA ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, C.. “La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción”. *RCDI*. N^o. 551. 1982. Pág. 936.
DE LA CAMARA ÁLVAREZ, M.. *La insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1973. Pág. 89.

⁶⁶ STS de 21 de mayo de 1987 (RJ 3552/1987) y SAP Huesca de 14.10.94.

⁶⁷ EIRANOVA ENCINA, E.. *Op. cit.*. Pág. 1.802.

3.7. TÉCNICOS.

142.- Son fundamentalmente los previstos en la LOE, sin perjuicio de que puedan incorporarse otros en función de las especificidades del proceso edificatorio. Nos encontramos con el proyectista (arquitectos, ingenieros, geólogos, etc.), director de la obra y director de ejecución de la obra (arquitectos, arquitectos técnicos, ingenieros, ingenieros técnicos) y con los organismos y laboratorios de control de calidad.

143- La protección refaccionaria de los créditos de los técnicos dependerá de que su prestación se emplee o no dentro de la ejecución material de la obra para la construcción, reparación o mejora del edificio. Los créditos del proyectista⁶⁸ y de los organismos y laboratorios de control de calidad no gozan del privilegio refaccionario al venir considerando la doctrina y jurisprudencia que sus prestaciones no tienen una aplicación directa e inmediata en la construcción, mientras que si gozan de dicho privilegio, los créditos de la dirección facultativa ya que los trabajos que realizan hacen posible la construcción, reparación o mejora de la obra.

3.8. COMITENTE.

144.- En los contratos de arrendamiento de obra es normal el pacto de retención por el comitente de un porcentaje del valor de ejecución material de la obra en garantía de los defectos que ésta pueda adolecer por una deficiente ejecución. La LOE (artículo 19.1.a) la contempla junto con los seguros de daños materiales y de caución para garantizar los defectos de terminación y acabado que aparezcan en el plazo de un año desde la entrega definitiva de la obra.

⁶⁸ CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.*. Págs. 109-11.

145.- Ante el incumplimiento del contratista y la reclamación judicial de éste para su devolución, el comitente puede excepcionar los defectos de la edificación y reconvenir su subsanación por el contratista (o por cuenta de éste), la reducción del precio del contrato de obra o la compensación de la retención.

3.9. TRABAJADORES.

146.- Los créditos salariales también gozan del privilegio refaccionario. El legislador ha querido asegurarlos ante la dificultad que conlleva su recuperación cuando el empresario se encuentra en situaciones de adversidad económica, ya que son éstos, la fuente de ingresos fundamental de los asalariados⁶⁹. La causa de la protección establecida por el legislador⁷⁰ se debe principalmente a que el trabajador es un acreedor que no está en condiciones de negociar individualmente los términos del contrato laboral, ni acudir al mercado de garantías por la escasa cuantía de su crédito con relación al coste de adquisición que éstas le supondrían.

147.- En la actualidad los privilegios de los créditos laborales de los trabajadores, quedan de la siguiente manera:

1º. El privilegio del artículo 32.1 E. T.. Se trata de un superprivilegio preferente sobre cualquier otro que comprende los salarios de los últimos treinta días de trabajo⁷¹, en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, manifestándose con relación a todos los bienes del empresario.

⁶⁹ RÍOS SALMERÓN, B.. *Los privilegios del crédito salarial*. Civitas, 1984. Págs. 35-36. CORDERO LOBATO, E.. “La jurisprudencia relativa a los privilegios del crédito salarial. En particular el privilegio salarial refaccionario del art. 32.2º del E.T”. *Anuario de Derecho Civil*. 1993. Págs. 1.927-8.

⁷⁰ CORDERO LOBATO, E., *Op. cit.*. Págs. 219-48.

⁷¹ Pueden ser tanto los treinta días últimos antes de la demanda que reclama los salarios devengados y no pagados, como los anteriores a la extinción de la relación laboral, o incluso los

2º. El privilegio especial refaccionario⁷² del artículo 32.2 E. T.⁷³. Da preferencia a los créditos salariales sobre los objetos elaborados por los trabajadores⁷⁴ mientras sean propiedad⁷⁵ del empresario. Ambos requisitos son cumulativos, por lo que no es aplicable a aquellos bienes que estando en posesión del empresario no son de su propiedad.

3º. El privilegio ordinario del artículo 32.3 E. T.⁷⁶ Se trata de un privilegio general ordinario de los créditos salariales no protegidos en los puntos uno y dos, en los procedimientos singulares, en cuantía que no superen el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier crédito excepto los créditos con derecho real. El mismo tratamiento tienen las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal, calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo.

previos al cese o suspensión de la prestación de trabajo. Son los ubicados en una treintena, no los días hasta treinta trabajados en un intervalo de tiempo mayor.

⁷² CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.* Pág. 78.

MACHADO PLAZAS, J.. "El privilegio salarial refaccionario". *Revista General de Derecho*. Nº. 648, 1998. Págs. 11.102-3.

⁷³ El Proyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, los contempla en el art. 1.922.1º C. C.

⁷⁴ MACHADO PLAZAS, J.. *Op. cit.*. Págs. 11.101-2. La interpretación jurisprudencial ha sido extender el privilegio a los bienes inmuebles. SSTs 27 de octubre de 1983 y 18 de diciembre de 1989.

⁷⁵ CORDERO LOBATO, E.. "La jurisprudencia relativa a los privilegios del crédito salarial. En particular el privilegio salarial refaccionario del art. 32.2º del E. T.". *Anuario de Derecho Civil*. 1993. Págs. 1.953-5.

MACHADO PLAZAS, J., *Op. cit.* Págs. 11.103.

⁷⁶ El Proyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, los contempla en el art. 1.924.1º C. C., modificando en su Disposición Derogatoria el art. 32 E. T..

148.- El artículo 1.597⁷⁷ C. C., establece la acción directa de los trabajadores contra el dueño de la obra, hasta la cantidad que éste adeude al contratista cuando se efectúe la reclamación. Los créditos que protege tienen origen contractual, derivados de los contratos de obra celebrados bajo la modalidad de tanto alzado. Se trata de contratos coaligados, ya que las relaciones jurídicas que vinculan al comitente con el contratista principal y a éste con los trabajadores, tienen un vínculo objetivo común que es la edificación.

3.10. SUMINISTRADORES.

149.- Los créditos derivados del suministro de los materiales a la obra también gozan del privilegio refaccionario⁷⁸. Dicho suministro puede llevarse por persona independiente al contrato de obra o por el propio contratista de la obra. Para que éstos gocen del privilegio refaccionario es necesario que su incorporación sea efectiva⁷⁹, no siendo suficiente con la intencionalidad de su incorporación, por lo que aquellos materiales que no han sido incorporados a la obra no podrán disfrutar de este privilegio, aunque si del establecido en el artículo 1.922.1º C. C..

150.- En caso de que el suministrador no haya contratado directamente con el comitente, sino que lo haya hecho con el contratista o subcontratista, podrá ejercitar la acción directa⁸⁰ del artículo 1.597 C. C., siempre y cuando se den las

⁷⁷ “los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de la obra sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación”.

⁷⁸ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. cit.* Derecho... Pág. 357.

CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.* Págs. 120-2. Considera que los suministradores no deberían disfrutar del privilegio refaccionario si pudieron disponer de otra garantía que tuviera el mismo efecto que el privilegio.

SSTS 15 de diciembre de 1968 y 11 de octubre 1894, SAP Cáceres de 7.01.98 (AC 1998\194) y SAP Pontevedra de 19.11.00. (AC 2000\305).

⁷⁹ CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.* Págs. 88 y 115.

⁸⁰ SSTS 11 de octubre de 1994 (RJ 1994/7479), 29 de octubre de 1987 (RJ 1987/7484), 11 de octubre de 1994 (RJ 1994/7479) y 2 de junio de 1997 (RJ 1997/5474).

condiciones necesarias para su ejercicio. También gozan del privilegio refaccionario en su concurrencia con otros acreedores.

3.11. PROMOTOR.

151.- Las garantías a las que recurre el promotor en la promoción inmobiliaria son diferentes según trate de asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los adquirentes del edificio o de partes del mismo, o las obligaciones contraídas por el resto de los agentes interviniente en la edificación.

152.- Las promociones inmobiliarias tienen por destino la venta de los edificios, bien en su totalidad o por partes. El promotor como vendedor desea el cobro al contado del precio de la venta, a dicho cobro se llega generalmente mediante los pagos directos efectuados por el adquirente y por la subrogación de éste en el préstamo hipotecario de promoción. Cuando se recurre al fraccionamiento del pago se establece una condición resolutoria⁸¹ explícita para la anulación de la compraventa de manera rápida y sencilla en el supuesto de impago (artículos 1.504 C.C., 11 L.H. y 59 y 175.6 del R.H.), produciéndose la reinscripción de la finca a nombre del vendedor por la notificación de la voluntad resolutoria al comprador y el depósito en establecimiento oficial de la parte del precio cobrado.

153.- También se recurre al pacto de reserva de dominio en garantía del precio aplazado, mediante el cual no se transmite el derecho de propiedad que queda supeditado al pago del precio aplazado. En caso de incumplimiento y de forma similar a la condición resolutoria, habrá que proceder a la notificación y a la consignación del precio con detracción de las cantidades establecidas en concepto de penalización.

⁸¹ CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, LUIS M^a.. *Op. cit.* Págs. 308-313.

154.- La forma de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que el resto de los agentes asumen con el promotor mediante contratos de arrendamiento de obra, servicios y de compraventa, es a través del pacto de contratación de garantías, el establecimiento de cláusulas penales (artículo 1.152 C. C.), la retención al constructor de un porcentaje de los pagos efectuados a través de las certificaciones de obra y la contratación de garantías personales como el aval bancario o el seguro de caución.

155.- Ante la necesidad de delimitar el ámbito de estudio del presente trabajo, seguidamente, me centraré en aquellas garantías cuyo uso está generalizado en la edificación, especialmente en la vivienda, por venir impuestas legalmente o por establecerse mediante pactos convencionales. Éstas son: a) el aval bancario; b) la retención; c) la garantía hipotecaria; d) la prohibición de disponer; e) el privilegio refaccionario, y; f) la acción directa.

CAPÍTULO III. EL AVAL BANCARIO

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SU CONCEPTO, RÉGIMEN JURÍDICO Y NATURALEZA JURIDICA. 3. SUJETOS Y CONTENIDO OBLIGACIONAL. 4. EXTENSIÓN. 5. CAUSA. 6 FORMA. 7. RENUNCIA A LOS BENEFICIOS DE EXCUSIÓN U ORDEN Y DIVISIÓN: 7.1. Planteamiento. 7.2. Beneficio de excusión. 7.3. Beneficio de división. 8. SOLIDARIDAD. 9. PAGO A PRIMER REQUERIMIENTO.

1. INTRODUCCIÓN.

156.- El aval bancario es una de las garantías personales a la que pueden recurrir promotores y constructores para garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por su participación en el proceso de la edificación. Entre dichas obligaciones, se encuentran: a) la devolución por el promotor de las cantidades recibidas del comprador como anticipos del precio de la vivienda, para el caso de éstas no sean devueltas cuando la construcción no se inicie o no llegue a buen fin

en el plazo convenido¹; b) las derivadas de las proposiciones presentadas por el constructor y otros agentes de la edificación en las licitaciones de obras ante las Administraciones Públicas² y de la posterior formalización del contrato de arrendamiento de obra por el adjudicatario, y; c) la subsanación de determinados vicios o defectos que se manifiesten por una deficiente ejecución de la obra.

157.- La LOE³ no incluye en su Disposición Adicional Primera al aval bancario como instrumento de garantía de la obligación del promotor de devolver los anticipos e intereses correspondientes conforme establece la Ley 57/1968 de 27 julio, tampoco contempla la supresión del mismo⁴. Considero que la intención del legislador no ha pretendido la expulsión de esta garantía, de hecho su admisibilidad está generalizada junto con el seguro de caución.

158.- En el tráfico mercantil y bancario, se denomina aval bancario⁵ a la garantía escrita prestada por sujetos cualificados (bancos y sociedades de garantía recíproca) a favor de sus clientes. Estas entidades cuentan con solvencia, capacidad económica y profesional, y están sometidas a un riguroso control por parte de la autoridad bancaria, lo que junto a su adaptabilidad a las exigencias del

¹ Art. 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

² Art. 84.1.b. de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

³ Tanto el Anteproyecto de 1994 como el Proyecto de 1995 de la LOE en sus artículos 51 y 50 respectivamente contemplaban también el aval como instrumento para las garantías, pero finalmente quedó excluido del artículo 19 de dicha ley.

⁴ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZALEZ CARRASCO. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. 3ª edic. Aranzadi, 2005. Pág. 463.

⁵ BLANCO CAMPAÑA, J.. “Aval cambiario y aval como contrato de garantía”. *Revista de Derecho Bancario y bursátil*, 1982. Págs. 680-1.
SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.. *Instituciones de Derecho Mercantil*. V II.. 31ª. Thomson. Navarra, 2008. Págs. 427-9.
INFANTE RUÍZ, F. J.. *Las garantías personales y su causa*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. Págs. 78-9.

tráfico jurídico mediante la incorporación de nuevas cláusulas⁶, sobre la base de la autonomía de la voluntad (artículo 1.255 C. C.), ha favorecido su expansión.

El aval bancario constituye una relación jurídica compleja que involucra como mínimo al avalado, avalista y beneficiario. Entre ellos se establecen diferentes relaciones jurídicas, cuyo objetivo, es la emisión del aval para asegurar al beneficiario la recuperación de su crédito ante el incumplimiento del deudor.

159.- Las fuentes⁷ habituales de la obligación de garantizar en la edificación, son la legal y la convencional. En el primer caso⁸ (artículo 1.854 C. C.), la obligación recae necesariamente en el deudor. Su cumplimiento se realiza presentando fiador que reúna las condiciones del artículo 1.828 C. C.⁹, y que se obligue conforme a las exigencias de la legislación especial. El segundo caso, admite diferentes variantes¹⁰ dependiendo de como se establezcan las relaciones jurídicas entre los intervinientes, tanto respecto a los sujetos (deudor, acreedor y fiador o garante), como del momento de su intervención.

⁶ El art. 56.1.a del R. D. 1098/2001 exige que dicho aval sea solidario respecto al obligado principal con renuncia expresa a los beneficios de excusión y pagadero a primer requerimiento.

⁷Art. 1.823 C C. establece que las fuentes de la fianza pueden ser la legal, judicial y convencional.

⁸ Arts. 1.1 y 2 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y 36 R. L. 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

⁹ El art. 1.855 C. C. establece la constitución de prenda o hipoteca que se considere bastante para cubrir la obligación para el caso de que el obligado no encontrare fiador.

¹⁰ DIEZ-PICAZO, L.. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. V. II. Las relaciones obligatorias*. Thomson Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2008. Pág. 484.

160.- El supuesto¹¹ más frecuentemente en la contratación del aval es a través de la obligación que surge por convenio entre deudor y acreedor de prestar fiador o garante personal¹² (fianza convencional o contrato de garantía) que responda ante el acreedor, la posterior vinculación del deudor con el fiador o garante personal, obligándose el primero al pago de las comisiones correspondientes y el segundo a concertar el contrato de garantía personal con el acreedor, y por último, la conclusión de la garantía que liga al fiador o garante personal y al acreedor. Son tres contratos surgidos de forma sucesiva, en los que hay que ver: a) el carácter o naturaleza de los acuerdos celebrados entre el deudor y acreedor, deudor y fiador o garante personal, y de estos últimos con el acreedor, y; b) si el nacimiento de la garantía personal¹³ requiere del acuerdo entre fiador (o garante personal) y acreedor, o si basta con el del deudor principal y el garante¹⁴.

¹¹ El íter de constitución de la garantía puede variar de unos supuestos a otros. Así, nos podemos encontrar con: a) un contrato celebrado por todos los interesados en el que consta la declaración de voluntad de las tres partes (negocio jurídico plurilateral); b) un contrato celebrado entre deudor y fiador, que necesita de la aceptación del acreedor para que quede constituida la fianza, ya que de no aceptarse se trata de un negocio incompleto o inacabado, revocable por ambas partes en un tiempo razonable, y c) mediante convenio entre acreedor y fiador (aunque no exista aceptación del deudor) por aplicación del segundo párrafo del art. 1.823 C. C., siempre y cuando no haya oposición del deudor (art. 1.158 C. C.).

INFANTE RUIZ, F. J. *Las garantías personales y su causa*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. Pág. 67.

DIEZ-PICAZO, L. *Op. cit.. Fundamentos...* Págs. 493-5.

¹² DELGADO ECHEVARRIA, J.. *Elementos de Derecho Civil*. T. II. Vol. 3º. Barcelona 1986. Pág. 515.

CARRASCO PERERA, A.. *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*. La Ley, Madrid, 1992. Pág. 89.

¹³ ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M.. *Diccionario de Derecho Civil*. Edit. Comares. Granada, 1999. Pág. 927. Obligación del fiador que se caracteriza por las notas de accesoriedad y subsidiariedad, ya que no puede existir ni subsistir sin la principal. La subsidiariedad no es sin embargo una característica esencial y permanente de la obligación de referencia.

¹⁴ GARCÍA PEREZ, C.. *La promesa de dar garantía. Garantías exigibles al promotor de urbanizaciones privadas*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006. Págs. 136-7.

161.- Dependiendo de la naturaleza de la obligación del deudor frente al acreedor¹⁵, la obligación fideusoria (en sentido amplio) puede constituir una fianza clásica, una fianza modelizada o una garantía independiente, por lo que hay que plantearse en esta fase previa de la constitución de la garantía, cual es el fin perseguido con la utilización de una u otra figura y que régimen es el aplicable en uno u otro caso.

162.- En el caso de la fianza, la obligación de prestar fiador puede surgir de una obligación legal (fianza legal), judicial (fianza judicial) o de una relación convencional que liga al deudor y acreedor (contrato de fianza convencional). A ésta última¹⁶, se refiere el artículo 1.823.I C. C, como el contrato existente entre deudor y acreedor, por el cual, el primero se obliga frente al segundo, mediante una cláusula específica de prestación de garantía que se incorpora al contrato base (también puede constituir una unidad atípica por si misma) por la que se obliga a suministrar fiador y cuyo incumplimiento implica el del contrato al que se incorpora, pudiendo el acreedor ejercitar las acciones propias de dicho incumplimiento (reclamación de daños y perjuicios y resolución si la cláusula no es considerada simplemente accesorio), pero no puede exigir el cumplimiento en especie, al tratarse de una obligación que requiere del consentimiento del fiador, y tampoco, se puede procurar un fiador a costa del deudor incumplidor (artículos 1.098 y 1.099 C. C.).

163.- Los efectos del incumplimiento de dar fiador pueden ser diferentes según se trate de fianza debida (artículo 1.828 C. C.) o libre. Tienen la consideración de fianzas debidas tanto las legales como las judiciales. También pueden tener esta

¹⁵ O'CALLAGHAN MUÑOZ, J.. *Código Civil comentado y con jurisprudencia*. La Ley, 4ª edic. Madrid, 204. Pág. 1.211.
GARCÍA PÉREZ, C.. *Op. cit.* Pág. 149.

¹⁶ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y MARÍN LÓPEZ. *Tratado de los Derechos de Garantía*. 2ª. edic. Aranzadi. Cizur Menor, 2008 Págs. 119-21.

consideración las surgidas por acuerdo del deudor y acreedor¹⁷ cuando previamente se ha pactado el otorgamiento posterior de la misma. El cumplimiento de dicha obligación por el deudor se lleva a cabo en los términos del artículo 1.828 C. C., es decir, presentando persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación garantizada (excepto que el fiador presentado por el deudor sea el designado por el acreedor, quién lo tendrá que admitir aunque no reúna bienes en los términos establecidos por el precepto), requisitos éstos que presuponen la idoneidad del fiador. En caso de no encontrarlo se admitirá en su lugar prenda o hipoteca bastante para cubrir la obligación, y en caso de imposibilidad¹⁸, las consecuencias del incumplimiento se proyectarán sobre la obligación fiada, concretándose en la fianza legal y judicial en la pérdida de la situación o ventaja que el deudor obtuvo al asumirla, mientras que en la convencional el acreedor se libera de las obligaciones nacidas del contrato a su cargo.

164.- En el contrato de garantía¹⁹ la obligación asumida por el deudor de dar garante, mediante la promesa de hecho de un tercero, puede no quedar reducida solo al hecho propio de procurarlo (obligación de medios), sino que puede conllevar una obligación más amplia que la de procurar, desplazando el riesgo de insolvencia del garante al deudor, ya que el acreedor tiene interés en el comportamiento del tercero para la obtención de su utilidad, convirtiendo la obligación en una de resultado y exigiendo la indemnización de los daños causados por la falta de cumplimiento del tercero.

¹⁷ GUILARTE ZAPATERO, V.. *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XXIII. Dir. Albadalejo. Revista de Derecho Privado. Jaén 1980. Pág. 118.

¹⁸ GUILARTE ZAPATERO, V.. *Comentarios al Código Civil*. T. II. Dir. PAZ-ARES RODRIGUEZ. Y OTROS. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991. Pág. 1.800.

¹⁹ GULLÓN BALLESTEROS, A.. "La promesa de hecho ajeno". *Anuario de Derecho Civil*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1964. Págs. 13-20.
GARCÍA PÉREZ, C. *Op. cit.* Págs. 140-4 y 147-8.
GUILARTE ZAPATERO, V.. *Op. cit.*. Págs. 1.797-1.801 y 1856-7.

165.- La relación entre deudor y garante contiene dos obligaciones, el primero se obliga a pagar unas comisiones y el segundo a concertar el contrato de garantía con el acreedor. Si la garantía personal la constituye una fianza, la obligación fideusoria²⁰ (obligación de garantía) nace del mandato oneroso o comisión mercantil indirecta, en función del carácter civil o mercantil del encargo²¹, entre el deudor y la entidad crediticia (artículo 1.822 C. C.), en el cual, el fiador manifiesta su voluntad de garantizar la obligación del deudor (obligación garantizada) frente al acreedor²², mientras que la relación jurídica de fianza es la existente entre fiador y acreedor, siendo las razones que asisten al fiador a asumirla irrelevantes para el acreedor, sin que influyan en la obligación fideusoria²³.

²⁰ CASANOVAS MUSSONS, A. *La relación obligatoria de fianza*. Bosch. Barcelona, 1984. Págs. 122-5 y 144-5.

DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias*. V. II. 5ª edic. Civitas. Madrid, 1996. Sostiene el autor que la evolución moderna permite la aplicación de algunas normas del mandato, pero considera a esta relación una situación típica derivada del contrato de fianza.

²¹ GARCÍA PÉREZ, C.. *Op. cit.* Pág. 144.

CARRASCO PERERA, CPORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ. *Op. cit. Tratado...* Págs. 81-2.

CASANOVAS MUSSONS, A.. *La relación obligatoria de fianza*. Bosch. Barcelona, 1984. Págs. 82 y ss. y 118 y ss.

La regulación de los arts. 1.838 a 1.843 C. C. es una descripción de los efectos de la relación de mandato que se suele dar en ciertas fianzas sin llegar a ser un rasgo incondicional de todas ellas.

CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ. *Op. cit. Tratado..* Pág. 365.

Para los autores, solo existe regreso contra el deudor en virtud de la calificación del mandatario o gestor de negocios que corresponde al fiador (arts. 1.729 y 1.893 C. C.), siempre que el fiador actúe por encargo del deudor o gestionando de forma oficiosa sus intereses. En otras condiciones no existe regreso protegido, no pudiendo el fiador aprovecharse de los arts. 1.838, 1.939 y 1.843, ni el acreedor pueda sufrir las consecuencias negativas del art. 1.852.

²² INFANTE RUIZ, F. J. *Op. cit.* Pág. 376.

²³ LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS. *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*. 3ª edic. V. II. Dykinson. Madrid, 2005. Págs. 330-1.

La entidad crediticia goza de suficiente solvencia para una ejecución eficaz del aval, por lo que tratándose de un contrato de fianza debida²⁴, concurren los requisitos exigidos por el artículo 1.828 C. C..

166.- La función de garantía puede derivar también de contratos diferentes al de fianza²⁵. Dicha circunstancia puede generar problemas a la hora de calificar los acuerdos en los que no se observa el esquema típico de la fianza, ya que el Código Civil no recoge otro contrato distinto a éste, en el que un tercero asuma la obligación debida por el deudor.

167.- El instrumento a través del cual nace la garantía es un contrato a favor de tercero²⁶, en el que deudor y fiador pactan a favor del acreedor, sin que éste último, forme parte del contrato. GARCÍA PÉREZ²⁷ lo considera un contrato de garantía diferente al de fianza pero del que deriva una obligación fideusoria, cuyo régimen jurídico es el del contrato de garantía celebrado entre deudor y garante (incluyendo las normas imperativas que rijan para dichas garantías) que contiene una cláusula a favor del acreedor, mediante la cual, se realiza la atribución patrimonial (contrato con estipulación a favor de tercero).

²⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS. *Op. cit.*. Págs. 328-9.

²⁵ GARCIA PÉREZ, C.. *Op. cit.*. Págs. 149-155

²⁶ DELGADO ECHEVARRIA. *Elementos de Derecho Civil*. T. II. Vol. 3. Barcelona 1986. Págs. 509 y 514-5.
ALBADALEJO, M.. *Op. cit.*. Pág. 458. El instrumento utilizado es el contrato con estipulación a favor de tercero.

²⁷ GARCÍA PEREZ, C.. *Op. Cit.*. Pág. 155-6.
GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. “Comentario artículo 1257”. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dir. Albadalejo y Díaz Alabart. T. XVII, -Vol. 1º, A.. Págs. 383-419.
SÁNCHEZ GUILARTE, J.. “Proyecto de Código para la práctica de garantías y fianzas a primera demanda (comentario al proyecto de la Cámara Internacional de Comercio) (primera parte). *Revista de Derecho Bancario y bursátil*. 1984. Pág. 67. Considera más conveniente aplicar a la relación entre garante y ordenante la relación de mandato que la estipulación a favor de tercero.

168.- Es necesario que el acreedor²⁸ acepte el pacto celebrado entre deudor y fiador para encontrarnos ante una verdadera fianza, en otro caso, si no lo acepta, nos encontramos ante una relación en la que el prominente resulta obligado frente al estipulante a pagar por él si éste no lo hace (artículo 1.257 C. C.), lo que determina un pago hecho por tercero, o una relación que también puede considerarse como una parte preliminar o incompleta de un negocio complejo de formación sucesiva.

169.- Para que nazca la obligación fideusoria en la fianza debida, no es precisa la voluntad del acreedor aceptando al fiador, es suficiente que éste reúna los requisitos del artículo 1.828 C. C. con irrelevancia de la persona, (exceptuándose el supuesto del artículo 1.829 C. C.). Lo único importante es su solvencia patrimonial, por ello, se la exige al constituirse la fianza y en caso de que la pierda, el acreedor puede pedir otro fiador capaz y solvente (artículo 1.829 C. C.) que lo sustituya, o que, refuerce su garantía como cofiador o subfiador (art. 1.129 C. C.), excepto que la persona presentada por el deudor para asumir la garantía haya sido la persona designada por el garante, en la que excepcionalmente desaparece la obligación de conservar la garantía²⁹. Si el obligado por la ley o resolución judicial a dar fianza no encuentra fiador, se le admitirá en su lugar una prenda o hipoteca que se estime bastante para cubrir su obligación (artículo 1.855 C. C.).

170.- En la garantía independiente el deudor pacta con el garante a favor del acreedor, pero éste último, no forma parte del contrato del que surge su derecho de crédito para exigir la garantía, lo que le interesa a fin de evitar posibles responsabilidades, ya que el estipulante (deudor) al firmar un contrato en nombre e interés propio con el garante (promitente) obliga a este último a realizar la

²⁸ DIEZ-PICAZO, L..*Op. cit.*. *Fundamentos...* Págs. 493-5.

²⁹ GUILARTE ZAPATERO, V.. *Op. cit.*. Págs. 120-1.
GARCIA PEREZ. *Op. cit.*. Págs. 156-8

gestión y conclusión del contrato de garantía, no siendo necesario el consentimiento del acreedor al no intervenir. Para que el acreedor reciba de ese acuerdo la garantía previa se utiliza el mecanismo de la estipulación a favor de tercero³⁰, debiendo asumir el riesgo de insolvencia del garante el deudor, al no intervenir el acreedor en su elección.

2. SU CONCEPTO, RÉGIMEN JURÍDICO Y NATURALEZA JURÍDICA.

171.- Se trata de una garantía personal³¹ a la que INFANTE PEREZ³² define como “la fianza otorgada por un banco a petición de un cliente y a favor de un tercero, garantizando el cumplimiento de un contrato o la realización de un pago en efectivo”. Sus rasgos fundamentales³³ son: a) es una garantía emitida por una

³⁰ El art. 1.257.2 C. C. se refiere a los contratos en que alguna de sus estipulaciones es a favor de tercero, siendo las demás a favor del promitente y estipulante.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. “Comentarios al artículo 1.257 del Código Civil”. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dirg. ALBADALEJO y DÍAZ ALABART. Tomo XXVII. V. 1-A.. Pág. 399. Es necesario la aceptación del tercero a efectos de impedir la revocación.

³¹ LASARTE C.. *Curso de Derecho Civil Patrimonial*. Edit. Tecnos, 14ª edic.. Madrid, 2008. Pág. 349-50. XAVIER O'CALLAGHAN. *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones*. 5ª edic. Dijusa. Madrid 2008. Págs. 611-2.

VAZQUEZ GARCÍA, R J. “La póliza de contragarantía”. *Tratado de Garantías de la Contratación Mercantil. T. I*. Coord. Nieto García y Bonet Sánchez. Civitas, 1996. Pág. 476.

³² INFANTE PEREZ, V.. “La difusión del uso privado de los avales bancarios solidarios y abstractos”. *Revista Derecho de los Negocios*. 1991. N.º. 7. Pág. 7.

³³ El art. 1822 C. C. establece que *por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste*. Se trata de una garantía personal que tiene carácter subsidiario gozando el fiador del beneficio de excusión, con la que el acreedor pretender cubrirse del riesgo de insolvencia del deudor. Necesariamente se han de dar dos relaciones contractuales diferentes, la obligación principal garantizada y la obligación de refuerzo de la garantía. La fianza presenta como caracteres: la consensualidad del contrato que queda perfeccionado con el consentimiento, la accesoriedad de la obligación del fiador respecto de la del deudor, su carácter gratuito u oneroso (dando lugar en el primer caso a un contrato unilateral y en el segundo a un contrato bilateral) y el de formalidad.

entidad de crédito; b) la obligación asumida es siempre dineraria; c) su cumplimiento da derecho al avalista a reembolsarse del avalado; d) se constituye de manera solidaria, y; e) en contraprestación se recibe una comisión calculada como porcentaje sobre la cuantía máxima (el artículo 1.823 del C. Co. permite la fianza gratuita o renumerada y el artículo 441 C. C. establece que será gratuita salvo pacto en contrario).

172.- En la práctica negocial la denominación de aval queda referida a un concepto de aval en sentido amplio³⁴ que hace referencia a negocios de garantía muy variados como pueden ser la fianza solidaria, la garantía independiente (a primer requerimiento), etc. Su régimen legal viene establecido en el Código Civil en los artículos 1.822 a 1.856 y en el Código de Comercio en los artículos 439 a 442, que solo se limita a concretar particularidades propias del afianzamiento mercantil.

173.- Esta garantía constituye un contrato bancario, ya que el otorgamiento de avales y garantías para sus clientes forma parte de la actividad usual de las entidades financieras, sujeto a la LCGC por tratarse de un contrato de adhesión³⁵ prerredactado por el banco, con cláusulas que pueden ser impuestas tanto por el fiador como por el acreedor (raramente por el deudor). Existe escasa jurisprudencia sobre la nulidad de éstas, por lo que las cláusulas sospechosas de incurrir en nulidad son las relativas al artículo 8.1 LCGC y a los artículos 80 y siguientes del Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias.

RODRIGUEZ DÍAZ, I. “En torno a la garantía a primera demanda”. *RDBB*. Abril-Junio, 2003. Págs. 32-34..

VÁZQUEZ GARCÍA, R. J.. “La póliza de contragarantía”. *Tratado de Garantías de la Contratación Mercantil. T. I.* Coord. Nieto García y Bonet Sánchez. Civitas, 1996. Págs. 480-2.

³⁴ STS 21de marzo de 1980, (RJ 1980\1133).

³⁵ OSSORIO MORALES, J y OSSORIO SERRANO, J. M.. *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2006. Págs. 208-13.

174.- La garantía prestada por las entidades financieras a sus clientes puede tener naturaleza civil o mercantil. El régimen jurídico de ambas es prácticamente equivalente debido a la escueta regulación que el C. de Co. hace del afianzamiento mercantil³⁶. La naturaleza queda determinada por la obligación afianzada (artículo 439 C. Co.), sin embargo, al tener el fiador el carácter de comerciante y formar parte de sus contratos de empresa (contratos bancarios) se considerará mercantil independientemente de la obligación garantizada³⁷.

175.- El aval ha ido evolucionando por la necesidad de adaptarlo a los términos pactados en la relación de valuta, por lo que con él, se puede constituir una fianza³⁸, una fianza modelizada con cláusulas o estipulaciones especiales que le

³⁶ PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.. “Comentario a la STS 20.10.89 “. *CCJC*. Sept./Dic. 89. Nº. 21. Págs. 969-979.

³⁷ SAP. de León (Sec. 2ª) de 11 abril, (AC 1996\769). TERCERO.- “Con todo y juzgando acertado por lo ya dicho el criterio del Juez de instancia, estimamos nosotros que el rechazo de las tesis de la demandada y la estimación de la pretensión actora podría haberse alcanzado por otra vía, cual es el afirmar el carácter solidario de la fianza constituida por la apelante, carácter que sostenemos nosotros, y nos conduce al rechazo de la excepción litisconsorcial opuesta (pues la solidaridad excluye el litisconsorcio), a partir de la consideración como mercantil de la fianza constituida por la entidad crediticia apelante, pues la jurisprudencia viene proclamando «el carácter mercantil de la fianza constituida por una entidad crediticia dentro de las actividades de su beneficio mercantil, lo que determina su carácter solidario según la práctica mercantil y la jurisprudencia, siendo su consecuencia que el fiador mercantil carece de los beneficios de excusión y de división de que goza el fiador civil» (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 4 diciembre 1950 [RJ 1951\227], 7 diciembre 1968 [RJ 1968\5748], 25 abril 1969 [RJ 1969\2232], 16 junio 1970 [RJ 1970\3114.] y 7 marzo 1992 [RJ 1992\2007), carácter solidario de la firma mercantil que la jurisprudencia ha fundado «en el artículo 3, párrafo 1.º del Código Civil, dada la necesidad de garantías firmes en las transacciones mercantiles, y el auge que tiene la obligación solidaria en otros ámbitos jurídicos (por ejemplo, en materia de seguros y de las obligaciones extracontractuales), precisamente en beneficio de la seguridad jurídica en la realidad social de nuestro tiempo caracterizada por la complejidad y multiplicidad de variantes en las relaciones jurídicas, tanto dentro del comercio como fuera de él» (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 20 octubre 1989 [RJ 1989\6941.] y 7 marzo 1992)”.

VAZQUEZ GARCÍA, R. J. *Op. cit.*. Págs. 476 y 484.

CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARIN LOPEZ. *Op. cit. Tratado*. Págs. 84-5. Consideran que a pesar de que la fianza sea prestada por una entidad financiera su naturaleza puede ser tanto civil como mercantil.

³⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS. *Op. cit.* Pág. 320. “En ocasiones el legislador utiliza el término << fianza >> en sentido impropio ajeno a la institución regulada en los arts. 1.822 y ss. Cc.. Por ejemplo, para denotar cualquier clase de garantía –como en los arts. 260 y 491 C. C.-, o la consistente en depósito de dinero -<<prenda irregular>>, art. 36 LAU”-.

apartan en algún aspecto concreto del régimen de la fianza clásica, o una garantía autónoma diferente al contrato de fianza cuando desaparecen las notas de accesoriedad y subsidiariedad.

176.- Hay que diferenciar el aval bancario de otras instituciones afines como puede ser el aval cambiario, el seguro de caución, etc. El aval cambiario³⁹, regulado en los artículos 35 a 37 de la LCCH⁴⁰, constituye una institución jurídica de garantía exclusiva de títulos de crédito, a diferencia de la fianza que garantiza obligaciones civiles o mercantiles que no derivan de un título de crédito (el vocablo aval es sinónimo de fianza, sólo que aplicado al derecho cambiario). Ambas son garantías personales y desempeñan idéntica función económica pero difieren en su estructura jurídica⁴¹. Por lo que cuando se emplea la palabra *aval* para garantizar negocios jurídicos distintos del cambiario se ha de acudir a una interpretación conforme a su naturaleza jurídica, al objeto del contrato y a la intención de las partes.

177.- Para algunos autores el aval cambiario es una fianza especial y solidaria constituida mediante una declaración cambiaria para garantizar una obligación igualmente cambiaria⁴². Otros consideran que entre la fianza y el aval existe una clara desconexión por tratarse éste último de una obligación autónoma e independiente⁴³, ya que una vez contraída la obligación por el avalista cambiario no existe posibilidad de desligarse o ser relevado anticipadamente de la misma.

³⁹ Art. 37 LCCH.

FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A.. *El aval cambiario*. Civitas. Madrid, 1992. Págs. 79 y ss.

⁴⁰ Ley 19/1985, de 16 de Julio, Cambiaria y del Cheque.

⁴¹ LABARIEGA VILLANUEVA, P. A. "El aval. ¿Fianza sui generis o garantía cambiaria típica?. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. V. 37. N°. 110 México, Ago. 2004.

⁴² CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO. y MARÍN LÓPEZ.. *Op. cit. Tratado...* Págs. 566-7.

⁴³ SAP de Granada de 1.02.99 (AC 1999\3790).

178.- El seguro⁴⁴ de caución es una figura atípica dentro del contrato de seguro, exento de algunos de los rasgos característicos de la actividad aseguradora. El art. 68 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980 lo define como aquel seguro, por el cual “*el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento del tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños particulares 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*”. Mientras que en el contrato de fianza, el fiador se obliga a cumplir por el deudor principal, en el seguro de caución, el asegurador se obliga a resarcir al acreedor los daños y perjuicios causados por el incumplimiento⁴⁵, pero ambos cumplen una función económica de garantía.

3. SUJETOS Y CONTENIDO OBLIGACIONAL.

En el aval intervienen los siguientes sujetos:

179.- a) El acreedor de la obligación principal. Es la persona a favor de quien se constituye el aval pudiendo accionar contra el fiador ante la insolvencia del deudor. El fiador puede oponer al acreedor sus propias excepciones⁴⁶ y las de la

⁴⁴ AVILA DE LA TORRE, A. “Contratos de garantía” en *Contratos Mercantiles* (Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO y CALZADA CONDE. 2ª edic. Aranzadi. Navarra, 2004. Págs. 775-6.

RODRIGUEZ DIAZ, I. *Op. cit.* . 2003, Abril-Junio. Págs. 40-43. La función garantista de este seguro ha dado lugar a un largo debate doctrinal, tanto científico como doctrinal, acerca de la verdadera naturaleza jurídica de este contrato.

⁴⁵ STS de 12 marzo, (RJ 2003\2572).

⁴⁶ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARIN LÓPEZ. *Op. cit. Tratado..* Pág. 175.

deuda principal que pudiera oponer el deudor, salvo que sean puramente personales de éste.

180.- El fiador. Garante de la obligación principal que se corresponde con la entidad crediticia (banco o caja de ahorro o rural) o sociedad de garantía recíproca⁴⁷, a quién se le presume solvencia⁴⁸ suficiente para responder de la obligación que garantiza (artículos. 1.828 y 1.829 C. C.). Su obligación esencial es cumplir la obligación garantizada en la cuantía, tiempo y modalidad pactada⁴⁹ de no hacerlo el deudor. La obligación⁵⁰ del fiador (obligación fideusoria) es distinta de la principal, ya que aunque se identifique con ésta, mantiene cierto ámbito autónomo al estar sujeta a sus propias determinaciones, limitaciones, garantías, modificaciones y extinción por causas propias.

La razón por la cual el fiador asume la fianza y las relaciones que mantenga con el fiado son irrelevantes para el acreedor, ya que dicha relación no influye en la relación fideusoria, teniendo que soportar el primero en el cumplimiento de la obligación los efectos del dolo, la culpa o la mora del deudor. Al fiador le asisten las excepciones⁵¹ que competen al deudor (artículo 1.853 C.

⁴⁷ El art. 56.2 RD 1098/2001 establece los requisitos que dichas entidades habrán de reunir para poder intervenir como fiadores.

RONCERO SÁNCHEZ, A.. “La sociedad de garantía recíproca”. *Derecho del Mercado Financiero I.*. Dir. Por ALONSO UREBA Y MARTÍNEZ-SIMANCAS. Madrid, 1994. Págs. 673 y ss.

⁴⁸ ALBADALEJO, M.. *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones. Vol. II . Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales.* 10ª edic. Barcelona 1997. Pág. 878.

⁴⁹ STS de 31 de enero de 1977 (AR. 128).

Los arts. 1.824, 1.826, 1.830 a 1.835, 1.842, 1.845, 1.847, 1.849, 1.851, 1.862, 1.853 y 1856 regulan el nacimiento, evolución y extinción de la obligación fideusoria que contrae el fiador con el acreedor.

⁵⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS. *Op. cit.* Pág. 320.

⁵¹ DIEZ-PICAZO, L.. *Op. cit.. Fundamentos...* Pág. 604. “excepción personal debe entenderse como una facultad de enervar el ejercicio del derecho de crédito, cuya atribución al deudor tenga carácter personalísimo o inherente a su persona como dice el art. 1.111 C. C., y en cuyo ejercicio, por consiguiente, no podrá ser sustituido por un tercero.

C.), las cuales pueden excluirse convencionalmente, pero quedando fuera las excepciones puramente personales del deudor y las derivadas de la relación entre éste y el fiador.

El fiador puede ejercitar la acción de cobertura del artículo 1.843 C. C. para pedir la relevación de la fianza⁵² o una garantía que le proteja del peligro de insolvencia del deudor y de su conducta: 1º) cuando es demandado judicialmente para el pago; 2º) en caso de concurso o insolvencia; 3º) cuando éste se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado que ya ha vencido; 4º) cuando la deuda deviene exigible por vencimiento; y 5º) a los diez años si la deuda no tiene término fijo de vencimiento, a menos, que por la naturaleza de ésta, su vencimiento no pueda extinguirse sino en un plazo mayor.

La doctrina⁵³ no se muestra pacífica respecto a si las acciones de la vía de regreso de los artículos 1.838 (acción de reembolso) y 1.839 (acción subrogatoria) del Código Civil son dos acciones distintas y alternativas disponibles a elección del deudor (que no pueden acumularse pero si utilizarse sucesivamente), o se trata de una única acción de reembolso (artículo 1.838) mejorada con los mismos derechos y privilegios que le correspondía al crédito satisfecho (artículo 1.839). La diferencia entre ambos casos es importante, ya que si se trata de un derecho de regreso o de reembolso, su fecha de nacimiento es el momento de pago, mientras que si es de subrogación, tendrá la antigüedad del crédito adquirido y gozará de los accesorios de que el crédito estuviere revestido (privilegios, preferencias y garantías), aunque con la limitación del párrafo final del artículo 1.839 C. C., ya que en caso de que el fiador negocie con el acreedor,

⁵² LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS. *Op. cit.* Págs. 336-7.
DIEZ-PICAZO, L. *Op. cit.*. *Fundamentos...* Págs. 606-7.

⁵³ CARRASCO PERERA, CORDEROLOBATO y MARIN LÓPEZ. *Op. cit.* *Tratado..* Págs. 363-5. Para los autores solo cabe hablar de una acción subrogatoria específica respecto de terceros distintos del deudor afianzado, contra los que no cabe propiamente reembolso.
DIEZ-PICAZO, L.. *Op. cit.*. *Fundamentos...* Págs. 509-10.

no puede exigirle al deudor más de lo que realmente haya pagado. La postura mantenida por la doctrina mayoritaria es la de la dualidad de acciones en concurso alternativo⁵⁴.

181.- c) El deudor de la obligación principal. Es la persona obligada a prestar la garantía, a pagar los gastos del aval a la entidad crediticia y a rembolsar al fiador lo pagado por éste. Le asiste frente a la acción de regreso del fiador (salvo que exista pacto en contrario) las excepciones⁵⁵ siguientes: 1ª) la de pago del fiador sin ponerlo en conocimiento del deudor, con la que podrá hacer valer todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago (artículo 1.840 C. C.); 2ª) tratándose de una deuda a plazo, si el fiador paga antes del vencimiento, no puede exigirle el reembolso al deudor hasta que el plazo venza (artículo 1.841 C. C.), y; 3ª) cuando el fiador ha pagado sin conocimiento del deudor, y éste último, ignorando el pago lo repite al acreedor. También, puede oponer al fiador en vía de regreso, salvo pacto en contrario, las excepciones que le correspondan con carácter personal que provengan de la relación de cobertura y las personales conocidas por el fiador que no opuso al acreedor, pero no puede oponer las excepciones específicas de la relación de cobertura que existan entre fiador y acreedor o las personales⁵⁶ que el fiador hubiera podido oponer al acreedor, ya que la garantía no puede utilizarse para crear derechos del deudor a cargo del fiador.

182.- d) Contragarante. Está presente cuando la póliza de afianzamiento mercantil lleva incorporada la cláusula de contragarantía, mediante la cual, una persona se constituye en garante de la entidad crediticia en vía de regreso, en

⁵⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS. *Op. cit.* Págs. 333-6

⁵⁵ DIEZ-PICAZO, L.. *Op. cit. Fundamentos...* 6º. Edic. 2008. Págs. 512-3.

⁵⁶ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ. *Op. cit. Tratado.* Págs. 270-1.

caso de ejecución del aval e insolvencia del deudor. Normalmente⁵⁷, el contrato de contragarantía o de contraaval va unido habitualmente al contrato de aval, aunque se trata de un contrato independiente de las relaciones jurídicas garantizadas.

Todos los sujetos necesitan de capacidad para obligarse, pudiendo intervenir individual y mancomunada o solidariamente cuando intervienen varios.

183.- En la descripción de las relaciones jurídicas existentes en el aval bancario, hemos supuesto que la obligación fideusoria nace de un contrato de fianza y por tanto el régimen aplicable es el de los artículos 1.822 a 1.856 C. C. y 439 a 442 del C. de Co.. Sin embargo, puede nacer de un contrato diferente al de fianza, como sucede con las garantías independientes en las que debido a su no accesoriadad el régimen de excepciones se ve restringido.

4. EXTENSIÓN.

184.- Los artículos 1.826 y 1.827 C. C. se refieren a la extensión, alcance y onerosidad de la fianza. La concreción⁵⁸ de éstos conlleva la determinación de la obligación de valuta y la fijación del contenido de la obligación de cobertura.

185.- Por su relación con la obligación principal, la fianza puede ser simple (o indefinida) y limitada. El artículo 1.827 C. C. establece que la extensión de la fianza simple o indefinida comprende: a) la obligación principal; b) los

⁵⁷ SACRISTAN BERGÍA, F.. *El contrato de contragarantía (en el ámbito de las garantías bancarias autónomas a primera demanda)*. Dykinson S.L.. Madrid, 2006. Págs. 49 y ss.

⁵⁸ GUILARTE ZAPATERO, V. *Op. cit.*. Págs. 104-105.

accesorios a ella; y c) los gastos del juicio que se hayan devengado después de haber sido requerido el fiador para el pago. De esta manera queda delimitado el alcance de la deuda del fiador cuando no se pacte la extensión de la fianza (artículo 1.827.2º C. C.).

186.- En la fianza limitada (artículo 1.826 C. C.) la obligación del fiador es inferior a la del obligado principal⁵⁹, respecto al tiempo, cantidad, o a cualquier otra circunstancia que la haga menos onerosa que la obligación principal.

187.- No existe límite en cuanto al tipo de obligación que puede ser garantizada por la fianza⁶⁰, siempre que ésta sea válida⁶¹ (si es nula, la fianza como obligación subsidiaria también será nula) y determinable en cuanto a su objeto (artículo 1.825 C. C.). En la constitución puede darse una obligación no determinada pero determinable con posterioridad. También pueden afianzarse obligaciones condicionales⁶², pero para su reclamación al fiador tiene que esperar a que la obligación sea exigible (principio de accesoriedad), ya que si éste paga sin esperar al vencimiento, el deudor podrá oponerle el artículo 1.841 C. C..

⁵⁹ GARCÍA-CUECO MASCARÓS, S. J.. *Instituciones de Derecho Privado*. (Coord. DELGADO DE MIGUEL). Thomson Civitas. Madrid 2003. Págs. 587-8.

⁶⁰ SAP. de Alicante de 11.2.04 (AC 2004, 168). “PRIMERO.-“...Reconocidos como ciertos, que lo son sin duda alguna, las anteriores condiciones del aval hay que recordar que la fianza, aunque no sea subsidiaria, sino solidaria, como en el caso que nos ocupa es siempre una obligación accesoria que depende del incumplimiento de la obligación principal y que por tanto ha de ser contraída de forma expresa, por lo que ha de interpretarse restrictivamente, quedando excluida toda posibilidad de extenderla a obligaciones distintas de las comprendidas en ella [STS 5.2.92 (RJ 1992, 8301)] y por ello no puede llegar a extenderse la fianza pactada a supuestos distintos de los comprendidos en la misma desnaturalizando la extensión subjetiva de la fianza convenida como sería ampliarla a terceros beneficiarios...”.

CARRASCO PERERA A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J.. *Op. cit.. Tratado..* Págs. 190-4.

⁶¹ Art. 1.824 C. C.
DIEZ-PICAZO, L.. *Op. cit. Fundament...* Pág. 488.

⁶² CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ. *Op. cit.. Tratado..* Págs. 195-6.

188.- El C. C. presupone una obligación principal consistente en dinero y una fideusoria también en dinero, pero pueden garantizarse obligaciones de dar, hacer o no hacer, sean o no fungibles, si bien, su propia naturaleza influirá en la obligación accesoria, presentándose variedad de combinaciones de éstas, en cuanto al tipo de obligación principal y accesoria. Tratándose de obligaciones dinerarias o fungibles no dinerarias será el importe de la obligación principal⁶³ el que se corresponda con el resarcimiento del daño ocasionado por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso (principio de identidad por la relación existente entre ambas prestaciones). Si la obligación principal es infungible de dar, hacer o no hacer, la obligación accesoria será siempre una suma de dinero determinada por el equivalente de la prestación principal incumplida, que debido a su infungibilidad no puede realizar el fiador.

189.- No se requiere que la fianza tenga inicialmente fijada la cuantía⁶⁴ que asume el fiador (artículo 1.273 C. C.), pudiendo determinarse con relación a la obligación principal. Esta situación se corresponde con una deuda ilíquida despachándose la ejecución por esa cuantía conforme al artículo 572.2 LEC.

190.- El alcance temporal de la sujeción del fiador al incumplimiento del deudor es hasta que prescriba la correspondiente acción, salvo que en el contrato se haya pactado un plazo de caducidad, transcurrido el cual, se extingue cualquier responsabilidad del garante.

191.- Cuando la deuda principal vence anticipadamente, la doctrina está dividida respecto a si el vencimiento anticipado se extiende o no por accesoria a la

⁶³ GUILARTE. ZAPATERO, V..*Op. cit.*. Pág.. 89.

⁶⁴ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ. *Op. cit. Tratado.* Pág. 181.

fianza⁶⁵. Coincido con CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARIN LÓPEZ, para quienes la fianza se mantiene sin verse afectada, disponiendo el acreedor de la garantía durante el plazo previsto en principio.

192.- Los accesorios⁶⁶ comprenden las obligaciones secundarias derivadas del incumplimiento del deudor, su enriquecimiento injustificado, las deudas de restitución derivadas de la declaración de ineficacia y los accesorios del crédito en sentido propio. Se encuentran entre estos últimos: a) la indemnización de daños y perjuicios; b) el pago de cláusulas penales pactadas; c) intereses convencionales y moratorios, aunque respecto a estos últimos, el fiador no haya sido especialmente requerido y constituido en mora; d) daños extracontractuales; y e) los gastos judiciales⁶⁷ originados después de haber sido requerido para el pago.

193.- La fianza puede limitarse⁶⁸ (fianza limitada) en las obligaciones, finalidades, cuantía, plazo, daño y responsabilidad en que incurra el deudor, siempre que no sea dolosa. Si el fiador se ha comprometido a una cantidad

⁶⁵ A favor MONTES PENADÉS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. ALBADALEJO), XV, VOL 2, 1983. Pág. 146 y ss. y CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ. *Op. cit. Tratado...* Págs. 188-92-5 .En contra VALENZUELA GARACH, F.. “El contrato de fianza: una síntesis de sus problemas actuales” . *El tratado de garantías en la contratación mercantil. T. I* Coord. NIETO CAROL y BONET SANCHEZ.. Cívitas. Madrid 1996. Pág. 452.

⁶⁶ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ. *Op. cit.. Tratado..* Pág. 183.
ÁVILA DE LA TORRE, A. *Op. Cit..* Pág. 782.
GUILARTE. ZAPATERO, V. *Op. cit..* Pág. 109.

⁶⁷ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ. *Op. cit.. Tratado..* Págs. 188 y 231.
GUILARTE. ZAPATERO, V. *Op. cit..* Págs. 110 y 111:

⁶⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS. *Op. cit..* Pág. 320.
CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ. *Op. cit. Tratado..* Págs. 256-60.
SSTS. de 31 de diciembre de 1991 y de 28 de septiembre de 1993.

máxima⁶⁹ responderá hasta el límite de la misma por el principal y por las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación. Cuando lo avalado es una parte de la deuda principal se le imputan los accesorios correspondientes a dicha parte. Si el acreedor logra cobrar parte del crédito, se imputa a la parte (artículo 1.827.2 C. C.) de la obligación garantizada y de los accesorios no cubierta por la fianza, salvo que la totalidad de la deuda estuviera garantizada por un tercero.

194.- La fianza limitada en el tiempo plantea el problema interpretativo de si la fecha de caducidad marca el momento final en que pueden nacer las obligaciones cubiertas, o si por el contrario aquella fecha marca el límite temporal en el cual el fiador atenderá las reclamaciones hechas por el acreedor. Los efectos de una y otra son diferentes por lo que es conveniente establecer el pacto que determine el criterio a seguir. A mi juicio, la interpretación más coherente de cara a conseguir una mayor protección del acreedor es entender que el plazo fijado viene referido a los créditos que quedan cubiertos por la garantía y no al momento de la reclamación.

195.- El párrafo segundo del artículo 1.826 C. C. establece la limitación de la obligación accesoria para el caso de que el fiador se hubiera obligado a más que la obligación principal (se ha de presentar en el momento del cumplimiento de la garantía, no de su constitución), o a unas condiciones más o menos favorables (intereses, lugar de pago, etc.), reduciéndola a los límites del deudor sobre la base del principio de menor onerosidad⁷⁰.

⁶⁹ ÁVILA DE LA TORRE, A. *Op. cit.*. Págs. 781-2.
CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ. *Op. cit.*. *Tratado.*. Pág. 274.

⁷⁰ ÁVILA DE LA TORRE, A.. *Op. cit.*. Pág. 781.
GUILARTE ZAPATERO V.. *Op. cit.*. Págs. 93-98.

196.- La entidad financiera tiene derecho a recuperar el desembolso realizado por la ejecución del aval conforme al artículo 1.838 C. C., comprendiendo el principal de la deuda, intereses remuneratorios, moratorios y los intereses legales de la cantidad pagada desde que el fiador hizo saber el pago al deudor.

5. CAUSA.

197.- La regulación jurídica que el Código Civil hace de la causa de la obligación⁷¹ en los artículos 1.274 a 1.277 recoge un concepto objetivo⁷², referido a la atribución patrimonial, entendida, como todo acto por medio del cual se procura o se proporciona a otra persona un beneficio patrimonial.

El contrato de aval bancario en cuanto contrato de afianzamiento mercantil o contrato de garantía autónomo⁷³ tiene carácter causal, criterio

⁷¹ DIEZ-PICAZO, L. “El concepto de causa del negocio jurídico” *ADC*, 1963. Págs. 29-30. La causa de la obligación contesta a la pregunta por qué se debe y coincide con la fuente de la obligación.

DE LOS MOZOS, J. L.. “La regulación del contrato y el problema de la causa”. *Revista Jurídica del Notariado*. 2002, Enero/marzo. Nº. 41. El verdadero concepto de causa del contrato es “aquello por lo que el juez no nos deniega la acción”, para hacer efectivas las obligaciones que del mismo derivan.

RUBIO GARRIDO, T.. *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y cofianza. En el Código Civil y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Comares. Granada, 2001. Pág. 160. En la obligación fideusoria el elemento causal es la finalidad de garantía.

⁷² ALBADALEJO GARCÍA, M., “La causa” *RDP*, 1958. Págs.. 317-8.

DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.. *Op. cit.*. *El concepto...* Págs. 26-32.

⁷³ RODRIGUEZ DÍAZ, I.. *Op. cit.* Págs. 45-47.

CERDÁ OLMEDO, M.. *Garantía independiente (Nueva forma de garantía personal realizable mediante simple reclamación del acreedor, surgida de la praxis del comercio internacional)*. Granada, 1991. Pág. 124.

ALCALA DÍAZ, M^a. A.. “Garantías bancarias a primera demanda”. *Derecho del Mercado Financiero, T. II*. Dir. ALONSO UREBA y MARTINEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ. Madrid, 1994. Págs. 256-7. Dicha causa es externa al propio contrato, siendo el negocio jurídico base que vincula al ordenante de la garantía y al garante el que constituye la causa de la garantía. CARRASCO PERERA, A.. *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*. La Ley. Madrid, 1992. Pág. 179.

DE CASTRO Y BRAVO, F.. *El negocio jurídico*. Civitas, 1985. Págs. 291-2.

seguido por casi toda la doctrina⁷⁴ ya que nuestro ordenamiento no admite la abstracción de los contratos⁷⁵ (artículo 1.275 C. C., referida a la causa de la atribución).

198.- Para INFANTE RUÍZ⁷⁶ la causa de la fianza es la función económico-social consistente en garantizar la satisfacción de un crédito, cuyo efecto principal es la ampliación del poder de agresión del acreedor. Para este autor⁷⁷, independientemente de cualquier teoría sobre la causa, ésta es lo verdaderamente querido por las partes a la hora de prestar el consentimiento, la cual debe existir en ese momento y ser lícita. ÁVILA DE LA TORRE⁷⁸ sostiene que la causa del contrato de fianza como la de todo negocio de garantía la constituye la búsqueda de una obligación de cobertura, que en las garantías personales se concreta en incrementar la seguridad del acreedor en la satisfacción de su crédito con la intervención de un garante. Dicha garantía, no origina un desplazamiento

GUILARTE ZAPATERO, V. *Op. cit.*. (Drig. ALBADALEJO, M.). Edit. Revista de Derecho Privado. Jaén, 1980. Pág. 61.

INFANTE RUÍZ, F.. *Op. cit.*. Pág. 512.

⁷⁴. DIEZ-PICAZO, L. *Op. cit.*. *El concepto...* Págs. 23-24.

LACRUZ BERDEJO, J. L. “La causa en los contratos de garantía” *Op. cit.*. Pág. 719-720.

ALBADALEJO GARCÍA, M., *Op. cit.* Págs. 325-6.

⁷⁵ ALBADALEJO GARCÍA, M., “La causa” *RDP*, 1958. Págs. 315-6 y 320-5 En la teoría del negocio jurídico podemos distinguir dos posturas respecto a la causa: la causalista y la anticausalista. Sin embargo dentro de la doctrina causalista hay discrepancias respecto a que es la causa, pudiendo distinguirse tres concepciones : a) La objetiva: identificada con el fin práctico del negocio, la razón económico-jurídica, la función que caracteriza a cada tipo de negocio, el efecto jurídico por el cual la voluntad se manifiesta, etc.; b) la subjetiva: en la que la causa se entiende como la razón o motivo decisivo que induce a negociar; y c) la unitaria: que tiende a aunar las dos concepciones anteriores. Dentro de estas concepciones existen posiciones encontradas en cada una de ellas.

La corriente anticausalista la considera innecesaria ya que el papel que está llamada a desempeñar está cubierto (objeto del contrato, voluntad, etc...). Dicha abstracción queda referida a la causa de la atribución y no a la causa del negocio.

⁷⁶ INFANTE RUÍZ, F.. *Op. cit.*. Págs. 85 y 88-89

⁷⁷ *Op. cit.* Pág. 366.

⁷⁸ ÁVILA DE LA TORRE. *Op. cit.* Pág. 781.

INFANTE RUÍZ, F.. *Op. cit.*. Págs. 81-82 y 110.

patrimonial de transferencia inmediata de bienes del patrimonio del fiador al del deudor, sin embargo, aumenta la realizabilidad de un crédito ajeno al añadir nueva responsabilidad a la originaria. CARRASCO PERERA, considera que la causa de la fianza no es la obligación principal, ni la misma causa de la obligación principal⁷⁹.

199.- AMOROS GUARDIOLA⁸⁰ diferencia entre la causa genérica, específica y concreta, ya que a partir de esa triple clasificación se pueden distinguir los diferentes sentidos del concepto de causa jurídica (entendida como causa del negocio). La causa genérica contempla el carácter oneroso⁸¹ o gratuito del negocio jurídico. El aval bancario es un contrato oneroso (artículo 442 C. Co.) por cuanto forma parte de la actividad comercial que las entidades de crédito desarrollan con sus clientes⁸². Dicha onerosidad se sitúa en la relación de deudor-fiador cuando la fianza se da entre el fiador-acreedor, aunque, el carácter oneroso o gratuito de la obligación principal no influye para nada en la fianza⁸³. La onerosidad no siempre se manifiesta en el pago de unas comisiones por el deudor, sino que la fianza es onerosa⁸⁴ cuando existe ventaja económica del fiador a cargo del deudor, y gratuita, si no se da. Lo que cuenta siempre es la retribución o no de la obligación asumida por el fiador para calificarla como

⁷⁹ *Op. cit. Fianza...* Pág. 184.

⁸⁰ AMOROS GUARDIOLA, M.. *La causa del préstamo hipotecario*. Centro de Estudios Registrales. Madrid 1990. Pág. 27.

⁸¹ DIEZ-PICAZO, L.. *Op. cit.. Fundamentos...* Pág. 497.

LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS. *Op. cit..* Págs. 327-8.

LACRUZ BERDEJO, J. L.. “La causa en los contratos de garantía”. *RCDI*. 1981, Mayo-Junio. Nº. 544. Pág. 734.

⁸² GULLÓN BALLESTEROS, A. “Onerosidad y gratuidad en la fianza convencional”. *La Ley* 1989-3 Págs. 789-791.

⁸³ INFANTE RUÍZ, F. J.. *Op. cit..* Pág. 380.

⁸⁴ GUILARTE ZAPATERO. *Op. cit.* Págs. 62-63.

onerosa o gratuita. Cuando el acreedor manifiesta su conformidad sobre la fianza, está prestando su consentimiento sobre la misma causa⁸⁵, y por tanto, no solo es onerosa la relación del deudor y fiador, sino también en relación con el acreedor.

La causa específica de la fianza deviene de su tipificación legal y la constituye la creación de una nueva obligación accesoria y subsidiaria de la principal que pretende evitar posibles desplazamientos patrimoniales injustificados del fiador en beneficio del deudor y acreedor, mientras que la causa concreta⁸⁶ son los motivos incorporados a la causa en relación con los cuales se debe de apreciar su licitud o ilicitud, pudiendo ser los mismos que los del contrato de valuta u otros distintos, si bien, deben ser determinantes del compromiso y comunes a las dos partes.

200.- Entre las causas que el derecho considera suficientes como fundamento para la validez de los negocios jurídicos, DE CASTRO⁸⁷, señala la causa típica como la causa que corresponde a cada tipo de negocio, que respecto de la fianza, es entendida como la función económica y social de ésta, consistente en el cumplimiento de una obligación ajena.

201.- Algunas SSTs han calificado erróneamente de abstracta a la fianza⁸⁸, ya que no debe confundirse ésta, con la independencia que mantiene la obligación de garantía respecto de la relación del deudor-fiador.

⁸⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L. *Op. cit.* Págs. 735-737 y 744-747.
INFANTE RUÍZ, F.J. *Op. cit.* Pág. 345.

⁸⁶ CARRASCO PERERA, A.. *Op. cit. Fianza...* Págs. 180-1.
DE CASTRO Y BRAVO, F.. *Op. cit.* Pág. 200.

⁸⁷ *Op. cit.* Págs. 291-2.

⁸⁸ STS de 29 de junio de 1989 (RJ 1989\4795).
CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y MARÍN LÓPEZ.. *Op. cit. Tratado..* Pág. 171.

6. FORMA.

202.- El artículo 440 C. Co. establece que el afianzamiento mercantil⁸⁹ deberá constar por escrito para que sea válido⁹⁰, además, en los avales bancarios, la póliza de afianzamiento mercantil es intervenida por fedatario público⁹¹ para que en caso de ejecución pueda irse contra el deudor en juicio ejecutivo, conforme establece el artículo 517.2.5 LEC.

203.- Hay que diferenciar la póliza de afianzamiento mercantil del documento de aval. La primera regula las relaciones entre el deudor de la obligación principal y el fiador, mientras que en el segundo el fiador se obliga ante el acreedor a garantizar al obligado en los términos establecidos en el mismo, pudiendo ser aceptado por el acreedor mediante hechos concluyentes. La exigencia de la forma escrita queda referida a la declaración de voluntad del fiador en la constitución de la fianza, no siendo necesaria para cualquier otra declaración del fiador, ni tampoco para la aceptación del acreedor.

204.- Las pólizas de afianzamiento mercantil contienen condiciones financieras, generales y adicionales. Las primeras incluyen la identificación del deudor principal, la finalidad de la operación, el importe garantizado, el plazo, las comisiones a pagar y el tipo de interés de demora en caso de ejecución de la garantía.

⁸⁹ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARIN LÓPEZ. *Op. cit. Tratado..* Pág. 151. A diferencia del afianzamiento civil en el que solo se requiere la forma expresa (art. 1.827 C. C.), dicha expresividad no pretende la exclusión de las declaraciones tácitas sino el de las ambiguas e imprecisas.

⁹⁰ Hoy en día hay que incluir dentro de la forma escrita los modernos medios telemáticos. SSTs de 14 de noviembre de 1988 (RJ 1988\9037); 17 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9002); y 6 de octubre de 2005 (RJ 2005\8758).

⁹¹ AVILA DE LA TORRE, A. *Op. cit.* Pág. 780.

205.- El condicionado general hace referencia a: 1º) los impuestos y gastos (notariales, como a otros gastos contenidos en el C. Co., LEC y legislación concordante) asumidos por cuenta del avalado; 2º) los gastos de estudio y comisiones que soportará el avalado a favor de la entidad financiera, explicitados también en las condiciones financieras; 3º) el pago requerido a la entidad financiera que podrá hacerlo efectivo (en su totalidad o en parte del importe avalado), sin necesidad de previo aviso o conformidad del avalado; 4º) la acción de regreso sobre la base de los artículos 439 y 442 C. Co. y 1.838 y siguientes del C. C., que establece la obligación del avalado de indemnizar solidariamente los pagos realizados por la entidad financiera, comprenden el principal, el interés de mora, los gastos soportados por la entidad, las costas judiciales y honorarios de procurador y letrado; 5º) el orden de aplicación de las cantidades entregadas para el pago de obligaciones no realizadas a su vencimiento; 6º) la autorización a la entidad financiera para la compensación de saldos que ésta mantenga a favor del avalado de forma irrevocable; 7º) el pacto mediante el cual la cantidad exigible será la especificada en la certificación expedida por la entidad financiera con la determinación de la deuda, acompañada de documento fehaciente en el que el fedatario público que intervenga haga constar que se ha practicado la liquidación en la forma convenida por las partes; 8º) la facultad de exigir depósito en efectivo o constitución de garantía hipotecaria al avalado en caso del pago de cantidades por la ejecución del aval; 9º) subsistencia de las responsabilidades y obligaciones que asumen los avalados y sus avalistas solidarios con independencia del vencimiento establecido en las condiciones financieras mientras exista algún riesgo en curso, quedando amparados aquellos pagos que hayan sido efectuados con posterioridad al vencimiento expresado; y 10) la renuncia al fuero propio del avalado y la sumisión expresa a los Juzgados y Tribunales que competan a la sucursal del lugar del cumplimiento del contrato.

Mediante las condiciones adicionales se incorporan a la póliza de afianzamiento mercantil aquellos pactos que se presentan de una forma

particularizada para cada operación como puede ser la incorporación de contragarantías.

206.- El contenido del documento de aval ha de referirse a la identificación de los intervinientes (avalista, avalado y beneficiario si es determinado), a la cantidad avalada, mencionar su irrevocabilidad⁹², vigencia del mismo y en caso de duración indefinida su permanencia hasta la cancelación o devolución del mismo⁹³. Debe contener el compromiso de pago de cualquier cantidad solicitada hasta el importe total de dicha garantía a la presentación de una petición por escrito del beneficiario acompañada de copia del aval. Cuando se presenta ante las administraciones públicas, ha de hacer mención al cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 56.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (otorgamiento en forma solidaria respecto del obligado principal, con renuncia expresa al beneficio de excusión y con compromiso de pago al primer requerimiento).

207.- Las pólizas de afianzamiento mercantil pueden estar referidas a un aval individual o a una línea de avales. Ésta última, permite emitir hasta el límite concedido diversos avales individuales que asumen las condiciones pactadas en la póliza.

⁹² CARRASCO PERERA, A.. *Op. cit.*. *Fianza, acc.*. Pág. 82.

⁹³ El periodo de vigencia de los avales para garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores terminará con la obtención de la Licencia de Primera Ocupación por parte de la promotora, dándose por cancelado una vez obtenida sin necesidad de devolución del original del documento de aval.

7. RENUNCIA A LOS BENEFICIOS DE EXCUSIÓN U ORDEN Y DIVISIÓN.

7.1. PLANTEAMIENTO.

208.- La fianza es una obligación accesoria⁹⁴ respecto de la obligación principal de la que depende. Dicha accesoriedad⁹⁵ se manifiesta principalmente: a) en que necesita de una obligación garantizada válida para su existencia (artículo 1.824 C. C.); b) la cantidad garantizada no puede exceder la obligación principal, ni sus condiciones ser más onerosas (artículos 1.826 y 1.827 C. C.); c) se transmite y se extingue con la obligación principal (artículos 1.528 y 1.847 C. C. y artículo 442 C. de Co.); d) el garante puede oponer al acreedor las excepciones propias y las que competan al deudor y sean inherentes a la deuda, a excepción de las puramente personales (artículo 1.853 C. C.), y; e) en el derecho del fiador a percibir del deudor lo que hubiera pagado (artículos 1.838 y 1.839 C. C.). La accesoriedad⁹⁶ representa la cualidad relativa que respecto de la principal tiene la obligación de garantía en lo que se refiere a la existencia, subsistencia y vicisitudes.

209.- El alcance de las excepciones⁹⁷ que puede oponer el fiador debe determinarse en función del supuesto de hecho que las partes contemplan para la prestación de la garantía. Estas son: a) las que nacen del hecho jurídico del que deriva la obligación principal; b) las derivadas de la propia relación obligatoria;

⁹⁴ PEREZ ALVAREZ, M. A. *Solidaridad en la Fianza*. Aranzadi Pamplona 1985. Pág. 88.

⁹⁵ La accesoriedad en el nacimiento se encuentra en el art. 1.824, la accesoriedad en la extensión en los arts. 1.826 y 1.827.2, la accesoriedad en la atribución en los arts. 1.212 y 1.528, la accesoriedad en la ejecución en el art. 1.853 y la accesoriedad en la extinción en el art. 1.847.

⁹⁶ SSTs de 1 de abril de 2000 (RJ 2000\2969) y de 5 de febrero de 1992 (RJ 1992\830).

⁹⁷ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ. *Op. cit.. Tratado..* Págs. 240-1.

c) las personales del deudor (vicios del consentimiento, transacción, etc. quedando excluidas las puramente personales, artículo 1853 C. C., ej., incapacidad y minoría de edad)⁹⁸, y; d) las derivadas de la relación bilateral de fianza.

210.- El fiador puede renunciar con distinto alcance a la oponibilidad de dichas excepciones⁹⁹, como es la renuncia a las excepciones que no hayan sido opuestas previamente por el deudor, a las propias como es la del beneficio de excusión, o a todas ellas, con los límites del artículo 1.255 C. C. y de la LCGC y LGDCU. La interpretación de dichas renunciaciones ha de hacerse restrictivamente y no se extienden a terceros como sucede con el subfiador.

211.- La fianza también presenta la nota de la subsidiariedad¹⁰⁰ que se desprende del artículo 1.822 C. C. y mediante la cual, en tanto no resulte exigible la obligación principal, no resultará exigible la garantía, con lo cual, su exigibilidad va a depender de una serie de presupuestos establecidos por disposición legal o por voluntad de los contratantes. Se trata de una obligación de segundo grado que se ha de cumplir en defecto de cumplimiento del deudor¹⁰¹ y casi siempre forma parte del supuesto de hecho de la obligación garante, aunque el fiador puede obligarse solidariamente con el deudor principal, de modo que vencida y exigible la deuda principal, deviene exigible también la fianza.

⁹⁸ DIEZ-PICAZO, L.. *Op. cit.*. *Fundamentos...* Págs. 502-3.

⁹⁹ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ. *Op. cit.* *Tratado..* Págs. 179-180.

¹⁰⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L. Y OTROS. *Op. cit.*. Pág. 332. Sostiene que la subsidiariedad es nota esencial de la fianza.

¹⁰¹ RODRIGUEZ DIAZ, I. *Op. cit.*. Pág. 18.

212.- Respecto a la nota de subsidiariedad se pueden producir desviaciones como puede ser la renuncia al beneficio de excusión¹⁰², renuncia que en el aval bancario adquiere especial importancia, por encontrarse incorporada de manera generalizada. El TS ha reiterado en diversos fallos que la fianza tiene carácter accesorio¹⁰³ y subsidiario, identificando la subsidiariedad con el beneficio de excusión, atribuyéndole carácter natural¹⁰⁴, mientras que a la nota de accesoriedad le atribuye carácter esencial. La doctrina también entiende que la subsidiariedad de la fianza tiene carácter natural¹⁰⁵. Para la mayoría de los autores la obligación del fiador es esencialmente accesoria y normalmente subsidiaria. INFANTE RUÍZ¹⁰⁶ sostiene que tan subsidiaria es la fianza con beneficio de excusión como la fianza que no lo tiene, ya que la subsidiariedad significa diferencia de grados, y por tanto, el fiador siempre es un deudor de segundo grado. En la fianza solidaria la nota de la subsidiariedad desaparece, por lo que solo es un elemento natural de la fianza.

¹⁰² STS (1ª) de 20 de febrero de 2008 (RJ 2008\3046).

¹⁰³ STS (1ª) de 19 de junio de 2008.

¹⁰⁴ Así se desprende de algunas sentencias como son la de 25 de febrero de 1958 (RA 1043), 6 de febrero de 1976 (RA 320) y 31 de enero de 1977 (RA 128), entre otras.

¹⁰⁵ PEREZ ALVAREZ, M. A. *Op cit.*. Págs. 88-97.

CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral T. IV*. Madrid, 1977, Pág. 684. Otros autores difieren de dicha opinión como son GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 1968. Págs. 425 y 445. DIEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil. VOL. II*. 5ª Reimp. a la 9ª edicc. Madrid, 2005. Pág. 494.

¹⁰⁶ *Op. cit.*. Págs. 181-5. El principio de subsidiariedad es un elemento fundamental en la fianza ordinaria en cuanto se entiende que el fiador es un deudor de segundo grado (criterio mantenido por CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ, *op. cit. Tratado.* Pág. 176.-177). No obstante la mayoría de la doctrina cree que no está presente en la fianza solidaria sencillamente porque en ésta se excluye el beneficio de excusión (art. 1831.2º CC).

7.2. EL BENEFICIO DE EXCUSIÓN.

213.- Sobre la base de la subsidiariedad el fiador puede excepcionar al acreedor el beneficio de excusión¹⁰⁷ una vez incumplida la obligación, en tanto en cuanto, no haya intentado la satisfacción de su crédito sobre el patrimonio del deudor (artículo 1.830 C. C.). Dicho beneficio¹⁰⁸ es una facultad que la ley atribuye al fiador que puede enervar la pretensión de cobro del acreedor¹⁰⁹ dirigida contra él cuando le requiera de pago, señalando bienes del deudor suficientes para cubrir el importe de la deuda (artículo 1.832 C. C.).

No se trata de un deber del acreedor sino de una carga cuyo incumplimiento libera al fiador¹¹⁰, quién puede ser validamente requerido para el pago sin perseguir previamente al deudor. Mediante dicho beneficio el fiador puede paralizar la pretensión de cobro dirigida contra él. El beneficio de excusión puede ser opuesto por el fiador o por cualquiera de los cofiadores solidarios. Si éstos son mancomunados, solo podrán oponerlo respecto de la parte del crédito que garanticen. No tiene lugar el beneficio de excusión en los cuatro casos que enumera el artículo 1.831: a) cuando el fiador haya renunciado expresamente a él; b) por haberse obligado solidariamente con el deudor; c) por insolvencia del

¹⁰⁷ Llamado también de orden, ya que primero corresponde pagar al deudor y después al fiador.

¹⁰⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L. y OTROS. *Op. cit.* Pág. 332. “El hecho de que el deudor insolvente al tiempo del requerimiento adquiera bienes con posterioridad no abre nueva acción al beneficio de excusión por el fiador. Este tampoco puede oponerlo antes de ser requerido de pago: es decir, aunque venció ya el crédito, no puede forzar al acreedor negligente a que persiga los bienes del deudor. Del peligro de posterior insolvencia de éste cubren al fiador – insuficientemente- los remedios de los artículos 1843, 1851 y 1852”.

¹⁰⁹ RUBIO GARRIDO, T.. *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y cofianza: en el Código Civil y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Comares. Granada, 2002. Pág. 196. Es una excepción dilatoria que tiende a excluir la exigibilidad actual de la acción interpuesta contra el fiador, pero sin poner en duda su validez y fundamento.

¹¹⁰ DIEZ-PICAZO, L.. *Op. cit.. Fundamentos...* Págs. 503-4.
CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ. *Op. cit.. Tratado..* Págs. 310-2.

deudor en caso de concurso; y d) por territorialidad cuando no pueda ser demandado dentro del Reino.

214.- El beneficio debe oponerse cuando el acreedor le requiera de pago (artículo 1.832 C. C.), sea cual sea la forma¹¹¹ en que éste se lleve a cabo. Tratándose de una reclamación extrajudicial dicha oposición debe realizarse de forma extrajudicial. Si la reclamación es judicial¹¹² a través de un procedimiento declarativo¹¹³ en la contestación a la demanda (artículo 409 LEC, ya que el acreedor puede citar al fiador, con objeto de ahorrar gastos, y tiempo, cuando demande al deudor principal, aunque quedará siempre a salvo el beneficio de excusión, a pesar de que se dé sentencia contra los dos, artículo 1.834 C. C.). En caso de juicio ejecutivo, la citación no es tan clara respecto a su encaje en el artículo 557 LEC, siendo preciso acudir al régimen general y alegar la falta de legitimación pasiva¹¹⁴, ahora bien, si el fiador lo opuso extrajudicialmente en la forma debida no necesita reiterar su oposición en la contestación a la demanda, ya que no se trata de una excepción procesal¹¹⁵.

¹¹¹ RUBIO GARRIDO, T.. *Op. cit.* Pág. 198. Puede ejercitarse tanto en vía de excepción como de acción (ex, art. 24.1 CE), y tanto judicial como extrajudicialmente.

DIEZ-PICAZO, L.. *Op. cit. Fundamentos...* Págs. 501-2. La pretensión del acreedor puede adoptar alguna de las formas siguientes: a) Puede ser una demanda conjunta o una citación conjunta de deudor y de fiador, dentro del mismo procedimiento y si la existencia es condenatoria la del fiador será subsidiaria; b) Demanda únicamente del deudor y notificación facultativa al fiador; y c) Demanda frente al fiador cuando con anterioridad se ha intentado infructuosamente la ejecución sobre el patrimonio del deudor. El artículo 1.832 permite que el acreedor requiera al fiador y este no le oponga el beneficio de excusión. El acreedor puede accionar sin previo requerimiento del fiador soportando los gastos procesales (art. 1.827 C. C.),

¹¹² ALBADALEJO, M.. *Op. cit.* Pág. 882.

VAREA SANZ, M.. “Comentarios A la Sentencia de 14 de febrero de 1997”. *CCJC*. Nº. 45. Sept/Dic. 97. Págs. 899-913.

SSTS de 22 de enero de 1971 (RA 286) y de 17 de Julio de 1985 (RA 3277).

¹¹³ STS 3 de octubre de 1985 (RJ 1985\4570).

¹¹⁴ ÁVILA DE LA TORRE, A.. *Op. cit.* Pág. 785.

¹¹⁵ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ. *Op. cit. Tratado..* Pág. 310.

215.- La oposición del beneficio comporta el cumplimiento de una serie de requisitos objetivos¹¹⁶ conforme al artículo 1.832 C. C., por lo que su interpretación debe hacerse de manera restrictiva. Éstos están referidos a la determinación de los bienes pertenecientes al patrimonio del deudor en el territorio español, su suficiencia para el pago de la deuda y su realización de la que deben quedar excluidos aquellos bienes que presenten dificultades respecto a la efectividad de ésta, de tal manera, que los mismos permitan que el acreedor pueda resarcirse de su crédito sin demasiadas dificultades¹¹⁷. Si como consecuencia del incumplimiento de una actuación diligente por parte del acreedor respecto a la realización de los bienes señalados en la excusión no es posible la satisfacción de su crédito, las consecuencias negativas se traducen conforme al artículo 1.833 C. C. en la imposibilidad de ir contra el fiador en la cuantía de los bienes señalados que por negligencia del acreedor no hubiera realizado¹¹⁸, quedando exonerado el fiador.

216.- Uno de los supuestos en que el beneficio de excusión no tiene lugar conforme al artículo 1.831 C. C. es cuando el fiador ha renunciado expresamente a éste. El fiador está facultado para renunciar a una ventaja de carácter potestativo, pudiendo hacerlo en el momento de constitución de la fianza, con posterioridad a ésta antes del vencimiento de la obligación, y con posterioridad si no se ha ejercitado dicho beneficio¹¹⁹. Esta renuncia se lleva a cabo mediante una declaración de voluntad expresa, aunque no requiere de forma manifiesta¹²⁰,

¹¹⁶ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.. *Op. cit. Código...* Págs. 1.841-2.

¹¹⁷ STS 29 de octubre de 1991 (RJ 1991\7488).

¹¹⁸ GUILARTE ZAPATERO, V.. *Op. cit., Comentario...* Pág. 1.808.
O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.. *Op. cit. Código...* Págs. 1.842-3.

¹¹⁹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.. *Op. cit. Código...* Pág. 1.840.

¹²⁰ STS de 5 de marzo de 1990 (RJ 1990\1665).

siendo suficiente con la indudable voluntad del deudor de renunciar al beneficio de excusión.

7.3. EL BENEFICIO DE DIVISIÓN.

217.- El artículo 1.837 C. C., referido a la cofianza dispone que cuando son varios los fiadores de un mismo deudor por una misma deuda, la obligación de responder de ella se divide entre todos, pudiendo reclamar el acreedor a cada fiador solo la parte que le corresponda satisfacer. El Código Civil establece la mancomunidad imponiendo la división de la deuda¹²¹, que operará, solo en caso de que no se haya estipulado expresamente la solidaridad.

218.- La posibilidad de excepcionar el pago por un cofiador ante el acreedor que le reclama la totalidad de la deuda o un importe superior a la cuota que le corresponde es lo que constituye el beneficio de división¹²². La pérdida de dicho beneficio solo comporta que los cofiadores solventes sufren la insolvencia del cofiador devenido insolvente, no el que le puedan reclamar la deuda entera¹²³.

219.- El párrafo segundo del artículo 1.837 C. C. contempla el cese del beneficio de división para cualquier cofiador por las mismas causas que las contempladas en el artículo 1.831 C. C para la excusión, renuncia, solidaridad de

¹²¹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Op. cit. Tratado..* Pág. 1.847. Critica la contrariedad del precepto.

¹²² DIEZ-PICAZO Y GULLON. *Op. cit.. Fundamentos...* Págs. 516-9.

¹²³ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ. *Op. cit. Tratado..* Pág. 414. "El beneficio de división no equivale a una mancomunidad simple (no es cierto que la situación de la que parte el CC, sea el de una cofianza mancomunada dividida en tantas partes como cofiadores (STS 4.5.93 RJ 1993, 3403), ni la pérdida de aquel beneficio restaura la situación de solidaridad ordinaria... no creemos que sea de aplicación el art. 1.974 en temas de prescripción, ni los daños moratorios causados por un cofiador son imputables a los demás art. 1.147 CC".

DIEZ-PICAZO, L.. *Op. cit.. Fundamentos...* Págs.. 513-23,

los cofiadores, concurso de alguno de éstos, e imposibilidad de ser demandado dentro del Reino.

220.- La doctrina ha intentado salvar la contrariedad que presenta el artículo 1.844 C. C. mediante dos explicaciones. DÍEZ-PICAZO¹²⁴ sostiene que dicho artículo admite que el pago hecho por un fiador lo sea por entero; considerando la división como beneficio, criterio seguido por PEREZ ALVAREZ¹²⁵, para quién frente al mandato del párrafo primero del artículo 1.837 C. C.¹²⁶ sancionando la división de la deuda ex lege entre los cofiadores, se opone una regulación de la cofianza basada en todos sus aspectos de la división como beneficio, por lo que a juicio de la autora se debe reconocer al acreedor la facultad de reclamar el todo de cualquier fiador.

Para GUILARTE ZAPATERO¹²⁷, la división en sede de cofianza, ha de ser entendida, no como beneficio sino como regla general establecida ex lege, viéndose alterada dicha responsabilidad cuando concurren algunas de las causas del artículo 1.831 por remisión del párrafo segundo del artículo 1.837 C. C.. El TS¹²⁸ tampoco reconoce al acreedor la facultad de reclamar el todo a cualquier fiador.

221.- Las relaciones internas entre los cofiadores¹²⁹ están reguladas en los artículos. 1.844-5 C. C., el primero referido al derecho de reintegro que frente a

¹²⁴ DIEZ-PICAZO Y GULLON. *Op. cit.. Fundamentos..* Pág. 517.

¹²⁵ *Op. cit..* Págs. 85-87.

¹²⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L. y OTROS. *Op. cit... Derecho de obligaciones..* Págs. 342-4.

¹²⁷ GUILARTE ZAPATERO, V.. *Op. cit..* Págs. 191-7.

¹²⁸ SSTs de 6 de marzo de 1961 y de 3 de junio de 1968.

¹²⁹ DIEZ-PICAZO, L.. *Op. cit.. Fundamentos...* Págs. 519-21.

los cofiadores tiene el fiador que ha pagado la deuda entera, y el segundo a las excepciones que los cofiadores demandados pueden oponer al cofiador demandante. En caso de solidaridad, la acción de reintegro del fiador frente a los cofiadores se rige por las reglas generales de la solidaridad (artículo 1.145 C. C.), y en caso de mancomunidad, el cofiador que haya pagado entera la deuda, en virtud de demanda judicial, por encontrarse en situación de concurso o por estar interesado en la obligación (artículo 1.158 C. C.), la acción de reintegro del fiador del párrafo final del artículo 1.844 C. C. a los cofiadores, es una aplicación de la acción general de reembolso del tercero que cumple la deuda ajena cuando tiene interés en la obligación.

8. SOLIDARIDAD.

222.- El pacto de solidaridad adquiere especial importancia en la contratación mercantil por la seguridad que reporta a la posición del acreedor, ya que mediante éste, el incumplimiento del deudor deja de formar parte del supuesto de hecho de la obligación del garante¹³⁰, quedando excluidos los beneficios de

¹³⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L.. *Op. cit.*. Págs. 342-4. La solidaridad de deudores es otra forma de que una persona garantice las deudas de otra. La diferencia con la fianza estriba en que en ésta hay un deudor principal de la deuda, y luego otro u otros accesorios o dependientes para suplir la falta del principal, pero a quienes, en la fianza ordinaria, no se puede reclamar antes del impago por el originario deudor.

RUBIO GARRIDO, T. *Op. cit.* Pág. 439.

INFANTE RUÍZ, F. J.. *Op. cit.* Pág. 125. Encuentra entre las obligaciones solidarias y la fianza dos diferencias; a) referida a las obligaciones de la situación jurídica de fianza, ya que obligación principal y obligación fideusoria son diferentes; y b) referida a la causa de ambas que también son diferentes.

RODRIGUEZ DIAZ, I. *Op. cit.* Págs. 18-19. Hay que diferenciar entre vencimiento de la obligación del deudor e incumplimiento. En la primera situación no hay incumplimiento, para que exista es necesario que se produzca al menos la modalidad más leve de incumplimiento, la mora. Hay autores que manifiestan el hecho objetivo del incumplimiento por el mero vencimiento de la obligación del deudor, sin necesidad de previo requerimiento de pago.

excusión¹³¹ y división (artículos 1.830, 1.837 y 1.831. 2º C. C.), lo que ha dado lugar a que su inclusión en el contrato de aval bancario¹³² se haya generalizado.

223.- La regulación positiva del C. de Co. no contempla la solidaridad de la fianza mercantil, por lo que conforme al artículo 50, habrá que aplicar la regulación contenida en el C. C.. El párrafo segundo del artículo 1.822 C. C., se refiere a la fianza¹³³ en la que se obliga solidariamente el fiador¹³⁴ con el deudor, remitiendo a la sección 4ª, capítulo III, título I del mismo. Tal remisión ha generado cierta incertidumbre en cuanto a si le es de aplicación todos los artículos de dicha sección, solo algunos, o si deja de ser fianza para convertirse en una obligación solidaria.

224.- Existe confusión en cuanto a la consideración de la fianza mercantil como solidaria. El Tribunal Supremo ha cambiado de criterio en numerosas ocasiones al respecto¹³⁵, pasando de considerarla no solidaria (amparando el beneficio de

¹³¹ Distingue la fianza solidaria de la fianza sin beneficio de exclusión, ya que si bien la solidaridad excluye el beneficio de exclusión, éste también se puede ver excluido en la fianza subsidiaria.

¹³² VAREA SANZ, M.. *Op. cit.*. Págs. 899-913.

¹³³ ÁVILA DE LA TORRE, A.. *Op. cit.* Págs. 783-4.

¹³⁴ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y MARIN LÓPEZ. *Op. cit. Tratado.* Pág. 187. Si la deuda principal es solidaria, y el fiador garantiza de manera solidaria a uno solo o a varios de los deudores, también será agravada su obligación fideusoria por el incumplimiento de cualquiera de los codeudores solidarios no afianzados (arts. 1.147.2 C. C.).

¹³⁵ VAREA SANZ, M.. *Op. cit.* Págs. 899-913. Los criterios seguidos por el TS con respecto a la solidaridad de la fianza mercantil, han sido:

a) Hasta la primera mitad del siglo XX, comienza por sentar el carácter no solidario de las obligaciones mercantiles.

b) La segunda etapa se inicia con la STS de 4.12.1950 (AJ 1951, 227) es la que estableció que no podrán ampararse los fiadores en el beneficio de excusión por no ser de aplicación a este caso el precepto general del art. 50 del C de C. y los que se invocan del C. C. porque no son estos aplicables a los afianzamientos mercantiles; afirmación que hizo suyas las SSTS de 7.12.68 (AJ 1968, 5748) y 25.4.69 (AJ 1969, 2232).

c) En la tercera etapa la línea argumental fue corregida por la SSTS de 10.12.72 (AJ 1972, 4326) y de 7.4.75 (AJ 1975, 1412) y la de 5 de marzo de 1990 (AJ 1990, 1665), en las que se reconoce que la fianza mercantil no tiene el carácter de solidaria puesto que ante el silencio de

excusión y división) a solidaria (negando los beneficios de excusión y división¹³⁶). Sin embargo, en lo que respecta a la doctrina científica¹³⁷, el sector mayoritario opina que salvo pacto expreso, el fiador mercantil goza del beneficio de excusión de acuerdo con el régimen del C. de Co., ya que carece de todo apoyo legal la solidaridad en las deudas mercantiles en general.

225.- La remisión del artículo 1.822.2 C. C. suscita dudas¹³⁸, su interpretación ha originado distintas corrientes acerca de la traslación de la fianza al régimen de la solidaridad de las obligaciones contenidas en los artículos. 1.137 C. C. al no serle de aplicación todas las reglas de la solidaridad¹³⁹, ya que si así fuera, se desvirtuaría su propia naturaleza. El criterio más acorde es el de aplicar las reglas de la solidaridad a las relaciones externas (acreedor-fiador) pero sin desplazar las normas de la fianza¹⁴⁰ que se aplican a las relaciones internas, criterio seguido

su régimen, de acuerdo con el art. 50 de C de C. hay que acudir al C. C., cuyo art. 1.137 dispone que la solidaridad no puede presumirse. d) A partir de la STS de 20.10.89 se produce un nuevo giro adoptando la presunción de solidaridad de las obligaciones que sea mercantiles con la consiguiente pérdida de los beneficios de excusión u orden y división para el fiador mercantil (SSTS de 7.3.1992 y de 14 de febrero de 1997).

¹³⁶COCA PAYERAS, M. y FLAQUER RIUTORT, J.. "Notas sobre el aval a primer requerimiento (Jurisprudencia y praxis)" en *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuller*. Tomo I. La Ley. Madrid 1994. Pág. 480.

¹³⁷ ALVENTOSA DEL RIO, J.. "Fianza mercantil y responsabilidad del fiador" en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*. Tirant lo Blanch. Valencia 1995. Pág. 131.

VALENZUELA GARACH, F.. *Op. cit.*. Págs. 444-446.

RUBIO GARRIDO, T.. *Op. cit.* Págs. 44-52 y 440. Más que expresa quiere decir inequívoca y clara, criterio defendido también por el TS.

¹³⁸ VAREA SANZ, M.. *Op. cit.* Págs. 899-913.

ÁVILA DE LA TORRE, A.. *Op. Cit.*. Págs. 778-9.

¹³⁹ STS de 14 de febrero de 1997 (RJ 1997\1419).

Arts. C. C. 1.823, II, 1.824, 1.825, 1.826, 1.827, 1.837, 1.847, 1.851, 1.852 y 1.853.

RUBIO GARRIDO, T.. *Op. cit.*. Págs. 430-1. En contra de la aplicación de los arts. 1.824 y 1.826 a la solidaridad pasiva.

¹⁴⁰ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y MARIN LÓPEZ. *Op. cit. Tratado.* Págs. 100-1.

por el T. S.¹⁴¹. De ésta manera no existe relación subsidiaria entre la obligación principal y la de refuerzo, y por tanto, no es necesario el incumplimiento para que el acreedor se dirija contra el fiador¹⁴².

Algunos autores¹⁴³ consideran que el único artículo que resulta aplicable como consecuencia de la remisión del artículo 1.822.2¹⁴⁴, es el artículo 1.144 C. C., pudiendo reclamar en las relaciones externas, una vez vencida la deuda, el cumplimiento de la misma indistintamente al fiador o al deudor.

226.- En las relaciones internas se aplican las reglas de la fianza con independencia de la solidaridad, ya que el fiador solidario no es codeudor en las relaciones internas, reclamando al deudor principal la totalidad de lo abonado al acreedor, sin embargo, en las relaciones externas¹⁴⁵ se comporta como un

¹⁴¹ SSTs de 14 de mayo de 1979 (RJ 1979/1828); 19 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6550); 13 de octubre de 1987 (RJ 1987/7098); 29 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9710); 20 de octubre de 1989 (RJ 1989\6941); y 7 de marzo de 1992 (RJ 1992/2007).

PEREZ ALVAREZ, M. A.. *Op. cit.* Ed. Aranzadi 1985. Págs. 108-9. El régimen jurídico aplicado por el TS, resulta de aplicar ciertos artículos del título XIV, Libro IV C. C. que regula la fianza y de tomar algunos preceptos de los contenidos en los arts. 1.137 a 1.148 C. C.. Respecto de los artículos del título XIV aplicados tenemos los siguientes: 1.823, 1.824, 1.825, 1.826, 1.827, 1.847, 1.851, 1.852 y 1.853. Los artículos excluidos de dicho artículo son: 1.830, 1.831 y 1.834.; y entre los artículos aplicados de la sección cuarta, capítulo III, título I, libro IV C. C. aplicables a la relación externa de la fianza solidaria se encuentran el 1.137, 1.141 y 1.144.

¹⁴² CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y MARIN LÓPEZ. *Op. cit. Tratado..* Pág. 103.

¹⁴³ XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ. *Op. cit..* Pág. 1.827. "aunque el fiador se obligue solidariamente con el deudor principal, la fianza no queda desnaturaliza". CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y MARIN LÓPEZ. *Op. cit. Tratado..* Págs. 103-5.

¹⁴⁴ RUBIO GARRIDO. *Op. cit..* Págs. 206 y 213. Por ello el T.S. ha llevado a cabo una interpretación correctora del art. 1.822.II C. C.: ha aplicado a la fianza solidaria todas las normas del capítulo de la fianza, dejando a salvo solo aquellas relativas al beneficio de excusión.

¹⁴⁵, VALENZUELA GARACH, F.. *Op. cit.* Págs. 458-9.

PEREZ ALVAREZ, M. A. *Op. cit..* Págs. 114 y 120. La identificación entre la solidaridad de deudores y la fianza que propugna el párrafo segundo del art. 1.822 no parece aceptable. Este autor propugna una interpretación del precepto mas allá del sentido literal del mismo contemplando desde la perspectiva histórica, lógica y sistemática.

codeudor, respondiendo como el deudor principal aunque no pasa a identificarse con éste al poder obligarse a menos. Se trata de un obligado de segundo grado, garante y obligado directo.

9. PAGO A PRIMER REQUERIMIENTO.

227.- La incorporación en el aval bancario de la cláusula de pago a primer requerimiento se debe fundamentalmente a su implantación generalizada en el campo administrativo¹⁴⁶. Con su inclusión, el garante debe pagar por el simple hecho del requerimiento. Ésta cláusula es propia de las garantías a primera demanda¹⁴⁷, pero compatible con todas las garantías personales, sin embargo, su incorporación al aval bancario ha generado confusión¹⁴⁸ en cuanto a la naturaleza fideusoria o de garantía independiente.

228.- Esta cláusula, tiene por finalidad dar mayor firmeza a la garantía prestada por el fiador, reduciendo el número de excepciones a las que se puede enfrentar el acreedor en caso de realización, lo que supone, dar un paso más en la solidez de la garantía, al añadirse a la renuncia de los beneficios de excusión y división, y la solidaridad del fiador. Esto ha supuesto un debilitamiento convencional de la accesoriadad típica de la fianza, que hace necesario precisar que normas de su régimen jurídico le son aplicables y cuales no.

¹⁴⁶ Art. 56.1.a RD 1098/2000 de 12 de Octubre por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas. “aval solidario con renuncia expresa al beneficio de excusión y pagadero al primer requerimiento”.

¹⁴⁷ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ. *Op. cit. Tratado..* Pág. 499.

¹⁴⁸ COCA PAYERAS, M. y FLAQUER RIUTORT, J.. *Op. cit..* Págs. 473-4.

229.- La cláusula a primer requerimiento difiere de unos contratos a otros, ya que son los propios acreedores quienes la establecen y fijan los términos en que ésta debe quedar reflejada, lo que hace que se generen discrepancias a la hora de su interpretación¹⁴⁹, presentándose situaciones en las que el contrato mantiene su propia virtualidad de afianzamiento¹⁵⁰, operando la cláusula como un simple requerimiento de pago, y otras, en las que es considerado como un contrato autónomo de garantía¹⁵¹, caracterizado por su independencia respecto de la obligación principal.

230.- La fianza a primera demanda es perfectamente admisible¹⁵², sin que se vea modificada la accesoriedad como elemento típico de ésta, y por tanto, sin que

¹⁴⁹ SAP de Zaragoza de 13.5.98, (AC 1998\5780).

¹⁵⁰ CARRASCO PERERA, A.. “Las nuevas garantías personales”. *Tratado de garantías en la contratación mercantil*. T. I. Coord. UBALDO NIETO y BONET SANCHEZ. Págs. 702- 725.

¹⁵¹ La STS de 17 de febrero de 2000 en su fundamento de derecho segundo define la garantía a primera demanda como “contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el artículo 1255 del Código Civil... en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando este se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza; es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriedad... de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual, el art. 1.258 del Código Civil, se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión de la carga de la prueba, ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal, siendo suficiente, como se dice, la reclamación de aquél beneficiario para que nazca la obligación de pago al avalista”.

INFANTE RUÍZ, F. J.. *Las garantías personales y su causa*. Tirant lo blanch. Valencia, 2004. Pág. 445. Lo define como “contrato, por regla general, unilateral y oneroso, por el que el garante profesional (la entidad de crédito o seguro) garantiza la deuda, o la apariencia de deuda, de su mandante, obligándose a pagar al beneficiario una cierta cantidad de dinero cuando éste notifique a aquél, formalmente, no haber obtenido una determinada prestación o un cierto resultado económico derivado de su relación jurídica, (o aparente), con el mandante de la garantía, y estructurándose dicha obligación de garantía de manera totalmente independiente de la operación u operaciones garantizadas”.

¹⁵² ALBADALEJO, M.. *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones. Vol. II. Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*. 11ª edic. Barcelona 2002. Págs. 895-6. En contra de este criterio SANCHEZ GUILARTE, J.. “Proyecto de Código para la práctica de garantía y

atribuya carácter autónomo por sí sola, ni excluya su régimen jurídico¹⁵³, pudiendo el fiador reclamar la restitución de lo indebidamente pagado al acreedor.

231.- La aparición de las garantías a primera solicitud¹⁵⁴ para superar la rigidez de la accesoriedad de la fianza es reconocida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de julio de 1983¹⁵⁵. En la interpretación jurisprudencial que éste viene haciendo de dicha cláusula, prima la voluntad de las partes plasmada en el contrato de garantía sobre la denominación que éste reciba¹⁵⁶, exigiendo para su calificación como contrato autónomo de garantía que el aval no se vincule al cumplimiento del contrato subyacente y que se haga renuncia a las excepciones derivadas de dicho contrato, no mencionando la expresión de renuncia a los beneficios de división y excusión.

232.- No hay uniformidad en la forma que ha de revestir la cláusula de pago a primera demanda. Las distintas modalidades existentes tienden con mayor o menor intensidad a independizar la obligación del garante de la obligación

fianzas a primera demanda (Comentario al proyecto de la Cámara Internacional de Comercio”. *Revista de Derecho Bancario y bursátil*. 1984. Pág. 63.

¹⁵³ ALCALA DIAZ, M^a. A.. “Garantías bancarias a primera demanda”. *Derecho del Mercado Financiero. T. II.*. Dir. ALONSO UREBA Y MARTINEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ. Madrid, 1994. *Op. cit.* Págs. 251-2.

¹⁵⁴ Existe gran variedad terminológica con la que referirse a las garantías independientes como son: garantía a primera demanda, garantía a primer requerimiento, garantía a primera solicitud, garantía por simple demanda, garantía abstracta, garantía pura, garantía automática, garantía autónoma, aval autónomo, contrato autónomo de garantía, garantía personal no accesoría, fianza a primer requerimiento, aval a primer aviso, aval a primer requerimiento, etc.

¹⁵⁵ BARRES BENLLOCH, M^a. P.. “El aval bancario como garantía autónoma. Comentarios a la STS de 27.10.92”. *La Ley*, 1993-III. Págs. 315-318. SSTS de 30 de marzo de 2000 (RJ 2000\2314) y 13 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10438).

¹⁵⁶ ALCALA DIAZ, M^a. A. *Op. cit.*. Pág. 254. SSTS 2 de octubre de 1990 (RJ 1990\7464) y de 15 de abril de 1991 (RJ 1991\2693).

principal¹⁵⁷. Se pueden diferenciar: a) aquellas en las que el garante se compromete a entregar una cantidad de dinero al beneficiario cuando éste lo solicite sin más en previsión de un incumplimiento (garantía a simple demanda no justificada); b) aquellas en las que el incumplimiento del deudor se incorpora al supuesto de hecho de la obligación del garante (garantía a simple demanda justificada); y c) aquellas en que el pago depende de acaecimientos de sucesos ajenos al incumplimiento¹⁵⁸.

233.- La mayoría de las veces el incumplimiento del deudor forma parte del supuesto de hecho del pago a primer requerimiento por lo que prevalece el carácter subsidiario de la obligación, sin perjuicio, de que el fiador se obligue solidariamente y quede excluida la subsidiariedad.

234.- La determinación de este tipo de contrato¹⁵⁹ hay que hacerla caso por caso, indagando la verdadera voluntad de las partes a través de la intención común perseguida (artículos 1.281 a 1.283 C. C.), apoyándose en el texto de la garantía, en la relación de mandato, en los actos de los contratantes¹⁶⁰ y respetando el marco legal fijado en los arts. 1.281 a 1.289 C. C.. Si es necesario, se puede acudir a otros criterios de interpretación distintos de los anteriores (objetivos y subjetivos), para ver cual es el sentido más adecuado (artículo 184 C.

¹⁵⁷ Las modalidades de cláusulas de pago a primer requerimiento son numerosas entre ellas podemos citar: a) cláusulas que declaran producido el siniestro por la sola reclamación del beneficiario; b) cláusulas que exigen, además del requerimiento, una determinada acreditación documental; y c) cláusulas, que además del requerimiento, exigen la previa justificación del impago del deudor principal.

¹⁵⁸ RODRIGUEZ DIAZ, I. *Op. cit.*. Págs. 13-14. “Habitualmente la mayor parte de las g.p.d. pertenecen a la segunda modalidad, pudiendo ser de muy diversa índole los tipos de incumplimiento. Así, atendiendo a la naturaleza del interés que se garantiza y a título meramente enunciativo, podemos distinguir: a) garantía de licitación, también denominada de oferta o de sumisión....b) garantía de ejecución, también denominada de fiel cumplimiento, de buena ejecución o de buen fin....c) garantía de reembolso o de restitución de anticipos...”

¹⁵⁹ RODRIGUEZ DÍAZ, I. *Op. cit.* . Págs. 30-34.

¹⁶⁰ INFANTE RUÍZ, F. J.. *Op. cit.*. Págs. 561-572

C.). En caso de no poderse resolver las dudas, según que éstas recaigan sobre un elemento accidental o esencial, el contrato se mantendrá o será nulo. En la actualidad el criterio seguido por el Tribunal Supremo tiende a abstraer¹⁶¹ cualquier contrato de garantía que lleve aparejada la cláusula a primer requerimiento y convertirla en contrato autónomo de garantía¹⁶². Por el contrario, el posicionamiento de la doctrina¹⁶³, es que la inserción de la cláusula de pago a primer requerimiento no es suficiente para transformar la fianza en contrato autónomo de garantía¹⁶⁴, siendo necesaria la concurrencia de otros elementos, como son, la renuncia del fiador a las excepciones del contrato subyacente o que el fiador se obligue a más que el afianzado¹⁶⁵.

¹⁶¹ Aisladamente la SAP de Zaragoza (Secc. 2ª) de 13.5.98 (AC 1998\5780), admite la fianza a primer requerimiento frente a la garantía a primer requerimiento.

¹⁶² Aún tratándose de un contrato complejo atípico, sin embargo, goza de tipicidad social al ser una figura contractual socialmente admitida por utilización continuada, así como un contrato nominado en diversas leyes y reglamentos, la LCAP, LOE, LEC, etc., que encuentra su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad recogido en el art. 1.255 C. C., siempre que sus cláusulas no sean contrarias a la ley, la moral y el orden público (STS 24.11.78). RODRIGUEZ DIAZ, I. *Op. cit.*. Págs. 20-22.. Dentro de los caracteres del contrato podemos destacar los siguientes: a) es un contrato basado en el intuitu personae. b) es una garantía personal. c) es un contrato atípico. d) es un contrato de naturaleza mercantil o civil. e) es un contrato consensual. f) es un contrato no formal. g) es un negocio jurídico bilateral. h) con respecto a las obligaciones que emanan del mismo puede ser un contrato unilateral o bilateral. i) puede ser gratuito u oneroso.

¹⁶³ MARIMÓN DURÁ, R.. “Insuficiencia de la cláusula de pago a primer requerimiento para configurar una garantía independiente. (STS de 3 de mayo de 1999, R. A. 3366/1999). *Revista de Derecho Mercantil*. Oct.-Dic, 1999. Pág. 179.
CARRASCO PERERA, A.. *Op. cit.*. Págs. 17-21.
COCA PAYERAS y FLAQUER RIUTORT. *Op. cit.*. Pág. 479.
INFANTE RUÍZ, F. J.. *Op. cit.*. Págs. 560-1.
CERDA OLMEDO, M.. *Op. cit.*. Pág. 72.
ALCALA DÍAZ, Mª. A.. *Op. cit.* Págs. 251-253.
SSTS 2 de octubre de 1990 (RJ 1990\7464) y 15 de abril de 1991 (RJ 1991\2693); SAP de Zaragoza 13.5.98. (AC 1998\5780).

¹⁶⁴ ALCALA DIAZ, Mª. A. *Op. cit.* . Pág. 253.

¹⁶⁵ SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J.. “Garantías bancarias: cartas de patrocinio”. *Contratos bancarios*. Dir. GARCÍA VALVERDE, R.. Civitas. Madrid, 1992. Pág. 761.
CARRASCO PERERA, A.. *Op. cit. Las nuevas...* Pág. 703.
ALBIEZ DOHRMANN, K. J. “Las bases dogmáticas de las garantías bancarias”. *RCDI*. Sept.-Oct., 1996. Nº. 636., Págs. 1863-4.

235.- Las excepciones¹⁶⁶ a oponer ante la cláusula de pago a primer requerimiento, son diferentes en la fianza y en el contrato de garantía independiente.

236.- En la fase de ejecución de la garantía, tanto en el caso de la fianza a primer requerimiento, como en el de la garantía independiente, no existen diferencias, pero si las hay, en el ejercicio de la acción de repetición, donde se establecen regímenes distintos para una y otra. Así, en el supuesto de la fianza como garantía accesorio, será el banco el legitimado para el ejercicio de la acción frente al beneficiario, mientras que en la garantía autónoma es el deudor de la obligación subyacente quién debe ejercitarla frente al acreedor¹⁶⁷.

237.- La cláusula de pago a primer requerimiento puede desarrollar diferentes funciones¹⁶⁸. Así, en el ámbito procesal puede suponer la inversión de la carga de la prueba, correspondiendo al garante la aportación de ésta en su oposición a la pretensión del acreedor¹⁶⁹, es la función desempeñada en las garantías exigidas por el artículo 19 LOE; también puede desarrollar la función *solve y repete* (primero paga y después litiga), que pospone las excepciones a la vía del cobro

¹⁶⁶ SÁNCHEZ CALERO, F.. *Las garantías primer requerimiento (Garantías a primera demanda)*. Cívitas. Madrid, 1996. Págs. 39-40. “Las excepciones cambiarias”. *RDBB*, 1988. Nº. 29. Pág. 14.. “Por excepciones del garante cabe entender las manifestaciones de su derecho a negar el pago, al existir un hecho impositivo o extintivo o un contraderecho frente a la pretensión del acreedor de la garantía”.

¹⁶⁷ ALCALA DIAZ, M^a. A. *Op. cit.*. Pág. 252.

¹⁶⁸ INFANTE RUÍZ, F. J., *Op. cit.*. Págs. 558-9.

¹⁶⁹ SSTS de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992\8586); de 30 de marzo de 2000 (RJ 2000\2314) y de 13 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10438).

ALBADALEJO, M.. *Op. cit.*. Pág. 890.

FERNANDEZ-TRESGUERRES GARCIA A.. “Problemática actual de las garantías personales en el Derecho español” *AC*. 1997-2. Pág. 549.

de lo indebido por el garante con posterioridad al pago¹⁷⁰, y; por último, la automatización del derecho de pago, no pudiendo el fiador excepcionar el pago por indebido ante el requerimiento del beneficiario, ni con posterioridad, correspondiendo al deudor ejercitar dicha acción.

238.- En la garantía a primera demanda el garante no puede oponer al beneficiario las excepciones¹⁷¹ que surgen de la relación subyacente y de la relación jurídica que le une al ordenante, por lo que únicamente podrá alegar las excepciones propias del contrato de garantía. Dentro de dichas excepciones se encuentran: a) las relativas a la formación del contrato; b) las relativas a la reclamación de la garantía¹⁷²; y c) las relativas a la eficacia¹⁷³ de la obligación del garante. Sin embargo, la STS de 17 de febrero de 2000¹⁷⁴, permite al garante

¹⁷⁰ No estará autorizado el garante a excepcionar el pago cuando se haya pactado en el contrato la cláusula solve et repete, cuya validez sanciona del TS y que significa que el garante no podrá formular acción o excepción alguna hasta tanto no haya pagado la garantía.

¹⁷¹ RODRIGUEZ DIAZ, I. *Op. cit.* Págs. 14-15.

¹⁷² RODRIGUEZ DÍAZ, I. *Op. cit.* Págs. 49-52.
CARRASCO PERERA, A. *Op. Cit. Las nuevas...* Págs. 698-702.

¹⁷³ CARRASCO PERERA, A. *Derechos Personales de Garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal.* Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1995. Págs. 169-172.

¹⁷⁴ ALBADALEJO, M. *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones. Vol. II. Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales.* 11ª edic. Barcelona 2002. Pág. 897.
STS (S 1ª) 17.2.00 (RJ 2000, 1162). SEGUNDO.-“...Efectivamente la base de la sentencia recurrida radica en estimar que la relación contractual que ligaba a las partes estaba constituido por un contrato autónomo de garantía denominado aval a primer requerimiento, contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el art. 1.255 del Código Civil (así S. 14 de noviembre de 1989 [_RJ 1989\7878_]) en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza; es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriadad, nota a lo que se alude en la sentencia de 11 de julio de 1983 (_RJ 1983\4209_), al incidir «las garantías denominadas de primera solicitud en el comercio internacional», entre «las nuevas figuras que tendiendo a superar la rigidez de la accesoriadad, es decir, la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia», así como la sentencia de 14 de noviembre de 1989, en la que se afirma que «toda interpretación que se trate de dar a la palabra garantía en el sentido de la obligación accesoria de fianza o de aplicar la excusión que le es característica, desvirtúa la naturaleza de la obligación compleja a la que venimos haciendo mérito», de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras

probar que el deudor principal ha cumplido¹⁷⁵ su obligación, en virtud de la buena fe contractual (artículo 1.258 C.C.) mediante la inversión de la carga de la prueba, liberándolo de realizar la prestación garantizada. Dicha excepción originó una contradicción respecto a lo argumentado en la misma sentencia de que las únicas excepciones oponibles por el garante son las contenidas en el propio título de la garantía, lo que da lugar a que el contrato autónomo de garantía deje de ser completamente independiente. Dicho criterio fue confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2001¹⁷⁶, lo que hace equivaler la autonomía de la voluntad a solo una inversión de la carga de la prueba, dejando abierta la posibilidad de que el garante pruebe en el mismo proceso en que es demandado que no se ha producido el supuesto de hecho calificado como incumplimiento del deudor principal¹⁷⁷.

excepciones que las que se deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual, art. 1258 del Código Civil, se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión de la carga de la prueba, ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal, siendo suficiente, como se dice, la reclamación de aquel beneficiario para que nazca la obligación de pago del avalista...”.

¹⁷⁵ RODRIGUEZ DÍAZ, I. *Op. cit.*. Págs. 49-52. En caso en los que se realice una reclamación de pago sin fundamento contraviniendo el principio de la buena fe proclamado en el art. 7.1 C. C., el garante puede negarse al cumplimiento de su obligación mediante la oposición de la exceptio doli (STS 27.10.92), bien porque el deudor ha cumplido o no tiene que cumplir y que dichas circunstancias sean demostrables de manera clara y determinante en juicio, teniendo la utilización de dicha excepción carácter restrictivo.

¹⁷⁶ STS de 14 de noviembre de 2001 (RJ 2001\ 9304), SAP de Barcelona (Sec. 17ª) de 17.2.03 (JUR 2003\196495), SAP Málaga (Secc. 6ª) núm. 77/2008 de 12.02.08 (AC 2008\1226) y SAP de Alava (Secc. 1ª) de 17.03.08.

¹⁷⁷ CARRASCO PERERA, A.. “Aval a primer requerimiento. Comentario a la STS de 17 de febrero del 2000 (RJ 2000, 1162)” *CCJC*. 2000, Octubre-Diciembre. Nº. 54. Pág. 998.

CAPITULO IV. LA RETENCIÓN.

SUMARIO: 1. CUESTIONES PRELIMINARES. 2. RETENCIÓN REALIZADA POR EL COMITENTE EN LOS PAGOS EFECTUADOS AL CONTRATISTA. 3. RETENCIÓN DE LA OBRA POR EL CONTRATISTA.

1. CUESTIONES PRELIMINARES.

239.- En la actividad edificatoria es práctica habitual¹ retener un porcentaje del precio del contrato de obra para garantizar la subsanación de los daños materiales que se manifiesten por vicios o defectos que tengan causa en la deficiente ejecución de la obra. El artículo 19.1.a) LOE ha establecido junto con el seguro de daños materiales y de caución, la retención del cinco por ciento del valor de la

¹ ORTEGA DOMENECH, J.. *El contrato de obra en la jurisprudencia*. Reus. Madrid, 2007. Págs. 87-88.

ejecución material de la obra, como garantía del resarcimiento de los daños causados por vicios que adolezcan los elementos de terminación y acabado, que se manifiesten durante el plazo de un año desde la entrega definitiva (sin que aún haya entrado en vigor). También la disposición adicional decimocuarta del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas² dispone para los contratos de obra de carácter plurianual (con excepción de los realizados bajo la modalidad de abono total del precio) una retención del diez por ciento del importe de adjudicación que se aplicará en el pago de la certificación final.

240.- La doctrina se ha planteado si cabe el derecho de retención de la edificación por parte del contratista de obras de bienes inmuebles ante el incumplimiento del comitente, a pesar, de la poca utilidad que ésta le puede reportar al no poder realizarla para el cobro de su crédito.

241.- El tratamiento que el C. C. da a la retención no es unitario. Así, nos encontramos con los artículos 1.747 para el comodato, 502 y 522 para el usufructo, 453 para el poseedor de buena fe, 1.600 para el contrato de obra, 1.730 y 1.780 para los de mandato y depósito, 1.866 para la retención en prenda y 1.886 al acreedor anticrético. También se contempla la retención en el C. de Co. en los arts. 276 para los efectos recibidos en consignación, 704 para la retención de los efectos del pasajero y 842 para los objetos salvados del naufragio.

242.- Las posiciones doctrinales respecto de su posible aplicación a casos no previstos en la Ley son antagónicas. Por un lado está la postura restrictiva para la que el derecho de retención solo existe para los casos contemplados en la ley, y por otro la extensiva, a mi juicio más adecuada, partidaria de aplicarla a casos no previstos, siempre que se den los mismo requisitos, supuestos y condiciones que en los casos expresamente consagrados en ella, y solo en aquellos negocios

² RDL 2/2000 de 16 de Junio.

atípicos que por su naturaleza pueden ser absorbidos por algunos de los tipos legales.

243.- La doctrina define³ la retención *como aquella facultad concedida u otorgada por la ley a un acreedor, permitiéndole continuar en la detención de una cosa más allá del tiempo en que debió entregarla a su deudor o bien como el derecho del detentador de una cosa a retardar la restitución hasta obtener la satisfacción de un crédito del que es titular*. Su fundamento jurídico es evitar el enriquecimiento injusto del deudor.

244.- La retención como derecho de garantía es accesoria de la obligación principal, conteniendo dos obligaciones la del comitente de realizar la prestación de ejecución de la obra conforme a lo pactado y a la *lex artis*, y la del retenedor de restituir la cosa retenida. Se diferencia del derecho de prenda⁴ en que es una obligación sin previo pacto (se trata de un hecho), ya que el acreedor aprovecha la tenencia de la cosa ajena entregada con diferente objeto, para garantizar su crédito⁵, mientras que en la prenda la cosa se entrega expresamente de forma contractual para asegurar la obligación, y si es necesario realizarla para satisfacer el crédito, manteniéndose el privilegio aunque la cosa gravada se haya convertido en dinero, lo que no ocurre con el derecho de retención⁶.

³ DIEZ-PICAZO, L. *Fundamento de Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, 6ª edic. Tecnos, 2008. Cizur Menor (Navarra). Págs. 473-4. En contra de construir una teoría unitaria sobre la retención

DEL POZO CARRASCOSA, P.. *El derecho de retener en prenda del depositario*. PPU. Barcelona, 1989.

⁴ LOPEZ DE HARO, C.. *El Derecho de Retención*. Madrid Editorial Reus S A 1921.

⁵ Arts. 1863 y 1866 C. C..

⁶ GULLÓN BALLESTEROS. *La prelación de créditos en el Código Civil*. Bosch. Barcelona, 1962. Págs. 27-8.

245.- La doctrina le reconoce carácter obligacional⁷ teniendo efecto solo inter partes. Un sector⁸ no la considera un derecho subjetivo, sino una mera facultad que confiere al acreedor que la constituye una excepción que puede alegarse ante la pretensión de restitución.

El propietario puede disponer de la cosa retenida, pero solo puede transmitir su derecho tal y como lo tiene, por lo que quién lo adquiere, está obligado a entregar al tenedor de la cosa el importe del crédito⁹. En caso de concurso¹⁰, el derecho de retención permite al acreedor mantener la posesión de la cosa¹¹, ya que se trata de una garantía que si bien no es real a los efectos del artículo 56 L. C., si lo es a los del artículo 155.2 L. C..

⁷ SAP. Toledo de 22.1.94. (AC 1994\123).

BARRADA ORELLANA, R... Op .cit. Págs. 150-1. En el Derecho Catalán “El derecho de retención que la LDRG configura es un derecho real que persigue que su titular realice el valor de la cosa retenida para cobrar su crédito, como efecto más significativo. Por tanto, el acreedor al que se refiere la LDRG dispone de la posibilidad de constituir la garantía, prescindir de la misma, o de utilizar cualquier otro mecanismo jurídico a su alcance para la satisfacción de su interés”.

⁸ DIEZ-PICAZO, L.. Op. cit. Fundamentos... Págs. 475-6.

GARRIDO, J. M^a.. “Teoría General de la preferencia”. Anuario de Derecho Civil. Oct.-Dic. 1998. Pág. 1.811. “en el derecho de retención falta un rasgo esencial de las garantías reales, la atribución al acreedor de un derecho de preferencia”.

CANO MARTINEZ DE VELASCO, J. I.. La retención de cosa ajena. Bosch. Barcelona, 1990. Pág. 37. La retención no es, ni puede serlo, en ningún modo, desde ninguna perspectiva, derecho subjetivo, ni real, ni personal, para el autor solo es una excepción procesal.

⁹ GULLÓN BALLESTEROS. Op. cit.. Pág. 28.

¹⁰ CARRASCO PERERA, A. Los derechos de garantía en la Ley Concursal. 2^a edic.. Civitas. Madrid, 2008. Págs. 211-3.

¹¹ REPRESA POLO, P.. “El derecho de retención en el sistema de prelación de créditos de la Ley Concursal” en *Garantías reales mobiliarias en Europa*. Dir. LAUROBA y MARSAL. PONS. Madrid, 2006. Págs. 546-7. Para quién el derecho de retención ostenta cierto poder de hecho consecuencia de la facultad reconocida al redentor para mantenerse en la posesión de los bienes hasta el pago de su crédito (art. 6 LDRG), lo que puede impulsar el acuerdo de los administradores para pagar previamente el crédito del redentor y recuperar los bienes. Por el contrario, si el redentor opta por enajenar el objeto deberá concurrir con el resto de acreedores, soportando los derechos de preferencia que existen sobre su crédito. En contra GARRIDO, J. M^a. Op. cit.. Págs. 1.814. DIEZ DE SOTO, C. M.. *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*. Edit. Díaz-Batien & Truhán Abogados. Madrid 2006. Pág. 135. Para quién al no hacer la L. C. ninguna referencia a esta cuestión, permite entender que serán de aplicación a estos

2. RETENCIÓN REALIZADA POR EL COMITENTE EN LOS PAGOS EFECTUADOS AL CONTRATISTA.

246.- Una de las dos opciones que establece la LOE (artículo 19.1.a) para asegurar el resarcimiento de los daños materiales de que adolezca la edificación, por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado, es la retención por el promotor de un cinco por ciento del importe de la ejecución material de la obra¹². En la actualidad existe la responsabilidad del constructor pero no es legalmente exigible practicar la retención. A pesar de ello, es práctica generalizada¹³ establecerla de forma convencional en el contrato de obra, de tal manera que ante la aparición de defectos, que se presentan casi siempre, el promotor requiera al constructor para la subsanación y en caso de que dicho requerimiento no sea atendido, mantendrá la posesión hasta que se proceda a ésta.

247.- La cláusula de retención¹⁴ se establece en contratos de obra con modalidad de precio fijo o cerrado (precio alzado) aunque contemplen posteriores modificaciones, y no en aquellos otros en los que el precio tiene una

supuestos las previsiones contenidas en la LEC a propósito de la situación del tercero poseedor de bienes del ejecutado (arts. 661 y 675), a quién se reconoce la posibilidad de hacer valer sus derechos en el procedimiento, sin perjuicio de reconocer al Juez facultades excepcionales para poner fin a su situación posesoria.

¹² CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a. C.. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. 3^a. edic. Aranzadi. Cizur Menor, 2005. Págs. 380-1. Coincido con los autores en que a pesar de haber realizado la retención el promotor, en el caso de que este enajene la vivienda podrá el adquirente ir contra el constructor por considerar dicho pacto de retención un contrato a favor de terceros del art. 1.257.2, lo que no implica un incremento de la garantía. SAP Baleares de 20.11.01 (JUR 2002\42819).

¹³ MIRANDA CABRERA, A.. *Manual del promotor inmobiliario. De viviendas libres y de protección oficial*. Comares. Granada, 2001. Pág. 188.

¹⁴ DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M.. *Derecho de la Construcción*. Comares. Granada, 2003. Págs. 118-9.

mera finalidad orientativa, sin fuerza limitativa y vinculante por las partes¹⁵. Una de las formas de pago de los contratos de obra a precio alzado, es la satisfacción del comitente al contratista de cantidades a cuenta del precio a la presentación de certificaciones de obra expedidas por la dirección facultativa de la obra, sobre las cuales se practica la retención correspondiente. Éstas tienen el carácter de anticipos de una ulterior liquidación definitiva, sin que ello signifique la aceptación y recepción de las obras abonadas por el promotor.

248.- La jurisprudencia¹⁶ define la cláusula de retención del contrato de obra como *una cláusula modificativa de la responsabilidad del contratista destinada al aseguramiento de la realización de sus tareas conforme a la lex artis de la construcción, de tal manera que, en un sistema de pago por certificaciones de obra, deja en poder del promotor una parte del precio hasta el momento de la recepción definitiva*. Esta retención tiene carácter puramente obligacional¹⁷, nace de la estipulación establecida en el contrato de arrendamiento de obra entre comitente y contratista, por lo que la facultad del comitente se circunscribe a mantener la posesión¹⁸ del dinero, salvo que se ejerciten acciones posesorias de acreedores con mejor derecho, a los que éste no les pueda excepcionar un derecho de preferencia, o un privilegio para su cobro¹⁹, por lo que el derecho de retener se traduce en la simple potestad del comitente de oponerse a la

¹⁵ SSTs de 7 de octubre de 1996 (RJ 1995\5559), de 8 de marzo de 1989 (RJ 1989\2024) y SAP Toledo, de 22.01.94 (AC 1994\123).

¹⁶ SSTs 22 de marzo de 1997 (RJ 1997/2189) y 22 de marzo de 1.997 (RJ 1997\2189) y SAP de Madrid (Sec. 11) 15.04.05 (JUR 2005\106184).

¹⁷ CANO MARTINEZ DE VELASCO, J. I.. *Op. cit.*. Pág. 34.

¹⁸ CANO MARTINEZ DE VELASCO, J. I.. *Op. cit.*. Pág. 70. No puede haber posesión civil, pues el retenedor no puede tener la cosa <<ad usucapionem>>, ya que la ha recibido por un título específico (depósito, mandato...), válido, o, por el contrario, nulo, pero en el cual creyó (buena fe necesaria para retener, art. 453).

¹⁹ DIEZ-PICAZO, L. *Op. cit.*. *Fundamentos...* Págs. 476-8.

reclamación del contratista. Con ello, se ha querido atribuir al derecho de retención el carácter de mera excepción procesal²⁰.

249.- El T. S. ha dado a la retención efectuada por el comitente sobre los pagos realizados al contratista el carácter de depósito²¹ voluntario (artículo 1.763 C. C.), ya que éste se produce por el pacto establecido en el contrato de obra, correspondiendo al comitente la obligación de guardia y custodia (artículo 1.758 C. C.). Al tratarse de un depósito en dinero le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.724 C. C., siendo el depositario deudor de los intereses²² de las cantidades que haya aplicado a usos propios, o de las que no haya restituido una vez extinguido el depósito, tras haber sido constituido en mora. Tampoco puede servirse el depositario de la cantidad, retenida, salvo autorización del depositante, cosa bastante difícil de controlar sino se adopta algún mecanismo que restrinja el poder de hacer uso del mismo. Uno de los modos de extinción del derecho de retención lo constituye la pérdida de la cosa poseída²³, pero al tratarse de un depósito irregular, la devolución consiste en la entrega de una determinada cantidad de cosa fungible (dinero) quedando el promotor obligado a devolver la misma cantidad.

250.- Durante la vigencia de la garantía se han de diferenciar el periodo anterior y posterior al vencimiento del contrato. En éste último, las situaciones que se

²⁰ STS 24 de junio de 1941 (RJ 1941\758) y SAP Toledo, de 22.01.94 (AC 1994\123). frente a la acción reivindicatoria del contratista, sin gozar de la re persecutoriedad propia de los derechos reales, por lo que sí ha pasado a terceros no puede recuperarla, quedando a salvo las acciones posesorias contra los poseedores de peor derecho (usurpador y precarista).

²¹ STS 2 de julio de 2002 (RJ 2002\5899) y SAP Madrid (Sec. 11), de 15.04.05 (JUR 2005\106184).

HERRERA CAMPOS, R.. “El contrato de depósito”. *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*. 4ª. edic.. Tirant lo blanch. Valencia, 2006. Págs. 549-563.

²² SAP Castellón (Sec. 3), 15.10.05 (JUR 2005\198429).

²³ SAP de Toledo, de 22.01.94 (AC 1994\123).

pueden presentar están en función de cual sea el comportamiento de deudor, cumplimiento o incumplimiento de dicha obligación, ya que los efectos que este conlleva, son diferentes. El cumplimiento por el constructor de la obligación de realizar sus tareas conforme a la *lex artis* da derecho a la devolución de la retención por parte del promotor²⁴. El plazo establecido por la LOE para asegurar el correcto cumplimiento del contrato (para cuando sea obligatorio) es de un año a contar desde la recepción definitiva de la obra, y en aquellos contratos que no caen en el ámbito competencial de la misma debe establecerse en función de los usos²⁵ al respecto, siendo generalmente un año²⁶, ya que un plazo excesivo supondría apropiarse de la retención. Existe la obligación del pago del precio por el comitente cuando el contratista acredite la realización de la obra, por lo que el mantenimiento por el comitente de la retención una vez transcurrido el periodo de garantía establecido, requiere de la acreditación de la existencia de defectos suficientes que la justifiquen²⁷.

251.- Los daños puestos de manifiesto durante el periodo de garantía pueden ser diversos como se observa en las innumerables sentencias existentes sobre su naturaleza y cuantía, lo que genera conflictos entre promotores y constructores respecto a la finalidad de la retención, su devolución o la aplicación a la reparación de éstos.

252.- El artículo 1.544 y concordantes del C. C. obliga al contratista de la obra a la obtención de un resultado determinado previamente convenido. Cuando la

²⁴ SAP de León, de 17.06.02 (JUR 2002/211817).

²⁵ En la actividad constructiva en general se contempla un plazo prudencial conforme a los usos del sector para asegurar el correcto cumplimiento de la obligación garantizada, donde es habitual el plazo de un año a contar desde la recepción de la obra. ORTEGA DOMENECH, J.. *Op. cit.*. Págs. 87-88.

²⁶ STS 2 de julio de 2002 (RJ 2002/5899)

²⁷ SAP Madrid, 5.10.05 (JUR 2005/252441) y SAP Valladolid, 19.9.05 (JUR 2005/262910).

obra entregada no reúna las condiciones pactadas tiene derecho el comitente a que se le subsanen los defectos sin abono de cantidad alguna complementaria, o a la reducción del precio en la proporción adecuada. No le exime de realizar su prestación de pago el hecho de que el contratista haya cumplido de modo defectuoso, si lo omitido o no realizado carece de suficiente entidad con relación a lo demás, ya que si la ejecución se ha realizado conforme al principio de la buena fe proclamado por el artículo 1.258 C. C., la excusión de la obligación de pagar el precio del comitente de la obra solo puede basarse en los supuestos de grave incumplimiento de lo convenido y de grave infracción de la Ley Artis²⁸.

253.- La jurisprudencia se ha pronunciado en innumerables ocasiones sobre los efectos del incumplimiento de la obligación en la garantía. El incumplimiento defectuoso admite diferentes grados, tanto desde el plano objetivo o material de la prestación, como desde el subjetivo de la satisfacción del interés del acreedor. Cuando el incumplimiento del contrato constituye una mera imperfección, la sanción correspondiente es la indemnización de daños y perjuicios (artículo 1.101 C. C.), que se traduce en una reducción proporcional del precio a pagar por el comitente. Para que el comitente pueda excepcionar ante la reclamación del contratista la devolución de la retención, habrá que ver si dichas imperfecciones contienen suficiente entidad para su consideración como tales o son meras hipótesis contrarias a la finalidad de la retención. A este respecto, el criterio judicial seguido para el mantenimiento por el comitente de la retención es, que los defectos de la edificación deben ser fundados, y no basarse en un pronóstico²⁹, ni ser ésta desproporcionada respecto de los defectos

²⁸ STS de 13 de mayo de 1985 (RJ 1985\2388) y SAP de Ourense de 14.2.07 (JUR 2007\175499).

²⁹ SAP. Sevilla de 4.10.01 (JUR 2002\79738) y SAP de Granada de 5.7.02 (JUR 2002\216167).

comprobados³⁰. Dichas imperfecciones tampoco se pueden confundir con el concepto de obra no terminada, si la parte terminada no adolece de defectos.

254.- En caso de que el comitente considere que no corresponde la devolución de la retención puede excepcionarlo³¹ en la contestación a la demanda principal, así como exigir vía reconventional la subsanación de los defectos, la reducción del precio o la compensación³² de la cantidad retenida³³ con el precio del contrato de encargo a otro contratista de los trabajos necesarios para su rectificación.

255.- Hay que resaltar el hecho de que la garantía quede en poder del promotor, quién a su vez es responsable simultáneo junto al constructor, lo que hace que la garantía se vea desvigorizada³⁴. Hubiese sido más conveniente la constitución de la misma a través del seguro.

3. RETENCIÓN DE LA OBRA POR EL CONTRATISTA.

256.- Algunos autores se han planteado el derecho de retención como garantía del contratista de edificios y de obras inmuebles³⁵ mediante diversas formas de

³⁰ SAP Burgos (Secc. 3ª) de 20.11.03 (JUR 2003\31801).

³¹ SAP Cáceres (Sec. 1ª) de 17.11.07 (JUR 2007\45973).

³² DIEZ-PICAZO, L.... *Op. cit. Fundamentos*.... Págs.. 474-5.
CANO MARTINEZ DE VELASCO, J. I.. *Op. cit.*. Págs. 52-4.
LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.. *Retención y mandato*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1976. Págs. 14-17.

³³ STS (Sec. 1ª) de 3 de noviembre de 2006 (RJ 2006\8265). SSAP A Coruña (Secc. 4ª) de 3.5.07. (JUR 2007\270061) y (Sec. 3) 14.6.2002 (JUR 2003 \14218)

³⁴ RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M.. *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*. Comares. Granada, 2002. Pág. 400.

³⁵ SAP de Toledo de 22.1.94 (AC. 1994\123). La jurisprudencia, en Sentencia de 8 junio 1897, con doctrina reiterada por la de 21 mayo 1928, señala, con relación con el derecho de retención de un bien inmueble, que «el derecho de retener es de tanta eficacia que, aún desposeído de la

fundamentación jurídica. El artículo 1.600 C. C. consagra la retención para el contratista de obra en cosa mueble, quedando excluidos los inmuebles³⁶. Dicha exclusión no se debe a una intención del legislador de desproteger al contratista de inmuebles, sino a considerar que éste encuentra protección en otras vías como es el privilegio del crédito refaccionario y el reconocimiento (por lo menos al que emplea materiales propios) de una propiedad provisional sobre la edificación. A pesar de ello, la comparación entre la garantías del contratista de obras muebles y el de obras inmuebles es claramente desfavorable a este último, ya que el primero goza no solo del privilegio por créditos refaccionarios (artículo 1.922.1) sino también del derecho de retención concedido ad hoc por el artículo 1.600 del C. C.³⁷.

257.- Otra vía más factible es la de la posesión de buena fe³⁸ del artículo 453 C. C. que “concede al poseedor la facultad de retener la cosa poseída para asegurar el cobro de los gastos necesarios y útiles hechos en ella, una vez declarado el derecho dominical de quién pretende la restitución”. La norma no distingue entre bienes muebles e inmuebles ya que los gastos derivados de la posesión constituyen un cajón de sastre en el que tienen cabida otras situaciones distintas, pero si hay que considerar si el contratista de obras inmuebles es un auténtico poseedor (artículo 1.593 C. C.), ya que no puede ser suya la propiedad de lo

cosa mejorada el retentor de buena fe, puede exigir que se le restituya hasta quedar pagado de dichas mejoras».

³⁶ SALVADOR CODERCH, P.. *Comentario del Código Civil*. T. II. Dir. PAZ-ARES RODRIGUEZ y OTROS. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991. Pág. 1212.
RUIZ-RICO RUIZ, J. M.. *Las garantías del contratista de inmuebles*. Universidad de Jaén, 1995. Pág. 50.
STS 19 de abril de 1975.

³⁷ ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ. *Op. cit.* Págs. 163-4.

³⁸ DIEZ-PICAZO, L.. *Op. Cit.. Fundamentos...* Pág. 473. y *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, T. II.*, 4ª. edic.. Madrid, 1993. Pág. 252. .
SALVADOR CODERCH, P.. *Op. cit.*. Págs. 1.199 y 1.212.
MIQUEL GONZÁLEZ, J. Mª.. “Comentario al art. 453”, *Comentario al Código Civil, T. I.*. Dir. PAZ-ARES RODRIGUEZ y OTROS. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991. Pág. 1.221.

construido en el periodo anterior a la entrega del edificio, al no poderse retener una cosa de la que se es propietario. La postura doctrinal dominante se inclina a favor de ser el contratista propietario³⁹, pero hay un sector que ha rechazado dicho criterio, defendiendo que el comitente deviene dueño de los materiales y del suelo que aporte el contratista en virtud del contrato de obra al iniciarse ésta.

258.- Cabe la posibilidad de un pacto de retención a favor del contratista⁴⁰ que le facultaría para retener al menos el suelo sobre el que se ha edificado y cuya titularidad es del comitente o de un tercero.

259.- Al margen de la fundamentación jurídica de la facultad del derecho de retener por el contratista de obra, hay que plantearse la eficacia⁴¹ del mismo en caso de admitirlo. A este respecto, hay que indicar que aún admitiendo su uso, éste, es de escasa utilidad para el contratista por no poder realizarlo para el cobro de su crédito, ya que en transmisión registral es inoponible lo no inscrito (artículo 32 en relación con el artículo 34 LH).

³⁹ RUIZ-RICO RUIZ, J. M.. *Op. cit.*. Págs. 50-55. Analiza las diferentes posturas doctrinales respecto de la posesión del inmueble por el contratista, rechazando la tesis de que el contratista goza de la facultad de retener el inmueble.

⁴⁰ SAP Baleares de 20.11.01 (JUR 2002\42819).

⁴¹ RUIZ-RICO RUIZ, J. M.. *Op. cit.*. Págs. 57-9.

CAPITULO V. EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO PROMOTOR.

SUMARIO: 1. CUESTIONES PREVIAS. 2. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA. 3. INTERVINIENTES. 4. ELEMENTOS REALES: 4.1. La obligación garantizada: 4.1.1. Importe. 4.1.2. Desembolso; 4.1.3. Plazo; 4.1.4. Intereses: 4.1.4.1. Intereses remuneratorios u ordinarios; 4.1.4.2. Intereses moratorios; 4.1.5. Comisiones, costas y gastos; 4.1.6. Amortización; y 4.1.7. Vencimiento anticipado. 4.2. La garantía hipotecaria: 4.2.1. Bienes sujetos a hipoteca; 4.2.2. Extensión; 4.2.3. Alcance: 4.2.3.1. Obligación principal; 4.2.3.2. Intereses; 4.2.3.3. Comisiones; 4.2.3.4. Gastos; 4.2.3.5. Costas. **5. CAUSA. 6. LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN. 7. SUBROGACIÓN:** 7.1. La subrogación del comprador en la adquisición del inmueble. 7.2. La subrogación del prestamista.

1. CUESTIONES PREVIAS.

260.- La financiación de los proyectos inmobiliarios¹ se puede acometer de diversas formas. En la actualidad la práctica totalidad de ellos que no son de autopromoción se financian con préstamos hipotecarios al promotor.

261.- Este tipo de financiación es un elemento fundamental en el desarrollo del mercado inmobiliario², ya que las entidades financieras³ pueden obtener los recursos financieros necesarios, mediante la emisión de títulos hipotecarios garantizados con dichos préstamos. También, es peculiar de la empresa inmobiliaria, debido al elevado coste de la vivienda, que hace necesario financiar tanto al promotor en la ejecución material de la edificación, como a los compradores en su adquisición, financiación esta última, que se lleva a cabo fundamentalmente a través de la subrogación en el préstamo hipotecario concedido al promotor.

262.- Se puede recurrir a dicha financiación en cualquier momento del desarrollo del proyecto inmobiliario⁴ (para la adquisición del solar, para la ejecución de la obra y para la venta). Generalmente, se hace a la hora de acometer el proyecto, ya que de esta manera se financia tanto la ejecución como la venta.

¹ La promoción inmobiliaria de viviendas requiere de la adquisición del terreno, de la urbanización para convertirlo en solar, de su posterior edificación y finalmente de la comercialización.

² GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.. "La hipoteca como instrumento al servicio del desarrollo del mercado inmobiliario". *RCDI*. Nº. 691. 2005, Sept.-Oct.. Págs. 1633-4.

³ Arts. 2 y 4 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo de 1981, de regulación del mercado hipotecario.

⁴ CAPARROS NAVARRO, ALVARELLOS BERMEJO y FERNÁNDEZ CAPARROS. *Manual de gestión urbanística*. 5ª edic.. Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. Madrid, 2002. Págs. 499-501.

263.- Los tres elementos esenciales de esta financiación son el préstamo, la hipoteca y la subrogación.

2. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.

264.- En la actualidad la doctrina se encuentra dividida entre considerar al contrato de préstamo hipotecario un negocio mixto⁵ formado por el préstamo de dinero y la hipoteca (contratos coaligados, existiendo entre ellos una relación de dependencia, interdependencia o yuxtaposición), o un negocio complejo y unitario que resulta de la fusión de ambas declaraciones negociales⁶. GARCÍA-ESCÁRZAGA⁷ lo considera un negocio jurídico típico, pero una tipicidad no de tipo legal, sino social, definiéndolo de la siguiente manera, “*por el contrato de préstamo hipotecario una parte (habitualmente una institución de crédito) entrega a la otra una cantidad de dinero, con la obligación esta última, de devolverlo junto con los intereses pactados y en los plazos establecidos. Las obligaciones de devolución y pago de intereses están garantizadas con la*

⁵ BLANQUER UBEROS, R.. “El préstamo hipotecario (I)”. *Lecciones de Derecho Bancario y Bursátil*. Colex 2001. Madrid. Págs. 199-200.

DE CASTRO Y BRAVO, F.. *El negocio jurídico*. Facsimil. Madrid, 1991. Págs. 214 -5.

⁶ YSAS SOLANES, M.. *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*”. La Ley. Getafe (Madrid), 1994. Págs. 81-2.

⁷ GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F.. *Las condiciones generales en el préstamo hipotecario; su control por notarios y registradores de la propiedad*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2007. Págs. 68-70 y 460. El autor sostiene que aún tratándose de un contrato atípico por no estar regulado en nuestras leyes sustantivas, se da una tipicidad diferente a la legal como es la tipicidad social “que tiene como base las concepciones socio-económicas dominantes en cada época y cuya modulación la vienen realizando la doctrina tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de Registros y la doctrina científica”. Sigue el criterio de Castán y considera negocios típicos no solo aquellos que sean objeto de una regulación en nuestro Código Civil, sino también los que los son conforme a una función típica como le sucede a la hipoteca que desempeña una función de garantía.

hipoteca que se integran en un contrato que ha sido celebrado con adhesión a condiciones generales". La tesis mantenida por este autor, a la que me adhiero, es que el préstamo hipotecario no es un contrato de adhesión en contra de lo que defiende gran parte de la doctrina, sino un contrato celebrado con adhesión a condiciones generales, ya que existe en éste, un contenido sobre el que no cabe negociación alguna, regulado por el Derecho Hipotecario.

265.- El préstamo y la hipoteca quedan constituidos en un mismo acto, siendo la hipoteca accesoria respecto del préstamo y rigiéndose por normas diferentes⁸. Los pactos dispositivos (artículo 1.255 C.C.) incorporados a la escritura de constitución del préstamo hipotecario pueden tener o no carácter real, en caso de tenerlo, con su acceso al Registro repercuten frente a terceros. Tratándose de un contrato con adhesión a condiciones generales, hay que ver la validez de los pactos establecidos desde la perspectiva de la defensa de los consumidores y usuarios⁹. Seguidamente paso a analizar los elementos del contrato, los pactos dispositivos más habituales y la subrogación que se produce con la venta del inmueble.

266.- El régimen jurídico del préstamo hipotecario viene establecido en los artículos 1.740 y 1.753 a 1.757, capítulo I y III del título XV del C. C., artículos 311 a 319 del C. Co., Ley Hipotecaria, Reglamento Hipotecario, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 2/1994 de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, D. L. 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de contratación, Orden de 5 de Mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios,

⁸ GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F. *Op. cit.*. Pág. 65.

⁹ Ley 26/1984 LCU.

Ley 34/1988 de 11 de noviembre general de publicidad¹⁰, Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario y financiero y en la normativa del Banco de España¹¹ relacionada con dichas normas.

267.- El contrato de préstamo hipotecario es fundamentalmente un contrato bancario, ya que generalmente son las entidades financieras las que realizan este tipo de operaciones, por lo que tiene carácter mercantil¹², a pesar, de que éste se haga a favor de personas ajenas al comercio.

268.- En la concreción del carácter real u obligacional del préstamo hipotecario¹³, tiene especial relevancia el momento en que se dispone del

¹⁰ Art. 3.b.

¹¹ Existe una amplia normativa de desarrollo especialmente a través de Ordenes Ministeriales y normativa del Banco de España de las que podemos señalar entre otras, la OM de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, la Circular del Banco de España 8/1990, de 7/9, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Con rango de ley, la Ley 26/1988 de 29 de julio sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito y la Ley 44/2002 de 22 de noviembre de medidas de reforma del sistema financiero, que ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico la figura del comisionado para la defensa del cliente de servicios bancarios, herramienta muy útil en la protección del usuario bancario.

¹² Arts. 311, 175, 199, 212, 2, C. Co.

STS 9 de mayo de 1944.

CHAMORRO POSADAS, M.. “La capitalización de los intereses para el devengo de intereses moratorios en la constitución de la hipoteca”. *La Ley*. Tomo 5, 2002. Pág. 1.568.

YSAS SOLANES, M.. *Op. cit.*. Pág. 82. Cuestiona la mercantilidad del préstamo hipotecario al incorporar una cláusula de eliminación de interpelación de la mora (art. 1.100 C. C..) que sería innecesaria si fuera tan clara su calificación como contrato mercantil.

ORDÁS ALONSO, M. *El interés de demora*. Thomson. Cizur Menor (Navarra), 2004. Pág. 55. Un préstamo en cuanto operación realizada por una Entidad de Crédito, podrá ser mercantil; pero solo será mercantil si la suma prestada se destina a la realización de actos de comercio, revistiendo carácter civil si su objeto se destina al consumo.

¹³ RIVERA FERNÁNDEZ, M.. “Préstamos hipotecarios y cláusulas de vencimiento anticipado”. *Trabajos y notas de colaboración del Boletín del Colegio de Registradores de España*. T. III. Madrid, 2000. Nº. 64. Pág. 397. El TS no excluye la posibilidad de un contrato de préstamo de carácter consensual, la STS de 22 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 913) afirma

capital¹⁴. El contrato real para su perfección requiere además de la declaración de la voluntad, la entrega de la cosa¹⁵, que generalmente se hace junto con el acuerdo de voluntades, sin embargo, en el préstamo hipotecario al promotor, existe diferimiento temporal entre la entrega del dinero, que se entiende realizada mediante ingreso en una cuenta especial¹⁶ en el momento de la manifestación del consentimiento, y la disponibilidad del mismo, que queda condicionada a la ejecución material de la obra y al cumplimiento de ciertos requisitos. Estos requisitos están referidos fundamentalmente a la recepción por la entidad financiera de la documentación pactada previamente, como son la escritura del préstamo debidamente inscrita, las certificaciones de obras periódicamente emitidas por la dirección facultativa, y los contratos privados de compraventa, lo que ha llevado a la doctrina a plantearse si el diferimiento en las disposiciones de la cantidad prestada, menoscaba la naturaleza real del préstamo convirtiéndolo en otra figura contractual de carácter obligacional, en una especie de precontrato real, o si a pesar de ello, sigue manteniendo su carácter real. Coincido con YSAS SOLANES¹⁷, que la naturaleza de los préstamos en los que la entrega no se realiza simultáneamente al acuerdo de voluntades es real.

que se deberá estar al caso concreto para poder discernir si nos encontramos ante un contrato de préstamo real o consensual. Esta es la línea seguida por nuestra doctrina.

¹⁴ Arts. 1740 y 1753 C. C.

¹⁵ DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.. *Sistemas de Derecho Civil*, Vol. II. 9ª edic.. Tecnos. Pág. 34.

¹⁶ La entidad financiera se reserva el derecho de aplicar, unilateral y libremente, las cantidades que resulten disponibles en la cuenta, para satisfacer las deudas del prestatario frente a ella, por devengos vencidos, gastos suplidos u otros cualesquiera débitos pendientes, derivados del préstamo formalizado o de cada uno de los préstamos en los que aquél se subdivide en función del importe de que responde cada una de las fincas hipotecadas, así como al reembolso total o parcial de cada préstamo en cualquier supuesto de rescisión.

¹⁷ YSAS SOLANES, M^a.. *Op. cit.*. Págs 18-19 y 27: Esta autora tras analizar la doctrina (cita Lacruz, Jordano Barea, Alvadalejo, De Castro, Gullón Ballesteros, Simonetto) considera que de los arts. 1.740 a 1.784 C. C. y 1.863 a 1.873 C. C. no puede derivarse la no validez de los contratos de préstamo en los que la entrega no se realiza simultáneamente al acuerdo de voluntades de las partes, configurándose éstos como reales, a pesar, de la falta del poder de

269.- La consideración de un carácter u otro tiene repercusión en los intereses a devengar. Si tiene carácter obligacional el devengo de éstos comienza con la disposición y no con la entrega. Por el contrario, en caso de ser considerado real, el devengo de intereses comienza con la entrega, a pesar de no poder disponer hasta el cumplimiento de los requisitos establecidos¹⁸.

Las entidades crediticias están interesadas en que el préstamo tenga naturaleza real para que el devengo de intereses pueda comenzar desde el mismo momento en que se realiza la entrega, por ello, éstas predisponen en el clausulado del contrato su carácter real, ingresando el importe del préstamo en una cuenta especial en el que queda retenido hasta que se cumplan los requisitos establecidos para su desembolso. A pesar de ello, también incorporan una cláusula de estilo de devengo de intereses que establece, que éstos comienzan a devengarse con las disposiciones que se realicen de la cuenta especial.

270.- La hipoteca¹⁹, es un derecho real de garantía que precisa de una obligación principal a la que garantizar, respecto de la que es accesoria²⁰. Una vez constituida se regula por sus propias reglas hipotecarias²¹. Su concepto legal

disposición, comenzando a contar el plazo para la restitución y el devengo de intereses desde ese momento, excepto pacto en contrario.

¹⁸ PRATS ALBENTOSA, L.. “Préstamo hipotecario: Incumplimiento y pretendida nulidad de cláusula de vencimiento anticipado”. *Revista Derecho Patrimonial*. 1999-2. Nº. 3. Págs. 465-6. YSAS SOLANES, M^a. *Op. cit.*. Pág. 26.

¹⁹ BLASCO GASCÓ, F. P.. *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Pág. 65 .Se trata de una hipoteca voluntaria y de seguridad al ser del tipo de máximo, ya que no solo se garantiza el capital o principal, sino también los intereses moratorios y remuneratorios (variables) y los gastos de constitución y ejecución.

²⁰ RRDGRRNN de 25.4.05 y de 11.10.04.

²¹ GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F.. *Op. cit.*. Págs. 64-65 y 68. Como puede ser la acción hipotecaria, la cesión del préstamo hipotecario (art. 242 R. H.), la prescripción de las acciones reales. Adopta este autor una postura intermedia entre los partidarios del principio de accesoriadad puro y los que niegan rotundamente el mismo.

viene establecido por los artículos 1.876 C. C. y 104 L. H.. GONZÁLEZ PORRAS²² la define como *un medio de garantía real de constitución autónoma y accesoria al crédito que se garantiza, que atribuye al acreedor hipotecario el derecho preferente, mediante la publicidad registral de la realización del valor de los bienes hipotecados a través del procedimiento legalmente establecido, cobrándose sobre el precio que se obtenga y con independencia de quién sea su poseedor o propietario*. En ella, hay que resaltar los caracteres²³ de inherencia o inmediatividad que supone que el titular del derecho obtenga de la cosa el provecho correspondiente sin intervención de otras personas (artículos. 1.876 C. C. y 104 L. H.), y de exclusividad²⁴, por el que puede impedir a los demás cualquier injerencia en la cosa. La naturaleza real de la hipoteca es aceptada unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia²⁵, a pesar de su ubicación²⁶ en

²² *Curso de Derecho Civil III. Derechos reales y registral inmobiliario*. Dir. MORENO QUESADA. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. Págs. 424-6. La hipoteca reúne los caracteres siguientes: a) es un derecho de naturaleza real inmobiliaria (arts. 1.874 y 1.876 C. C.; arts. 2, 104 y 106 L. H.); b) es un derecho real accesorio respecto de la obligación principal garantizada (arts. 1.528, 1.857,1º, 1.858 y 1.861 C. C.); c) es un derecho de realización de valor (art. 1858 C. C.); d) es un derecho indivisible (art. 1.860 C. C.. y 122-3 L. H.; e) el derecho real de hipoteca es de constitución registral, (art. 1.875.1º C. C.. y arts. 145 y 158 L. H.); f) es de carácter formal.

BLASCO GASCÓ, F. P.. *Op. cit.* Págs. 58-61. Considera también los caracteres siguientes: a) no implica la desposesión de los bienes, por lo que el propietario del bien que se hipoteca sigue disfrutando del mismo y explotándolo económicamente; y b) el inmueble debe ser propiedad del hipotecante.

²³ YSAS SOLANES, Mª. *Op. cit.*. Pág. 40.

²⁴ YSAS SOLANES, Mª. *Op. cit.*. Pág. 41. La exclusividad no supone la imposibilidad de coexistencia con otros derechos reales de la misma clase, ya que rige el principio de prior tempore potior iure.

²⁵ Si bien se ha puesto en entredicho por algunos autores como VALLET GOITISOLO, J. *Hipoteca del Derecho Arrendaticio*. Editorial Revista de Derecho Privado. 1951, págs. 51 y ss, y PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid 1982, pág. 412.

²⁶ GONZÁLEZ PORRAS, J. M.. *Op. cit.*. Págs. 422-3.

el capítulo III del Título XV del Libro IV “De las obligaciones y contratos”, ya que estos últimos son una de las fuentes que la originan²⁷.

271.- El contrato de préstamo con garantía hipotecaria pertenece a la categoría de los denominados contratos con adhesión a condiciones generales²⁸, ya que la entidad financiera, tiene contratos tipo a los que el prestatario (promotor o comprador de la vivienda), no le queda otro remedio que adherirse sin introducir ninguna modificación, dándose por tanto, una manifiesta desigualdad entre las partes, viéndose el prestatario obligado a aceptar dichas condiciones²⁹.

²⁷ STS 26 de marzo de 1999 (RJ 1999\2009).

²⁸ TORRES PEREA, J. M.. *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. CAÑIZARES LASO, A. (Coord.). Madrid 2006. Págs. 233-4.

²⁹ OROZCO PARDO, G.. “Protección de consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: El sistema francés de amortización de créditos hipotecarios”. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. T. II. Thomson. Madrid, 2003. Pág. 2.750.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.. Cláusulas de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario. Resolución de la Dirección General del Registro y Notariado de 2 de Octubre de 2006. *Aranzadi Civil*. Nº. 2, 2007. Págs. 2.373-89.

Las partes de un contrato de préstamo hipotecario pueden pactar las cláusulas que tengan por conveniente en virtud del principio de libertad de contratación del art. 1.255 C.C., con las limitaciones establecidas por la Ley. Dado que los préstamos hipotecarios son contratos de adhesión, hay que diferenciar entre:

a) Condiciones particulares. Son aquellas negociadas individualmente. La nulidad le es predicable por infracción de norma imperativa o prohibitiva, de la moral o del orden público (art. 1.255, 6.3 C. C.).

b) Cláusulas de adhesión particulares. Son cláusulas no negociadas individualmente, distinguiéndose de las condiciones generales en que la primera es predispuesta por el profesional para un solo contrato, mientras que la segunda está predispuesta para una pluralidad de contratos. Si el adherente es consumidor, la cláusula de adhesión particular podrá ser nula de pleno derecho por ir contra una norma imperativa o tener carácter abusivo.

c) Condiciones generales de la contratación. Su concepto está recogido en el art. 1 LCGC y contempla los siguientes requisitos: a) predisposición por parte de un profesional (art. 2.1 LCGC); b) imposición a los clientes para contratar con el profesional; c) deben ser incorporadas a una pluralidad de contratos (STS 5.12.2002); d) contractualidad al formar parte de un contrato. Por tanto, no son condiciones generales de la contratación aquellas en las que ha existido negociación, ni aquellas que reproduzcan normas imperativas, siendo de aplicación obligatoria por los contratantes. Dichas cláusulas están sometidas a la LCGC si el adherente es un profesional, y si es consumidor se somete también al TRLGDCU. Cuando el adherente es un profesional, éstas, serán nulas (art. 8.1 LGCC) por contradecir lo dispuesto en dicha Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que se establezca otro efecto. Cuando el

272.- Esta problemática se presenta no solo ante los compradores de las viviendas, sino también, ante los promotores, que adoptan la posición débil³⁰ en la negociación con la entidad financiera a la hora de acudir a la financiación hipotecaria para financiar el proyecto.

273.- El artículo 1.256 C. C., el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios que regula la protección de los intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, protegen a los consumidores y usuarios de las situaciones de indefensión en que puedan encontrarse.

274.- El promotor no tiene la consideración de consumidor o usuario quedando fuera de la protección del R. D. Legislativo 1/2007 de 16/11. Sin embargo, la

adherente es un consumidor serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, entendidas por tales las definidas en el arts. 82 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Las cláusulas abusivas son cláusulas no negociadas individualmente (condiciones generales o cláusulas de adhesión) en el que el adherente es un consumidor y que en base a los arts. 82 y ss. de la LGDCU reúne los siguientes requisitos: a) mala fe; b) producen un desequilibrio importante de las partes que ha de sufrir el consumidor, bien por disminución de sus derechos, bien por aumento de los derechos del predisponente, bien por ambas cosas (SSAP de Huesca de 8 de marzo de 2003 y de Asturias de 30.9.2005). Los arts. 8 a 10 LCGC establece una legislación concedida por el legislador en beneficio del adherente, sea éste consumidor o no, que impone al juez, el deber de integrar el contrato con arreglo a lo dispuesto en el art. 1258 C. C.. Los arts. 82 y ss. LGDCU regula el mismo supuesto para cuando el adherente es consumidor, si no es consumidor la nulidad le es predicable por infracción de norma imperativa o prohibitiva de la moral o del orden público (art. 1.255, 6.3 C. C. y art. 8.1 LCGC), y si es consumidor las condiciones generales serán nulas, no solo por contravenir norma imperativa, sino también por ser abusiva. La legitimación activa, tratándose de nulidad relativa corresponde al adherente, tratándose de cláusulas abusivas, al consumidor y fiador (art. 1.853 en relación con el art. 1.302 C. C.). Su control es notarial, registral y judicial (art. 84 LGDCU).

³⁰ SAP Madrid de 17.04.89.

Orden de 5 de mayo de 1.994 establece en el artículo 1.3 que los préstamos otorgados a constructores y promotores inmobiliarios en los que se prevea una posterior sustitución por los adquirentes de las viviendas en préstamos que reúnan los requisitos establecidos en el punto 1 de dicho artículo (préstamo hipotecario sobre vivienda, prestatario persona física y de importe igual o inferior a 150.253 euros), les sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 6.2 y 3 sobre índices o tipos de interés de referencia de préstamos a tipos de interés variable, y que las cláusulas que se incluyan en las escrituras sean similares a las cláusulas financieras previstas en su anexo segundo para los contratos de préstamos hipotecarios sujetos a dicha Orden³¹.

3. INTERVINIENTES.

275.- El elemento subjetivo del préstamo hipotecario lo integran los sujetos del préstamo y los de la hipoteca. En el préstamo intervienen el prestamista³² y el prestatario, siendo el primero la persona que presta el dinero, transmitiendo la propiedad a la otra parte, y el segundo, quien lo recibe quedando obligado a devolver otro tanto de la misma especie.

276.- La entidad prestamista normalmente va a ser alguna de las establecidas en el art. 2 de la Ley 2/1981 reguladora del Mercado Hipotecario, constituida de acuerdo a la normativa vigente para actuar según los fines establecidos, teniendo la condición de predisponente por moverse en el terreno de la contratación en general y también en el derecho de consumo³³; mientras que el prestatario es el

³¹ Con excepción de la 1.1 bis y 4, apartado 1.

³² BLANQUER UBEROS, R.. *Op. cit.*. Págs. 208 y ss.

³³ GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F.. *Op. cit.*. Pág. 81.

promotor, que conforme a los artículos 9 y 17 LOE, puede ser cualquier persona física o jurídica, pública o privada, cooperativa, comunidad de propietarios u otras figuras análogas, que tendrá la consideración de adherente al estar dentro del ámbito de la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación, aunque no de la Ley de Consumidores y Usuarios. De ser varios, generalmente se pacta la responsabilidad solidaria (artículo 1.137 C. C.).

277.- El elemento subjetivo de la hipoteca lo constituye el acreedor hipotecario (prestamista), es la persona a favor de quién se constituye el derecho de garantía, siendo el titular del derecho y de la acción hipotecaria; el deudor hipotecario³⁴, quién constituye la hipoteca para seguridad del acreedor, que ha de ser el propietario de la finca hipotecada, de la que debe tener libre disposición³⁵ subjetiva y objetiva, así como, ostentar capacidad jurídica necesaria para realizar dichos actos, en caso de no serlo, ha de estar legalmente autorizado. A lo largo de la vida del préstamo, el propietario del bien hipotecado puede ser un tercer poseedor³⁶, ajeno a la relación básica, distinto del hipotecante constituyente. Cuando el hipotecante es ajeno a la relación obligacional no existe deudor hipotecario³⁷, ya que éste no tiene que ver con la deuda, sino con la responsabilidad³⁸ por incumplimiento del deudor, por lo que no es responsable personal, respondiendo solo con el bien gravado por el derecho de garantía, sin

³⁴ CHICO Y ORTÍZ, J. M^a.. *Op. cit.*. Pág. 1.338.

³⁵ BLANQUER UBEROS, R.. *Op. cit.*. Pág. 209.

³⁶ ROCA SASTRE. *Derecho Hipotecario*. 9^a. edic. Bosch. Barcelona, 2009. Tomo VIII. Pág. 196.

CHICO Y ORTÍZ, J. M^a.. *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Tomo II. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2000. Págs. 1.339 y 1.348. Genera dos tipos de acciones, de una parte, la acción personal que se dirige contra aquel que es deudor personal del crédito y, de otra, la acción real contra los bienes hipotecados, quedando obligado el acreedor, a dirigirse previamente contra los bienes hipotecados y en caso de déficit contra el patrimonio del mismo deudor.

³⁷ YSAS SOLANES, M^a. *Op. cit.*. Pág. 44.
STS (1^a) de 3 de febrero de 2009 (JUR 2009\87266).

³⁸ CHICO ORTIZ, J. M^a.. *Op. cit.*. Pág. 1.348.

gozar de las ventajas establecidas por los artículos 112 y 113 L. H. para el tercer poseedor.

278.- La entidad prestamista puede variar a lo largo de la vida del préstamo hipotecario, bien a través de la cesión de créditos promovida por ésta y regulada en los artículos 1.878 C. C. y 149 L. H., la cual establece que debe constar en escritura pública, inscribirse en el Registro de la Propiedad y darse conocimiento al deudor, o bien, mediante subrogación por iniciativa del deudor en base a la Ley de 2/1994 de 30 de Marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, que le atribuye la potestad de subrogar al acreedor hipotecario por otra entidad financiera, en caso de que éste no preste su colaboración.

279.- Lo normal en la vida del préstamo es que se produzca el cambio de deudor³⁹, dado que la edificación tiene como fin su enajenación. El comprador se subrogará⁴⁰ en la posición del promotor por la vía del artículo 118 L. H. (las cláusulas de la escritura del préstamo lo contemplan así), tanto en la obligación personal como en la garantía hipotecaria, asumiendo el adquirente la posición jurídica del deudor con la consideración de consumidor en la obligación asegurada, con el consentimiento del acreedor, liberándose el deudor primitivo.

280.- Puede aparecer un tercero hipotecario en caso de transmitirse la finca sin asunción de deuda. En este caso, el comprador adquiere el inmueble sujeto al gravamen, aunque permanezca ajeno a la obligación asegurada, respondiendo del incumplimiento de la obligación y disponiendo del derecho de reembolso sobre el deudor, teniendo la condición de adherente ya que el régimen jurídico de consumo afecta al préstamo hipotecario en su integridad⁴¹.

³⁹ Arts. 1.827 C. C. y 12 L. H.

⁴⁰ Es posible también un cambio de deudor de acuerdo con los arts. 1.203.2 y 1.205 C. C.

⁴¹ GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F.. *Op. cit.*. Pág. 86.

281.- El segundo párrafo del artículo 118 L. H., contempla el caso de transmisión de la finca sin asunción de deuda, con descuento o retención por el comprador del importe de la hipoteca en el precio de venta. Si al vencimiento, la hipoteca es satisfecha por el deudor que la vendió, quedará subrogado en el lugar del acreedor hasta que el comprador le reintegre el importe retenido o descontado.

4. ELEMENTOS REALES.

282.- Los elementos reales del préstamo hipotecario son las obligaciones⁴² para cuya seguridad se constituye la garantía, y los bienes⁴³ sobre los que se impone la hipoteca.

Las cláusulas más usuales que contiene la escritura del préstamo hipotecario al promotor referidas a la obligación asegurada y a la hipoteca, son las siguientes:

4.1. LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA.

283.- Bajo la denominación de cláusulas financieras se agrupan un conjunto de cláusulas referidas al préstamo, basadas en la autonomía de la voluntad, que

⁴² Art. 105 L. H.. En general, la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones.

⁴³ Podrán ser hipotecados los bienes inmuebles susceptibles de inscripción (Art. 106 L. H.). Entre ellos se pueden incluir los pisos y locales susceptibles de aprovechamiento independiente y objeto de propiedad separada de un edificio en régimen de propiedad horizontal y las edificaciones y parcelas en las que concurren dichas circunstancias que estén integradas en un complejo inmobiliario privado sujeto a dicho régimen.

vienen a establecer el régimen por el que se regirá la parte dispositiva de éste. Entre ellas se encuentran:

4.1.1. El importe del préstamo.

284.- Esta cláusula fija la cantidad prestada y la conformidad del prestatario respecto de su percepción, así como, la obligación de devolverla junto con los intereses devengados y las comisiones pactadas.

4.1.2. Desembolso.

285.- A la formalización del préstamo, el capital prestado es ingresado en una cuenta especial⁴⁴ en la entidad bancaria prestamista, a nombre del prestatario (con disponibilidad conjunta en caso de que sean más de un titular) pero sin que pueda disponer de dicha cantidad hasta que no se reúnan ciertos requisitos, pactados respecto del aseguramiento de la garantía. Lo que se entrega al prestatario es la posesión del dinero, no la propiedad, ya que no puede disponer del mismo⁴⁵.

286.- El cumplimiento de dichos requisitos está orientado a asegurar la suficiencia de la garantía y su finalidad inversora. Respecto a la primera operan los siguientes: a) la entrega por el prestatario a la entidad prestamista de la primera copia de la escritura inscrita en el Registro de la Propiedad junto con la certificación registral posterior a dicha inscripción en la que conste la libertad de cargas, las limitaciones de dominio y la capacidad de obrar de la parte prestataria; y b) la presentación de la póliza de seguro todo riesgo a la

⁴⁴ Las escrituras de los préstamos hipotecarios contemplan que los derechos del titular de la cuenta especial sobre las cantidades que en ella figuren, no podrán ser transferidos o cedidos a tercero, sin el consentimiento expreso del Banco.

⁴⁵ Durante el periodo en que se mantiene dicho importe en la cuenta especial ésta no devenga ningún interés a favor del prestatario.

construcción y decenal. Respecto de la segunda, se establece la forma de disposición de la cuenta especial y las inspecciones y actuaciones a realizar en la obra, que a juicio de la entidad prestamista, sean convenientes para el cumplimiento de las condiciones pactadas.

287.- Los desembolsos⁴⁶ se realizan por los conceptos de obra ejecutada y ventas realizadas. Los correspondientes a obra ejecutada en base a certificaciones de obra⁴⁷ emitidas mensualmente por la dirección facultativa (visadas por el Colegio Oficial de Arquitectos y ajustadas a los capítulos del presupuesto del proyecto) y a la presentación del certificado de primera ocupación⁴⁸. Los correspondientes a ventas se realizan en dos tramos, el primero a la acreditación de la compraventa mediante los correspondientes contratos privados, en el que se contemple la subrogación en la deuda y responsabilidad de dicha finca; y el segundo, a la presentación de la copia simple de las escrituras de compraventa con subrogación autorizada por la entidad prestamista y la posterior presentación de la escritura de compraventa inscrita en el Registro de la Propiedad. Con dicha entrega, se da por finalizado el periodo de carencia y comienza a contar el tiempo para la amortización del préstamo.

288.- Esta forma de instrumentar la adquisición de la vivienda puede acarrear problemas al comprador que puede verse privado de su utilidad en caso de

⁴⁶ Art. 4, 2º párrafo Ley 2/1981 de 25 de Marzo de regulación del mercado hipotecario. “Las disposiciones de los préstamos cuya hipoteca recaiga sobre inmuebles en construcción o rehabilitación, podrán atenerse a un calendario pactado con la entidad prestamista en función de la ejecución de las obras o la inversión y de la evolución de las ventas o adjudicaciones de las viviendas”.

⁴⁷ La entidad financiera se reserva el derecho de verificar las certificaciones presentadas bien por personal a su cargo o por empresa de tasación debidamente reconocida y registrada en el Banco de España designada de común acuerdo por las partes. RDGRNN de 10 de enero de 2009 (JUR 2009\46040).

⁴⁸ El importe de los desembolsos generalmente abarcan entre un 65% y un 70% del capital prestado en concepto de obra ejecutada y el resto en concepto de ventas.

actuaciones fraudulentas del promotor, ya que el título privado de adquisición no goza de la fe pública registral⁴⁹. A mi juicio, sería más conveniente la utilización de otros negocios jurídicos que permitan la fe pública registral, como sucede con la opción de compra, en la que las partes pueden establecer los pactos que estimen oportunos, tanto respecto a la concesión de la opción, como respecto del contrato de compraventa.

289.- En la opción de compra, el concedente se obliga a no disponer del bien ofrecido y a no transmitir la propiedad a un tercero, ya que en ella se presta el consentimiento a la compraventa. Este contrato, puede tener como elemento accesorio convenido por las partes la entrega de una prima como contraprestación por la concesión del derecho de opción, prima que puede pactarse con entregas periódicas que se descontarán del precio de la compraventa cuando se ejercite, de tal manera, que el optante solo deberá pagar la diferencia.

290.- El artículo 14 R. H. permite la inscripción en el Registro a la opción de compra que reúna los requisitos necesarios, como son, convenio expreso de las partes, precio de la compraventa, precio o prima de la opción si lo hubiera y plazo para su ejercicio que no supere los cuatro años. La inscripción de la opción de compra no supone el cierre del Registro, por lo que con posterioridad se podrán inscribir gravámenes.

291.- Una vez inscrita la opción, ésta tiene eficacia erga omnes y goza de la oponibilidad de prioridad de legitimación y de la fe pública registral, por lo que si la finca es transmitida a un tercero, éste tendrá que soportar la opción de compra, ya que su inscripción impide la existencia de un tercero hipotecario (buena fe y adquisición a título oneroso). Por el contrario, en el supuesto de que el concedente de la opción transmita la propiedad de la finca, enajenándola a un tercero, sin que el optante haya inscrito su derecho, dicha opción es inoponible al

⁴⁹ STS de 7 de febrero de 2008 (RJ 2008\2814).

tercero, aunque podrá solicitar indemnización y responsabilidad penal frente al concedente.

292.- Cuando en el ejercicio de la opción de compra el concedente incumple con la entrega de la finca, el optante, puede demandar el cumplimiento forzoso de la compraventa. En caso de pérdida de la cosa durante el plazo de ejercicio de la opción, por caso fortuito o fuerza mayor, dicha pérdida la soporta el concedente al no haberse perfeccionado la compraventa, pudiendo el optante solicitar la prima entregada. Si interviene culpa del concedente, además de devolver la prima, tendrá que indemnizar los daños y perjuicios causados.

293.- La escritura del préstamo hipotecario, suele conceder al acreedor la facultad de resolver el préstamo si el deudor no llega a disponer de cantidad alguna en cierto plazo o si deja transcurrir un tiempo determinado entre las sucesivas disposiciones. En caso de que por cualquier causa no se produzca el desembolso total del préstamo durante el periodo de carencia, como pueda ser por no producirse la venta, transcurrido dicho periodo, la prestataria puede disponer del saldo pendiente de la cuenta especial para la reducción del capital del préstamo concedido, adecuándose las cuotas de amortización al nuevo capital a amortizar.

294.- Todos los traspasos de la cuenta especial tienen por destino la cuenta que el prestatario mantiene con la entidad bancaria. La canalización de los flujos financieros de la financiación hipotecaria a través del promotor puede generar problemas al resto de los participantes cuando los fondos son destinados a otros fines distintos al pago de los créditos. A mi juicio, esta forma de actuar debe evitarse estableciéndose el correspondiente pacto en la escritura de constitución del préstamo hipotecario, mediante el cual, los desembolsos que se realicen previamente a la certificación final de obra, tengan por destino las cuentas de otros agentes en concepto de pago de su contribución a la ejecución del

proyecto⁵⁰. Dicho pacto, tendrá efectos meramente obligacionales al no tener acceso al Registro, siendo por tanto, un pacto privado sin efectos ante terceros.

295.- La Ley 57/68 contempla el empleo de los anticipos de los compradores, estableciendo como requisito necesario que el destino de éstos sea sufragar gastos de la ejecución de la obra. Considero que debería seguirse este mismo criterio con los desembolsos del préstamo hipotecario de la promoción, evitando que sea el promotor quién disponga libremente de dichos fondos, procurando en la medida de lo posible que lleguen directamente a los agentes que han contribuido a la realización del proyecto, lo que incrementaría las garantías de éstos, especialmente de los subcontratistas, por los efectos conservativos de la acción directa frente al promotor.

296.- Para ello se requiere que la entidad financiera tenga conocimiento de los contratos existentes entre el promotor y el resto de agentes, así como de la conformidad de su cumplimiento por el promotor, de tal manera que una vez emitida la correspondiente certificación de obra, el banco proceda a transferir los fondos a las cuentas de éstos, y el saldo excedente se abone a la cuenta personal del promotor a la presentación del certificado final de obra.

297.- El problema que se puede presentar son las diferencias que surjan en cuanto a la apreciación por el promotor del grado de cumplimiento de las obligaciones asumidas por los agentes en las prestaciones realizadas, cuestión que puede desembocar en litigios que demoren los desembolsos, ya que la no disposición total de la cantidad prestada durante el periodo de carencia, conllevaría a que el saldo resultante al final de dicho periodo se aplique a la amortización del capital del préstamo. Esto puede provocar problemas si una vez resuelto el litigio, no existen fondos suficientes para que el promotor pueda cumplir con dichos agentes al haberse aplicado el capital no dispuesto a la amortización del préstamo.

⁵⁰ STS de 26 de junio de 2008 (RJ 2008/4271).

298.- Ante esta situación se hace necesario que los fondos se mantengan disponibles en espera de que se resuelva el conflicto. La solución pasa porque una vez los compradores se han subrogado en el préstamo hipotecario, se mantenga la disponibilidad de dichos fondos, cosa que por otro lado opera en beneficio de la entidad financiera, que puede disponer de ellos para su actividad, lucrándose mientras los compradores pagan los intereses de dicho capital a través de la subrogación, una vez, que ha transcurrido el periodo de carencia.

4.1.3. Plazo.

299.- El plazo máximo de la devolución del préstamo queda fijado en la escritura de constitución. Comienza a contar desde el momento del otorgamiento y consta de dos periodos: a) el periodo de carencia, en el que la parte prestataria abonará a la entidad financiera los intereses pactados sobre el capital de cada finca minorado en el importe que en cada momento presente la cuenta especial, este periodo de carencia tiene previsto su conclusión anticipada por la subrogación del adquirente, y; b) el periodo de amortización, que generalmente comienza en la fecha de subrogación y durante el cual, la parte prestataria procederá a la amortización del préstamo mediante el pago de cuotas periódicas de capital e intereses, teniendo la facultad de reembolso anticipado total o parcial.

4.1.4. Intereses.

4.1.4.1. Intereses remuneratorios u ordinarios.

300.- Los intereses⁵¹ remuneratorios tratan de compensar al prestamista por verse privado de la disponibilidad de su dinero⁵² y por tanto de la supuesta productividad que éste genera⁵³. Éstos pueden ser fijos o variables⁵⁴, tanto en el periodo de carencia como de amortización.

301.- El tipo de interés fijo se mantendrá constante durante la vida de la operación, independientemente de las variaciones que sufra el precio del dinero, mientras que en el variable, fluctuará en función de dichas variaciones. El tipo de interés variable se actualizará periódicamente, tanto al alza como a la baja, en base a índices de referencia que han de ser objetivos⁵⁵. Las modificaciones se harán por periodos vencidos, a partir, de la fecha del otorgamiento de la escritura que generalmente serán anuales o semestrales⁵⁶, añadiéndole un margen diferencial porcentual fijado en la escritura. Corresponde al primer periodo de

⁵¹ Por interés debe entenderse la retribución pecuniaria del capital prestado por el tiempo que media entre su obtención y su retribución, obteniéndose al aplicar a dicho capital durante el tiempo que dure el préstamo una tasa de interés unitaria o porcentual que puede ser fija o variable a lo largo de la vida del préstamo.

⁵² Se diferencian de los intereses compensatorios en que éstos tratan de compensar al vendedor que entrega la cosa y no ha recibido el precio, de los frutos que produce la cosa al comprador (art. 1.501. C. C.).

⁵³ OROZCO PARDO, G.. *Op. cit.*. Págs. 2.751-5.

⁵⁴ Orden 5/5/94, Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Anexo II, 3ª.

⁵⁵ ÁVILA NAVARRO, P.. *Op. cit.*. Págs. 110-1.

⁵⁶ Generalmente se pacta en la escritura la exención de efectuar la comunicación a la parte prestataria del nuevo tipo de interés cuando el referencial fijado para su revisión es uno de los recomendados por el Banco de España, aplicándose la variación de forma automática, pudiendo esta última proceder a la cancelación al tipo de interés anterior a la variación, en un plazo, generalmente de quince días desde la aplicación del nuevo tipo.

amortización, el tipo de interés fijado en la escritura con una duración máxima de un año, y al resto de plazos el tipo de interés actualizado correspondiente a cada periodo. Esta modalidad de intereses generalmente establece unas limitaciones en cuanto a su variabilidad, fijando unos topes tanto máximos como mínimos.

302.- El cálculo del interés⁵⁷ se realiza aplicando el tipo de interés anual al capital pendiente de pago teórico⁵⁸ en el momento del devengo. En el periodo de carencia, dicho cálculo se hará sobre el capital dispuesto de la cuenta especial. Los intereses devengados por el crédito están sujetos a las limitaciones tanto de la Ley de Usura, como del TRLGDCU, así como de la normativa específica existente al respecto, emanada principalmente del Ministerio de Economía y Hacienda.

La periodicidad del devengo de intereses es la pactada en la escritura, pudiendo ser diferentes en los periodos de carencia y de amortización. En este último, la periodicidad generalmente es mensual.

4.1.4.2. Intereses moratorios.

303.- Hay que diferenciar los intereses moratorios convencionales de los legales. Los primeros (artículo 1.108 C. C.) son aquellos devengados por los

⁵⁷ La norma sexta de la circular 8/90 del Banco de España, en su punto décimo establece la obligación de las entidades financieras de hacer constar la tasa anual equivalente resultante calculada conforme a la norma octava de dicha circular, en las condiciones pactadas y bajo la hipótesis de cumplimiento. Dicha tasa resulta de igualar el importe efectivo recibido por el prestatario con la suma de los valores actuales de todos los reembolsos periódicos pactados a efectuar por el prestatario en concepto de capital, intereses y demás gastos.

ALVAREZ OLAYA, P.. *Op. cit.*. Págs. 133-4. La función fundamental de la tasa anual equivalente consiste en informar al cliente o consumidor del coste efectivo del crédito que va a solicitar, expresado en porcentaje, para así comparar diversas ofertas y optar por la más adecuada, por tanto, la ejecución no puede despacharse por los intereses calculados en virtud de la tasa anual equivalente (Resolución de 23 de Febrero de 1996 (RJ 1996, 1032)).

⁵⁸ Se entiende por "capital pendiente de pago teórico" el previsto inicialmente en el planteamiento de la operación para cada momento de su vigencia, en el supuesto de que se hayan satisfecho puntualmente los vencimientos que hayan transcurrido.

pagos no efectuados en su fecha de vencimiento, sean de capital o de intereses. ORDÁS ALONSO⁵⁹ los define como aquellos intereses *que tienen por finalidad la indemnización o el resarcimiento del daño causado al acreedor por el retraso en el cumplimiento de una obligación pecuniaria*. ÁVILA NAVARRO⁶⁰, advierte de su denominación errónea, por no suponer retribución al goce del capital, ya que no derivan directamente del contrato, sino de la conducta ulterior del prestatario no consentida por el prestamista, tratándose de una cláusula penal a la que le son de aplicación los artículos 1.152 y ss. C. C., especialmente el artículo 1.154, en cuanto a la modificación equitativa de la pena⁶¹. ORDAS ALONSO⁶² sostiene que más que indemnizar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual, resarce al acreedor por el cumplimiento tardío de su obligación pecuniaria. Coincido con RUÍZ-RICO⁶³, quién sostiene, que los intereses moratorios participan de una doble naturaleza, la remuneratoria y la punitiva.

304.- Las escrituras incluyen el pacto de mora automática ante el impago, computándose el tiempo para el cálculo de los intereses en la forma establecida para los intereses ordinarios (artículos 1.100.2 C. C. y 316 C. Co.). El momento del devengo de los intereses moratorios es disponible por las partes, sin ser anterior a la fecha de vencimiento de la deuda. Las escrituras de los préstamos hipotecarios concretan dicho momento en la fecha de vencimiento de los pagos no efectuados.

⁵⁹ ORDAS ALONSO, M.. *Op. cit.*. Thomson. Cizur Menor (Navarra), 2004. Pág. 26.

⁶⁰ *Op. cit.*. Págs. 119-120.

⁶¹ ORDAS ALONSO. M.. *Op. cit.*. Pág. 32. Considera que las cláusulas penales moratorias no podrán ser moderadas, ya que de producirse el retraso, tendría lugar el incumplimiento de modo total, siendo ésta la postura generalizada de la doctrina.

⁶² *Op. cit.*. Pág. 17.

⁶³ “Comentario a la STS de 12 de marzo de 1991”. *CCJC*. Enero-Marzo, 1991, Nº. 25. Pág. 331.

305.- El tipo de interés establecido generalmente se fija mediante el incremento de un número de puntos al tipo de interés ordinario, estableciéndose para el caso de intereses variables, un tope máximo del que no puede exceder. Dicho interés, se estipula sobre el total de la cuota impagada, que comprende la fracción de capital que debía haberse amortizado y los propios intereses vencidos y no pagados.

4.1.5. Comisiones, costas y gastos.

306.- El préstamo hipotecario conlleva una serie de comisiones devengadas en diferentes momentos de su vida por servicios prestados por la entidad acreedora, La fijación de las mismas es libre por parte de las entidades crediticias⁶⁴. A la formalización, nos encontramos con la comisión de estudio de la operación, en la constitución, con la comisión de apertura, y durante la vida del préstamo, con las comisiones por comprobación técnica de certificaciones de obra ejecutada, por amortización de reembolso anticipada (tanto parcial como total), por subrogación en la posición acreedora según la Ley 2/1994 de 30 de marzo, por subrogación en la posición del titular del préstamo (tanto por parte del primer adquirente como por posteriores adquirentes), por modificación o novación de las condiciones financieras pactadas y por recibos impagados.

307.- Las costas constituyen una prestación accesoria generada por la ejecución de la obligación principal garantizada⁶⁵. Están integradas por las costas judiciales, y los honorarios de los letrados y del procurador de la parte ejecutante.

⁶⁴ Orden de 12 de diciembre de 1989, del Ministerio de Economía y Hacienda. Tipos de interés y Comisiones, Normas de Actuación, Información a Clientes y Publicidad de las Entidades de Crédito. “Quinto. Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente”.

Norma 3ª.1 Circular 8/1990, de 7 de Septiembre del Banco de España, Entidades de Crédito, Transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

⁶⁵ ROCA SASTRE, R. Mª., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.. *Derecho Hipotecario*. T. IX. Bosch. Barcelona. 9ª edic. 2009. Págs. 211-217.

308.- Respecto a los gastos, nos encontramos con los originados por la tasación del inmueble, los aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca, los impuestos de todo tipo que gravan la operación, los de conservación del inmueble, los seguros de daños del inmueble, el seguro de vida del prestatario, y los gastos judiciales o extrajudiciales necesarios para su reclamación en caso de incumplimiento.

4.1.6. Amortización.

309.- La devolución del préstamo puede pactarse de diferentes maneras⁶⁶. Nos podemos encontrar: a) con un único vencimiento de restitución; b) con una pluralidad de vencimientos⁶⁷ de restitución parcial, configurado cada uno de ellos como una obligación autónoma en la que el incumplimiento de uno de los vencimientos no afecta a los restantes; y c) como pagos parciales de una obligación total, cuya unidad no se fracciona, y cuyo incumplimiento desencadena la pérdida total del resto del plazo con la exigibilidad del capital pendiente de amortización. La elección de uno u otro sistema tiene su fundamento en el juego de la autonomía de la voluntad. (artículo 1.255 C. C.). En la práctica el sistema elegido es el último, ya que la exigencia del importe impagado separado del resto de la deuda (artículos 693.1 LEC y 118 L. H.) no se ajusta a los principios de la práctica financiera.

310.- Hoy en día, el sistema más extendido es el de amortización gradual, mediante el cual se realizan pagos periódicos a lo largo del plazo de amortización del préstamo, que comprenden tanto intereses como capital, siendo las cuotas

⁶⁶ BLANQUER UBEROS, R.. *Op. cit.* Págs. 199 y ss.

⁶⁷ Amortización de capital constante, amortización a cuota constante, amortización a cuota creciente.

periódicas constantes⁶⁸, salvo que se produzca variabilidad en el tipo de interés por haber elegido la modalidad de interés variable⁶⁹. Durante el periodo de carencia del préstamo, los pagos únicamente serán en concepto de intereses.

4.1.7. Vencimiento anticipado.

311.- Las escrituras de préstamo hipotecario contienen el pacto de vencimiento anticipado para cuando se produzca alguna de las circunstancias a las que se les han atribuido dicha consecuencia, o se incumplan algunas de las obligaciones asumidas⁷⁰, reservándose la entidad financiera el derecho a darlo por vencido,

⁶⁸ OROZCO PARDO, G.. *Op. cit...* Págs. 2.762-3. Considera el autor que el sistema francés de amortización de créditos se mueve en la frontera de la licitud (cláusula abusiva) al no cumplir con los requisitos legales de inclusión y ser fuente de enriquecimiento injusto a favor de los predisponentes.

⁶⁹ Para el cálculo de la cuota de amortización se utilizará la siguiente fórmula:

$$\text{CUOTA} = \frac{\text{Nominal} * i(1+i)^n}{(1+i)^n - 1}$$

donde: n = número de meses

Tipo de interés nominal * número de días del año natural

$$i = \frac{\text{Tipo de interés nominal} * \text{número de días del año natural}}{360 * 100 * \text{número de pagos al año}}$$

⁷⁰ Los arts. 1.127 y 1.129 C. C., 219,2 R. H. y 693.2 LEC., hacen referencia a las deudas sometidas a plazo y a su exigibilidad antes del transcurso de éste.

El pacto de las cláusulas de vencimiento anticipado (escritura hipoteca Caja Granada) suele ser del tipo de la siguiente:

“No obstante los plazos fijados de amortización se considerarán vencidos, y obligada la parte prestataria a satisfacer inmediatamente las cantidades adeudadas al Banco, si se produce cualquiera de las circunstancias siguientes:

- 1º) La demora en el pago de cualquiera de los plazos de amortización de capital y/o de los intereses, así como el impago de las comisiones establecidas.
- 2ª) Si, por el incendio o deterioro por cualquier causa de la/s finca/s hipotecada/s, disminuyera en una cuarta parte o más el valor de la garantía hipotecaria determinada por la inicial peritación y si tal disminución, con relación a dicha tasación inicial, resultare de nueva valoración practicada de conformidad con la normativa del mercado hipotecario, y la parte deudora no aumentase inmediatamente la garantía, a satisfacción del Banco, como mínimo en el importe de la depreciación que dicha tasación señale.
- 3ª) El impago de las primas del seguro todo riesgo a la construcción y decenal y de los seguros contra daños a todo riesgo por cada una de las unidades registrales resultantes de la división horizontal, que habrá de concertar la prestataria y/o adquirentes subrogados en los

exigiendo la devolución del capital prestado junto con los intereses y gastos correspondientes, pudiendo ejecutar la hipoteca en caso de no efectuarse la devolución.

312.- La cláusula de vencimiento anticipado no es una condición resolutoria de derecho pero si lo es de hecho⁷¹ por la dificultad que supone al consumidor hacer frente al pago anticipado del préstamo. Para RIVERA FERNÁNDEZ⁷² con la cláusula de vencimiento anticipado, la hipoteca garantiza una obligación sometida a condición resolutoria, por lo que acreditado el acaecimiento del pacto

términos y condiciones establecidos en la estipulación segunda de esta escritura, así como el impago de las contribuciones e impuestos que graven la/s finca/s y en particular, el Impuesto de Bienes Inmuebles.

- 4ª) El impago por el adquirente subrogado de las primas del seguro de amortización del préstamo para caso de fallecimiento o invalidez absoluta que, en caso de que sea exigido por el Banco al momento de la subrogación, habrá de contratarse en los términos establecidos en la referida estipulación segunda.
- 5ª) La variación del uso y aprovechamiento de lo hipotecado así como el arrendamiento por plazo superior al mínimo legal o por una renta anual que, capitalizada al seis por ciento, no cubra la responsabilidad total asegurada, mientras se halle vigente el préstamo, sin previo consentimiento de la entidad acreedora.
- 6ª) Por el transcurso de tres meses sin haber hecho entrega al Banco de la primera copia de escritura de hipoteca inscrita en el Registro de la Propiedad y póliza de seguro; o de seis meses sin que se haya dispuesto de cantidad alguna de la cuenta especial, contados ambos plazos a partir del otorgamiento de la escritura de hipoteca.
- 7ª) En el caso de que tanto al Promotor como al comprador que hubiera optado por la modalidad de subrogación a interés variable no le conviniera el interés aplicable a cualquiera de los períodos anuales, si no cancelara el préstamo en el plazo de quince días a contar desde la fecha teórica de aplicación del nuevo tipo rechazado.
- 8ª) El impago a la comunidad de propietarios de las cuotas correspondientes a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización, dado que dichos créditos gozan de la preferencia que les reconoce el art. 9 de la Ley 49/1960, de 21 de julio de 1960 de Propiedad Horizontal
- 9ª) Destinar la cantidad objeto del préstamo para fines distintos a los expresados en la solicitud de esta operación o apartándose de la memoria, presupuesto o proyecto presentados”.

⁷¹ TORRES PEREA, J. Mª.. “Cláusulas abusivas en la contratación de préstamo con garantía hipotecaria para la financiación de compra de vivienda”. *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. (Coord. Ana Cañizares Laso). Tecnos. Madrid 2006. Págs. 233 y ss..

⁷² *Op. cit.*. Pág. 397.

resolutorio, debe activarse la eficacia de la hipoteca a través del proceso de ejecución común de la LEC. Tratándose de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de alguno de los plazos, se hará mediante el procedimiento hipotecario especial (artículo 693.2 LEC).

313.- La eficacia del pacto de vencimiento anticipado depende de la naturaleza de las obligaciones asumidas y de las circunstancias que contemple. En principio, es válido conforme al artículo 1.255 C. C., pudiendo adoptar la forma de cláusula particular, cláusula de adhesión particular o condición general. Si la cláusula es una condición particular las causas de nulidad son las establecidas en el C. C. (artículo 1.129). En el caso de una de cláusula de adhesión particular para un consumidor se regirá por el TRLGDCU y el C. C.. Cuando es una condición general de la contratación y el adherente es un profesional será nula de pleno derecho cuando contradiga cualquier norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ella se establezca un efecto distinto (artículo 8.1 LCGC, 1.255 y 6.3 C. C.). Tratándose de un adherente consumidor, será nula cuando no cumpla los requisitos del artículo 80 del TRLGDCU⁷³ o se considere abusiva conforme al artículo 82 y siguientes. Son legitimados pasivos el prestatario y el avalista⁷⁴.

314.- Los intervinientes en el préstamo hipotecario al promotor en principio son profesionales, ya que los contratantes originarios son la entidad crediticia y el promotor, y por tanto, a las cláusulas predispuestas se les aplicará la LCGC⁷⁵. Con

⁷³ Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

⁷⁴ Diversas sentencias admiten la apreciación de oficio por parte de los tribunales sobre todo desde la STJCE 27.6.2000 (TJCE 2000\144).

⁷⁵ ANDREU MARTÍ, M^a. M.. *La protección del cliente bancario*”. Tecnos. Madrid, 1998. Pág. 46. Para el autor la discusión sobre si los pequeños y medianos empresarios deberían equipararse a los consumidores por ser parte débil de la contratación frente a las grandes empresas bancarias, la LCGC ha establecido una graduación en el sistema de protección en función de que el adherente actúe como consumidor o no. Si actúa como tal, los contratos con

posterioridad, mediante la subrogación las partes contratantes pasan a ser la entidad crediticia y el comprador siendo su régimen la LCGC y el TRLGDCU.

315.- La STS 27.3.99⁷⁶ declaró no válidas las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, por considerarlas nulas al contradecir los artículos. 127, 135 L. H. y 1.125, 1.129 C. C., quedando cerrado para ellas el Registro de la Propiedad. Sin embargo, gran parte de la doctrina⁷⁷ las considera válidas en base a los artículos 1.255 y 1.127 C. C.. El art. 11 de la Ley 41/2007, modificó el artículo 12 de la L. H. admitiéndolas.

316.- Dentro de su validez, los pactos de vencimiento anticipado pueden ser, o no inscribibles⁷⁸. En caso de serlo, hay que ver cuales son los criterios⁷⁹ tanto registrales como doctrinales que justifica dicha inscripción⁸⁰.

condiciones generales deberán cumplir los requisitos del control de inclusión y de contenido, y cuando no lo sea, la LCGC solo impone el cumplimiento del control de inclusión.

TORRES PEREA, J. M. (Coord. CAÑIZARES LASO, A.) *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. Tecnos. Madrid 2006. Págs. 235-6.

⁷⁶ RJ 1999\2371.

⁷⁷ RIVERA FERNÁNDEZ, M. "Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios. (Comentario a la STS de 27 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2371). *Revista de Derecho Patrimonial*. Nº. 4/2000. Págs. 433-444.

⁷⁸ GARCÍA GARCÍA, J. M.. "No inscribibilidad de determinadas cláusulas de las escrituras de hipoteca en garantía de créditos o préstamos". *La Ley* 1989-IV. Págs. 1.120-35. Considera el carácter meramente personal u obligacional de dichos pactos, lo cual impide totalmente su inscripción en el Registro, pues la eficacia de los mismos es inter partes, y en ningún caso puede afectar a terceros.

RIVERA FERNÁNDEZ, M.. "Préstamo hipotecario y cláusula de vencimiento anticipado". *BCNR*. Nº 64. 2000, Octubre. Págs. 1.950-68.

⁷⁹ PRADA, J. M^a. "Inscribibilidad de las cláusulas de los créditos hipotecarios" *Diario La Ley*. T. II, 1989. Págs. 1.122-3.

⁸⁰ RRDGRRNN 2.10.06 (RJ 2006\8196), 3.9.05 (RJ 2005\6928), y 2.9.05 (RJ 2005\6940).

GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M^a. "Validez e inscribibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en el préstamo hipotecario". *RCDI*. 2006, Marzo-Abril. Nº. 694. Pág. 738. Postura moderada defendida por la autora y por Ávila Navarro en la que considera "que los pactos de vencimiento anticipado, si son válidos, pueden formar parte, desde

317.- En la doctrina existen dos sectores diferenciados⁸¹, un sector que considera que todo pacto válido de vencimiento anticipado debe tener acceso al Registro⁸², por el carácter accesorio de la hipoteca y por su repercusión en ella, ya que será susceptible de ser ejecutada desde ese momento; y otro, al que me adhiero, que considera insuficiente la validez del pacto para su inscripción⁸³, por el enorme confucionismo que podría generar en la causa del préstamo hipotecario.

318.- La DGRN solo considera inscribibles las cláusulas que tienen trascendencia real, rechazando las obligacionales. Entre las cláusulas inscribibles nos encontramos con las siguientes⁸⁴: a) incumplimiento de las obligaciones principales; b) deterioro o merma del valor de la finca; c) impago de los gastos de conservación de la finca, inscribible solo cuando dichos gastos de conservación son por ley preferentes a la hipoteca; d) aplicación del dinero prestado a un fin

luego de la obligación garantizada, que aunque no forman parte del derecho de hipoteca, pues a priori tienen naturaleza personal, si de alguna forma pueden afectar a terceros y en consecuencia les deban ser oponibles, deben acceder al registro de la propiedad. Pues solo así lo van a conseguir, teniendo en cuenta que, solo entonces y ahora si, serían contenido del derecho real de hipoteca y, en teoría sujetos a su régimen típico en cuanto a la realización y ejecución, acciones, periodicidad, etc...”.

⁸¹ RIVERA FERNÁNDEZ, M.. *Op. cit.*. Pág. 397.

⁸² DE PRADA, J. M.. *Op. cit.*”. *La Ley*, 1989-II. Págs. 1.115-29.

⁸³ GARCIA GARCÍA, J. M..”No inscribibilidad de determinadas cláusulas de las escrituras de hipoteca en garantía de créditos o préstamos”. *La Ley* 1989, IV. Págs. 1.120-35.

⁸⁴ YSAS SOLANES, M^a.. *Op. cit.*. Págs. 129-175.

GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M^a. *Op. cit.*. Págs. 97-108.

RIVERA FERNÁNDEZ, M.. *Op. cit.* Págs. 433-444.

CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, R.. *Las cláusulas de la hipoteca*. Fundación Beneficencia et Peritia Iuris. Madrid, 2006. Págs. 132-153.

GARCÍA GARCÍA, J. M.. “No inscribibilidad de determinadas cláusulas de las escritura de hipoteca en garantía de créditos o préstamos”. *La Ley*. 1989/4. Págs. 1.135-9 y “Un problema de hipoteca: unas cláusulas de vencimiento anticipado y de interés variable no inscribibles”, *RCDI*, 1987, Sept/Oct, N^o. 582, Págs. 1.463-1.546.

ÁVILA NAVARRO, P.. *Op. cit.*. Pág. 2.158.

CUELLAR MARÍN, J., “La hipoteca ordinaria: acceso registral de sus cláusulas”, *Boletín Colegio de Registradores*. 1999. N^o. 46, 2^a. época, Págs. 689-707.

RRDGRN de 3.9.05 (RJ 2005\6928), 3.4.00 (RJ 2000\22741) y 14.3.00 (RJ 2000\1104).

distinto del establecido, inscribible solo en el caso en que se pacte la inversión del dinero en la construcción de la finca, ya que de no llevarlo a cabo supone un deterioro de la garantía; e) impago de las primas del seguro contra incendios por tratarse de un crédito preferente según los artículos. 195-6 L. H. y 1.923.2 C. C.; f) existencia de cargas no reflejadas en la escritura o de derechos preferentes a la hipoteca constituida; g) impago de contribuciones, impuestos y arbitrios, que afecten al préstamo o finca hipotecante; y h) arrendamientos de la finca posteriores a la hipoteca que no queden sujetos al principio de purga.

319.- Entre las cláusulas válidas pero con eficacia personal nos encontramos con: a) la no constitución de la garantía⁸⁵; b) el impago por el deudor de los gastos derivados de la constitución de la hipoteca; c) no enajenar la finca; d) la expropiación forzosa, en la que la protección del derecho del acreedor hipotecario está garantizada ya que solo se produce un cambio cualitativo en la garantía, sin desproteger al acreedor; e) alteraciones económicas generales surgidas durante la vida del préstamo hipotecario que alteren el equilibrio entre las prestaciones, como pueden ser variaciones en el precio del dinero o en la actividad económica, etc; f) no subrogación del comprador en la deuda del préstamo; g) autorización del banco para cargar gastos en cualquier cuenta del deudor; h) inexactitud de los datos o documentos aportados; i) existencia de cualquier gravamen, enajenación, embargo, anotación o administración judicial no preferente a la firma de la hipoteca; y j) incumplimiento de cualquiera de las obligaciones consignadas en la escritura de hipoteca.

⁸⁵ YSAS SOLANES, M^a.. *Op. cit.*. Págs. 129-175.

GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M^a. *Op. cit.*. Págs. 97-108.

RIVERA FERNÁNDEZ, M.. *Op. cit.* Págs. 433-444.

CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, R.. *Op. cit.*. Págs. 132-153.

GARCÍA GARCÍA, J. M.. *Op. Cit.*. Págs. 1.135-9.

RRDGRNN 15.7.98 (1998\5969), 3.9.05 (RJ 2005\6928), 2.9.05 (RJ 2005\6940), 5.6.87 (RJ 1987\4835) y 3.4.00 (RJ 2000\2741).

320.- Si se da la causa del vencimiento anticipado, la deuda debe considerarse vencida y exigible, incurriendo en mora y comenzando a contar el plazo para la prescripción⁸⁶ desde ese mismo día. Cuando la cláusula de vencimiento anticipado inscrita se corresponde con la falta de pago de alguno de los plazos⁸⁷, el prestamista podrá reclamar la totalidad del crédito por capital e intereses, mediante el procedimiento hipotecario especial del artículo 693.2 LEC o por cualquiera de los otros procedimientos, ordinarios y extrajudicial, lo que supone, la admisión legal de la cláusula de vencimiento anticipado de la totalidad de la deuda por falta de pago de alguno de los plazos,

321.- Respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado inscritas, basadas en otras causas, la LEC no dice nada, por lo que generalmente se reclamarán en demanda ejecutiva ordinaria⁸⁸.

322.- Los pactos de vencimiento anticipado, válidos pero no inscribibles, solo tienen eficacia ínter partes, no pudiendo afectar a terceros, pero tienen repercusiones a efecto del procedimiento a iniciar para la reclamación de la deuda⁸⁹, ya que en este caso, el acreedor solo puede reclamar la deuda a través del juicio declarativo o mediante el proceso ejecutivo ordinario, pero no cabe la ejecución de la hipoteca a través del procedimiento ante notario, ni ejecutivo especial.

⁸⁶ MELLADO RODRIGUEZ, M. “Las cláusulas de vencimiento anticipado”. *Contratos bancarios y parabancarios*. (Dir. Nieto Carol). Lex Nova. Valladolid 1998. Pág. 244.

⁸⁷ STS de 12 de Diciembre de 2008 (RJ 2009\152).

Las escrituras de préstamo hipotecario contienen una cláusula por la que producido el vencimiento anticipado del préstamo por cualquier causa, se faculta desde ese momento al banco para reclamar el total o la parte pendiente en concepto de capital, intereses, gastos y costas, ejercitando a su plena elección la acción declarativa, la acción ejecutiva ordinaria o la acción especial hipotecaria del art. 681 y ss. LEC.

⁸⁸ GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M^a. *Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario*. Fundación Registral. Madrid, 2006. Págs. 120-123.

⁸⁹ BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.. *Op. cit.*. Págs. 2.373-89.

4.2. LA GARANTÍA HIPOTECARIA.

323.- El deudor puede vincular mediante hipoteca determinados bienes para garantizar su responsabilidad⁹⁰ (artículo 1.011 C. C.), sujetándolos de forma inmediata al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida, con independencia de quién sea su poseedor (artículos 1.876 C. C. y 104 L. H). Generalmente solo garantiza determinadas obligaciones de las que integran el contrato de préstamo y su efectividad se produce mediante la publicidad registral y su realización de valor.

4.2.1. Bienes sujetos a hipoteca.

324.- Entre los bienes que pueden hipotecarse (artículos 106 y 107 L. H.) se encuentran los solares, edificaciones en propiedad (individual o en comunidad), y los pisos y locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal debidamente inscritos conforme al artículo 8 L. H.. También se pueden volver a hipotecar los bienes anteriormente hipotecados (artículo 107.3º L. H.), aunque lo estén con pacto de no volverse a hipotecar.

325.- En caso de hipotecar varias fincas a la vez para un solo crédito, es necesario señalar la distribución de la responsabilidad de cada una de ellas (artículos 119 L. H y 216 R. H.) y su valor en subasta (artículo 246 L. H.), conforme al principio de especialidad o determinación⁹¹.

326.- Si la finca está en régimen de comunidad pro indiviso, los interesados pueden acordar la distribución de la responsabilidad conforme al artículo 216 R. H., en el mismo título inscribible o en otro documento público, o acordar, la

⁹⁰ La responsabilidad universal puede quedar excluida ante la hipoteca limitada del art. 140 L. H..

⁹¹ SSTs de 25 de noviembre de 2008 (RJ 2009\145) y 2 de Diciembre de 2008 (JUR 2009\2365).

constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos, sin que sea necesaria la previa distribución, conforme al artículo 217 R. H..

327.- El artículo 218 R. H.⁹² contempla la hipoteca de los diferentes pisos o locales de una casa que pertenece a distintos propietarios conforme a lo establecido en el artículo 396. C. C., pudiendo hipotecarse la finca sin ser necesaria la previa distribución entre los pisos. Se trataría de una hipoteca unitaria⁹³ en la que el acreedor hipotecario solo podrá hacer efectivo su derecho dirigiéndose contra la totalidad del edificio. La inscripción de la hipoteca tendrá lugar en función de la situación registral de las fincas⁹⁴. Cuando el objeto hipotecado no está constituido en régimen de propiedad horizontal⁹⁵ (artículo 8 LPH), la hipoteca comprenderá todos los elementos del edificio y anejos inseparables, constituyéndose sobre la edificación en su conjunto (terminada o en construcción) de forma unitaria⁹⁶.

328.- Cuando el objeto hipotecado está bajo el régimen de propiedad horizontal, los elementos comunes se encuentran distribuidos porcentualmente a los elementos privativos, pudiendo ser enajenados, gravados o embargados, solo conjuntamente con ellos de los que son inseparables, siendo necesaria la

⁹² A partir de la Ley de 21 de julio de 1960, ya no caben estos supuestos ya que el art. 8 modifica la L. H., que requiere previamente la inscripción del régimen de propiedad horizontal.

⁹³ GARCÍA GARCÍA, J. M. *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil.*, 5ª edic.. Thomson, Civitas. Cizur Menor, 2006. Pág. 595

⁹⁴ Art. 218, a), b) y c).

⁹⁵ Art. 107.11 L. H..

⁹⁶ De la elección de una u otra alternativa, en caso de tener que acudir a la ejecución va a depender, la forma de plantear la demanda, ya que en el caso de fincas inscritas de forma independiente sobre las que exista distribución de la responsabilidad y del crédito, la ejecución se ejecutará individualmente, mientras que cuando la hipoteca se constituye sobre la totalidad del edificio, la ejecución se hará por la finca en su conjunto.

distribución de la responsabilidad⁹⁷, para cada una de las fincas registrales que integran el edificio (artículo 216 R. H.), ya sea por convenio entre las partes o por mandato judicial.

329.- Diferente de la constitución de la hipoteca sobre varias fincas es la división de la finca hipotecada, ya que en este caso no se hace necesario la distribución de la responsabilidad, realizándose solo en el caso de que lo acuerden el acreedor y el deudor. Si no se llegase a distribuir la responsabilidad, el acreedor puede repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez (artículo 123 L. H.).

330.- Aunque las situaciones que pueden presentarse respecto al objeto a hipotecar son diversas, en la edificación, el promotor generalmente acude a la financiación hipotecaria para adquirir el solar y para ejecutar la edificación, o solo para ésta última. Estas hipotecas requieren unos requisitos de constitución diferentes, ya que al margen de la escritura pública y de su inscripción, es necesaria la constitución de una primera hipoteca para la adquisición del solar para la que se exigirá solamente el título de adquisición y un certificado de inscripción en el Registro de la Propiedad en el que conste su titularidad y el estado de cargas que presenta; y posteriormente, una segunda hipoteca en la que se exigirá la presentación del proyecto de construcción, la licencia municipal de obras y la escritura de declaración de obra nueva⁹⁸ y división horizontal,

⁹⁷La normativa de protección al consumidor exige la distribución previa de la responsabilidad hipotecaria por parte del promotor, antes de proceder a la venta de los pisos o locales (art. 6º, apartado 4º, R. D: 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, que exige informar al consumidor de la responsabilidad hipotecaria que corresponde a su vivienda).

⁹⁸ Art. 19 Ley 8/2007 de 28 de mayo del suelo. “1. Para autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción, los notarios exigirán, para su testimonio, la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho

debidamente inscritas, con cada una de las fincas registrales (viviendas, locales, garajes y anejos) que componen el inmueble en construcción y la cuota de participación que en dicho régimen corresponde a cada una ellas, conforme al artículo 8.4º y 5º L. H..

331.- A pesar de la posibilidad de constituir segundas y ulteriores hipotecas, las entidades financieras son reacias a ello, salvo que el segundo acreedor sea el mismo de la primera hipoteca, no soliendo conceder créditos, si sobre dichas fincas existen cargas anteriores a la constitución de la hipoteca⁹⁹, por la preferencia de que éstas gozan en el cobro de los mismos¹⁰⁰.

332.- En las promociones inmobiliarias de pisos, la declaración de obra nueva y la constitución del régimen de propiedad horizontal acceden generalmente en el mismo título al Registro de la Propiedad. Con ello, se consiguen dos objetivos de cara a la consecución de la financiación hipotecaria: 1º) la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las diferentes fincas registrales que lo integran, y; 2º) la seguridad jurídica de los compradores cuando adquieran la propiedad y se subrogan tanto en la deuda como en la responsabilidad hipotecaria.

acto administrativo. Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto, la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística.-
2. Para practicar las correspondientes inscripciones de las escrituras de declaración de obra nueva, los registradores exigirán el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior."

ROCA SASTRE, R. M^a. Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.. *Op. cit.*. T. IV. 9^a. edic. 2008. Pág. 425.

⁹⁹ En caso de solicitarse una primera hipoteca para financiar la adquisición del solar, con la idea de solicitar posteriormente una segunda hipoteca para financiar la construcción, será necesario cancelar previamente la primera hipoteca, salvo que sea la misma entidad crediticia la que conceda las dos hipotecas, en cuyo caso la operación no presentará mayores dificultades que la simple modificación y ampliación de la primera hipoteca concedida.

¹⁰⁰ BLASCO GASCÓ, F. P.. *Op. cit.* Págs. 174-6 y 187.

333.- Las compras de fincas proyectadas o en construcción generalmente se formalizan en contratos privados de compraventa que incluyen la facultad del promotor de hipotecar la finca para la financiación, contratos que no tienen acceso al Registro por cuanto que en los mismos se pacta que la elevación de éstos a escritura pública tendrá lugar cuando la obra esté terminada, incluyendo la subrogación en el préstamo hipotecario correspondiente a la finca¹⁰¹. De otra manera, dificultaría el acceso de la promotora al crédito hipotecario¹⁰², mientras tanto, los anticipos que éstos realizan quedan garantizados con los correspondientes seguros de caución o avales impuestos por la Ley 57/1968.

4.2.2. Extensión.

334.- El bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria está sometido a modificaciones y transformaciones a lo largo de la vida de la hipoteca. Éstas pueden ser: a) físicas, producidas de forma natural (accesiones) o provocadas por el hombre (mejoras¹⁰³, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno, elevación de edificios, subedificaciones, etc.), y; b) jurídicas, que se corresponden con las indemnizaciones concedidas al propietario por razón de los bienes hipotecados, caso de siniestros por seguro (artículos 40 a 42 LCS) y por expropiación forzosa (artículo 110.2 L. H.).

¹⁰¹ Art. 118 L. H. y 221 R. H.

¹⁰² RRDGRRNN de 3.12.2003, 3.10.2007 y 8.4.2008. Se autoriza la inscripción de compraventas, hipotecas y otros negocios jurídicos, sobre inmuebles en construcción, haciendo constar al pie del título la circunstancia de no constar registralmente la finalización de la obra ni las garantías del art. 19 LOE.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, L. M.. “La venta de viviendas sobre plano: riesgo del comprador y tutela jurídica”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Sept./2007, N°. 236. Págs. 160-2.

¹⁰³ Respecto a las mejoras son numerosos los supuestos que se pueden presentar en los que habrá que dilucidar si tienen la consideración de mejoras o de nueva edificación ya que esta última queda excluida, aunque admite pacto en contrario (art. 110.1 L. H.), así como si pertenecen al propietario o no.

335.- Las extensiones¹⁰⁴ legales de la hipoteca contempladas en los artículos 109 y 110 L. H. (aciones naturales, mejoras e indemnizaciones por razón de los bienes hipotecados), pueden verse suprimidas, restringidas o ampliadas voluntariamente mediante pacto expreso de los constituyentes, debido a su carácter dispositivo, con la limitación del artículo 112 L. H. en caso de existir un tercer poseedor, a quién no le es oponible la extensión objetiva voluntaria de la hipoteca. Cabe la ampliación de la extensión objetiva mediante pacto expreso¹⁰⁵ a los bienes muebles¹⁰⁶ que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, a los frutos y a las rentas vencidas y no satisfechas (artículo 111 L. H.), así como a las exclusiones del artículo 110.1 L. H. (acesión no natural de terrenos y construcción de nuevos edificios¹⁰⁷ donde antes no los hubiere).

¹⁰⁴ ROCA SASTRE, R. M^a., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.. *Derecho Hipotecario*. T. IX. 9^a. edic.. Bosch. Barcelona, 2009. Págs. 46-52. La extensión hipotecaria se refiere a elementos integrantes, a elementos accesorios, y a las transformaciones de la finca hipotecada.

¹⁰⁵ RDGRRNN 23.10.87 (RJ 1987\7660).

¹⁰⁶ BLASCO GASCÓ, F. J.. *Op. cit.*. Pág. 209. Respecto a los bienes inmuebles por destino, que se hallen en el inmueble hipotecado en el momento de constituirse la hipoteca y que pertenezcan al hipotecante, en caso de desafección, no cabe oposición por parte del acreedor hipotecario si el bien mueble queda dentro de la esfera patrimonial del hipotecante, si constituye una nueva garantía real mobiliaria, ésta, sería nula, y si lo destina a otro bien inmueble ya hipotecado, la primera hipoteca será preferente. En cambio cuando el hipotecante enajena el bien desafectado y el tercero lo adquiere a título oneroso y de buena fe, su adquisición es inatacable, por lo que al acreedor hipotecario solo le quedará la acción de devastación del art. 117 L. H. SSTS 21 de diciembre de 1990 (RJ 1990\10359), 28 de febrero de 1991 (RJ 1991\1607), 28 de mayo de 2007 (RJ 2007\3130), SAP de Bizkaia de 4.1.00 (AC 2000\123) y SSAP Badajoz (Secc. 3^a) de 26.10l (JUR 2001\182039).

¹⁰⁷ RUIZ-RICO RUIZ, J. M.. “Algunas ideas en torno a la extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones”. *RDPrivado*. Año 77. Mes 10. 1993.2. Págs. 907-925. Este autor ha abordado el análisis sobre diversas hipótesis (aciones naturales o industriales, mejoras o nuevas construcciones y nuevas edificaciones pertenecientes al propietario del suelo o al contratista) acerca del sentido del art. 110.1 L. H. sobre la extensión o no de la hipoteca a los edificios nuevos, ya que la L. H., no considera a las nuevas construcciones erigidas en el solar mejoras, mientras que si las considera como mejoras la construcciones de nuevas plantas, y por tanto se les extenderá la hipoteca.

La extensión de la hipoteca incluidos las nuevas construcciones depende de la situación dominical del edificio en el momento de ejecución de la hipoteca. Diferencia entre: a) que la edificación la realice un tercero sin vinculo contractual con el propietario hipotecante que conecta adecuadamente con el art. 110.1 L. H.; b) que la edificación la realice un tercero pero mediante un vinculo contractual vivo con el propietario hipotecante; por no haberse satisfecho

336.- La extensión objetiva de la hipoteca en la edificación se va a manifestar fundamentalmente en la fase de ejecución, ya que ésta puede variar por las transformaciones, modificaciones, ampliaciones o reducciones de la obra o edificio, que se producen en los diferentes momentos por los que transcurre la vida de la hipoteca, y en los que la titularidad del objeto hipotecado puede pasar del prestario y deudor hipotecario, al subrogado o a un tercero hipotecario.

337.- La excepción a la extensión objetiva de la hipoteca del artículo 110.1º L. H., referida a *nueva construcción de edificios donde antes no la hubiere*, se refiere a aquellas construcciones auténticamente nuevas, quedando excluidas aquellas que sustituyan a otras de igual carácter. Hay que distinguir¹⁰⁸:

1º. Construcciones donde existía otra de calidad y categoría ostensiblemente distinta. Las obras de menor entidad no se considerarán relevantes y los nuevos edificios quedan incluidos dentro de esta excepción y no se entenderán hipotecados.

2º. La mera terminación de un edificio¹⁰⁹ cuya construcción se realizó antes de la constitución de la hipoteca. En este caso no puede ser interpretada como nueva construcción teniendo carácter de mejora y extendiendo la hipoteca a la misma siempre que pertenezca al propietario.

el precio de la obra, situación también adecuada con el art. 110.1 L. H. y con base jurídica en la tercería de dominio por razón de la obra, debiendo abonar el adquirente del suelo en subasta el precio de la misma a su dueño; y c) que la edificación la levante el propietario o le pertenezca, en este caso y a juicio del autor se debe extender la hipoteca a las nuevas edificaciones.

¹⁰⁸ SAAVEDRA MONTERO, E.. *El objeto de la hipoteca y la extensión objetiva de la hipoteca*. Edit. Dykinson. Madrid, 1999. Págs. 92-96. Es indiferente para la consideración de la obra como nueva, el hecho de que se haya procedido a la declaración de obra nueva, pues lo relevante es la obra en si misma, en relación al tiempo en el que se hizo (previa o posterior a la construcción de la hipoteca), y su carácter de nueva edificación, en cuanto que no ocupa el vacío dejado por obra existente en el momento del nacimiento del gravamen.

¹⁰⁹ SAAVEDRA MONTERO, E.. *Op. cit.*. Pág. 94.

3º. Construcción de un edificio donde había otro antes de la constitución de la hipoteca, pero inexistente en el momento de la misma¹¹⁰. Esta construcción se levanta una vez constituida la hipoteca, no viniendo a sustituir a otra, se refiere a las edificaciones realizadas, no a las que se terminan tras la constitución de la hipoteca. Independientemente de que se haya procedido a la declaración o no de obra nueva, siempre que no sustituyan a otra existente, o no pueda considerarse sustitutiva por la diferencia existente con la primera, se consideran incluidas en la excepción.

338.- En la promoción inmobiliaria el edificio objeto de hipoteca está generalmente sujeto al régimen de propiedad horizontal, pudiendo encontrarse únicamente proyectado o en construcción, de tal manera que al constituirse la hipoteca se efectúa la distribución de la responsabilidad hipotecaria¹¹¹ en cada una de las fincas que lo componen. El objeto de la hipoteca lo constituye una nueva edificación en construcción, haciéndose necesario el pacto de extensión a las excepciones de los artículos 110.1 y 111 L. H., para que éstas queden comprendidas en la hipoteca¹¹², lo que ha convertido dicho pacto en una cláusula de estilo¹¹³, afectando por igual al promotor y al subrogado, pero restringiéndose en lo que respecta al tercero hipotecario (artículo 112 L. H.).

¹¹⁰ SAAVEDRA MONTERO, E.. *Op. cit.*. Pág. 95.

¹¹¹ BLASCO GASCÓ, F. P.. *Op. cit.*. Págs. 243-245. La cuota de participación asignada a cada elemento privativo en la escritura de constitución de división horizontal tiene eficacia tanto interna como externa en la distribución de la responsabilidad hipotecaria, pero es necesario el consentimiento del acreedor hipotecario que ha de ser total respecto de todos los elementos del inmueble. Cita RRDGRRNN 27.3.89, 15.6.93, 11.3.78, 12.2.88 y 17.3.69. RRDGRRNN 26.6.1909, 27.12.1909, 22.3.1915.

¹¹² STS de 19 de junio de 2008 (RJ 2008\3225).

¹¹³ Las escrituras de los préstamos hipotecarios (escritura Caja Granada) determinan la extensión de la hipoteca con el siguiente tipo de cláusula: “Por pacto, esta hipoteca se extiende a los objetos muebles, frutos y rentas a que se refiere el artículo 111 de la Ley Hipotecaria, a lo construido y a lo que el deudor construya en lo sucesivo sobre lo hipotecado, con las limitaciones establecidas en el artículo 112 de dicha Ley, y se faculta a la entidad acreedora para

Está prevista la posibilidad de que los adquirentes de las fincas se subroguen tanto en la parte del préstamo que le corresponda, como en la responsabilidad hipotecaria con que resulten gravadas. Para que dicha subrogación se lleve a cabo, es necesario que se hayan finalizado las obras y que la finca se haya entregado al adquirente por otorgamiento de escritura pública.

339.- En la vida del préstamo hipotecario hay que diferenciar dos periodos:

a) El primero abarca desde su inscripción de la finca hasta la subrogación por el comprador. En este periodo existe un único préstamo y varias fincas en construcción con sus correspondientes distribuciones de responsabilidad¹¹⁴, ya que las entidades financieras exigen para la concesión del préstamo la inscripción previa de la obra nueva y de la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal. Con posterioridad a la terminación de la obra¹¹⁵ nos encontramos con un único préstamo y con varias fincas registrales terminadas¹¹⁶.

En caso de ejecución del préstamo hipotecario durante este periodo, sobre las fincas que están en construcción o terminadas propiedad del promotor, no opera la distribución de la responsabilidad, pudiendo dirigir el acreedor hipotecario la ejecución sobre cualquiera de ellas (artículo 119 L. H.).

b) El segundo periodo abarca desde la subrogación del comprador en el préstamo hasta su cancelación. En dicha subrogación, el subrogado adquiere la

pedir la administración y posesión interina de lo hipotecado en caso de vencimiento o impago de la deuda”.

¹¹⁴ Aunque las entidades financieras procedan a aperturar administrativamente tantos préstamos como fincas hipotecadas existen, cada uno de ellos por el importe de la responsabilidad hipotecaria de la finca correspondiente.

¹¹⁵ La constancia registral se realiza mediante anotación marginal de la escritura de finalización de obra.

¹¹⁶ La RDGRRNN 6.2.86 no considera nueva edificación la no declarada.

finca gravada con su cuota de responsabilidad hipotecaria, así como la parte del préstamo que le corresponde a la finca¹¹⁷. Una vez el acreedor hipotecario ha aceptado la subrogación, queda el vendedor desligado de dicha obligación. En caso de impago del propietario de la finca, el acreedor hipotecario solo podrá dirigir la ejecución sobre dicha finca, al margen de la responsabilidad universal del subrogado. En este periodo se pueden presentar segundas subrogaciones e incluso pueden aparecer terceros hipotecarios.

340.- En caso de que la división del préstamo se realice previa a la subrogación el acreedor hipotecario solo podrá repetir con perjuicio de terceros hasta la cantidad en que éstos estén afectos (artículo 120 L. H.), y de ser insuficiente, el acreedor podrá repetir contra las demás fincas (artículo 121 L. H.) hipotecadas que conserve el deudor en su poder, pero sin prelación sobre las cargas inscritas con posterioridad a la inscripción de la hipoteca.

341.- Si la finca ha pasado a un tercer hipotecario¹¹⁸ la ejecución hipotecaria irá solo contra la finca, careciendo éste de la consideración de fiador. En este caso, los artículos. 112 y 113 L. H. establecen que la hipoteca no se extiende a los muebles colocados permanentemente en los edificios ni a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación siempre que éstos se hayan costado por el nuevo dueño, ni a los frutos pendientes y rentas vencidas que pertenezcan al mismo, por lo que tendrá derecho a retener los objetos si puede hacerse sin menoscabo del valor del resto de la finca, o de hacer

¹¹⁷ Asunción de deuda, art. 118.2 y 120 L. H.

Las escrituras de los préstamos hipotecarios incluyen una cláusula de estilo que prevé la posibilidad de que los adquirentes de las fincas se subroguen en la parte del préstamo e hipoteca una vez finalizadas las obras y hecha la entrega al adquirente de la finca por otorgamiento de escritura pública, junto con el cumplimiento de ciertos requisitos y e la entrega de la documentación pactada (fotocopia escritura, última declaración de renta, constitución de fianza, etc..).

¹¹⁸ BLASCO GASCÓ. *Op. cit.. La hipoteca inmobiliaria...* Pág. 222. RDGRRNN 19.1.96 (RJ 1996/586). El régimen de estos artículos es al tercer poseedor de la finca hipotecada pero no al tercer adquirente que se subroga.

efectivo su derecho con el importe del remate, con preferencia al acreedor hipotecario.

342.- La no extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones no excluye la ejecución conjunta del suelo y del edificio, sin embargo, plantea problemas a la hora de la aplicación del remate obtenido con la subasta de la finca cuando se han tenido que ejecutar conjuntamente lo hipotecado y lo excluido.

343.- El propietario de las nuevas edificaciones que no se entiendan hipotecadas, que no puedan retenerse separadamente, puede exigir el importe que le corresponda con preferencia al crédito hipotecario (artículo 113 L. H.), pero hay que diferenciar entre que la edificación pertenezca al propietario del solar (cuando éste es el hipotecante) o a un tercero. En el primer caso se ejecutará conjuntamente el solar y la edificación, teniendo preferencia el dueño del suelo sobre el valor de la edificación, aunque la cantidad restante no alcance a satisfacer el crédito hipotecario¹¹⁹, ya que la garantía se constituyó sobre el suelo. En el segundo caso¹²⁰ se pueden diferenciar varias hipótesis como son:

1ª. El propietario constituyó un derecho de superficie con anterioridad a la hipoteca. En este caso se ejecuta el solar sin perjuicio del derecho de superficie. Extinguido el derecho, la construcción cede en a favor del propietario del suelo.

2ª. Si la edificación corresponde a un tercero porque el propietario constituyó un derecho de superficie con posterioridad a la hipoteca. El tercero debe ser considerado como un tercer poseedor y tiene derecho a cobrar el importe de la edificación, aunque la cantidad restante no alcance a cubrir el crédito

¹¹⁹ SAAVEDRA MONTERO, E.. *Op. cit.*. Págs. 98-105.

¹²⁰ BLASCO GASCÓ, F. P.. *Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria*. General de Derecho S.L. Valencia, 1994. Págs. 65-66.

hipotecario. Igual sucede en el supuesto de que la edificación se constituya en régimen de propiedad horizontal, ya que el suelo es un elemento común inseparable de los elementos privativos, por lo que todos los propietarios de los pisos tienen la consideración de terceros poseedores.

344.- No hay ninguna norma¹²¹ que regule el destino del precio del remate con relación al límite de la extensión de la hipoteca en beneficio del tercer poseedor respecto de los muebles y mejoras no separables, por lo que la única vía es la reclamación a través del juicio correspondiente.

4.2.3. Alcance.

345.- La hipoteca como derecho real accesorio del préstamo (artículo 1.857, 1º C. C.), necesita precisar en base al principio de especialidad que es lo garantizado, cuando dicha garantía no alcance a todos los elementos de la obligación. El artículo 12 L. H. establece, que *las inscripciones de hipotecas expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses si se hubiesen estipulado*, precisión que deberá especificarse monetariamente respecto de las obligaciones que alcanza (artículo 219.1 R. H.).

La cantidad garantizada fija el tope máximo de la preferencia del acreedor hipotecario¹²² frente a terceros para la satisfacción de su derecho con el remate

¹²¹ BLANQUER UBEROS, R.. *Op. cit.*. Pág. 239.

¹²² El alcance de la garantía hipotecaria (escritura Caja Granada) se especifica con cláusulas del tipo de la siguiente: “En garantía del capital prestado; de intereses remuneratorios hasta una cantidad máxima igual al X % del capital prestado; de intereses moratorios hasta una cantidad máxima igual al Y % del capital prestado; de las costas, gastos y perjuicios ocasionados en caso de incumplimiento, hasta una cantidad máxima igual al Z % del capital prestado; de una cantidad equivalente al P % del capital prestado para el pago de las comisiones establecidas..., sin perjuicio de la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el art. 1.911 del Código Civil...”.

obtenido en la ejecución del bien (artículo 692 LEC.), teniendo el resto del crédito carácter ordinario.

346.- El alcance de la garantía hipotecaria respecto del préstamo garantizado, engloba tanto a los conceptos garantizados como a la cantidad asegurada¹²³, en ellos que hay que contemplar la obligación principal, los intereses, las comisiones, los gastos extrajudiciales y las costas, con sus correspondientes cantidades aseguradas.

4.2.3.1. Obligación principal.

347.- La obligación asegurada queda determinada en la escritura de constitución del préstamo hipotecario, junto con el importe de la misma, constituyendo el objeto básico y esencial de la garantía hipotecaria.

348.- En la práctica¹²⁴, tradicionalmente ha existido una coincidencia cuantitativa y cualitativa entre el importe de la obligación asegurada y el límite de la cobertura hipotecaria¹²⁵, lo que ha llevado a considerarse una síntesis unitaria, que sin embargo no se justifica debido a las diferencias existentes entre ellos. Dichas diferencias se ponen de manifiesto en la falta de coincidencia inicial entre el importe de la obligación asegurada y el de la garantía hipotecaria. Esto sucede al no quedar disponible el saldo de la cuenta especial donde se ha abonado el importe del capital del préstamo hasta que se presenten las certificaciones de la obra realizada, pudiendo negarse mientras tanto la entidad

¹²³ Art. 130 L. H. “El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo”.

¹²⁴ BLANQUER UBEROS, R.. *Op. cit.*. Págs. 224-6.

¹²⁵ No parece admisible que la responsabilidad por principal supere el importe de la obligación asegurada, ya que encubriría una declaración de deber más de lo debido, pero si es admisible responsabilidad por principal inferior al importe de la obligación asegurada.

crediticia a que se efectúen disposiciones de dicha cuenta, al no poder el prestatario¹²⁶ disponer libremente del dinero, ya que su ingreso no equivale a la entrega.

El préstamo y la garantía hipotecaria pueden coincidir en el momento del nacimiento, pero posteriormente se produce la ruptura, consecuencia de la evolución autónoma de la obligación garantizada, frente a la fijeza de la garantía hipotecaria que permanece invariable durante la vida del préstamo¹²⁷, con independencia del momento de ejecución de la garantía y del capital pendiente de reembolsar. Esto último, sucede cuando la amortización a lo largo de la vida del préstamo hace que vaya decreciendo la deuda pendiente, mientras que la suma asegurada se mantiene constante.

4.2.3.2. Intereses.

349.- Anteriormente hemos visto que los intereses devengados por el préstamo hipotecario obedecen a dos conceptos distintos, teniendo diferentes regímenes jurídicos según se trate de uno u otro. El primero se corresponde con la remuneración por disposición del capital, es decir, con los intereses remuneratorios, y el segundo, con la disposición de éste con posterioridad al vencimiento, obedeciendo por tanto a una penalidad por incumplimiento.

350.- Para que los intereses queden garantizados por la hipoteca es necesario que dicha garantía conste inscrita (artículo 12 L. H.)¹²⁸, así como la cuantía a la

¹²⁶ ROCA SASTRE, R. M^a. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.. *Derecho Hipotecario*. T. IX. 9^a. edic. Bosch. Barcelona, 2009. Págs. 73-74.

¹²⁷ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. “La hipoteca y los intereses de la obligación garantizada”. *La Ley*. 1992/4. Pág. 947.

¹²⁸ ÁLVAREZ OLALLA, P.. *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*. Comares. Granada, 1999. Pág. 29.

que ésta alcanza¹²⁹. Dicha limitación¹³⁰ obedece al deseo del legislador de proteger al tercero hipotecario del comportamiento del deudor personal respecto de las obligaciones asumidas¹³¹.

4.2.3.2.a. Intereses ordinarios.

351.- El régimen establecido por el artículo 114 L. H. para los intereses remuneratorios distingue entre que exista o no perjuicio de terceros¹³², así como, que la extensión sea legal o convencional. En el caso de extensión legal¹³³, la hipoteca garantiza los intereses de los dos últimos años y la parte vencida de la

¹²⁹ STS de 12 de marzo de 1991 (RJ 1991\2219), SAP Málaga de 21.3.96 (AC 1996\668) y RDGRRNN 5.11.99 (RJ 1999\7780).

¹³⁰ BLANQUER UBEROS, R.. *Op. cit.*. Pág. 231. “Bajo la denominación o tipo de hipotecas ordinarias o de tráfico quedan comprendidas sin duda, aquellas constituidas en garantía de créditos cuya cuantía consta en el propio título de su constitución, a la vez título ejecutivo, especialmente si devengan interés según un tipo fijo. También aquellas en garantía de créditos por principal o por intereses cuyo pago deba hacerse por partes en plazos diferentes, cuando del título resulte la cuantía y vencimiento de cada uno de los plazos o el tipo de interés aplicable a cada devengo”.

¹³¹ RDGRRNN de 23.7.05 (RJ 2005\6872).

ÁLVAREZ OLALLA, P.. *Op. cit.* Pág. 216: En el contrato de préstamo mercantil con intereses se puede estipular expresamente que los intereses vencidos y no satisfechos se acumulen al capital para seguir produciendo los intereses pactados, lo que doctrinalmente se conoce como pacto de anatocismo (STS 8.11.94 (RJ 1994, 8477)) en base a los arts. 1.255 y 1.109 C. C., 317 C. Co., aunque la DGRNN niega la posibilidad de que dicho pacto acceda al Registro (RRDGRNN 20 y 21 de enero de 1998 (RJ 1998, 273, 274)).

¹³² Según la STS de 5 de julio de 2001, el concepto de tercero del art. 114 L. H., no es el mismo que el del art. 34 de dicha Ley, refiriéndose a terceros que no han intervenido en la constitución de la hipoteca pero que con posterioridad han adquirido la finca gravada y la inscriben en el registro.

¹³³ ÁVILA NAVARRO, P.. *Op. cit.*. Págs. 102-3. Comparto su criterio de que en defecto de pacto (art. 114 L.H.) los intereses quedan asegurados en cuanto a los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente, ya que los intereses del art. 114.1, no quedan garantizados por pacto, sino por ministerio de la Ley. ROCA-SASTRE. *Op. cit. Derecho Hipotecario IX*. Págs. 117-121. Por el contrario, entiende que para que dicha garantía opere en perjuicio de terceros es necesario que esté inscrita la estipulación de intereses y la cuantía de los mismos.

anualidad corriente (artículos 114 y 146 L. H.). Si no hay perjuicio de tercero, la hipoteca asegura todos los intereses vencidos, no satisfechos, ni prescritos¹³⁴ (artículos 114 y 146 L. H.). En la extensión convencional con perjuicio de terceros, la hipoteca garantiza los intereses pactados por las partes. En este caso, el límite temporal que se puede pactar no puede exceder de cinco años, referidos a las últimas anualidades transcurridas¹³⁵. De no concurrir tercero, la hipoteca garantiza la totalidad de los intereses devengados. También es válido el pacto que excluye los intereses de la garantía hipotecaria¹³⁶, pero para ello, las partes han de acordar expresamente su eliminación, así como la reducción de responsabilidad.

El artículo 115 L. H., contempla el que el acreedor pueda solicitar la ampliación de la hipoteca a los intereses devengados no cubiertos por ella, sin perjudicar los derechos reales inscritos con anterioridad.

352.- En el préstamo hipotecario, la determinación de la responsabilidad hipotecaria por intereses se lleva a cabo mediante la extensión convencional, pactándose una cantidad máxima siempre que no supere los intereses resultantes de cinco anualidades, o la aplicación al capital de un tipo de interés durante un número de años que para terceros no puede exceder de cinco. Si se hipotecan varias fincas¹³⁷, por un mismo crédito se determinará la cantidad o parte de

¹³⁴ STS 12.3.85 (RJ 1985\1153).

¹³⁵ ÁLVAREZ OLALLA, P.. *Op. cit.*. Págs. 34-35. La mayoría de la doctrina estima que el plazo de prescripción aplicable de la obligación de pagar intereses es el del número 3 del art. 1.966 C.C., que establece un plazo de cinco años, siempre que el vencimiento se pactase por años o plazos más breves, sin embargo, el plazo será de quince años, si con independencia del modo de devengo, su pago se acordó en periodos mayores al anual. RDGRRNN de 16 de Mayo de 2008 (RJ 2008/3154).

¹³⁶ CAMY SÁNCHEZ-CAÑDETE, B.. *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*. Aranzadi. Pamplona, 1993. Pág. 521.

¹³⁷ ÁLVAREZ OLALLA, P.. *Op. cit.*. Págs. 152-159. Arts. 120-121 L. H..

gravamen de que cada una debe responder en concepto de intereses, en base al principio de responsabilidad.

353.- En caso de interés variable¹³⁸, debe ser determinable, señalándose el límite máximo de responsabilidad hipotecaria y fijando un tope máximo de evolución del tipo de interés que operará tanto en las relaciones entre partes como frente a terceros¹³⁹. La cifra máxima que opera cuando el tipo de interés es variable, comprende el tipo de interés máximo asegurado¹⁴⁰ y el periodo del devengo asegurado.

354.- La cláusula ha de contener para su inscripción en el Registro de la Propiedad: a) el tipo de interés inicial; b) el tipo objetivo de referencia; y c) la determinación del máximo de responsabilidad hipotecaria. Son muchas las resoluciones de la DGRRNN que rechazan pactos relativos a intereses por ser contrarios al principio de especialidad¹⁴¹. En principio, las cláusulas de intereses variables fueron muy discutidas por contravenir el artículo 1.256 C. C., pero la DGRRNN en las resoluciones de 26 y 31 de Octubre de 1984, admitió la inscripción de las mismas, siempre que se fijara un tipo objetivo de referencia¹⁴².

355.- Entre las causas del rechazo de inscripción se encuentran: 1ª) los pactos de intereses variables sin hipoteca de máximo¹⁴³; 2ª) la fijación de un tipo de interés

¹³⁸ RRDGRRNN 24.5.05 (2005\5542) y 26.9.01 (RJ 2001\7945).

¹³⁹ RDGRRNN 9.2.01 (RJ 2002\2150).

¹⁴⁰ ÁLVAREZ OLALLA, P.. *Op. cit.*. Págs. 174-181.

¹⁴¹ GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, Mª. *Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario*. Fundación Registral, Madrid, 2006. Págs. 57-68

¹⁴² Se exige un tipo de referencia objetivo en la RDGRRNN de 17 marzo 1994 (RJ 1994\2024). Sin embargo, las RRDGRRNN 14 y 15 marzo 2002 aceptan el pacto de vencimiento anticipado en el caso de que fuera imposible conocer los índices de referencia.

¹⁴³ RDGRRNN de 30.11.02 (RJ 2003\153) en la que se consideraba a la hipoteca como ordinaria o de tráfico respecto a la garantía del principal e intereses fijos y de seguridad respecto de la cláusula de fluctuación de interés.

de referencia que no sea objetivo; 3ª) la elección de cláusulas que no contemplen la reciprocidad, tanto al alza como a la baja del tipo de interés; 4ª) las cláusulas en las que se establecen que la parte prestataria acepta de antemano como buenas las liquidaciones que se practiquen por el acreedor (tanto de intereses como de capitales); 5ª) el pacto de anatocismo¹⁴⁴; 6ª) cláusulas que garantizan conjuntamente los intereses remuneratorios y moratorios de la misma hipoteca¹⁴⁵, y 7ª) los pactos por los que se establecen intereses superiores a cinco años¹⁴⁶.

4.2.3.2.b. Intereses moratorios.

356.- La garantía hipotecaria también puede comprender los intereses moratorios. Para su inscripción deben de estar específicamente garantizados en la escritura del préstamo hipotecario separadamente de los intereses remuneratorios y de las costas. Dicha especificación se hará señalando un tipo máximo de interés y el plazo de cobertura¹⁴⁷ o la cantidad máxima de responsabilidad. El plazo máximo de cobertura será el de cinco años¹⁴⁸ establecido para los intereses ordinarios por el artículo 114 L. H., al carecer los moratorios de regulación específica, dada la exigencia legal de no prolongar la hipoteca en el tiempo en perjuicio de tercero.

¹⁴⁴ CHAMORRO POSADAS M. “La capitalización de los intereses para el devengo de intereses moratorios en la constitución de la hipoteca”. *La Ley*. 2002 T. V. Pág. 1.570. Sin embargo la STS de 8 de noviembre de 1994 (S. 1ª), si reconoce la validez del anatocismo convencional.

¹⁴⁵ RDGRRNN de 26.10.87 (RJ 1987\7661).

¹⁴⁶ RDGRRNN de 24.3.97 (RJ 1997\2047). A partir de la RDGRRNN 18.12.99 cambia el criterio la DGRRNN confirmándolo en la DGRNN 17.3.00 (RJ 2000\2096).

¹⁴⁷ RDGRRNN de 19.10.01 (RJ 2002\4133).

¹⁴⁸ RDGRRNN de 23.10.87 (RJ 1987\7660).

CUELLAR MARIN, J.. “La hipoteca ordinaria: acceso registral de sus cláusulas”. *BCRE*. Marzo/1999. Nº. 46. Pág. 699.

Estos intereses tienen el carácter de variables¹⁴⁹ y su garantía hay que hacerla a través de una hipoteca de máximo¹⁵⁰, siendo el límite, el establecido por los artículos 114 L. H. y 220 R. H.¹⁵¹, que deben de aplicarse conjuntamente¹⁵² a los intereses remuneratorios y moratorios¹⁵³. La garantía de los intereses moratorios en la constitución de la hipoteca es la de una obligación futura.

4.2.3.3. Comisiones.

357.- Las comisiones también pueden garantizarse con la hipoteca, requiriendo de su inscripción y especificación en la escritura del préstamo hipotecario de forma separada de la responsabilidad por intereses, no afectándole la limitación temporal¹⁵⁴ del artículo 114 L. H., ya que se tratan de prestaciones accesorias o complementarias de distinta naturaleza.

4.2.3.4. Gastos.

358.- La escritura de constitución también puede incluir el aseguramiento de gastos relacionados con el préstamo, como pueden ser el pago del IBI, las primas de seguro, cuotas de comunidad, etc., que habiendo sido anticipados por el prestamista, son a cargo del prestatario. Estas garantías necesitan también de

¹⁴⁹ ALVAREZ OLALLA, P.. *Op. cit.* Págs. 198 y 208.

¹⁵⁰ ROCA SASTRE, R. M^a. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.. *Op. cit. Derecho Hipotecario*. T. IX. Pág. 142.

¹⁵¹ ALVAREZ OLALLA, P.. *Op. cit.* Págs. 107-113.

¹⁵² YSAS SOLANES, M^a. *Op. cit.* Pág. 120.

¹⁵³ RDGRRNN 30.11.02 (RJ 2003\153).

¹⁵⁴ ROCA SASTRE, R. M^a. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.. *Op. cit. Derecho Hipotecario*. T. IX.. Págs. 194-195.

constitución de hipoteca de máximo¹⁵⁵ de forma separada del resto de conceptos, pudiendo englobarse con las costas.

4.2.3.5. Costas.

359.- Para la extensión de la garantía hipotecaria a las costas, es necesario que previamente se haya pactado expresamente en la escritura de constitución del préstamo hipotecario¹⁵⁶ mediante una hipoteca de seguridad¹⁵⁷, fijando una cantidad máxima. Cuando no hubiese tercero perjudicado se podrá proceder ejecutivamente por una cantidad superior a la fijada si exceden de la cantidad garantizada. Para su inscripción es necesario que las responsabilidades por intereses y costas estén separadas¹⁵⁸, no pudiendo establecerse una cantidad global por suponer una indeterminación.

5. LA CAUSA.

360.- El artículo 1.275 C. C., establece que los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno, y el artículo 1.274, que la causa de los contratos onerosos es la prestación o promesa de una cosa o servicio por cada parte contratante. La definición dada de la causa por el artículo 1.274 C. C., no dice cual es la causa del contrato oneroso, sino la de cada una de las obligaciones

¹⁵⁵ GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEDIA, M^a. *Op. cit.*. Págs. 56 y ss. RDGRRNN 24.3.87. (RJ 1987\2131).

¹⁵⁶ Arts. 689, 692, 693 y 694 LEC.

¹⁵⁷ BLASCO GASCÓ, F. P.. *Op. cit.*. Págs. 282-6. BLAQUER UBEROS, R.. *Op. cit.*. Pág. 227.

¹⁵⁸ Art. 692 LEC RDGRRNN 4.6.97 (RJ 1997\4565).

de las partes¹⁵⁹. Se trata de una concepción abstracta que no siempre es la real, cuando el objetivo es alcanzar un determinado resultado empírico con el negocio. En el préstamo hipotecario¹⁶⁰ a través de la causa se pretende saber hasta donde es válido, su razón de ser, finalidad y licitud.

361.- Cuando hablábamos de la naturaleza del crédito hipotecario, veíamos que existían dos criterios, el primero considerar el préstamo hipotecario como un negocio complejo integrado por dos negocios jurídicos típicos, el préstamo y la hipoteca, con finalidades distintas; y en segundo lugar, considerarlo como un contrato unitario complejo. Según se adopte un criterio u otro, la causa del préstamo hipotecario puede venir dada por la causa del préstamo y de la hipoteca, o por la causa del contrato de préstamo hipotecario en su concepción unitaria.

362.- Respecto al primer criterio y en lo que respecta a la causa del préstamo que es el contrato originador del crédito (mutuo con interés), existen distintas concepciones de la misma, como son la causa de la atribución patrimonial, la causa de la obligación, la causa del negocio, etc., pero tratándose de un préstamo con interés, su carácter es oneroso¹⁶¹.

363.- La hipoteca es un derecho de garantía al que la doctrina le atribuyó carácter abstracto, sin embargo, en la actualidad se le considera como un contrato causal, requiriendo para su validez la existencia de una causa jurídica suficiente que justifique la adquisición de la garantía. YSAS SOLANES sostiene que la función económica de la hipoteca es la de garantizar la obligación respecto a la

¹⁵⁹ DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.. *Sistemas de derecho Civil*. V. II. 9ª. edic.. Tecnos. Madrid 2005. Págs. 44-6.

¹⁶⁰ AMOROS GUARDIOLA, M.. *La causa del crédito hipotecario*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1990. Pág. 20.

¹⁶¹ YSAS SOLANES, Mª.. *Op. cit.*. Pág. 21.

que es accesoria, y su fundamento jurídico, el propio de la obligación garantizada de la que depende¹⁶².

364.- AMOROS GUARDIOLA¹⁶³, defiende la tesis de la existencia y necesidad de la causa jurídica del contrato de hipoteca, negando su posible carácter abstracto. Este autor, diferencia entre la causa específica, la causa compleja, la causa genérica y la causa concreta. La causa específica¹⁶⁴ la constituye su función de garantía, que actúa como principio básico de toda la regulación legal de dicha institución. La causa compleja surge cuando la hipoteca forma parte de un negocio jurídico complejo y más amplio, en la que ésta aparece como un elemento más, referida a una causa unitaria del negocio jurídico unitario¹⁶⁵ (crédito hipotecario). La causa genérica atribuida a la hipoteca (artículo 1.274 C. C.), puede ser onerosa y gratuita¹⁶⁶, es onerosa cuando al constituirse simultáneamente al nacimiento del crédito, la garantía es condicionante de la concesión del préstamo y ambos pactos son inseparables (en este caso, el factor riesgo tiene bastante peso en su consideración), si es posterior, será onerosa cuando obtenga alguna ventaja para él, de no ser así, es gratuita; cuando se constituye simultáneamente por un tercero, es onerosa por ser requisito necesario para la obtención del crédito, pero en caso de que el hipotecante no reciba nada del deudor, será gratuita respecto a éste; si es constituida con posterioridad por el tercero, es gratuita cuando no implique modificación de las condiciones pactadas en el crédito garantizado. La causa concreta es aquella por la que se valora el propósito querido por las partes en cada negocio en particular.

¹⁶² YSAS SOLANES, M^a. *Op. cit.*. Págs. 62-65.

¹⁶³ *Op. cit.*. Pág. 85.

¹⁶⁴ AMOROS GUARDIOLA, M.. *Op. cit.* Págs. 97-102.

¹⁶⁵ AMOROS GUARDIOLA, M.. *Op. cit.*. Págs. 179 y 192.

¹⁶⁶ AMOROS GUARDIOLA, M.. *Op. cit.*. Págs. 220-2 y 227.

365.- GARCÍA-ESCARZAGA¹⁶⁷, defiende la tesis de que el préstamo hipotecario es un contrato unitario complejo¹⁶⁸ respecto a su parte esencial, por lo que solo ha de tener una causa, ya que si existen pluralidad de causas es porque existen pluralidad de contratos. Para ello, se fundamenta en la finalidad perseguida por las partes (banco, prestatario e hipotecante), que es la consecución de un resultado empírico. Se refiere a la causa concreta como el propósito concreto que se intenta obtener con el negocio jurídico, un propósito que es común a los contratantes y que constituye la causa única y compleja del préstamo hipotecario. En éste, se fusionan las declaraciones negociales correspondientes al préstamo y a la hipoteca, teniendo carácter de negocios concurrentes por la finalidad práctica deseada por las partes, unificándose las diversas causas concurrentes, dando al negocio de préstamo hipotecario una naturaleza peculiar que lo diferencia de cada uno de los negocios que lo integran considerados independientemente, ya que el banco autoriza el préstamo si se constituye la garantía hipotecaria a su favor, y el hipotecante otorgará hipoteca a favor del banco siempre que se autorice el préstamo.

366.- En la misma línea se encuentra BLAQUER UBEROS¹⁶⁹, para quién el préstamo hipotecario es un negocio jurídico oneroso que desde la perspectiva del acreedor tiene como contrapartida la asunción de un riesgo y la concesión de un tiempo al deudor para disfrutar del dinero prestado, y cuya causa se corresponde con la totalidad del negocio jurídico contemplado de forma global y unitaria.

¹⁶⁷ GARCÍA-ESCARZAGA GONZÁLEZ, F..*Op. cit.*. Págs. 75-79.

¹⁶⁸ La RDGRRNN de 10 de agosto de 1928 conceptuaba al préstamo hipotecario como un contrato complejo.

¹⁶⁹ *Op. cit.*. Pág. 204.

6. LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN.

367.- La constitución del préstamo hipotecario requiere para su perfección¹⁷⁰ de formalización en escritura pública (forma ad solemnitatem) y de su posterior inscripción¹⁷¹ en el Registro de la Propiedad¹⁷², teniendo el título constitutivo dos sentidos, uno formal que es el seguido en este punto, y otro material o sustancial, que es el fundamento jurídico de la constitución del derecho real de hipoteca.

368.- La escritura del préstamo hipotecario contiene cláusulas reguladoras, tanto de la obligación garantizada (préstamo), como de la hipoteca que garantiza dicha obligación. Éstas se distribuyen generalmente en los siguientes apartados:

a) Cláusulas financieras. La Orden de 5 de Mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios¹⁷³, con

¹⁷⁰ La perfección respecto al préstamo queda contemplada en la escritura con la percepción del capital a la firma de la misma (art. 1740 C. C.).

¹⁷¹ ROCA SASTRE, R. M^a. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.. *Op. cit. Derecho Hipotecario*. T. VIII. Pág. 484. Sigue el criterio de que aunque comúnmente se considera que la escritura pública y la inscripción son elementos formales de la constitución de la hipoteca, no es del todo cierto, porque la inscripción no tiene la categoría de forma de negocio jurídico constitutivo de la hipoteca.

JORDANO FRAGA, F.. *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*. Comares. Granada, 1999. Pág. 88. Sostiene que la elevación de la escritura pública a requisito formal de validez del contrato de hipoteca, carece de fundamento legal.

¹⁷² Arts. 3, 145, 149, 159 L. H. y 1.875 C. C.

GARCÍA-ESCARZAGA GONZÁLEZ, F.. *Op. cit.* Pág. 444. El notario y el registrador constituyen los sistemas de control del préstamo hipotecario en el ámbito de control del derecho preventivo por las funciones que desarrollan ambos, ya que aunque diferentes son complementarias.

JORDANO FRAGA, F.. *Op. cit.* Comares. Granada, 1999. Págs. 13-14 y 44.

STS de 11 de junio de 2008 (RJ2008\3567).

¹⁷³ En su art. 1.3) establece que “con independencia de las reglas establecidas en el Real Decreto 515/1989 de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra-venta y arrendamiento de viviendas, en los préstamos otorgados por entidades de crédito a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevean una posterior sustitución por los adquirentes de las viviendas en préstamos que cumplan las condiciones establecidas en el número 1 de este artículo, resultará de aplicación

la que el legislador ha querido instaurar un clausulado financiero estandarizado, establece en el art. 6.1 que las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios sometidos a dicha Orden, estarán debidamente separadas de las restantes, ajustándose su orden y contenido al establecido en su anexo segundo. Las cláusulas, que necesariamente¹⁷⁴ deben de aparecer, son las referidas: 1º) al capital de préstamo y a su forma de entrega; 1 bis) a la cuenta especial de ingreso; 2º) a la amortización; 3º) a los intereses ordinarios; 3º.bis) al tipo de interés variable; 4º) a las comisiones; 4º bis) a la tabla de pagos y tipo de interés anual equivalente; 5º) a los gastos a cargo del prestatario; 6º) a los intereses de demora; y 6º bis) a la resolución anticipada por la entidad de crédito.

b) Otras obligaciones de la parte prestataria. Este grupo de cláusulas contiene aquellas referidas a: 1º) la finalidad y al destino del importe del préstamo¹⁷⁵; 2º) las obras y reparaciones necesarias para la conservación del bien hipotecado; 3º) la obligación de concertar un seguro de daños con la facultad de subrogarse en el derecho del asegurado por la cantidad que éste le adeude en caso de siniestro, y; 4º) la presentación de la información contable que le sea requerida.

a) Constitución de hipoteca y aceptación. Esta cláusula especifica el capital garantizado, los intereses ordinarios y de demora garantizados, los gastos y perjuicios, las costas, las fincas que se hipotecan (artículo 13 L. H.), la distribución de la responsabilidad de cada una de ellas (artículos. 12, 114, 119,

lo dispuesto sobre índices o tipos de interés de referencia en los números 2 y 3 del art. 6 de esta Orden. Asimismo, las escrituras de tales préstamos incluirán cláusulas con contenido similar al de las cláusulas financieras prevista en el anexo II de la presente Orden (con excepción de la 1ª, 1ª bis y 4ª apartado 1)”).

¹⁷⁴ Las cláusulas numeradas con ordinal simple son necesarias en todos los contratos, las numeradas con ordinal bis, solo cuando resulten de aplicación.

¹⁷⁵ ÁVILA NAVARRO, P.. *La hipoteca. Estudio registral de sus cláusulas*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1990, Págs. 88-90.

153, 154, 165, 173 y 246 L. H.), la extensión objetiva y la facultad para pedir la administración y posesión interina de lo hipotecado en caso de impago de la deuda.

d) Acciones judiciales. Referidas al ejercicio de cualquier tipo de procedimiento judicial de los previstos en la vigente legislación (acción declarativa, acción ejecutiva ordinaria o el procedimiento especial sobre bienes hipotecados previstos en el artículo 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la cantidad exigible resultante de la liquidación efectuada por la entidad prestataria intervenida por fedatario público¹⁷⁶, la valoración de los bienes hipotecados y el domicilio del prestatario e hipotecante a efectos de notificaciones, la venta extrajudicial a través de notario de la finca hipotecada con arreglo al artículo 1.858 C. C., así como, a los servicios necesarios para la obtención de documentos del Registro de la Propiedad, la inscripción y la subsanación de escrituras.

e) Sometimiento a la Ley y Fuero. En ella quedan fijados para los casos en que la competencia no esté predeterminada por la Ley, la renuncia a su propio fuero y su sometimiento a los Juzgados y Tribunales pactados para la resolución de las cuestiones e interpretación que surjan de dicha escritura.

369.- ALMOGUERA GÓMEZ¹⁷⁷, diferencia en el clausulado del préstamo hipotecario entre las condiciones personales o singularizadas y las condiciones generales o prerredactadas por la entidad prestamista. Las primeras comprenden el capital prestado, el tipo de interés, comisiones, plazo, interés de demora y el tipo anual equivalente; mientras que las segundas incorporan los pactos de cobertura de la garantía real (intereses ordinarios, de demora y otros gastos

¹⁷⁶ ÁVILA NAVARRO, P.. *Op. cit.*. Pág. 226.

¹⁷⁷ ALMOGUERA GÓMEZ, A.. “Los préstamos hipotecarios y su regulación actual”. *Contratos bancarios y parabancarios*. Lex Nova. Valladolid, 1998. Págs. 445-458.

propios), restricciones de la facultad dispositiva del deudor hipotecante sobre la finca gravada, el vencimiento anticipado por voluntad unilateral del acreedor, la extensión objetiva de la hipoteca, la modificación unilateral de las condiciones, etc..

370.- Una vez autorizada la escritura de préstamo hipotecario hay que proceder a su inscripción en el Registro de la Propiedad. Para ello, el registrador¹⁷⁸ extiende el asiento de constitución de hipoteca en base a dicha escritura, procediendo previamente a la calificación respecto a la autenticidad y legalidad¹⁷⁹ de los actos dispositivos de cualquier contenido que vayan a acceder al Registro¹⁸⁰. La inscripción diferencia el contrato de hipoteca del derecho real de hipoteca que a través de la publicidad registral tiene efectos frente a terceros, protegiendo a los adquirentes a título oneroso y de buena fe, en base al contenido de los asientos registrales (artículos 1.875 C. C. y 15, 34 L. H.).

370.- Al registro no accede toda la escritura del préstamo hipotecario, sino solo aquellas cláusulas con trascendencia real, quedando fuera las meramente obligacionales¹⁸¹. Para que la escritura tenga eficacia constitutiva y ejecutiva

¹⁷⁸ Art. 136 L. H.

¹⁷⁹ Arts. 258.2 L. H., y 82 y ss. LGDCU.

¹⁸⁰ GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M^a. *Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario*. Fundación Registral. Madrid 2006. Págs. 28-31. La autora considera que el control del registrador debe ser más amplio que el control formal defendido por Calvo González-Vallinas, se trata de un control material más acorde con la función calificadora tal y como recoge el art. 18 L. H. (en este sentido se refiere a Calvo González-Vallinas, R.: *Las cláusulas de la hipoteca*, cit. Págs. 76-78, donde afirma “Las cláusulas declaradas nulas a que se refieren los citados artículos 10.2.6 LGDCU y 258.2 L H. son las que consten inscritas en el Registro de Condiciones Generales, por haber recaído sentencia firme declarando su nulidad, las cuales deben ser rechazadas por el registrador de la propiedad, por tener conocimiento del contenido del registro de condiciones con lo que se debe coordinar (control formal)”). RRDGRRNN de 16.2.90 (RJ 1990\730) y 13.2.04 (RJ 2004\2125).

¹⁸¹ Tampoco las cláusulas ineficaces van a tener acceso al registro. Sin embargo el hecho de que no accedan al registro no las hace nulas, ya que el registrador no puede invadir las competencias de los tribunales (258.2 L H.).

hipotecaria (artículos 550, 572 y 573 LEC) deben quedar inscritos los siguientes pactos:

1º. El importe de la obligación asegurada, la causa, la duración o vencimiento¹⁸², los intereses (remuneratorios u ordinarios y moratorios), las comisiones si se hubieran pactado, las costas y los gastos de ejecución (artículos 12, 115 L. H. y 220 R. H.).

2º. Los plazos de pago por amortización e intereses (artículos. 127 y 135 L. H.).

3º. La distribución de la responsabilidad sobre las diferentes fincas que son objeto de garantía. En especial en las promociones inmobiliarias en régimen de propiedad horizontal (artículo 219.1 R. H.).

4º. El lugar de pago y los requisitos exigidos para acudir al procedimiento ejecutivo especial (artículos 550, 572 y 573 LEC).

371.- Además, se suelen inscribir otro tipo de pactos como son:

1º. Las cláusulas de estabilización, previo cumplimiento de los requisitos del artículo 219.3 R. H.

¹⁸² ROCA SASTRE, R. M^a. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.. *Op. cit. Derecho Hipotecario*. T. VIII. Pág. 488.

2°. Obligaciones de pago de tributos y gastos referentes a la hipoteca, así como las cuotas de la comunidad de propietarios de los edificios en régimen de propiedad horizontal¹⁸³.

3°. Obligaciones de realizar obras de conservación, de notificar al acreedor los hechos perjudiciales a la propiedad y los actos de enajenación y expropiación forzosa cuando se establezca la garantía indirecta de pacto de vencimiento anticipado.

4°. La obligación de asegurar contra el riesgo de incendios la finca hipotecada durante el periodo de duración de la hipoteca.

5°. Ciertos requisitos como los correspondientes a la modificación de los tipos de interés (variables) y a las comisiones por operaciones o servicios prestados por las entidades de crédito.

372.- Una vez extinguida la obligación garantizada, se debe proceder a la adecuación de la situación registral a la realidad, mediante la cancelación del asiento de hipoteca, ya que en caso contrario habría una situación de inexactitud registral (artículos 144 y 179 L. H., conforme al Título IV del R. H.¹⁸⁴).

¹⁸³ ROCA SASTRE, R. M^a. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.. *Op. cit. Derecho Hipotecario*. T. VIII. Pág. 496.
RRDGRRNN 14.1.91 (RJ 1991\5889) y 2.9.05 (RJ 2005\6940).

¹⁸⁴ Art. 174 R. H., párrafo 2°.

7. SUBROGACIÓN.

373.- A lo largo de la vida del préstamo hipotecario al promotor, lo normal es que se produzca la modificación del elemento subjetivo. Ésta, puede producirse tanto en el lado pasivo de la relación, mediante la sustitución del deudor por otra persona física o jurídica, como en el activo, con la sustitución del acreedor.

374.- La finalidad principal perseguida con el préstamo hipotecario al promotor es la de financiar la ejecución de la edificación, sin embargo, también existe una finalidad secundaria de financiación al comprador en la adquisición de la vivienda, ya que lo normal es que el adquirente de la vivienda subroge al promotor como prestatario del préstamo hipotecario de la finca adquirida (subrogación pasiva).

No necesariamente tiene que producirse la subrogación, ya que la finca puede transmitirse libre de cargas. Sin embargo, dado que el fin del inmueble es la venta y normalmente el promotor no conoce al comprador, salvo que sea éste último quién proponga la adquisición libre de cargas, generalmente se va a producir ésta. Así lo contemplan las escrituras de constitución del préstamo.

375.- La subrogación también puede venir por el lado activo, fundamentalmente a causa de las variaciones que se producen en el tipo de interés. La Ley 2/1994 de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios, vino a proteger al consumidor y hacer efectivo el beneficio que podía reportarle la caída de los tipos de interés, inoperante hasta entonces, debido a los gastos excesivos que comportaba el cambio de hipoteca, que hacía inviable que ésta se llevara a cabo.

7.1. LA SUBROGACIÓN DEL COMPRADOR EN LA ADQUISICIÓN DEL INMUEBLE.

376.- La transmisión de las fincas hipotecadas puede conllevar la asunción o subrogación en el débito personal hipotecario. La subrogación puede ser de diferentes tipos: convencional, legal o judicial. Normalmente la transmisión se produce mediante subrogación convencional con pacto de asunción de deuda, quedando liberado de ella el vendedor.

377.- El artículo 118. L. H.¹⁸⁵, en su párrafo primero se refiere a la venta de finca hipotecada con pacto de asunción de deuda que se perfecciona con el consentimiento expreso o tácito del acreedor¹⁸⁶. La subrogación presupone la concesión de un nuevo crédito y la cancelación del antiguo, pero sin que se modifique la hipoteca, y por tanto, sin que implique agravación de la responsabilidad hipotecaria.

¹⁸⁵ “En caso de venta hipotecada, si el vendedor y el comprador hubiesen pactado que el segundo se subrogará no solo en las responsabilidades de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito”.

ROCA SASTRE, R. M^a. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.. *Op. cit. Derecho Hipotecario*. T. VIII. Pág. 230. Dicho artículo prevé en nuestro sistema la asunción de deuda sin los efectos destructivos de la novación.

¹⁸⁶ GÓMEZ LAPLAZA, C., DIEZ GARCÍA, H. y GUTIERREZ SANTIAGO, P.. *Leyes Hipotecarias*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2004. Pág. 956.

GARCÍA GARCÍA, J. M.. *Op. cit.* Págs. 208-9. “Este precepto es fundamental, pues si no existiera, se aplicaría el sistema del Código Civil, que establece la novación extintiva por cambio de deudor, y entonces se trataría de una nueva hipoteca, pues la novación extingue las garantías. Todavía hay algunos autores, que, a pesar del artículo 118 L. H., continúan hablando de novación extintiva, pero no tienen más remedio que reconocer que la novación extintiva será a otros efectos distintos de la hipoteca, pues la hipoteca subsiste con su rango. Según esta posición se trataría de hipoteca con el mismo rango en garantía de la nueva obligación. Pero el artículo 118 L. H. más bien parte de la figura de la novación modificativa respecto al <<crédito hipotecario>> en su conjunto por cambio de deudor, si bien exigiendo el requisito del consentimiento expreso o tácito del acreedor, conforme al artículo 1.205 C. C.”.

Art. 1.205 C. C.

378.- Cuando se pacta que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados, conforme al artículo 140 L. H., la doctrina se cuestiona si con la transmisión de la finca hipotecada se produce la asunción automática de la deuda por parte del adquirente. Coincido con GARCÍA GARCÍA¹⁸⁷ que la deuda sigue persistiendo en la persona del deudor mientras no haya asunción expresa por el adquirente y consentida por el acreedor.

379.- La escritura del préstamo hipotecario promotor prevé la subrogación¹⁸⁸ del comprador, pero para ello, es necesaria la aceptación expresa o tácita por parte de la entidad financiera de la subrogación. Dicha aceptación lleva consigo el cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones como son la subrogación no solo de las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también de la obligación personal garantizada con ella, la aceptación de las condiciones pactadas en la escritura del préstamo hipotecario al promotor y la acreditación de suficiente solvencia y capacidad de pago. Generalmente la aceptación de la

¹⁸⁷ *Op. cit.*, Pág. 225.

¹⁸⁸ Su imposición está considerada cláusula abusiva y por tanto nula.

Las cláusulas que mantienen las escrituras de los préstamos hipotecarios, son del tipo de las siguientes:

“Se prevé en el presente instrumento la posibilidad de que los adquirentes de las fincas a que se refiere esta escritura se subroguen en la parte del préstamo e hipoteca en la que, de conformidad con la misma, resulten gravadas las fincas adquiridas.

No producirá efectos la subrogación del adquirente en el préstamo sin la aceptación de la entidad crediticia, previo estudio de la solvencia patrimonial y económica del comprador. En todo caso será preciso que hayan finalizado las obras y se haya hecho entrega al adquirente de la finca por otorgamiento de escritura pública, en la que el comprador acepte todas las condiciones que se establecen en la presente escritura de préstamo hipotecario.

Para que pueda tener efecto la subrogación en la posición deudora del préstamo correspondiente a la finca adquirida se habrá de entregar a la entidad crediticia la siguiente documentación: 1º) fotocopia de escritura pública de compraventa antes referida; 2º) fotocopia de última declaración de la renta o cualquier otro documento que acredite la capacidad de pago del nuevo titular de la finca; 3º) número de cuenta, abierta necesariamente en alguna de las sucursales de la entidad crediticia, donde se comprometa a mantener saldo suficiente para adeudar los restantes vencimientos.

Se entenderá que la entidad crediticia ha aceptado la subrogación no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca sino también en la obligación personal con ella garantizada, a partir del cambio de titularidad en la emisión de recibos del préstamo; lo cual tendrá en su caso lugar en el vencimiento siguiente a aquel en que se efectúe la presentación de los documentos que la posibiliten”.

subrogación por la entidad financiera se produce de forma tácita, a partir del cambio de titularidad en la emisión del recibo del préstamo correspondiente al vencimiento siguiente a aquel en que se efectúe la presentación de los documentos que la posibiliten. Con la subrogación, las garantías de la entidad financiera se incrementan, por cuanto, los compradores además de responder con la responsabilidad hipotecaria, también responden con la responsabilidad personal.

380.- El artículo 118 L. H, permite la manifestación tácita del consentimiento¹⁸⁹ del acreedor hipotecario, sin que sea necesario que sea prestado en el propio acto de la compraventa, pudiendo hacerlo en cualquier tiempo, retrotrayendo el efecto liberatorio que provoca, al tiempo de pactarse la asunción entre vendedor y comprador¹⁹⁰. La escritura debe reflejar que la subrogación hace las veces de pago parcial del precio de compra por tratarse de una particularidad en el pago¹⁹¹ (artículo 10 L. H.).

381.- El artículo 42.6 del R. D. 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda, establece que con el otorgamiento de la escritura pública, el comprador o adjudicatario asume las responsabilidades derivadas de la hipoteca que grava la vivienda, debiendo satisfacer a partir de ese momento la amortización del principal y los intereses del crédito hipotecario, obligándose a facilitarle a la entidad financiera copia simple de dicha escritura.

¹⁸⁹ SAP Granada (Sec. 3ª) de 18.1.03 (JUR 2003\109127).

¹⁹⁰ ROCA SASTRE, R. Mª. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.. *Op. cit. Derecho Hipotecario*. T. VIII. Pág. 236.

¹⁹¹ ROCA SASTRE, R. Mª. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.. *Op. cit. Derecho Hipotecario*. T. VIII. Págs. 241-42.

382.- El efecto principal de la subrogación es que el comprador asumente no tiene carácter de tercer poseedor de finca hipotecada, por lo que no goza de los derechos que la legislación hipotecaria reconoce a éstos.

383.- La subrogación de tipo judicial puede presentarse cuando la finca es enajenada en el ejercicio de cualquier acción real o personal. Los bienes salen a subasta (artículo 666 LEC¹⁹²) por el valor que resulte, deducido el importe de todas las cargas y derechos anteriores según la certificación, entre las que pueden encontrarse otras hipotecas, conforme a lo previsto en el artículo 637 y siguientes de la LEC. Mediante testimonio expedido por el secretario judicial, se procede a la inscripción de la adjudicación en el Registro de la Propiedad, y a través de mandamiento expedido por el juez, a la cancelación de la anotación en que tiene causa el procedimiento y las cargas posteriores. En estos supuestos, el adquirente recibe la finca con la cargas subsistentes, subrogándose plenamente en la obligaciones con ella garantizadas¹⁹³.

7.2. LA SUBROGACIÓN DEL PRESTAMISTA.

384.- La modificación del prestamista en el préstamo hipotecario puede producirse mediante la cesión¹⁹⁴ o la subrogación. Me centraré en ésta última por ser la que corresponde cuando el origen de la modificación viene dado por el ámbito objetivo de la Ley 2/1994 de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

¹⁹² Art. 691.5 LEC. Podrá utilizarse también la realización mediante convenio o por medio de persona o entidad especializada reguladas en las secciones III y IV del capítulo IV de dicha Ley.

¹⁹³ ROCA SASTRE, R. M^a. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.. *Op. cit. Derecho Hipotecario*. T. VIII. Pág. 255.

¹⁹⁴ Art. 1526 y 1528 C. C..
Art. 149 L. H.

385.- La subrogación de los préstamos concedidos al deudor garantizados por hipoteca se rigen por el artículo 1.211¹⁹⁵ C. C., salvo que se hallen acogidos al ámbito de actuación de la Ley 2/1994. En dicha Ley, el legislador prevé que el prestatario de un préstamo hipotecario pueda efectuar el cambio de prestamista con el propósito de facilitar y abaratar la renegociación de las condiciones de las hipotecas, tanto referidas a los costes bancarios, como a los notariales, fiscales y registrales.

386.- La doctrina no es pacífica en cuanto a la naturaleza jurídica de esta subrogación. HERNÁNDEZ ANTOLÍN¹⁹⁶, ante las objeciones insalvables que plantea la teoría de la subrogación *ope legis*¹⁹⁷ (artículo 1210.3 C. C.) la considera como una *cesión forzosa del crédito*, como si se tratase de una expropiación. Más acertada me parece la opinión de LUCAS FERNÁNDEZ¹⁹⁸,

¹⁹⁵ SAINZ-CANTERO CAPARROS, M^a. B.. “La forma en la modificación y extinción convencional de relaciones obligatorias”. *Actualidad Civil*. 1997-2. Pág. 492 y 500. HERNÁNDEZ ANTOLIN, J.M.. “Breve análisis de la Ley 2/1994 de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”. *RCDI* N^o. 622. Mayo/junio 1994. Págs. 1207-8.

NÚÑEZ TOMÁS, M^a. J.. *Derecho de obligaciones y contratos. Temas de derecho civil a los programas de notarias y registros*. Bosch. Barcelona, 1994. Excepcionalmente se puede hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor (art. 1.211 C. C.), cuando para pagar la deuda haya tomado dinero por escritura pública, haciendo constar en ella su propósito y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada.

¹⁹⁶ HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M.. *Op. cit.* Págs. 1.213-14. A favor de esta tesis cabe decir: a) no se plantean problemas de técnica jurídica en relación al pago, que ya no es el hecho determinante de la subrogación; b) el importe de la cesión es la cantidad establecida por la ley (que puede ser distinta del importe de la obligación); c) la no completa liberación del deudor respecto del prestamista primitivo no es un problema insalvable, siendo compatible con el concepto de cesión; d) el supuesto del 1.211 del Código Civil, modelo seguido por la Ley Subrogatoria, es una verdadera novación convencional (y así lo demuestran los antecedentes históricos).

¹⁹⁷ Se diferencia entre la subrogación convencional (art. 1.209 C.C.) y la legal (art. 1.210.2 C.C.).

¹⁹⁸ LUCAS FERNÁNDEZ, F.. “La subrogación y modificación en los préstamos hipotecarios”. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XLVII. Dic/Oct. 1994. Págs. 18-19 y 31. Para quién

para quién la ley trata de ofrecer un remedio a la situación existente, principalmente, por la vía de la subrogación convencional (la figura de la llamada subrogación convencional por voluntad del deudor sin consentimiento del acreedor) prevista en el artículo 1.211 C. C., pero con un carácter más legal que convencional. También RUBIO GARRIDO¹⁹⁹ la considera una subrogación legal, en tanto en cuanto, ésta puede producirse sin que haya consentimiento del acreedor originario.

GÓMEZ GALLIGO²⁰⁰, sostiene que la Ley 2/1994 no desarrolla adecuadamente la figura de la subrogación al desviarse del contenido del artículo 1.211 C. C., configurando un nuevo sistema basado no en la iniciativa del deudor sino de la nueva entidad financiera que pretende subrogar (a pesar de que se sigue remitiendo a él), además, no cumple con las exigencias estructurales del sistema inmobiliario español y los principios hipotecarios porque: a) permite practicar la inscripción de la subrogación aunque no se haya practicado la notificación al acreedor primitivo (art. 5); b) no se desarrolla un precepto que claramente reconozca la prioridad registral de la hipoteca a favor de la entidad que se subroga; c) se acude a la técnica de la nota marginal que no es el más adecuado; d) restringe la calificación registral en una materia que es donde más se necesita, de hecho, debería haberse aprovechado esta ley para reconocer expresamente el carácter constitutivo de la inscripción para la modificación de los créditos hipotecarios, y; e) la novación modificativa con la propia entidad en la que se puede pactar la variación del interés y del plazo, se recoge de forma incidental.

cualquiera que sea la naturaleza que se le asigne a esta subrogación, tiene más de legal que de convencional.

¹⁹⁹ RUBIO GARRIDO, T.. *La Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*. Comares. Granada, 1998. Pág. 22.

²⁰⁰ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.. "Consecuencias registrales de la Ley 30.3.94 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios". *Trabajos y notas de colaboración del Boletín del Colegio de Registradores de España*. Nº. 310. 1994. Págs. 2259-60.

387.- El acreedor tiene que ser alguna de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981 de 25 de marzo del Mercado Hipotecario, quién se beneficia por anteponerse a los acreedores anteriores al préstamo y posteriores a la obligación primitiva²⁰¹.

388.- Los requisitos exigidos por la Ley para llevar a cabo la subrogación sin el consentimiento de la entidad financiera están regulados en el art. 2. Éstos son: a) tomar dinero prestado de una entidad financiera de las que se refiere el art. 1 de dicha Ley mediante escritura pública²⁰² en la que conste su propósito conforme al artículo 1.211 C. C.; b) presentación de oferta vinculante²⁰³ de la entidad que pretenda subrogar a la entidad acreedora, en la que consten las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario con previa aceptación de las mismas por el deudor, y el requerimiento para que en un plazo máximo de siete días naturales se le entregue certificación del importe del débito por el préstamo en que se ha de subrogar, o en su caso, que transcurran quince días naturales desde la entrega de la certificación sin que la entidad acreedora haya formalizado con el deudor la novación modificativa²⁰⁴ del préstamo hipotecario. De no cumplirse estos requisitos, la subrogación no podrá producirse en el ámbito de dicha Ley.

²⁰¹ AMOROS GUARDIOLA, M.. *La causa del crédito hipotecario*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1990. Pág. 20.

HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M.. *Op. cit.* Pág. 1.208.
RDGRRNN, 7.12.1950.

²⁰² Art. 5: En la que se hará constar:

1. la persona jurídica subrogada en los derechos del acreedor.
2. las nuevas condiciones pactadas del tipo de interés, del plazo o de ambos.
3. la escritura que se anote, sus fecha, y el notario que la autorice.
4. la fecha de presentación de la escritura en el Registro y la de la nota marginal.
5. la firma del registrador, que implicará la conformidad de la nota con la copia de la escritura de donde se hubiere tomado.

²⁰³ SAIZ-CANTERO CAPARROS, M^a. B.. *Op. cit.*. Págs. 490-3.

²⁰⁴ STS (Sala Civil) de 25 de noviembre de 2003, (RJ 2003\8093).

Transcurrido el plazo sin que se haya enervado la subrogación, la entidad que pretenda subrogarse debe realizar el pago de la cantidad adeudada, que se hará mediante la oportuna operación bancaria²⁰⁵, incorporándose el resguardo a la escritura de subrogación.

389.- Para que la subrogación surta efectos contra terceros tendrá que constar en el Registro de la Propiedad²⁰⁶. El artículo 5, establece la nota marginal para la constancia del hecho. En mi opinión, éste no es el asiento adecuado para hacerla constar, ya que se trata de un negocio jurídico inscribible, correspondiéndole el asiento de inscripción conforme al artículo 7 del Reglamento Hipotecario.

390.- En la subrogación de los préstamos objeto de la Ley de Subrogación y Novación, no cabe la modificación del plazo²⁰⁷ sin la pérdida de los beneficios reconocidos por la Ley, ya que el artículo 4, reduce el pacto exclusivamente a la mejora de las condiciones del tipo de interés, cosa que no sucede con la novación modificativa del art. 9, que expresamente indica que conjuntamente con la mejora del tipo de interés se puede pactar la alteración del plazo.

²⁰⁵ RDGRRNN de 8.6.06 (RJ 2006\6075).

²⁰⁶ LÓPEZ LIZ, J.. *Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Análisis práctico de la Ley 2/1994, de 30 de marzo*. Bosch. Barcelona, 1995. Págs. 177-8.

La calificación del registrador debe versar entre otros sobre:

- a) Momento en que se le practicó el requerimiento a la entidad acreedora originaria.
- b) Si hubo o no certificación en tiempo y forma del importe vivo del crédito hipotecario.
- c) Si la cantidad abonada coincide con lo eventualmente certificado.
- d) Si lo depositado notarialmente presenta un importe verosímil, que excluye el fraude de ley.
- e) La legalidad de la oferta vinculante, y si coincide con la que tras ser aceptada, le fue notificada a la entidad acreedora originaria.

²⁰⁷ LLOPIS GINER, J. M.. “Indicaciones sobre el plazo en la hipoteca, su relación con la Ley de Subrogación y Novación de 1994”. *Revista General de Derecho*. Abril, 1997. Nº. 631. Págs. 4.078-83.

391.- Para la revitalización del préstamo²⁰⁸, la Ley no exige que la subrogación o la novación modificativa se haga solo por el importe del principal del préstamo pendiente de pago, ya que en la subrogación solo se habla de deuda (artículo 2) y en la novación no se dice nada al respecto (artículo 9). A mi juicio, la Ley debería haber limitado el importe al principal pendiente, ya que de otro modo puede introducir un elemento de inseguridad.

Esta subrogación también es aplicable a las viviendas protegidas al no existir ningún precepto que las excluya de su ámbito de aplicación, aunque tiene escaso interés para las entidades de crédito y para el propio prestatario²⁰⁹.

392.- La entidad acreedora tiene la facultad de enervar la acción durante el plazo de quince días naturales a partir de la entrega de la certificación, formalizando con el deudor la novación modificativa del préstamo hipotecario. En caso de no producirse la enervación, para que la subrogación surta efectos, bastará que la entidad subrogada declare en la misma escritura haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por ésta (capital pendiente, intereses y comisiones devengados y no satisfechos), así como, la incorporación del justificante de dicho pago.

393.- La Ley prevé para el caso de que la entidad acreedora no comunique la cantidad adeudada o se niegue a admitir su pago, que la entidad subrogada, bajo su responsabilidad, deposite dicha suma en poder del notario autorizante de la escritura de subrogación, quién se lo notificará de oficio mediante remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación, pudiendo ésta alegar de oficio y en la misma forma los errores que considere dentro de los ocho días siguientes. En caso de alegación de errores por la entidad acreedora será el juez competente para el procedimiento de ejecución quién a petición de alguna de las entidades,

²⁰⁸ HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M.. *Op. cit.* Pág. 1.240.

²⁰⁹ LUCAS FERNÁNDEZ, F.. *Op. cit.* Págs. 68-80..

cite a las partes a una comparecencia en el término de ocho días, en la que tras oírlas y admitir las pruebas pertinentes, en el plazo de tres días dictará auto²¹⁰ con lo que estime pertinente.

394.- La Ley 41/2007 ha modificado a la Ley 4/92 respecto a la comisión por amortización anticipada parcial o total de los préstamos hipotecarios formalizados con posterioridad a su entrada en vigor (artículo 7), suprimiendo su cobro cuando se trata de personas físicas y recaiga sobre una vivienda, o de personas jurídicas en régimen fiscal de reducida dimensión.

395.- En caso de ejecución, será necesario presentar además de la primera copia auténtica inscrita de la escritura de subrogación, el título de crédito ejecutivo. De no poder presentar dicho título inscrito, debe acompañarse con la copia de la escritura de subrogación certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca.

396.- La Ley también contempla la novación modificativa del préstamo entre acreedor y deudor, aunque no existe ninguna regulación específica para ésta, tan solo una concesión de beneficios de tipo fiscal, notarial y registral cuando se realice dentro de los límites que señala el artículo 9. En el caso de modificar el plazo ampliándolo, en defecto de previsión de la Ley 2/1994, dicha modificación, no afectará a terceros, como sucede con los acreedores hipotecarios posteriores.

²¹⁰ Dicho auto será apelable a un solo efecto, sustanciándose el recurso por los trámites de apelación de los incidentes.

CAPITULO VI. PROHIBICIÓN DE DISPONER.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA. 3. EFECTOS. 4. INSCRIPCIÓN REGISTRAL. 5. EXTINCIÓN.

1. INTRODUCCIÓN.

397.- Las actuaciones en materia de vivienda protegida contemplan el fomento de la edificación de protección oficial, así como, la concesión de ayudas para el acceso a la vivienda a compradores con bajo poder adquisitivo. Con esa finalidad se vienen promulgando una serie de normas a través de los Planes

Estatales de Viviendas¹, encontrándose actualmente vigente el R. D. 2006/2008, de 1 de Julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2009-2012².

398.- El plan contempla los requisitos que han de cumplir y las limitaciones a que quedan sujetos los beneficiarios, para acceder a la vivienda protegida³, así como, los controles y sanciones administrativas ante el incumplimiento. Los requisitos son subjetivos y objetivos. Los requisitos subjetivos están establecidos en los artículos. 1 y 3 de la norma⁴. El primero se refiere a quienes tienen la condición de beneficiario, y el segundo, al límite del que no puede exceder el montante de sus ingresos. Los requisitos objetivos contienen el destino a dar a las viviendas promovidas o rehabilitadas para uso propio, las adquiridas para uso propio y las adquiridas para cesión en régimen de arrendamiento, que ha de ser el

¹ Entre la normativa aplicable a esta materia se encuentra el D. L. de 31.10.78 y el D. 10.11.78 que constituyen la normativa genérica, junto con los Planes de Vivienda trienales, que constituyen la normativa específica.

² Aunque el Estado (art. 149.1.13) mantiene la competencia en la legislación básica de esta materia, las Comunidades Autónomas tienen asumidas competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (art. 148.1 C. E.).

³ Art. 2 R.D. 2066/2008. Podrán ser actuaciones protegidas, cuando cumplan las condiciones establecidas en este Real Decreto: 1. La promoción de viviendas protegidas de nueva construcción, o procedentes de la rehabilitación, destinadas a la venta, el uso propio o el arrendamiento, incluidas, en este último supuesto, las promovidas en régimen de derecho de superficie o de concesión administrativa, así como la promoción de alojamientos protegidos para grupos especialmente vulnerables y otros grupos específicos. 2. El alquiler de viviendas nuevas o usadas, libres o protegidas, así como la adquisición de viviendas protegidas de nueva construcción para venta, y la de viviendas usadas, para su utilización como vivienda habitual del adquirente. 3. La rehabilitación de conjuntos históricos, centros urbanos, barrios degradados y municipios rurales; la renovación de áreas urbanas y la erradicación de la infravivienda y del chabolismo. 4. La mejora de la eficiencia energética y de la accesibilidad y la utilización de energías renovables, ya sea en la promoción, en la rehabilitación o en la renovación de viviendas y edificios. 5. La adquisición y urbanización de suelo para vivienda protegida. 6. La gestión del Plan y la información a los ciudadanos sobre el mismo.

⁴ Los beneficiarios que contempla dicho artículo son: a) unidades familiares con ingresos que no excedan 1.5 veces el IPREM; b) compradores que acceden por primera vez a la vivienda en propiedad; c) jóvenes de hasta 35 años; d) personas mayores de 65 años; e) víctimas de violencia de género y víctimas de terrorismo; f) familias numerosas; g) familias monoparentales; g) personas con discapacidad y sus familias, y; h) otros colectivos en situación o riesgo de exclusión social, etc..

de residencia habitual y permanente del propietario o del inquilino⁵. La ocupación se debe llevar a cabo en los plazos establecidos en la legislación aplicable.

399.- La norma contempla las siguientes limitaciones al poder de disposición:

a) Imposición a los adquirentes de las viviendas de la prohibición de transmitir inter vivos⁶ y de no ceder su uso por ningún título, durante un plazo mínimo de 10 años desde la fecha de la formalización de la adquisición. Dicha prohibición podrá dejarse sin efecto por las comunidades autónomas de darse ciertas circunstancias, y si se hubieran obtenido ayudas financieras, se requerirá la previa cancelación del préstamo⁷ y el reintegro de las mismas a la Administración concedente, más los intereses legales.

b) El artículo 5.2 habilita a las comunidades autónomas para establecer derechos de tanteo y retracto sobre la vivienda protegidas con destino a la venta, así como, cualquier otra clase de medidas que garanticen el destino y los límites de precios de venta de éstas, de cara a asegurar el cumplimiento de los fines perseguidos por las actuaciones protegidas.

c) El artículo 10 establece el precio máximo de venta fijado por las comunidades autónomas tomando como referencia el MBE⁸.

400.- El R. D. 2066/2008, establece en el artículo 5.c la limitación a la facultad de disponer de los compradores durante un plazo de diez años, mediante su

⁵ Art. 5 del R.D. 2066/2008.

⁶ En los planes de vivienda anteriores se venía refiriendo a tal limitación como una prohibición de disponer. El plan actual la contempla como una limitación al poder de disposición.

⁷ Art. 5.1.b del R.D. 2066/2008.

⁸ Módulo Básico Estatal.

constancia en las escrituras de compraventa (artículo 7), de adjudicación o de declaración de obra nueva en el supuesto de promoción individual para uso propio, y en caso de financiarse con préstamo hipotecario, en la escritura de formalización de éste, dejando constancia de la existencia de la misma en el Registro de la Propiedad mediante nota marginal.

401.- El concedente de la limitación de la facultad de disposición es el promotor de la vivienda, que es la persona que dispone de ésta y que provoca que el adquirente lo haga con el gravamen de dicha limitación. El gravado se corresponde con la persona del adquirente por cuanto que el bien adquirido conlleva una indisponibilidad objetiva. El beneficiario se corresponde con el interés general, identificado con todos aquellos que podrían verse beneficiados ante la ineficacia del negocio por la violación de la limitación. Entre las medidas sancionadoras por violación de dichas limitaciones, se encuentra, el reembolso de las cantidades correspondientes a las subvenciones percibidas incrementadas en los intereses de demora⁹, conforme dispone el art. 37 de la 38/2003 de 17 de Diciembre, General de Subvenciones y de la normativa de las Comunidades Autónomas, Ceuta y Melilla.

En el presente capítulo abordaré la naturaleza de la limitación de la facultad de disponer con la que se pretende asegurar la eficacia de las ayudas asignadas a la financiación de los programas de VPO, establecida en el artículo 5.1.b) del R. D. 2006/2008, de 1 de Julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2009-2012

⁹ Art. 5.1.b. RD 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012.

2. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.

402.- La prohibición de disponer cercena¹⁰ una de las facultades del titular del derecho real de propiedad, su disposición¹¹, ya que el adquirente recibe el dominio incompleto, sin la facultad de disponer¹², no pudiendo transmitirlo a un tercero. ROCA-SASTRE la define como *la privación o restricción del poder de disposición que lleva anejo un derecho subjetivo y que impide que éste pueda ser enajenado, gravado, o de otro modo ser objeto de disposición, con mayor o menor amplitud o sin llenar determinados requisitos*¹³.

403.- El Código Civil no regula la prohibición de disponer. Es la Ley Hipotecaria la que al referirse a su constatación registral, la regula en sus artículos 26, 27 y 107,3. El art. 26 en su punto primero se refiere a las prohibiciones de disponer legales, y en el segundo a las judiciales y administrativas. El artículo 27 se refiere a las prohibiciones de disponer de origen voluntario que tienen su origen en actos o contratos no comprendidos en el art. 26.

404.- La RDGRRNN de 20 de diciembre de 1929 establece que no son verdaderos derechos reales cuya inscripción perjudica a terceros adquirentes, sino que solo son restricciones impuestas que limitan las facultades dispositivas

¹⁰ CECCHINI ROSELL, X.. *Eficacia de las prohibiciones de disponer. Causa y derechos de terceros*. Thomson. Cizur Menor (Navarra), 2003. Pág. 17.

¹¹ GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M^a. “Las prohibiciones de disponer y su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad. Especial referencia a las contenidas en un crédito hipotecario”. *RCDI.* N^o. 695. Pág. 1.200.

¹² DIEZ-PICAZO Y GULLON. *Sistema del Derecho Civil*. V. III. 7^a. edic., 5^a reimp.. Tecnos. Madrid, 2005. Pág. 52. La prohibición de disponer engloba todas las limitaciones que sufre el titular de un derecho real en su facultad de disposición.

¹³ ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.. *Derecho Hipotecario*. T .V. 9^a edic. Bosch. Barcelona, 2007. Pág. 617.

de un derecho por parte de su titular. Por tanto, no se trata de una garantía al no atribuir derecho subjetivo alguno a persona favorecida¹⁴, sin embargo, puede tener función de garantía del cumplimiento de un interés, de un derecho jurídico tutelable y de las estipulaciones de un negocio jurídico o contrato.

La doctrina también lo ha entendido así, ya que las particularidades¹⁵ de su naturaleza jurídica radican en que no son derechos reales limitados, sino gravámenes que limitan el derecho de propiedad.

405.- El debate doctrinal abierto sobre la limitación de la facultad de disponer con la que se pretende asegurar la eficacia de las ayudas asignadas a la financiación de los programas de VPO, establecida en el artículo 5.1.b) del R. D. 2006/2008, de 1 de Julio, se centra en saber si la limitación de la facultad de disponer impuesta por el artículo 5.1.b. del R.D. 2.066/2008 es o no una auténtica prohibición de disponer que sanciona civilmente con ineficacia jurídica el acto o negocio jurídico que la contravenga.

406.- ESCOLANO NAVARRRO¹⁶ considera que dicha prohibición pertenece a las del cuarto tipo (art. 27 L. H.), es decir a las voluntarias, ya que no tiene su origen en una norma con rango de Ley, que desarrolle la competencia estatal del artículo 149.1.13ª. C. E., al venir impuesta por una norma reglamentaria, y tampoco, tiene su origen en una resolución judicial o administrativa, por lo que

¹⁴ ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.. T.. V *Op. cit.*. 9ª. edic. Pág. 624. DIEZ-PICAZO Y GULLON. *Op. cit.*, *Sistema...* Pág. 52. ALPAÑES, E.. *Aportaciones al estudio de las prohibiciones de disponer*. Reus, Madrid, 1950. Págs. 38-39.

¹⁵ CECCHINI ROSELL. *Op. cit.*. Pág. 123.

¹⁶ *Op. Cit.*. Págs. 84-7. En opinión del autor, la respuesta es negativa cuando se observan los siguientes argumentos: a) rango normativo de la disposición que la impone; b) infracción de reserva de Ley, y; c) contravención de la legislación hipotecaria.

hay que incluirla en las prohibiciones del disponer voluntarias. Para este autor¹⁷, la naturaleza jurídica de dicha limitación conforme a los criterios de interpretación del art. 3 C. C., finalista, sistemático y gramatical, y teniendo en cuenta la insuficiencia de rango normativo, es la de una obligación de no disponer, asumida por el promotor o autopromotor ante la percepción de ayudas oficiales para su concesión. GARCÍA-ARANGO¹⁸ también es partidario de enfocar el supuesto como compromiso obligacional de no disponer, como una subespecie de obligación negativa¹⁹, encuadrándolo en el artículo 27 L. H. que utiliza extensivamente el término prohibición de disponer. Al no tratarse de una verdadera prohibición de disponer, su infracción no supone la nulidad de los actos dispositivos contrarios, ni el cierre del Registro de los mismos, y ello, en primer lugar por violación de la reserva de ley, ya que el artículo 53.1 CE, dispone que el ejercicio de los derechos reconocidos en el capítulo segundo, en el que está incluido el art. 33 (derecho de propiedad), solo podrán regularse por ley, y en segundo lugar, por oponerse a los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria.

¹⁷ ESCOLANO NAVARRO, J.J.. “Limitaciones al dominio en las viviendas con préstamo cualificado a la luz del RD 115/2001. *Revista Jurídica del Notariado*. 2002, Enero-Marzo. Nº. 41. Págs. 83-7. Según la calificación administrativa de los reglamentos en atención a su relación con la Ley que suelen dividirse en ejecutivos, independientes y de necesidad, nos encontramos ante un reglamento independiente, siendo notoria la falta de idoneidad de la norma para imponer limitaciones al derecho de propiedad o prohibiciones de disponer. La prohibición impuesta por el art. 12 del RD 1186/1998 de 12 de junio, en su redacción dada por el RD 115/2001, de 9 de febrero, no puede contener una prohibición de disponer en sentido estricto por insuficiencia de rango normativo y contravención de la reserva de ley.

¹⁸ GARCÍA ARANGO y DÍAZ SAAVEDRA. “La prohibición de disponer de las viviendas con préstamo cualificado (R.D. 115/2001) y el principio de jerárquica normativa”. *Boletín del Colegio de Registradores de España*. Nº. 70. Abril/2001. Págs. 655-9.
DIEZ-PICAZO Y GULLON. *Op. cit., Sistema...* Pág. 54.

¹⁹ CAÑIZARES LASO, A.. “Obligación de no disponer y prohibición de disponer (Comentario a la STS de 26 de julio de 1993)”. *Anuario de Derecho Civil*. 1995, Enero/Marzo. Pág. 420.
DIEZ-PICAZO. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II. Madrid 1993. Pág. 251.

407.- GOÑI RODRIGUEZ²⁰ sostiene que las únicas prohibiciones de disponer que existen en nuestro derecho, en sentido estricto, son las reales, oponibles a terceros con eficacia erga omnes, diferenciándolas de las obligacionales, a las que considera obligaciones de no disponer, al no implicar privación de la facultad de disposición, ni ser oponibles ni eficaces frente a terceros, siendo una obligación más por la que el adquirente se obliga a no enajenar la finca transmitida, sin que ello impida la adquisición de terceros.

408.- La indisponibilidad de los derechos de crédito²¹ puede configurarse como una prohibición de disponer o como una obligación de no disponer, bien, excluyendo la transmisibilidad de éste, o bien, obligándose el deudor a no transmitirlo voluntariamente. En estas últimas, el deudor se obliga a una prestación de no hacer, diferenciándose de la prohibición de disponer, en que las primeras no constituyen una carga real negativa al derecho subjetivo²². Su incumplimiento no determina la nulidad del acto dispositivo, sino exclusivamente la deuda sustitutoria de indemnizar al acreedor los daños y perjuicios contractuales y la rectificación en caso de que ésta sea posible²³, excepto que se trate de un acto jurídico prohibido, en el que el juez puede decretar la ineficacia del mismo por ser contrario a la legislación. Al tratarse de una obligación negativa, no permite la puesta en mora del deudor mediante acto de interpelación, ni exige la culpabilidad del obligado, así como tampoco su ejecución forzosa específica²⁴. Dentro de las obligaciones de no disponer, el caso

²⁰ *Op. cit.*, Pág. 1.201.

²¹ CABALLERO LOZANO. *Op. cit.*, Pág. 50.

²² CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I. *Las prohibiciones de disponer o la fuerza constitutiva del Registro*. Bosch. Barcelona, 2006. Págs. 41-2 y 45.

²³ Arts. 1.098-99 C. C. y 710 LEC.

²⁴ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I. *Op. cit.*, Pág. 49.

que nos ocupa correspondería a aquellas que tratan de impedir la ejecución de algo posible, como es, el poder de disposición sobre la vivienda.

409.- Se hace necesario saber si la limitación de la facultad de disponer establecida por el artículo 5.c del R. D. 2066/2008, es una prohibición o una obligación de no disponer, ya que el incumplimiento de cada una de ellas tiene consecuencias jurídicas completamente distintas²⁵, mientras la primera cercena la facultad de disposición mediante la restricción del poder de disposición, la segunda no cercena el poder de disposición. La ley 482 de la Compilación del Derecho Civil de Navarra, establece para las prohibiciones de disponer a título oneroso la eficacia obligacional por un plazo máximo de diez años cuando se hagan a favor de personas determinadas, pudiendo conseguirse eficacia real por un plazo máximo de cuatro años con su inscripción en el Registro mediante convenio expreso.

410.- Las prohibiciones de disponer que pudiendo acceder al Registro de la Propiedad no lo hacen, tienen solo eficacia personal²⁶, ya que las prohibiciones inscribibles pero no inscritas, son simples obligaciones de no disponer con eficacia restringida al acreedor y al deudor, precisamente por su falta de inscripción, que tiene naturaleza constitutiva.

411.- Tanto la prohibición de disponer como la obligación de no disponer han de reunir los requisitos de temporalidad²⁷ y de justa causa. Respecto a la

²⁵ ESCOLANO NAVARRO, J.J... *Op. Cit.*. Pág. 87.

CAÑIZARES LASO, A.. "Obligación de no disponer y prohibición de disponer (Comentario a la STS de 26 de julio de 1993)". *Anuario de Derecho Civil*. 1995, Enero/Marzo. Pág. 420.

²⁶ DOMENGUE AMER, B.. *Las prohibiciones voluntarias de disponer*. Civitas. Madrid, 1996. Págs. 59-60.

²⁷ El art. 5.1 del R.D. 2066/2008, establece un plazo para el régimen de protección de las viviendas de protección pública que se acojan al régimen de financiación establecida en dicho R.D., sin posibilidad de descalificación voluntaria de 30 años desde su calificación definitiva, plazo que podrá ser modificado al alza por las Comunidades autónomas.

temporalidad²⁸, la prohibición de disponer no puede ser perpetua²⁹, siendo el único requisito exigido por el artículo 785.2 C. C. para su validez. El artículo 5.1.b. R. D. 2066/2008 establece un plazo de diez años, desde la fecha de formalización de su adquisición, durante el cual no se podrá transmitir la vivienda inter vivos, ni ceder su uso por ningún título. En cuanto a la segunda, históricamente se ha venido exigiendo que el establecimiento de ésta responda a una causa razonable³⁰ dada su aplicación restrictiva.

412.- El fin perseguido con el establecimiento de la limitación del poder de disposición del R. D. 2066/2008, es asegurar el destino y ocupación de las viviendas por personas a quienes van dirigidas, ya que no pueden acceder a una vivienda digna por dificultades económicas. El objeto sobre el que recae la prohibición de disponer son las viviendas acogidas a dicho Real Decreto, que son las calificadas como tales por el órgano competente de la comunidad autónoma respectiva cuando cumplan los requisitos establecidos en dicho Decreto³¹.

413.- Su contenido lo configuran los actos que resultan excluidos del poder de disposición, que son estrictamente dispositivos, abarcando tanto a la completa

GÓMEZ GALLEGU, F. J.. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. VII, Vol. IV. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1999. Págs. 214-5.

²⁸ STS de 19 de diciembre de 1985.

²⁹ CABALLERO LOZANO, J. M^a.. *Las prohibiciones de disponer. Su proyección como garantía de las obligaciones*. Bosch. Barcelona, 1993. Pág. 221. Considera que la obligación de no disponer es válida aunque las partes no hayan señalado la duración de la misma, cuando se deduzca de las condiciones del contrato el plazo concreto que ha querido pactarse.

³⁰ CAÑIZARES LASO, A.. *Op. Cit.*. Pág. 419.
DOMENGUE AMER, B. *Op. cit.*. Pág. 197.

³¹ Art. 2.9 R.D. 801/2005.

transmisión del bien gravado, como a los derechos reales de goce, garantía³² o adquisición preferente.

3. EFECTOS.

414.- Los efectos de la prohibición de disponer se ponen de manifiesto en el caso de que el sujeto gravado realice un acto dispositivo del derecho subjetivo. La mayoría de la doctrina entiende que el acto realizado es nulo de pleno derecho sobre la base del artículo 1.259 C. C., pero previamente al incumplimiento de la prohibición se producen otros efectos³³, como son: a) la restricción del poder de disposición sin quedar excluidos los actos de mera administración, ni aquellos actos que trascienda la administración ordinaria sin constituir una limitación del derecho, excepto que la Ley o el título dispositivo dispongan otra cosa; b) generar una situación jurídica protegida a favor del beneficiario, sin ser un derecho real ni una estipulación a favor de terceros, y; c) no impedir la realización de actos dispositivos forzosos como puede ser la expropiación forzosa, solo los actos voluntarios de transmisión inter vivos

415.- Hay autores que se separan de la postura mayoritaria como CECCHINI ROSELL³⁴, para quién dichos preceptos no pueden referirse propiamente a la nulidad del negocio jurídico transmisivo, sino a lo sumo a la ineficacia del acto de disposición, por lo que el contrato traslativo que vulnera la prohibición de disponer, es válido a efectos obligacionales si dispone de los elementos

³² CABALLERO LOZANO, J. M^a.. *Op. cit.*. Bosch. 1993. Pág. 54. La doctrina admite la constitución de la hipoteca con pacto de no ejecutar hasta pasada la vigencia de la prohibición. RRDGRRNN 18.4.52 y 18.1.63.

³³ GÓMEZ GALLEGU, F. J.. *Op. cit.*. Págs. 214-5.

³⁴ *Op. cit.*. Págs. 73-75.

necesarios para su validez conforme al artículo 1.261 C. C., siendo ineficaz a efectos reales al no tener el sujeto poder de disposición sobre el bien.

416.- Hay que diferenciar las prohibiciones que constan inscritas en el Registro de la Propiedad y de las que no lo están, como sucede con las prohibiciones de disponer constituidas en contrato oneroso. En las primeras el registro queda cerrado para el acto que las vulnera, siendo nulo ante terceros, mientras que las segundas no son reivindicativas mediante la fe pública registral.

En caso de obligaciones de no disponer, el acto realizado por el obligado a no disponer producirá plenos efectos jurídicos tanto obligacionales como reales por gozar del poder de disposición, siendo válido el contrato y el acto dispositivo, produciéndose el efecto adquisitivo y quedando solo obligado por la vía contractual³⁵.

417.- Las sanciones que el R.D. 2066/2008 impone no es la nulidad, sino otras de alcance más limitado³⁶ sin eficacia erga omnes y dirigidas fundamentalmente al propio sujeto obligado personalmente, como son la pérdida de la condición del préstamo cualificado (artículo 5.1.c.), la interrupción de la subsidiación y el reintegro a la Administración General del Estado de las cantidades hechas efectivas por el Ministerio de la Vivienda.

³⁵ Por lo que el incumplimiento deberá valorarse conforme a la imputabilidad o inimputabilidad (arts. 1.182 y 1.184 C. C.), quedando protegidos los terceros de buena fe, ya que no tienen donde acudir para cerciorarse de la situación del crédito adquirido, no produciéndose la nulidad del contrato por no ir contra norma imperativa, ni faltar ningún elemento esencial.

³⁶ GARCÍA-ARANGO y DÍAZ SAAVEDRA, C.. *Op. cit.*. Pág. 658.

4. INSCRIPCIÓN REGISTRAL.

418.- La prohibición de disponer establecida para las viviendas de protección oficial no fue objeto de constatación registral hasta el Plan de Vivienda 1998-2001, que impuso su inscripción³⁷ en el Registro³⁸ mediante nota marginal³⁹. Para su acceso, el artículo 26.3 L. H. señala que ésta debe tener su origen en actos a título gratuito⁴⁰, particularidad que no se da en las actuaciones protegidas de viviendas de protección oficial. Su origen se encuentra en el artículo 27 L. H. que da una interpretación más amplia a tal concepto, sin embargo, los notarios a la hora de autorizar la escritura⁴¹ y a pesar de que la limitación de disponer tiene el carácter de una obligación de no disponer, en su obligación de dar forma jurídica

³⁷ BOTÍA VALVERDE, A.. “Viviendas de protección oficial y limitaciones del derecho de propiedad: prohibición de disponer y requisitos de los adquirentes. Lectura crítica de los artículos 10 y 13 del Real Decreto 1/2002”. *Revista Jurídica del Notariado*.2003, Enero-Marzo. Nº. 45. Pág. 11.

³⁸ CAÑIZARES LASO, A.. *Op. cit.*. Págs. 423-4. Dado que los derechos reales se constituyen, modifican y extinguen fuera del Registro de la Propiedad (salvo excepciones como la hipoteca), su validez y eficacia serán previos a su publicidad registral. De admitir la inscripción constitutiva para la eficacia real de las prohibiciones de disponer, tendrán eficacia real por la inscripción, siendo nulo el acto realizado en su vertiente traslativa, así lo entiende la doctrina en general. Por tanto, las prohibiciones de disponer no inscritas tendrán solamente eficacia obligacional y tendrán la consideración de obligaciones de no disponer.

³⁹ Art. 13 R. D. 801/2005: ...8. La prohibición de disponer y las limitaciones establecidas en este artículo se harán constar expresamente en las escrituras públicas de compraventa, de adjudicación o de declaración de obra nueva en el supuesto de promoción individual para uso propio, y se adjuntará a dichas escrituras públicas, una copia testimoniada o compulsada de la calificación definitiva de la vivienda, o, en su caso, en la escritura pública de formalización del préstamo hipotecario. En ambos supuestos, dichas prohibiciones y limitaciones se inscribirán en el Registro de la Propiedad, donde se harán constar por medio de nota marginal.

⁴⁰ CECCHINI ROSELL. *Op. cit.*. Págs. 123-4. Critica la justificación vigente de las normas que impiden el acceso al Registro de la Propiedad de las prohibiciones contenidas en actos a título oneroso, precisamente por el interés legítimo en que éstas tienen causa.

⁴¹ ESCOLANO NAVARRO, J. J.. *Op. cit.*. Pág. 89. Arts. 145 y 147 del Reglamento Notarial. “En este sentido se pronunció la circular del notariado de marzo de 1992, al recomendar con carácter previo a la autorización de la escritura de transmisión dentro de los cinco años, desde la concesión de ayuda oficial, la justificación de la devolución de dichas cantidades más los intereses legales, no siendo suficiente la mera advertencia a los comparecientes”.

a las pretensiones de las partes dentro del ordenamiento jurídico, no autorizan la escritura de transmisión sin que se les acredite la autorización administrativa o los supuestos excluidos por la norma.

419.- El registrador⁴² en la calificación (artículo 18 L. H.) no puede aplicar un reglamento ilegal, no pudiendo rechazar la inscripción del acto traslativo que incumple la obligación de no disponer al no tener ésta eficacia real, aunque conste por nota marginal la existencia de tal obligación, ya que este tipo de publicidad, solo tiene eficacia de mero anuncio o cortesía. Las prohibiciones de disponer⁴³ deben practicarse por medio de una anotación preventiva cuando su origen es judicial o administrativo, o por un asiento de inscripción cuando su origen es otro, pero no por una nota marginal. En el caso que nos ocupa, el título por el que se inscribe la prohibición de disponer es una escritura pública de compraventa, adjudicación, obra nueva o préstamo hipotecario, por lo que estamos ante una nota modificativa o complemento de un derecho ya inscrito sin los efectos del cierre registral.

420.- El montante de la indemnización de daños y perjuicios del incumplimiento de obligaciones de no disponer se podrá garantizar con hipoteca⁴⁴ pero ha de rechazarse la inscripción de las cláusulas que limite la facultad de disposición del hipotecante sobre la finca hipotecada⁴⁵, ya que conforme al artículo 27 LH, solo pueden inscribirse aquellas obligaciones de no disponer que tengan su origen en actos o contratos a título gratuito, y el contrato de hipoteca es esencialmente

⁴³ BOTIA VALVERDE, A.. *Op. cit.*. Págs. 19-21.

GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, C.. *Op. cit.*. Págs. 658-659.

ESCOLANO NAVARRO, J.J.. *Op. cit.*. Págs. 89-90.

⁴⁴ Art. 57 R.H., permite el aseguramiento con hipoteca del cumplimiento de las prohibiciones de disponer.

ALPAÑES, E.. *Op. cit.*. Pág. 48.

⁴⁵ GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M^a. *Op. cit.* Págs. 1203 y 1205.

RRDGRNN 12.11.1913, 16.6.36, 6.7.17, 9.6.14, 4.11.68 y 18.10.79.

oneroso. No deben inscribirse las cláusulas que prohíben al hipotecante enajenar la finca hipotecada sin consentimiento del acreedor, las que prohíben arrendar⁴⁶, las condiciones resolutorias que de forma simulada contienen prohibiciones de disponer⁴⁷, el vencimiento anticipado del préstamo por la enajenación, gravamen o arriendo de la finca, etc., siendo las razones principales las limitaciones que suponen al tráfico inmobiliario, prohibidas por el artículos 26 y 27 L. H., ya que por estar incluidas en un contrato oneroso no son prohibiciones de disponer, sino obligaciones de no disponer.

421.- La cancelación de la nota marginal puede realizarse mediante otra que acredite la autorización administrativa oportuna o simultáneamente a la cancelación del préstamo hipotecario, persistiendo mientras tanto, los efectos de esta nota durante toda la vida del préstamo, más allá del plazo de los diez años de la prohibición, no existiendo la cancelación por caducidad⁴⁸.

5. EXTINCIÓN.

422.- El artículo 5.1.b. del R. D. 2066/2008, establece que la transmisión inter vivos o cesión del uso de las viviendas requerirá la autorización de las comunidades autónomas⁴⁹ en base a las condiciones establecidas por éstas, salvo

⁴⁶ RRDGRRNN de 6,12 y 26 de julio de 1922.

⁴⁷ RDGRRNN de 4.11.62.

⁴⁸ GARCÍA-ARANGO y DÍAZ SAAVEDRA, C.. *Op. cit.*. Pág. 659.

⁴⁹ Art. 13 R.D. 801/2005:... 3. La prohibición de transmitir o de ceder el uso de las viviendas podrá dejarse sin efecto en el caso de subasta y adjudicación de la vivienda por ejecución judicial del préstamo. Si se hubieran obtenido ayudas financieras, se requerirá la previa cancelación del préstamo y el reintegro de las ayudas económicas estatales recibidas, más los intereses legales producidos desde el momento de la percepción. 4. También podrá dejarse sin efecto la prohibición de transmitir o de ceder el uso de las viviendas, por cambio de localidad de

en el caso de subasta y adjudicación de la vivienda por ejecución judicial del préstamo.

423.- Para dejar sin efecto la obligación de no disponer⁵⁰ la norma diferencia entre el medio (la autorización administrativa), los supuestos en los que procede tal resolución (subasta o adjudicación por ejecución judicial del préstamo, el cambio de residencia del titular y otros motivos justificados) y los requisitos (cancelación del préstamo y el reintegro de las cantidades pertinentes). Es suficiente la ejecución judicial del préstamo cualificado para su extinción, ya que ésta nace condicionada a la existencia del propio préstamo, y su ejecución lleva

residencia del titular de la vivienda, o cuando concurren otros motivos justificados, siempre que medie autorización de las Comunidades Autónomas o de las Ciudades de Ceuta y Melilla y se respeten los procedimientos establecidos por éstas. Igualmente, si se hubiera obtenido ayuda financiera, se requerirá la previa cancelación del préstamo y el reintegro de las ayudas económicas directas estatales recibidas a la Administración concedente en su caso, más los intereses legales producidos desde el momento de la percepción. 5. La prohibición de transmitir o de ceder el uso de las viviendas podrá dejarse sin efecto cuando se trate de cualquiera de los siguientes supuestos: a) Familias numerosas que necesiten adquirir una vivienda de mayor superficie por el incremento del número de miembros de su unidad familiar; u otra vivienda más adecuada a sus necesidades específicas, por discapacidad sobrevenida de uno de sus miembros. b) Personas mayores de 65 años, que deseen trasladar su domicilio habitual y permanente. c) Personas con discapacidad y las víctimas de la violencia de género o del terrorismo que deseen trasladarse a otro alojamiento más adecuado a sus necesidades específicas. d) Aquellas personas que por sus circunstancias personales justificadas necesiten trasladar su domicilio habitual y permanente a otra vivienda de menores dimensiones.-En todos estos supuestos, si se hubieran obtenido ayudas financieras, sólo se requerirá la previa cancelación del préstamo. 6. Una vez transcurridos diez años desde la formalización de la compraventa, la transmisión ínter vivos o la cesión del uso de la vivienda a que se refiere este artículo, conllevará la pérdida de la condición de convenido del préstamo, en su caso, pudiendo la entidad concedente decidir su resolución. 7. La venta y adjudicación de las viviendas acogidas a este Real Decreto habrá de efectuarse a demandantes inscritos en los registros públicos previstos al efecto por las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, según los procedimientos que éstas regulen, que, en todo caso, deberán garantizar los principios de igualdad, publicidad, concurrencia, así como eliminar cualquier tipo de fraude en las primeras y posteriores transmisiones. No obstante ello, los convenios de colaboración con las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla previstos en el artículo 78 de este Real Decreto, podrán prever otros procedimientos, que garanticen los principios citados en el párrafo anterior y de ellos se dará cuenta a las Comisiones Bilaterales de Seguimiento.

⁵⁰ ESCOLANO NAVARRO. *Op. cit.*. Pág. 91.

la cancelación registral de la inscripción, teniendo la comunicación de la Administración competente efectos solo en el resto de casos.

CAPÍTULO VII. EL CREDITO REFACCIONARIO

SUMARIO: 1. CUESTIONES PRELIMINARES. 2. EL CRÉDITO REFACCIONARIO. 3. EL PRIVILEGIO REFACCIONARIO: 3.1. Introducción. 3.2. Tipos: 3.2.1. Crédito refaccionario con privilegio especial. 3.2.2. Crédito refaccionario con privilegio general. **4. CRÉDITOS REFACCIONARIOS INMOBILIARIOS:** 4.1. Introducción. 4.2. Contratista: 4.2.1. El contratista solo aporta su trabajo o industria. 4.2.2. El contratista aporta además de su trabajo o industria los materiales. 4.3. Subcontratista. 4.4. Suministrador. 4.5. Técnicos. 4.6. Financiadotes. 4.7. Entes Públicos. 4.8. Vendedores. 4.9. Compradores. **5. EL CRÉDITO REFACCIONARIO Y LAS EJECUCIONES SINGULARES Y UNIVERSALES:** 5.1. Introducción. 5.2. Créditos refaccionarios anotados: 5.2.1. Ejecuciones singulares. 5.2.2. Ejecuciones universales. 5.3. Créditos refaccionarios no anotados: 5.3.1. Ejecuciones singulares. 5.3.2. Ejecuciones universales. **6. EL PRIVILEGIO SALARIAL REFACCIONARIO:** 6.1. Los créditos salariales refaccionarios inmobiliarios. 6.2. El privilegio salarial refaccionario. 6.3. Ejecuciones singulares y universales. Separación de la acción.

1. CUESTIONES PRELIMINARES.

424.- Los créditos⁵¹ que financian los proyectos inmobiliarios los integran, entre otros, los bancarios, los de los agentes de la edificación y los de otros intervinientes relacionados con la ejecución material de la obra (subcontratistas, asalariados, etc.). Estos créditos se caracterizan por tener una incidencia directa en la realización del proyecto, contribuyendo de una forma más o menos inmediata a la ejecución material de la edificación.

425.- Frecuentemente, la única garantía de estos créditos la constituye la propia edificación, por lo que ante situaciones de crisis económica del promotor, será con su valor de realización, con el que se haga frente al pago de los mismos. Sin embargo, no todos, tienen el mismo tratamiento, ya que tanto el Código Civil y leyes especiales en el caso de ejecuciones singulares, como la Ley Concursal en el caso de ejecuciones universales, tienen establecido un sistema de preferencias del que forman parte los créditos refaccionarios inmobiliarios de los que paso a ocuparme seguidamente.

2. EL CRÉDITO REFACCIONARIO.

426.- Desde el punto de vista legal⁵², ni el Código Civil ni la Ley Hipotecaria definen que se entiende por crédito refaccionario⁵³, tampoco lo hacen la Ley

⁵¹ El Plan General de Contabilidad adaptado tanto a empresas inmobiliarias como a empresas constructoras los contemplan en los grupos III, IV y V.

⁵² El C.C. se refiere a ellos en el art. 1.923.3 y 5., la L. H. en los art. 59 y ss., el R. H. en los arts. 155 y ss., la L. C. en los arts. 90 y 91, y el Proyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares en la modificación contemplada del art. 1.922 del C. C.

Concursal, ni el Proyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares.

427.- En la doctrina, la idea dominante es calificar de refaccionario a todo crédito⁵⁴ cuya prestación tenga causa en la obra ejecutada, con independencia de la forma contractual adoptada, ya sean contratos de obra, de servicios, de trabajo, venta o suministro de materiales, préstamos destinados a financiar tales actividades y créditos cuyo origen no es propiamente contractual, ya que la consideración de refaccionario, es independiente del tipo de relación. CORDERO LOBATO⁵⁵, considera crédito refaccionario, cualquier crédito cuya prestación haya originado el resultado de una obra, al margen de que dichos créditos queden incluidos o no en el ámbito de protección del privilegio refaccionario. En la misma línea está ÁNGEL YAGUE⁵⁶, para quién, el crédito refaccionario es todo aquel nacido de cualquier forma contractual que directamente haya contribuido a la producción del resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble.

428.- El criterio seguido por el TS para la consideración de un crédito como refaccionario, en principio, se restringía a los créditos que tenían origen en los préstamos de dinero con destino a la construcción o reparación de un edificio.

⁵³ El Diccionario de la Lengua, define la palabra refaccionario de la siguiente manera. “Dícese de los créditos que proceden de dinero invertido en fabricar o reparar alguna cosa, con provecho para el sujeto a quien pertenece, y para otros acreedores o interesados en ella”.

⁵⁴ RIOS SALMERÓN, B. y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^a. L.. *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. II, Dir. SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V.. Lex Nova. Valladolid, 1^a edic., 2004. Pág. 1.800.

⁵⁵ CORDERO LOBATO, E.. *El privilegio del crédito refaccionario*. Tecnos. Madrid, 1995. Págs. 63-80.

CONESA GARCÍA, A.. *Derecho de la Construcción*. Bosch. Barcelona. 1996. Págs. 384-6. ANGEL YAGÜEZ, A.. *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación civil*. Tecnos. Madrid. 1969. Pág. 201.

ROCA SASTRE, R. M^a. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.. *Derecho Hipotecario*. T. VII. 9^a. edic.. Bosch, Barcelona. 2009. Págs. 589-90.

⁵⁶ *Op. cit.*. Pág. 201.

Con posterioridad⁵⁷, se amplió hasta considerar como refaccionarios a los créditos casualmente conectados con obras de reparación, construcción y mejora de bienes que contribuyan de forma directa a dicho fin, pero sin extender tal consideración de forma indiscriminada a cualquier tipo de relación con éstos⁵⁸.

3. EL PRIVILEGIO REFACCIONARIO.

3.1. INTRODUCCIÓN.

429.- El concepto de privilegio tampoco está contenido en el C. C. ni en la Ley Concursal. La doctrina mayoritaria lo define como una cualidad o facultad de un

⁵⁷ STS núm. 772/2000 (Sala de lo Civil), de 21 de Julio (RJ 2000\5499).F. 2º... “ el crédito refaccionario no nace necesariamente de un préstamo, en el sentido técnico-jurídico que ha de darse a este contrato, sino también de aquellos otros que hayan contribuido por modo directo al resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble, y la palabra anticipar que usa el art. 59 LH para anotar las cantidades entregadas de una vez o de modo sucesivo, ha de entenderse de modo amplio y comprensivo del adelanto que el contratista han de hacer para ejecutar la obra, siendo la palabra "cantidad" una referencia a la valoración y determinabilidad a que alude el art. 1.273 C. C., máxime cuando el art. 60 de la propia ley habla de "dinero o efectos en que consistan los mismos créditos", a lo que ha de añadirse que no es a la Ley Hipotecaria a quien corresponde definir el concepto, sino al Código Civil, perteneciendo a aquélla solamente la publicidad en materia inmobiliaria». -Dicha doctrina jurisprudencial, pese a no faltar alguna sentencia que acoge el concepto estricto de crédito refaccionario como derivado de un contrato de préstamo (así, la de 19.4.1975), es la que ha sido reiterada en otras sentencias posteriores como la de 5-7-1990, a cuyo tenor el crédito refaccionario exige que su origen sea un préstamo «u otro contrato para obras de reparación, construcción o fabricación de la cosa», y la de 9-7-1993 (RJ 1993, 6001), que considera créditos refaccionarios todos los «que hayan contribuido por modo directo al resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble». - F. 3ª. Tal concepto amplio de crédito refaccionario no autoriza, empero, su extensión indiscriminada a todo el que tenga su origen en el suministro de bienes o servicios que guarden cualquier tipo de relación con bienes inmuebles.-De la jurisprudencia examinada en el fundamento jurídico anterior se desprende que en cada uno de los casos calificados como de crédito refaccionario el acreedor había ejecutado la propia obra del edificio, o bien había suministrado elementos integrados de forma fija en el inmueble en cuestión”.

⁵⁸ EIRANOVA ENCINA, E. “El privilegio del crédito refaccionario inmobiliario”. *La Ley*. 2002, N°. 3. Pág. 1.798.

crédito para ser pagado con preferencia a otro⁵⁹. Dicha facultad⁶⁰ tiene una existencia independiente y accesoria del crédito del que forma parte, apareciendo en situaciones de concurrencia con otros acreedores.

430.- ROCA SASTRE⁶¹, define la garantía refaccionaria como *el derecho de afección y realización de valor que tiene el acreedor en seguridad de la devolución o pago de dicha cantidad prestada*. Los artículos 1.923.3º. C. C. y 89 L. C. confieren al crédito refaccionario la condición de privilegiado, dotando al acreedor refaccionario de un derecho preferente⁶² de cobro en el caso de concurrencia de acreedores, escapando al principio de proporcionalidad y posibilitando la anotación preventiva⁶³ del artículo 42.8 L. H., que le protege frente a terceros (artículo 71 L. H.). Para CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO⁶⁴, el privilegio refaccionario constituye la preferencia natural de todos los créditos casualizados⁶⁵ en la mejora del inmueble. Todos aquellos en los que el dueño es deudor inmediato, el precio debido al contratista, a técnicos, suministradores, etc., y también, cuando el dueño sea deudor mediato del acreedor que ejerce la acción directa del artículo 1.597 C. C.. CORDERO⁶⁶ precisa, que para que dichos créditos gocen del

⁵⁹ ALBADALEJO, M., Derecho Civil, T. II, 11ª edic.. Barcelona, 2002, pág. 214.

O'XAVIER O'CALLAGHAN. Compendio de Derecho Civil. T. II, V. II. Derecho de Obligaciones. 3ª edic. Edersa. Madrid 2001. Pág. 778.

DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. Sistema de Derecho Civil, Vol. II, 9ª. edic. Madrid, 2001. Pág. 224.

⁶⁰ PRIETO ESCUDERO, M. "El concepto de privilegio del crédito". Revista de Derecho Privado. 2006, Enero-Febrero. Págs. 69-79.

⁶¹ Derecho Hipotecario. T. IV. Bosch, Barcelona. 1997. Pág. 545.

⁶² SSTS de 6 de febrero de 2006 (RJ 2006; 874); 21 de julio de 2000 (RJ 2000; 5499); 5 de julio de 1990 (RJ 1990 5778) y 9 de julio de 1993 (RJ 1993 6001).

⁶³ SAP Madrid (Sec. 25ª) de 31.06.07 (JUR 2007\335884).

⁶⁴ Derecho de la Construcción y la Vivienda. 6ª. edic. Dilex, 2008. Págs. 358.

⁶⁵ STS 21 de julio de 2000 (RA 5499).

⁶⁶ CORDERO LOBATO, E.. Op. cit.. Pág. 79.

privilegio es necesario que su titular no disponga de ninguna garantía que le permita evitar el riesgo de insolvencia de su deudor, bien, porque no le es posible acudir al mercado de garantías por el alto coste de la misma, o bien, porque en la concurrencia con otros acreedores, no resulte posible detraer su crédito.

431.- El privilegio refaccionario⁶⁷ obedece al interés del legislador⁶⁸ de proteger la actividad productiva en general, lo que ha supuesto una evolución respecto de la idea anterior de proteger a los acreedores refaccionarios ante el enriquecimiento injusto del comitente.

3.2. TIPOS.

432.- El artículo 89 L. C.⁶⁹ que establece la clasificación de los créditos en caso de concurso, diferencia tres tipos de créditos: privilegiados, ordinarios y subordinados. Los privilegiados se subdividen a su vez en créditos con privilegio especial y créditos con privilegio general. El crédito refaccionario puede estar bajo la cobertura de uno u otro privilegio, según reúna o no los requisitos de constitución.

⁶⁷ GARRIDO GARCÍA, J. M^a. *Garantías reales, privilegios y par condicio: Un ensayo de análisis*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1.999. Pág. 131.

⁶⁸ Considera la autora que no deberá disfrutar del privilegio refaccionario el acreedor que pudo disponer de una garantía a un coste no desproporcionado. Una imputación eficiente del riesgo de insolvencia patrimonial, exige, que éste sea soportado por el acreedor que está en condiciones de evitarlo a un coste menor. En esta situación estarán, fundamentalmente, el financiador de la obra y el vendedor de los materiales (que dispone de la técnica de reserva de dominio para la evitación del riesgo de insolvencia de su deudor), y todo aquel acreedor que disponga de una garantía propia.

RIOS SALMERÓN, B. y M^a. LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA. *Op. Cit.*. Pág. 1.800.

⁶⁹ La D .F. Primera de la L. C. modifica el art. 1.921 C. C. para la clasificación y graduación de los créditos en caso de concurso que se regirá por la L. C..

3.2.1. Crédito refaccionario con privilegio especial⁷⁰.

433.- Se hace efectivo con el producto de enajenación del bien, con preferencia a los demás acreedores. Para su protección ante terceros⁷¹ es requisito imprescindible la publicidad de la preferencia, para lo que es necesario la anotación preventiva a que se refiere el artículo 42.8 L. H.⁷².

434.- El artículo 59 L. H. establece que el acreedor refaccionario podrá exigir anotación⁷³ refaccionaria sobre la finca refaccionada por las cantidades que anticipe de una vez o de forma sucesiva⁷⁴. Las consecuencias que la Ley Hipotecaria (art. 59) otorga a esta anotación son muy importantes, ya que ésta surtirá todos los efectos de la hipoteca respecto al crédito refaccionario. Ha de solicitarse necesariamente durante la realización de las obras según el artículo 42.8 L. H., existiendo créditos refaccionarios en formación mientras duren éstas, y caduca a los sesenta días de concluida la obra objeto de refacción (artículo 94 L. H.). De no haber vencido el plazo de pago estipulado en el contrato, o de encontrarse vencido, pero sin estar pagado el precio total, podrá pedir la conversión de su anotación preventiva en inscripción de hipoteca antes de que expire el plazo de los sesenta días desde que se concluya la obra (artículos 92 y

⁷⁰ Art. 90.1.3º L. C. establece que son créditos con privilegio especial “los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado”

⁷¹ Este privilegio carece de efectos repersecutorios, tratándose solo de una preferencia de pago y no de una garantía, salvo los supuestos de la anotación preventiva del art. 42.8 LH.

⁷² ROCA SASTRE, R. Mª. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L .. *Op. cit.*. T. VII. Págs. 594-608. Considera a las anotaciones de créditos refaccionarios como derechos reales imperfectos, convirtiéndose en hipoteca cuando transcurrido el plazo de 60 días del art. 92 LH, el acreedor refaccionario solicite la conversión en hipoteca mediante su inscripción (art. 70, 71 y 93 LH). Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de Oviedo Nº. 32/2007 de 5 de marzo (AC 2008\808).

⁷³ CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.* Pág. 80. Para el disfrute del privilegio no es necesario la presentación de contrato escrito, si el contrato es verbal, el acreedor disfrutará del privilegio, pero en principio no podrá solicitar la notación preventiva de su crédito.

⁷⁴ CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, B.. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. Volumen VI, 3ª. edic.. Aranzadi. Pamplona, 1983. Pág. 218.

93 L. H.). También puede exigir el pago, para lo cual, la anotación surtirá todos los efectos de la hipoteca.

435.- Cuando sobre la finca existan cargas o derechos reales inscritos, la anotación solo se hará en virtud de convenio unánime entre el propietario y las personas a cuyo favor estuvieran constituidas, sobre el valor de las mismas antes de empezar la obras y el objeto de la refacción, mediante escritura pública, o bien, en virtud de providencia judicial, tal como establece el artículo 61 de la Ley Hipotecaria.

436.- La anotación preventiva se puede extinguir por el pago del crédito, por caducidad y por conversión. Su cancelación se lleva a cabo mediante la extensión de un asiento, dejando constancia de a favor de quién opera y de las causas que la han provocado⁷⁵ (artículo 82 L. H.).

3.2.2. Crédito refaccionario con privilegio general.

437.- Este privilegio otorga al acreedor la posibilidad de hacer efectivo su crédito de modo preferente sobre la totalidad de bienes del deudor no afectos a privilegio especial. Sin embargo, a diferencia del artículo 1.923.5º del C. C.⁷⁶, el artículo 91 L. C. no contempla a los créditos refaccionario inmobiliarios no anotados, por lo que dichos créditos no gozarán de privilegio⁷⁷ en las ejecuciones universales.

⁷⁵ ROCA SASTRE, R. M^a. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.. *Op. cit.*. 9ª. edic. T. V.. Pág. 611.

⁷⁶ El Proyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, los contempla en el art. 1.922.4º C C., mientras que en el 1.924.7º, contempla la preferencia general para aquellos créditos que no gozan de preferencia especial que consten en instrumento público o en sentencia o laudo arbitral firmes, en los que tienen cabida los créditos por contrato de obra formalizados mediante escritura pública que no hayan sido anotados.

⁷⁷ Art. 91.1. y 3., Ley Concursal. Se exceptúan los créditos por trabajo personal salariales y no salariales.

4. CRÉDITOS REFACCIONARIOS INMOBILIARIOS.

4.1. INTRODUCCIÓN.

438.- La consideración en la edificación de un crédito como refaccionario no es clara, ya que el C. C. no ha establecido una lista cerrada de créditos que tengan tal consideración⁷⁸, ni determina cuales gozan del privilegio refaccionario, pudiendo ser su número muy amplio, ya que tienen tal calificación los créditos de los acreedores que contribuyan de una forma directa a la realización de la edificación.

Seguidamente me centraré en el posicionamiento de la doctrina y de la jurisprudencia respecto de los créditos que financian el proyecto inmobiliario, tanto de los agentes de la edificación como del resto de intervinientes del proyecto, de cara a considerar su inclusión o no en el ámbito de protección del privilegio refaccionario.

439.- Estos créditos los conforman los créditos derivados del contrato de obra (contratista, subcontratista y suministrador), los créditos procedentes del resto de los agentes de la edificación (proyectista, director de obra, director de ejecución de obra, organismos y laboratorios de control de calidad y compradores), y los créditos de otros intervinientes en el proyecto inmobiliario (financiadores, etc.).

⁷⁸ CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.* Págs. 99-106.

4.2. CONTRATISTA.

440.- El crédito del contratista⁷⁹ tiene su origen en la contribución que realiza al proyecto edificatorio mediante la prestación de trabajo e industria, relacionada con la ejecución material de la obra, pudiendo incluir también los materiales (artículo 1.588 C. C.). Dicha prestación se caracteriza por su especial vinculación con el objeto producido⁸⁰, siendo el posicionamiento de la doctrina⁸¹ y de la jurisprudencia⁸² pacíficos respecto al carácter refaccionario de éstos.

4.2.1. El contratista aporta solo su trabajo o industria.

441.- En este caso, el contrato de obra acordado entre contratista y comitente conlleva la realización de la ejecución material de la obra mediante el aporte de su trabajo o industria⁸³ (artículos 1.544 y 1.588 C. C.), entendida esta última, como la utilización del aparato empresarial del contratista (recursos, riesgo y beneficio). Su crédito está *casualizado* en la realización o reforma del edificio de manera directa, por lo que éste goza del privilegio del artículo 1.923.3º y 5º C. C..

El privilegio comprende el valor de ejecución de la obra y los beneficios empresariales⁸⁴ que le retribuyen del riesgo soportado por su contribución al

⁷⁹ SSTs de 21 de julio de 2000, 19 de abril de 1975, 5 de julio de 1990, 9 de julio de 1993 y 6 de febrero de 2006.

⁸⁰ MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M^a. D.. *Garantías del constructor: El crédito refaccionario*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 2000. Pág. 192.

⁸¹ ÁNGEL YAGÜEZ, R.. *Op. cit.*. Pág. 185.

CONESA. *Op. cit.*. Pág. 385.

RUÍZ-RICO. *Las garantías del contratista de inmuebles*. Universidad de Jaén, 1995. Pág. 26.

⁸² SSTs. 23 de noviembre de 1880; 30 de diciembre de 1896; y RDGRRNN de 9.6.1911.

⁸³ CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.*. Pág. 115.

⁸⁴SSTs. de 21 de mayo 1987 (RJ 1987\3552) y de 21 de julio de 2000 (RJ 2000\5499).

proceso edificatorio (artículos 1.589 y 1.593 C. C). El contratista puede llevar a cabo su anotación a través del contrato de obra que le vincula con el comitente, en el que debe quedar determinado el importe de la ejecución de la obra⁸⁵.

4.2.2. El contratista aporta además de su trabajo o industria los materiales.

442.- Dado que el carácter refaccionario de los créditos por suministro de materiales no depende de que se incluyan o no en el contrato de obra, sino, de que tal crédito goce de dicha cualidad, los abordaré en el apartado correspondiente a dichos créditos.

4.3. SUBCONTRATISTA.

443.- Los créditos de los subcontratistas tienen carácter refaccionario⁸⁶, así lo entiende la generalidad de la doctrina⁸⁷. Estos créditos al igual que los del contratista pueden contemplar la prestación de trabajo personal y la incorporación de los materiales.

Su carácter refaccionario, fue reconocido por el T. S.⁸⁸ con anterioridad a la promulgación del C. C.. Con la posterior promulgación del C. C. quedaron comprendidos en el artículo 1.923, 3º, 5º.

⁸⁵ La cuantía de la deuda para su anotación en el registro debe ser líquida o fácilmente liquidable. (art. 60 LH).

⁸⁶ ERIANOVA ENCINAS, E.. *Op. cit.*. Págs. 1.795-6. SAP Guipúzcoa. 16.5.00 (JUR 2000\222818).

⁸⁷ CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.*. Pág. 125.

⁸⁸ SSTS 30 de abril de 1868 y 27 de mayo de 1870.

4.4. SUMINISTRADOR.

444.- El carácter refaccionario y la protección por el privilegio refaccionario de los créditos derivados del suministro de los materiales a la obra, también es una cuestión pacífica, tanto por parte de la doctrina⁸⁹ como de la jurisprudencia⁹⁰. El suministro puede llevarse por persona independiente al contrato de obra o por el propio contratista de la obra.

En caso de que el suministrador no haya contratado directamente con el comitente, sino que lo haya hecho con el contratista o subcontratista, podrá ejercitar la acción directa del artículo 1.597 C. C., siempre y cuando se den las condiciones necesarias para su ejercicio, gozando del privilegio refaccionario cuando concurra con otros acreedores.

445.- Es necesario para que dichos créditos gocen del privilegio refaccionario, que éstos se hayan incorporado efectivamente⁹¹ a la obra, no siendo suficiente la intencionalidad, por lo que aquellos materiales que no han sido incorporados no podrá disfrutar del privilegio refaccionario, pero disfrutarán del privilegio del artículo 1.922.1º C. C.. Para probar la incorporación efectiva de los materiales a la obra no será necesaria una prueba completa por las dificultades que ello entraña, siendo suficiente una prueba indiciaria⁹² como puede ser el contrato, las notas de recepción, etc..

⁸⁹ CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E.; GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. cit. Derecho de la Construcción...* Págs. 398-9.

CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.* Pág. 120-2. Para la autora los suministradores no deberían disfrutar del privilegio refaccionario si pudieron disponer de otra garantía que tuviera el mismo efecto que el privilegio.

⁹⁰ SSTs 15 de diciembre de 1868, 11 de octubre de 1894, SAP Cáceres de 7.1.1998 (AC 1998\194) y SAP Pontevedra de 19.11.00. (AC 2000\305).

⁹¹ CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.* Págs. 88 y 115.

⁹² CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.* Págs. 122-3.

446.- Los bienes consumibles (artículo 337 C. C.) hay que entenderlos no solo como aquellos que no pueden ser usados conforme a su naturaleza sin que se consuman, sino también aquellos cuya utilización conlleva la pérdida de la individualidad, cosa que sucede con la mayoría de los productos que se incorporan a la obra, bien en su forma originaria, o bien, mediante transformación, convirtiéndose de esa manera en inmuebles por incorporación⁹³.

4.5. TÉCNICOS.

447.- Son fundamentalmente los contemplados por la LOE, sin perjuicio de que puedan incorporarse otros en función de las especificidades del proyecto. Entre ellos, encontramos los que intervienen en la realización del proyecto de obra (arquitectos, ingenieros, geólogos, etc.), en la dirección de la ejecución material de la obra (arquitectos, arquitectos técnicos, ingenieros, ingenieros técnicos) y en el control (organismos y laboratorios de control de calidad).

448.- Su intervención comporta diferentes grados de inmediatez, pudiendo estar más o menos próximos a la ejecución material de la obra, así como, ser más o menos directa. Para la realización de la obra es necesario el proyecto, pero una vez confeccionado, corresponde a la dirección facultativa la dirección de la ejecución y la adopción de soluciones para los problemas que surjan durante la misma, mientras que son los organismos y laboratorios del control de calidad, los encargados de analizar la viabilidad del proyecto, su ejecución y de que las características y calidades de los materiales de la construcción que se incorporan a la edificación sean acordes con las exigencias del proyecto.

⁹³ CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.*. Págs. 119-20.

449.- El tipo de relación contractual que les vincula al proyecto inmobiliario⁹⁴ puede ser de resultado o de medios⁹⁵, en función de la prestación que lleven a cabo, pudiendo ser acometidas ambas prestaciones un mismo técnico o por diferentes.

La STS de 25.5.88 establece que el contrato del arquitecto es un contrato de servicios, cuando la prestación convenida es la realización de un trabajo o actividad con independencia del resultado. Esta situación se da cuando los técnicos asumen la dirección material de la obra. En el supuesto de que lo pactado sea fundamentalmente un resultado, nos encontramos ante un contrato de arrendamiento de obra, caso del arquitecto proyectista.

450.- La doctrina no es pacífica respecto a considerar o no privilegiados los créditos de los técnicos, los posicionamientos varían según se trate de autores partidarios de un concepto de crédito refaccionario estricto o amplio. Para los primeros⁹⁶, no tiene la consideración de refaccionario, y por tanto, no podrá disfrutar del privilegio, el crédito del proyectista⁹⁷, al no emplearse su prestación en la ejecución material de la obra, construcción, reparación o mejora del edificio. Para los segundos⁹⁸, si goza del privilegio, al hacer posible con su actividad la construcción, reparación y mejora, contribuyendo al desarrollo del

⁹⁴ FERNÁNDEZ COSTALES, J.. *El contrato del arquitecto en la edificación*. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1977. Pág. 123. Para éste autor la naturaleza jurídica del contrato del arquitecto vendrá determinada por la forma en que ejerce su profesión y de la actividad que realice en cada contrato.

⁹⁵ GUILLERMO OROZCO, P. “La responsabilidad civil de los técnicos: un ejemplo de la tendencia unificadora”. *Aranzadi Civil*, 2006. Págs. 31-43.

⁹⁶ ROCA SASTRE, R. M^a. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.. *Derecho Hipotecario*. T. VII. Bosch, Barcelona. 2007. Págs. 588-90.
RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M.. *Op. cit.*. Págs. 14 y ss.

⁹⁷ CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.*. Págs. 109-11.

⁹⁸ CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.* Págs. 63-80.
CONESA GARCÍA, A.. *Op. cit.*. Págs. 384-6.
ANGEL YAGÜEZ, A.. *Op. cit.*. Pág. 201.

proceso edificatorio, contribuyendo a que el resultado del mismo, la edificación, sea una realidad acorde con las exigencias técnicas y la legalidad vigente, pudiendo decirse que dicho crédito está causalizado en la edificación, siendo el gasto por sus servicios un coste más. Sin embargo, el concepto amplio de crédito refaccionario no autoriza una extensión indiscriminada a cualquier tipo de crédito que tenga su origen en el suministro de bienes o servicios en relación con la obra. El criterio seguido por el T.S. requiere que el acreedor haya ejecutado la obra del edificio o suministrado elementos integrados de forma fija en el inmueble

451.- La RDGRRNN de uno de junio de 2006 discute la posibilidad de extender a los honorarios profesionales de un arquitecto la anotación preventiva del artículo 42 L. H.. De dicha resolución, se deduce que el criterio registral está más próximo a los segundos que a los primeros, aunque establece, que para la calificación por el registrador del crédito como refaccionario, es requisito imprescindible acreditar su naturaleza refaccionaria conforme a la regulación de la legislación hipotecaria, que solo incluye cantidades anticipadas por razón del coste de las obras.

El notario alega en el recurso que con los sucesivos cambios sociales, económicos y jurídicos producidos en las últimas décadas, no se entiende, la realización de una obra sin la actuación inicial necesaria del arquitecto, cuyo proyecto de obras marca el inicio de cualquier construcción, así como, su actuación continuada interviniendo en la obra y emitiendo el certificado final de obra, contribuyendo con su intervención al aumento de valor de la misma. Termina alegando, que debe incluirse el derecho del arquitecto al cobro al cobro de sus honorarios por los proyectos realizados, como crédito refaccionario. Ante dichas alegaciones, la DGRRNN es consciente de que existe una corriente doctrinal partidaria de extender a los honorarios devengados por los arquitectos la condición de créditos refaccionarios, y otra, de reconducir las actividades desplegadas por determinados agentes de la edificación, entre los que se encuentran los arquitectos, a otros ámbitos como puede ser el de la propiedad

intelectual⁹⁹ (artículo 5.p. de la LCP de 1974 o en la legislación autonómica) por resultar dudoso que dicha actividad suponga un incremento de valor de la cosa, ya que la incorporación del valor debe ser en el bien objeto de refacción que es lo que tradicionalmente ha venido a justificar la preferencia reconocida a favor del crédito refaccionario y no en el patrimonio del deudor. Finalmente la DGRRNN desestima el recurso al no quedar acreditada la materialización de las inversiones previstas, al no existir inscrita ninguna declaración de obra nueva no constando haberse incorporado al valor del bien, que es lo que justifica la preferencia reconocida a favor del crédito refaccionario, ya que el carácter atribuido a la deuda como refaccionaria no depende de la voluntad de las partes, sino de la legislación civil sustantiva, correspondiéndole a la legislación hipotecaria solamente la publicidad en materia inmobiliaria.

452.- Por la misma razón los créditos de las entidades y laboratorios de control de calidad no gozan del privilegio del crédito refaccionario, ya que las prestaciones que éstos realizan en el proceso edificatorio no tienen una aplicación directa e inmediata en la construcción, reparación o mejora del edificio.

453.- A mi juicio, tanto el crédito del proyectista como el de las entidades y laboratorios de control de calidad gozan del privilegio refaccionario, ya que su intervención en el proceso edificatorio queda perfectamente determinada mediante el proyecto y los informes emitidos sobre la obra. Hoy en día, el proceso edificatorio está muy regulado, contribuyendo todos los agentes con su participación a la realización material de la obra independientemente de la inmediatez.

454.- La consideración de los créditos de la dirección facultativa de la obra por parte de la doctrina y jurisprudencia.....

⁹⁹ STS de 19 de abril de 2002 (RJ 2002\3305).

4.6. FINANCIADORES.

455.- La doctrina y la jurisprudencia es pacífica a la hora de considerar refaccionarios los créditos derivados de los préstamos¹⁰⁰ que financian la ejecución de la construcción del edificio¹⁰¹. Para ANGEL YAGÜEZ¹⁰², cuando la Ley Hipotecaria habla de créditos refaccionarios, aunque no precisa el concepto, los identifica con los préstamos destinados a la refacción por la mención de la palabra “cantidades” del artículo 59 de la L. H., sin embargo, el TS en sentencia de cinco de julio de 1875, llegó a negar la preferencia al prestamista a pesar de que el pacto de destinación a la refacción figuraba en escritura pública¹⁰³. RUÍZ-RICO¹⁰⁴, adopta una postura restrictiva respecto a la extensión del privilegio a los créditos refaccionarios, basándose en la regulación que de los mismos hace la Ley Hipotecaria, tanto en la primitiva redacción de 1861, como después con posterioridad como ley especial, ya que el C. C. en el

¹⁰⁰ EIRANOVA ENCINA, E.. *Op. cit.*. Pág. 1.802. Considera este autor que hoy en día no es necesario un privilegio refaccionario para el fomento de la construcción, lo que ha dado lugar a que sea desplazado por la hipoteca, y ello por los problemas que presenta en la actualidad, subrayando el suicidio técnico que supuso la STS 3ª de 24.2.2000 frente a la utilidad práctica que pretendía darle al reglamento hipotecario a través del RD 1867/1998.

RUIZ-RICO RUÍZ, J. M.. *Op. cit.*. Pág. 32 y ss.. Destaca como problemas que presenta el crédito refaccionario frente a la hipoteca, a los siguientes: a) han de casualizar el mismo estipulando el pacto expresamente que el destino de las cantidades prestadas será la construcción o reparación de un inmueble; b) caducidad; c) la anotación de los créditos refaccionarios se diferencian netamente de ésta en que la ley pone serias cortapisas para la práctica de este asiento; d) Hay un nuevo inconveniente de bastante entidad para la extensión de la anotación por créditos refaccionarios a los contratistas de inmuebles y es el que sigue: si propugnamos una interpretación amplia de los sujetos titulares de créditos refaccionarios para dar cabida a los contratistas de obras inmuebles, tendríamos que acoger también a todos aquellos otros individuos o entidades que, según el art. 1.922.1 en relación a los bienes muebles. CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, B.. *Op. cit.*. Pág. 216.

¹⁰¹ STS de 21 de mayo de 1987.

¹⁰² *Op. cit.* Pág. 186.

RUIZ-RICO RUÍZ, J. M.. *Op. cit.*. Págs. 18-19.

SSTS 12 de septiembre de 1862 y 19 de abril de 1975 (RA 1975\1722).

¹⁰³ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, C.. *Op. cit. Derecho de la Construcción....* Págs. 398-9.

¹⁰⁴ *Op. cit.*. Pág. 21.

artículo 1.924.3 y 5 no hace variación alguna, remitiendo a dicha Ley, y considerando créditos aptos de gozar de dicha protección solo a los créditos refaccionarios derivados del préstamo de suma para la construcción o reparación de edificios. Para el autor, el artículo 1.923.3, prima no a los titulares del crédito refaccionario sino a quienes anotan en el registro dicho crédito por lo que habrá que estar al sentido que a éstos da la L. H. en sus artículos 42.7 y 59 y ss., que se limita a los préstamos en dinero para la construcción o reparación de inmuebles.

456.- Sin embargo, a pesar de que los financiadores gozan del privilegio refaccionario, el crédito refaccionario se ha visto desplazado por la garantía hipotecaria, a causa de a las dificultades que presenta su anotación cuando concurren varios de estos créditos, lo que ha generalizado que en los proyectos inmobiliarios se utilice la financiación hipotecaria.

457.- Los créditos refaccionarios generalmente tienen un plazo de vencimiento superior a los sesenta días desde el final de la obra, tiempo máximo para la conversión en hipoteca de la anotación provisional, por lo que en caso de que el acreedor refaccionario decida no ejecutar el crédito, la conversión tendrá que hacerla dentro de este plazo. El primer acreedor que convierta la anotación no tiene problema, pero la dificultad surge en las sucesivas conversiones, ya que los requisitos para la realización de éstas, establecidos por el artículo 61. L. H., requieren que haya acuerdo unánime de todos los implicados, acerca del valor que haya de asignarse a la finca antes de las obras, o bien, un pronunciamiento judicial a través de providencia determinando dicho valor.

458.- Ante esta situación, está claro que el promotor va a preferir acudir a la financiación hipotecaria, cuya inscripción no presenta problema, pudiendo aplicarse a cualquier destino, a diferencia del crédito refaccionario, en el que primero que hay que acreditar que dicho crédito ha tenido por objeto la refacción, y con éste, atender el pago de las deudas de los acreedores refaccionarios. De otra

manera, se tendrían que inscribir la hipoteca correspondiente a cada acreedor refaccionario, con las dificultades que ello conlleva.

4.7. ENTES PÚBLICOS.

459.- Gozan también del privilegio refaccionario, aquellas subvenciones prestadas por entes públicos para el fomento de la actividad edificatoria¹⁰⁵ y reparación de edificios. Así lo establece el artículo 155 del R.H., al disponer que se puede solicitar la anotación preventiva, en virtud de los documentos de

¹⁰⁵ EIRANOVA ENCINA, E. *Op. cit.*. Pág. 1.802.

La STS de 31.1.01 (RJ 2001\1083) declaró ilegal la pretendida modificación del art. 155 R. H. por el Decreto 1867/1998 de 4 de septiembre, suprimiendo el párrafo cuarto de dicho artículo, que regula la anotación preventiva de subvenciones públicas y los créditos de las entidades públicas por desbordar lo previsto en los art. 42.8º y 59 de la L.H., ya que ni de las subvenciones públicas nace por sí un crédito para su reintegro, ni en los casos de reintegro de subvenciones públicas constituyen relaciones de derecho privado como las contempladas en la L.H., por lo que una norma reglamentaria estaba afectando al orden de preferencias establecido en el Código Civil. F.7º:... “siendo también ilegal el artículo 155 en cuanto regula la anotación preventiva de subvenciones públicas y los créditos de entidades públicas con destino a la refacción, reparación, rehabilitación o mejora de edificios urbanos, al desbordar lo previsto en los artículos 42.8º y 59 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes, pues ni de la concesión de subvenciones públicas nace en todo caso y por sí un crédito para su reintegro, ni los casos de reintegro de subvenciones públicas constituyen relaciones de derecho privado como las contempladas en dichos artículos de la Ley Hipotecaria, sin que exista disposición alguna con rango de Ley, en la que pueda apoyarse la nueva forma de acceso al Registro de la Propiedad de créditos tributarios introducida por el artículo 155 del Reglamento Hipotecario reformado, con lo que una norma reglamentaria, sin base legal, está afectando al orden de prelación de créditos establecido en el artículo 71 de la Ley General Tributaria (RCL 1963, 2490 y NDL 15243) y en los artículos 1923 y 1927 del Código Civil, con lo que se vulneran los principios de legalidad y de jerarquía normativa, mientras que respecto de los créditos de naturaleza no tributaria, la expresión legal mejora puede dar pie a un desbordamiento del concepto de refacción, y el plazo de caducidad contemplado en el párrafo cuarto del artículo 155 del Reglamento Hipotecario reformado entra en abierta contradicción con lo dispuesto en el artículos 92 de la Ley Hipotecaria, según el cual la anotación a favor del acreedor refaccionario caducará a los sesenta días de concluida la obra objeto de refacción, de manera que el artículo 155 comentado crea un nuevo tipo de anotación preventiva, que contraría manifiestamente los artículos 42.8º y 92 de la Ley Hipotecaria y viene a alterar el orden de preferencias crediticias establecido en los artículos 1.923, 1.925 y 1.927 del Código Civil, y la regulación que el artículo hace de la anotación preventiva de crédito refaccionario en cuanto a los edificios en propiedad horizontal carece de todo sustento legal”

subvenciones públicas destinadas a la refacción, reparación o rehabilitación y mejora de edificios urbanos, sus instalaciones, fachadas y elementos comunes.

Para la anotación en régimen de propiedad horizontal¹⁰⁶, será necesario que el presidente de la comunidad autorizado por la junta general de propietarios, acredite la certificación del presupuesto de la obra que no podrá ser inferior a la subvención concedida. Dicha anotación se realizará en el folio de la finca matriz, con notas de referencia en los folios correspondientes a los elementos independientes.

4.8. VENDEDORES.

460.- Cabe plantearse si el crédito del vendedor que construye ex novo, tiene cabida dentro de los créditos refaccionarios, al igual que sucede con los créditos por construcción y reparación del vendedor de cosa mueble del artículo 1.922.1 C. C. La doctrina¹⁰⁷ se pronuncia al respecto de forma negativa no pudiendo equiparar el artículos 1.923.3 al 1.922.1, con independencia de que el crédito por el precio aplazado de la venta pudiera acceder al registro a través del artículo 11 L. H.. Sin embargo, hoy en día la tendencia¹⁰⁸ general creciente es la protección de quién construye ex novo inmuebles y edificios, aunque parte de la doctrina se muestra en desacuerdo con el resto.

¹⁰⁶ Art. 155 R. H.

¹⁰⁷ RUIZ-RICO RUÍZ, J. M.. *Op. cit.*. Págs. 24 ss.

¹⁰⁸ GULLÓN BALLESTEROS. *Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia. T. II. Pág. 2.072, quien considera una incoherencia interpretativa privilegiar en el art. 1.922.1, al que construye un bien mueble, y no hacerlo con el que construye “ex novo” un bien inmueble..

4.9. COMPRADORES.

461.- En el caso de que el comprador anticipe cantidades a cuenta del precio de la vivienda para su construcción, su crédito estará causalizado en la refacción cuando éstas han sido aplicadas a la obra. El criterio general seguido por la doctrina¹⁰⁹ es considerarlo refaccionario. También desde el punto de vista jurisprudencial estos créditos tienen tal consideración¹¹⁰. MEZQUITA¹¹¹, considera que la integración del comprador-financiador del piso futuro como acreedor refaccionario conlleva el aumento del número de acreedores refaccionarios, contrario a las tendencias actuales de reducción de privilegios, cosa que sucede en la L. C. donde los créditos refaccionarios en caso de concurso pierden el privilegio general. Sin embargo, a pesar de que aumenta el número de acreedores privilegiados, el número de privilegios se mantiene.

¹⁰⁹ MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M^a. D.. *Op. cit.* Pág. 407 y ss.

GARCÍA ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, C.. “La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción”. *RCDI*. N^o. 551. 1982. Pág. 936.
DE LA CAMARA ÁLVAREZ, M.. *La insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1973. Pág. 89.

¹¹⁰ STS 21 de mayo de 1987 (RJ 3552) y SAP Huesca de 14.10.94.

¹¹¹ MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M^a. D.. *Op. cit.*. Págs. 409-10.

5. EL CRÉDITO REFACCIONARIO Y LAS EJECUCIONES SINGULARES Y UNIVERSALES.

5.1. INTRODUCCIÓN.

462.- Existe un doble sistema de graduación de créditos¹¹², uno concursal y otro extraconcursal. El primero establecido por la Ley Concursal para las ejecuciones universales, y el segundo establecido por C. C., para las ejecuciones singulares. La Ley Concursal a través de la disposición final primera, añadió un párrafo segundo al artículo 1.921 C. C., manteniendo la redacción anterior en el párrafo primero. Este último dispone que en las ejecuciones singulares los créditos se clasificarán, para su graduación y pago por el orden y en los términos que dicho capítulo establezca, mientras que el segundo establece que en caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por lo establecido en la Ley Concursal. La disposición final trigésima tercera de la Ley Concursal obliga al gobierno a remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley regulador de la concurrencia y prelación de créditos en las ejecuciones singulares.

463.- Las ejecuciones del crédito refaccionario van a condicionar la conducta del acreedor de forma diferente, según se trate de ejecuciones singulares o universales, pues dependiendo del caso, le puede interesar o no que el deudor sea declarado en concurso. La situación en la que se encuentra el acreedor refaccionario ante uno y otro tipo de ejecución es distinta en función del tipo de privilegio, según se trate de créditos refaccionarios anotados (artículo 42.8 LH) o no anotados

¹¹² RIOS SALMERÓN, B. y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^a. L.. *Op. cit.*. Pág. 1.808.

5.2. CRÉDITOS REFACCIONARIOS ANOTADOS.

5.2.1. Ejecuciones singulares.

464.- Desde un punto de vista sustantivo, el crédito refaccionario anotado¹¹³, es preferido (artículo 1.923.3 C. C.) a todos los créditos anteriores y posteriores que no sean del estado (artículo 1.923.1º C. C.), de los aseguradores (artículo 1.923.2º C. C.), de la comunidad de propietarios (art. 9.1.e. LPH), de los acreedores hipotecarios y refaccionarios registrados con anterioridad (artículo 1.923.3 C. C.), y de los créditos inscritos o anotados previamente mediante anotación preventiva (artículo 1.923.4 C. C.). Exceptuando la preferencia de los créditos del estado, los aseguradores y la comunidad de propietarios, el grado de prelación se determinará por la regla *tempor potior iure* que es el criterio general para resolver entre acreedores dotados de garantía real.

465.- Desde un punto de vista procesal con la utilización de la tercería de mejor derecho (artículos 614-620 LEC), el acreedor que goce de preferencia legal, ajeno a la ejecución del crédito reclamado por el acreedor ejecutante, puede solicitar la satisfacción de su crédito con anterioridad al de éste. Una vez establecida la preferencia del crédito refaccionario anotado, el alcance de la misma excluye a todos los demás hasta donde llegue su valor,¹¹⁴ y si concurren varios acreedores refaccionarios sobre la misma edificación se estará a lo establecido por el artículo 1.927.2 C. C., antigüedad de las respectivas anotaciones en el Registro de la Propiedad.

¹¹³ EIRANOVA ENCINA, E. *Op. cit.* Pág. 1.806.

¹¹⁴ RIOS SALMERÓN, B. y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^a. L.. *Op. cit.* Pág. 1.794.

5.2.2. Ejecuciones universales.

466.- Los créditos en la lista de acreedores se clasifican a efectos de concurso en privilegiados, ordinarios y subordinados (artículo 89.1 L. C.). El artículo 89.2 establece la inadmisión de privilegios o preferencias que no estén reconocidos en la ley, y el artículo 90.1.3 L. C., que los créditos refaccionarios con privilegio especial son créditos sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados, mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado. Los créditos con privilegio especial se pagarán con cargo a los bienes y derechos afectos (artículo 155 L. C.), ya sean objeto de ejecución separada o colectiva. Los pagos que haya que hacer para satisfacer los créditos contra la masa¹¹⁵ se harán con cargo a bienes no afectos al pago de créditos con privilegio especial (artículo 154.3 L. C.). En caso de que el valor de dichos bienes no fuera suficiente para el pago de los créditos, el importe no satisfecho se añadirá a los créditos ordinarios, según dispone el artículo 157.2 L. C. Si existe remanente, se destinará al pago de la parte de los créditos con privilegio especial no satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos y a los créditos ordinarios.

467.- El acreedor refaccionario con privilegio especial puede quedar vinculado o no, con respecto al convenio. En principio, según el artículo 123 L. C. no queda vinculado por asistir a la junta, pero si lo desea, podrá vincularse votando a favor

¹¹⁵ El art. 84 de la LC distingue entre créditos contra la masa y créditos concursales. Los créditos contra la masa son los que se relacionan en el art. 84.2 LC y se caracterizan salvo alguna excepción, por ser créditos vinculados al propio funcionamiento del concurso o a la gestión del patrimonio del concursado. Los créditos contra la masa son prededucibles y se abonan “antes de proceder al pago de los créditos concursales” (art. 154.1 LC).

Los créditos concursales son aquellos que conforme a la LC, no tienen la consideración de créditos contra la masa (84.1. LC). Y se califican a efectos del concurso en privilegiados, ordinarios y subordinados (89.1. LC). Los créditos privilegiados se clasifican a su vez, en crédito con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos, y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor (89.2 LC). Se entenderán clasificados como ordinarios “aquellos que no se encuentren clasificados en esta ley con privilegio ni como subordinados” (89.3 LC). Por lo demás el art. 89.2 LC establece que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta ley.

de la propuesta, y con posterioridad a la aceptación del convenio por los acreedores o de la aprobación por el juez, mediante adhesión prestada antes de la declaración judicial de su cumplimiento, quedando sometido a los efectos del mismo (artículo 134.2 L. C.).

468.- La ejecución de los bienes afectos a los créditos refaccionarios puede llevarse de forma separada o colectiva, según lo dispuesto por el artículo 155 L. C.. En el supuesto que concurren varios créditos refaccionarios sobre un mismo bien afecto, el artículo 155.3 L. C. dispone que los pagos se realizaran conforme al criterio de la prioridad temporal determinado en base a los requisitos y formalidades previstas en la legislación específica.

5.3. CRÉDITOS REFACCIONARIOS NO ANOTADOS.

5.3.1. Ejecuciones singulares.

469.- El artículo 1.023.5 C. C. establece la preferencia de los créditos refaccionarios que no hayan sido objeto de la anotación del artículo 42.8 L.H., sobre otros créditos (artículo 1.023.1,2,3,4) distintos a los del estado, aseguradores, comunidad de propietarios, hipotecarios, refaccionarios inscritos y los créditos anotados previamente en el Registro de la Propiedad, todos ellos, dentro de los límites establecidos por dicho artículo. Esta preferencia es referida contra los créditos simples.

Las ventajas que se obtienen de este privilegio son pocas al encontrarse en el último lugar de los acreedores privilegiados¹¹⁶, no tienen eficacia *erga omnes* por no aparecer publicado en el registro, carece de repersecutoriedad y es

¹¹⁶ RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M.. *Op. cit.*. Pág. 42.

necesaria la permanencia del inmueble en el patrimonio del deudor, ya que su salida hace desaparecer la virtualidad del privilegio.

La prelación de dichos créditos, entre ellos, es por orden inverso al de su antigüedad (artículo 1.927.3 C. C.), de esta manera el último acreedor refaccionario posterga a los demás que se ven beneficiados por su actividad.

5.3.2. Ejecuciones universales.

470.- El artículo 89.2 L. C., establece que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido por ella¹¹⁷. La L. C. solo considera privilegiados a los créditos refaccionarios con privilegio especial (artículo 90.1.3). Nos encontramos ante un caso de privilegio reconocido extraconcursumente (artículo 1.923.5) y no en la ejecución universal, donde tienen la consideración de créditos ordinarios.

6. EL PRIVILEGIO SALARIAL REFACCIONARIO.

6.1. LOS CRÉDITOS SALARIALES REFACCIONARIOS INMOBILIDARIOS.

471.- La expresión “poner trabajo” del artículo 1.597 C. C., no presupone una relación laboral entre el acreedor directo y el contratista de la obra, ya que los créditos por trabajo pueden provenir de relaciones jurídicas laborales o de relaciones jurídicas contractuales de cualquier otro tipo. Cuando los créditos tienen origen en relaciones jurídicas laborales por cuenta ajena en las que se

¹¹⁷ SJ de lo Mercantil número 1 de Oviedo núm. 32/2007 de 5 de marzo, (AC 2008\808).

realizan prestaciones de hacer destinadas a la obra, ya sean materiales o intelectuales, caen en el ámbito del Estatuto de los Trabajadores, teniendo la consideración de créditos salariales refaccionarios¹¹⁸. El régimen jurídico de dichos créditos viene establecido por los artículos 32 del Estatuto de los Trabajadores¹¹⁹ y 90, 91 de la Ley Concursal.

472.- Los créditos salariales tienen su origen en el salario. El artículo 26 E.T. establece en su punto primero que tienen la consideración de crédito salarial¹²⁰, las retribuciones percibidas por el trabajador, tanto por el tiempo efectivo, como por el de descanso computable como trabajo, por lo que el salario en sentido estricto comprende el salario base y los complementos salariales¹²¹, y; en el punto segundo, que los créditos extrasalariales¹²² comprenden las indemnizaciones o suplidos de los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones e indemnizaciones, y las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social.

¹¹⁸ CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.*. Págs.123-4.

¹¹⁹ Modificado por la D.F. 14ª, de la Ley 22/2003 Concursal.

¹²⁰ “Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso, computables como de trabajo...”.

¹²¹ CORDERO LOBATO, E.. “La jurisprudencia relativa a los privilegios del crédito salarial. En particular el privilegio salarial refaccionario del art. 32.2º del E.T”. *Anuario de Derecho Civil*. 1993. Pág. 1.934-6. Para la autora el concepto de salario que se maneja en el art. 32 ET es el concepto amplio, pero matizando, que la jurisprudencia no ha tenido en cuenta que la noción de salario puede ser distinta en cada uno de los preceptos del art. 32. Así, aunque los créditos por indemnizaciones por despido tengan cabida en el concepto amplio de salario, tales créditos no pueden disfrutar de los privilegios de los dos primeros números del art. 32, porque en ellos no concurre la causa de la preferencia de estos privilegios. Sin embargo ello no impedirá que a los créditos por indemnización por despido les sean aplicables las restantes previsiones del art. 32.

¹²² “No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos”.

Estos conceptos son más estrictos que el utilizado por el artículo 84.2.5 L. C., bajo la denominación de créditos laborales¹²³, que incluyen junto a los créditos salariales las indemnizaciones.

473.- La interpretación que la jurisprudencia¹²⁴ viene dando a dicho precepto es la de un concepto amplio de salario, en el que se incluye no solo la atribución

¹²³ ALBIO MONTESIONOS, I. *Aspectos Laborales de la Ley Concursal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. Pág. 144.

¹²⁴ STS de 25 de junio de 1995. “TERCERO.- Siendo la contradicción evidente, la cuestión litigiosa debe resolverse de acuerdo con la doctrina de esta Sala contenida en las Sentencias aportadas como contrarias, y en otras también de esta Sala de 23 octubre 1986 (RJ 1986\5888); 30 junio 1987 (RJ 1987\4673); 19 diciembre 1987 (RJ 1987\8980); 27 julio 1988 (RJ 1988\6254); 15 diciembre 1988 (RJ 1988\9626); 3 octubre 1990 (RJ 1990\7522) y 26 febrero 1990 (RJ 1990\1235), en el Auto de la Sala de Conflicto de competencias del Tribunal Supremo de 27 junio 1992; en esta última resolución con las argumentaciones, allí contenidas, que esta Sala asume y hace suyas se dice, que dentro del ámbito de protección que el art. 32 ET dispensa, deben comprenderse, las indemnizaciones que tengan su origen en la extinción del contrato en base al art. 51 ET ensanchando el concepto de salario no sólo a las retribuciones percibidas directas e inmediatamente por la prestación de servicios, sino también su totalidad, como consecuencia del contrato laboral, por estar justificado no sólo por las razones históricas enumeradas en dicho auto, sino porque así resulta del art. 33 del ET al regular el ámbito de protección que el Fondo de Garantía Salarial dispensa, del cual se deduce que pese al calificativo «salarial» empleado se está refiriendo no sólo a los débitos salariales en sentido estricto, sino también a las indemnizaciones antes dichas, en primer lugar, porque si en dicho artículo se dice «que el FGS asumirá las obligaciones especificadas en los números anteriores - abono a los trabajadores del importe de los salarios pendientes de pago, así como de las indemnizaciones a causa de despido o extinción de los contratos de trabajo conforme a los arts. 50 y 51 del Estatuto de los Trabajadores-, y que para el reembolso de las cantidades satisfechas «se subrogará en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el art. 32 de esta Ley», esta última precisión legal -la conservación del carácter privilegiado de unos y otros créditos los que corresponden al salario estricto y los que obedecen a indemnizaciones por la extinción del contrato de trabajo, pues a ambos se refiere el precepto, sin que sea válido introducir una distinción que en el mismo no se hace-, adquiere especial relevancia pues denota que el art. 32 en la regulación que contiene en materia de privilegios, refiere éstos a los que venimos llamando concepto amplio del salario, en el que se incluye no sólo la retribución inmediata y directa sino los demás beneficios que derivan del contrato de trabajo, como son las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo. De entenderse de otro modo carecería de lógica el mandato que figura en el último inciso del art. 33.4 conforme al cual si los créditos satisfechos por el FGS concurren con los que puedan conservar los trabajadores por la parte satisfecha por aquél, unos y otros se abonarán a prorrata de sus respectivos importes, pues si se mantiene que las indemnizaciones por cese no se encuentran amparadas por el art. 32 no tendría explicación que lo pagado por FGS por tal concepto tuviera que ser considerado a efectos de la indicada prorrata, cuando los créditos no cobrados por los trabajadores fueran salariales, en su sentido estricto, y, por tanto indiscutiblemente dotados de preferencias»; en segundo lugar porque «el artículo 90.2 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1974\1482 y NDL 27361) expresamente dispone que las prestaciones que deben satisfacer los empresarios a su cargo tendrán el carácter de créditos privilegiados, gozando al efecto del régimen establecido por el art. 59 de la Ley de Contrato de

inmediata y directa, sino también, los demás beneficios que se derivan del contrato de trabajo, como son las indemnizaciones por su extinción.

474.- Los titulares de los créditos salariales son los asalariados ligados al empleador por una relación de dependencia laboral por cuenta ajena, que se corresponden con los incluidos dentro del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores. Tanto la doctrina como la jurisprudencia al interpretar el artículo 32 E.T. se han mostrado unánimes en que el vocablo trabajadores, comprende todos los trabajadores¹²⁵ pertenecientes a la empresa, con independencia de su mayor o menor grado de intervención en la elaboración del edificio objeto de la refacción.

475.- En la edificación, las obligaciones son asumidas fundamentalmente por promotores y constructores¹²⁶ de forma individual o indistinta, e incluso de forma

Trabajo (RCL 1944\274 y NDL 7232), cita esta última que ha de entenderse referida en la actualidad al art. 32 del Estatuto de los Trabajadores, pues es la norma que en el nuevo ordenamiento laboral sustituye a la que figuraba en dicho art. 59. Supone el mandato legal referido que todas las prestaciones, incluso aquellas que no son sustitutivas del salario, se encuentran dotadas de los privilegios y preferencias que consagra el citado art. 32. Siendo ello así no resultaría conclusión lógica que el ámbito de cobertura que ofrece el mencionado artículo afectara de manera tan importante a las prestaciones de la Seguridad Social y que, sin embargo no actuará en el campo de las indemnizaciones por extinción del vínculo laboral, cuando las mismas compensan una pérdida del trabajo por causa no imputable al trabajador. Se ha de tener en cuenta, además, que dichas indemnizaciones son fijadas por la ley atendiendo a la antigüedad y a la cuantía del salario, en su concepción estricta, sin tener en cuenta otros eventuales perjuicios que de dicho cese se irroguen al trabajador, ya que las reglas que establece al respecto la legalidad vigente determinan su exacta cuantificación, excluyendo que el juzgador pueda valorar de otro modo los daños y perjuicios causados por el cese impuesto por el empresario (Sentencias de 18 julio 1985 [RJ 1985\3809] y 23 octubre 1990 [RJ 1990\7709], ambas de la Sala de lo Social de este Tribunal)».

¹²⁵ MACHADO PLAZAS, J.. "El privilegio salarial refaccionario". *Revista General de Derecho*. Nº. 648. 1998. Pág. 11.103.

¹²⁶ RIOS SALMERÓN, B.. *Op. cit.* Pág. 295. El art. 3.5 E.T., establece la indisposición del empresario de los derechos del asalariado que vengan reconocidas por disposiciones legales de derecho necesario y convenios colectivos, no siendo esto aplicable a las relaciones que el trabajador mantiene con terceros al margen de su relación laboral, al menos en lo que excede el límite de los inembargable.

subsidiaria por la intervención de ciertos organismos¹²⁷. En las relaciones triangulares (artículos 42, 43 y 44 ET), en caso de falta de abono de los salarios por el empresario y previa condena solidaria podrá dirigirse el asalariado contra terceros responsables.

6.2. EL PRIVILEGIO SALARIAL REFACCIONARIO.

476.- La fundamentación jurídica del privilegio de estos créditos es proteger a los asalariados frente a los demás acreedores del empresario, principalmente por dos razones¹²⁸: a) porque los créditos salariales son generalmente la única fuente de ingresos de que gozan los asalariados, teniendo por tanto un carácter de subsistencia, y; b) por la dificultad de recuperación del trabajo prestado por el asalariado, ante la imposibilidad por parte del empresario del abono del salario en situaciones de adversidad económica.

477.- Hasta la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, los privilegios de los créditos laborales de los trabajadores se regulaban por el artículo 32 del E.T. que establecía tres preferencias. Un superprivilegio en el primer punto; un privilegio especial refaccionario en el segundo punto y un privilegio general ordinario en el tercer punto. Dicha norma también reconocía el derecho de ejecución separado de las deudas laborales en el quinto punto. Con la promulgación de la L. C., la disposición final 14^a.1 modifica el artículo 32 del E. T., manteniendo las tres modalidades del privilegio pero suprimiendo el

¹²⁷ El art. 33.4 E.T. establece que “para el reembolso de las cantidades satisfechas, el Fondo de Garantía Salarial se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el art. 32 de esta Ley” y que “si dichos créditos concurriesen con los que puedan conservar los trabajadores por la parte no satisfecha por el Fondo, unos y otros se abonarán a prorrata de los respectivos importes”. Subrogado el FOGASA en los créditos que ostentan los trabajadores, ocupa la misma posición que el trabajador por la parte o totalidad del crédito abonado.

¹²⁸ RÍOS SALMERÓN, B.. *Los privilegios del crédito salarial*. Civitas, 1984. Págs. 35-36. CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.*. Págs. 1927-8.

privilegio procesal de ejecución separada de las deudas laborales en el caso de ejecuciones universales¹²⁹.

478.- El privilegio del artículo 32.1 E. T., es un superprivilegio preferente sobre cualquier otro que comprende los salarios de los últimos treinta días de trabajo¹³⁰, en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, manifestándose en relación a todos los bienes del empresario. En las ejecuciones universales, los treinta días de trabajo están referidos a un tiempo anterior a la declaración de concurso, teniendo la consideración de crédito contra la masa (artículo 84.2.1 L. C.), sin ser preferente a los créditos garantizados con prenda o hipoteca, por lo que la regulación es menos favorable que la del artículo 32 E.T..

479.- El punto tercero del artículo 32 E. T.¹³¹, establece un privilegio general ordinario a los créditos salariales en procedimientos singulares, en cuantía que no superen el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, así como las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal, calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo. Gozan de preferencia sobre cualquier otro crédito, salvo que se trate de créditos con garantía real que legalmente sean preferentes.

¹²⁹ La Disposición final decimocuarta que en su punto segundo reforma el Estatuto de los Trabajadores, añadiendo el art. 57 bis “En caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinciones colectivas de contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal”.

¹³⁰ Pueden ser tanto los treinta días últimos antes de la demanda que reclama los salarios devengados y no pagados, como los anteriores a la extinción de la relación laboral, o incluso los previos al cese o suspensión de la prestación de trabajo. Son los ubicados en una treintena, no los días hasta treinta trabajados en un intervalo de tiempo mayor.

¹³¹ El Proyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, los contempla en el art. 1.924.1º C.C., modificando en su Disposición Derogatoria el art. 32 E.T..

480.- La L. C.¹³² también incluye estos créditos entre los créditos con privilegio general del artículo 91.1, comprendiendo las indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración del concurso. El pago de los créditos afectos con privilegio general se efectuará en la forma dispuesta en el artículo 156 de la L. C.¹³³.

481.- El artículo 32.2 E. T.¹³⁴, contempla un privilegio especial refaccionario¹³⁵ de preferencia de los créditos salariales sobre los objetos¹³⁶ elaborados por los trabajadores¹³⁷ mientras sean propiedad¹³⁸ del empresario, aplicable a aquellos bienes que están en posesión del empresario y a los de su propiedad aunque no disponga de la posesión¹³⁹. Este privilegio también es contemplado por el artículo

¹³² ALAMEDA CASTILLO, M^a. T.. *Aspectos laborales de la Ley Concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial. Madrid 2006. Págs. 68-9.

¹³³ “Deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos, se atenderá al pago de aquellos que gozan de privilegio general, por el orden establecido en el art. 91 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número”.

¹³⁴ El Proyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, los contempla en el art. 1.922.1º C.C.

¹³⁵ CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.* Pág. 78. Tanto la doctrina laboralista como la jurisprudencia, están de acuerdo en que este privilegio tiene naturaleza refaccionaria, pero no por derivar de un contrato de préstamo, sino que lo es por el hecho de que incorporó sus trabajo a un bien.

¹³⁶ MACHADO PLAZAS, J.. “El privilegio salarial refaccionario”. *Revista General de Derecho*. Nº. 648. 1998. Págs. 11.102-3.

¹³⁷ MACHADO PLAZAS, J.. *Op. cit.* Págs. 11.101-2. La interpretación jurisprudencial ha sido extender el privilegio a los bienes inmuebles. STSS de 27 de octubre de 1983 y 18 de diciembre de 1989.

¹³⁸ CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.* Págs. 11.953-5.
MACHADO PLAZAS, J., *Op. Cit.* Pág. 11.103.

¹³⁹ CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.* Pág. 124.

90.1.3 L. C. para el caso de las ejecuciones universales, haciendo referencia a los créditos de los trabajadores, sin más especificaciones, comprendiendo los créditos salariales como los extrasalariales. El privilegio alcanza a las cantidades adeudadas a los trabajadores por tales conceptos sin limitación temporal ni cuantitativa, respecto de los objetos propiedad del empresario elaborados por los trabajadores.

482.- En el caso que nos ocupa, los objetos sobre los que recae el privilegio refaccionario son aquellos los bienes inmuebles a los que se incorpora el trabajo, no en los que se trabaja¹⁴⁰. La Ley habla de objetos “elaborados” por lo que quedan excluidos del privilegio los objetos reparados¹⁴¹ por los trabajadores, y los servicios prestados por las empresas, pero si tienen la consideración de refaccionarios los créditos que se originen por la ampliación de inmuebles ya edificados. Se trata por tanto de un privilegio de eficacia limitada a los bienes tangibles (edificios) que se integran en el patrimonio del deudor, susceptibles de valoración económica y apropiación.

483.- La preferencia especial refaccionaria de los trabajadores no está requerida de formalidad¹⁴² ni de asiento registral alguno para que surta sus efectos según dispone el artículo 90.2 L. C.. Para su ejercicio, en caso de que otro acreedor

¹⁴⁰ STSS 17 de noviembre de 1997 y STJ País Vasco 28.4.98.

¹⁴¹ LAUSADA AROCHENA, J. F.. “Los privilegios de los créditos salariales en el concurso de acreedores. *Tribuna Social*. Octubre 2004. Pág. 44. Para quién la expresión elaborados, comprende la producción partiendo de materias primas, e incluso la extinción de las materias primas, aunque no comprende, al no surgir ningún producto nuevo, la reparación.

¹⁴² El art. 86.2 LC establece que “se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por sentencia, aunque no fueran firmes, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, los asegurados con garantía real inscrita en registro público, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso”.

haya procedido a la ejecución de su crédito sobre el inmueble, se requiere interponer de una tercería de mejor derecho¹⁴³ (artículo 614. LEC.).

484.- El artículo 32.6 E. T. establece como plazo para el ejercicio de los derechos de preferencia del crédito salarial, un año a contar desde el momento en que debió de percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán¹⁴⁴ dichos derechos. Hay que diferenciar¹⁴⁵ entre los plazos de prescripción de los créditos salariales y el plazo de prescripción otorgado por la Ley para el ejercicio de las preferencias que acompañan a éstos. En la actualidad, tanto el artículo 32.6, como el 59 E.T., establecen como plazo para el ejercicio de las acciones de preferencia del crédito salarial y de percepciones económicas un año, plazo que podrá interrumpirse por actos de parte como puede ser la reclamación judicial o extrajudicial del acreedor o cualquier acto de reconocimiento del deudor¹⁴⁶. El simple ejercicio del derecho de crédito puede no interrumpir el plazo de prescripción de la preferencia¹⁴⁷, por lo que podría darse el caso que hubiese prescrito la preferencia y no el crédito.

485.- La transmisión de los créditos, ya sean por cesión o subrogación, conlleva la transmisión de todos los accesorios del crédito (artículos 1.212, 1.528 C. C. y

¹⁴³ RDGRRNN de 2 de diciembre de 2004 y de 28 de junio de 2005. La DGRRNN entiende que ante la negativa de los Registros de la Propiedad a la inscripción de los mandamientos remitidos por los jueces de lo social a consecuencia de la ejecución de la concurrencia de embargos sobre una misma finca, para que opere el privilegio del art. 32 del Estatuto de los Trabajadores debe seguirse el correspondiente juicio de tercería en el que se dicte sentencia sobre la existencia del privilegio y el orden en que los créditos deben ser satisfechos (art. 620.1 LEC).

¹⁴⁴ SSTS 28 de abril de 1986 (RJ 1986\2037) y 20 de mayo de 1994 (RJ 1994\3725). Se trata de un plazo de prescripción y no de caducidad.

¹⁴⁵ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.. *Derecho del Trabajo*. 25ª. edic. Thomson Civitas. Madrid, 2008. Págs. 647-655.

¹⁴⁶ Art. 1973 C.C..
SALMERÓN RIOS, B.. *Op. cit.*. Pág. 303.

¹⁴⁷ CORDERO LOBATO. *Op. cit.*. Págs. 1.941 y 1.944.
SSTS de 25 de septiembre de 1985. (RJ 1985\4408), de 12 de febrero de 1992. (RJ 1992\1272) y de 3 de julio de 1990. (RJ 1990\5771).

149 R. H.). La doctrina¹⁴⁸ ha entendido que no se transmiten con el crédito los privilegios de naturaleza personal y el Tribunal Supremo los ha excluido cuando el acreedor subrogado no es el Fondo de Garantía Salarial¹⁴⁹.

6.3. EJECUCIONES SINGULARES Y UNIVERSALES. SEPARACIÓN DE LA ACCIÓN.

486.- El artículo 32.5 E.T. dispone que las preferencias de los créditos de los trabajadores, serán de aplicación a aquellos supuestos en que no hallándose el empresario en situación de concurso concurra con otros acreedores sobre sus bienes¹⁵⁰. Pero si se abre el concurso, los créditos laborales se hacen efectivos dentro de éste y de acuerdo con las preferencias establecidas por el mismo.

487.- Entre un sistema y otro de preferencias hay diferencias. En las ejecuciones singulares el crédito correspondiente a los salarios de los últimos treinta días de trabajo en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, tiene tratamiento de superprivilegiado¹⁵¹, teniendo prioridad absoluta sobre cualquier otro crédito. Sin embargo, en las ejecuciones universales dicho crédito se ve devaluado con respecto a los créditos con privilegio especial, ya que, aunque tiene la consideración de crédito contra la masa con prioridad en el pago

¹⁴⁸ CRUZ VILLALÓN, J.. *Estatuto de los Trabajadores Comentado*. Tecnos, 2003. Madrid. Págs. 396-7.

¹⁴⁹ CABANILLAS, A. "Comentario a la STS de 27 de junio de 1989". *Cuadernos Civitas jurisprudencia Civil*. 1989, Abril/Agosto. Pág. 631.

¹⁵⁰ ROQUETAS BUJ, R. "Los privilegios de los créditos salariales laborales y de Seguridad Social en situaciones concursales". *Actualidad Laboral*". 2006. N°. 11.

¹⁵¹ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.. *Op. cit.*. Pág. 379.
SEGOVIANO ASTABURUOAGA, M^a.. "Incidencia del proyecto de ley concursal en la normativa laboral". *Información laboral*. Diciembre 2002. Pág. 29.

sobre los créditos concursales, el valor de realización de los bienes afectados por créditos privilegiados se destina al pago de dichos créditos.

488.- En las ejecuciones singulares, el alcance subjetivo (artículo 1.1 E. T.) quedaba referido a los trabajadores que presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena dentro del ámbito de organización y dirección del empresario. En las ejecuciones universales (artículo 90.3 LC) se refiere de forma genérica a los trabajadores, por lo que dentro de éstos quedan comprendidos tanto los trabajadores por cuenta ajena como los trabajadores autónomos¹⁵², siempre que lo sean como consecuencia directa de la actividad profesional relacionada con la refacción. El campo de aplicación del privilegio es más amplio en la L. C. que en el E. T., ya que éste último, está referido a los créditos salariales mientras que la L. C. se refiere a los créditos de los trabajadores, comprendiendo tanto los salariales como las indemnizaciones¹⁵³.

489.- En caso de que los bienes objeto de la refacción fuesen necesarios para la continuación de la actividad empresarial del deudor y estuviesen gravados con garantía real¹⁵⁴, los artículos 56 y 155 L.C. establecen que los acreedores no podrán iniciar la ejecución o la realización forzosa hasta que se apruebe el convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de dicho derecho, o transcurra un año desde la declaración de concurso, sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. En caso de estar iniciadas las actuaciones, se suspenderán.

¹⁵² DOMINGUEZ LUELMO, A.. “El privilegio general de los créditos por cesión de derechos de autor y por trabajo personal no dependiente dentro de la Ley Concursal”. *La Ley*. 13.2.2004 nº, 5954. Pág. 1.806.

¹⁵³ ABIOL MONTESINOS, I. *Op. cit.*. Pág. 158.

¹⁵⁴ GONZALEZ BILBAO, E.. “La posposición del superprivilegio salarial por el acreedor hipotecario sobre el bien afecto en la nueva Ley Concursal”. *Revista de Derecho Social*. Nº. 24, 2003. Págs. 99-100.

490.- El pago de dichos créditos se hará con cargo a los bienes y derechos afectos. No obstante, mientras no transcurran los plazos anteriores o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración del concurso (artículo 155.2 L. C.), la administración concursal podrá optar por atender el pago con cargo a la masa, sin realización de los bienes y derechos afectos.

491.- El privilegio de ejecución separada de las deudas laborales ha sido suprimido por la disposición final 14^a.1 L. C., que modifica el artículo 32 E. T., acogiendo el principio de unidad de procedimiento, y llevando las acciones de los trabajadores ante el juez del concurso a través del incidente concursal. Una vez declarado el concurso, se pueden continuar las ejecuciones laborales en que se hubieren embargado bienes del concursado con anterioridad a la declaración, siempre que los bienes embargados no sean necesarios para que el empresario deudor¹⁵⁵ prosiga con su actividad.

492- Con la declaración del concurso se interrumpe el plazo de un año (artículo 59.1.2 E. T.) para la prescripción de las acciones por los créditos anteriores a la declaración, iniciándose de nuevo en el momento de su conclusión. Dichas acciones no pueden iniciarse hasta que se apruebe el convenio, se haga la liquidación o pase un año desde la declaración del concurso sin que se alcance el convenio o se inicie la fase de liquidación.

493.- El pago de los créditos salariales refaccionarios se realizará tras el convenio o transcurrido un año desde la declaración de concurso sin apertura de la liquidación, con preferencia sobre cualquier otro crédito, incluidos los garantizados con derecho real de hipoteca¹⁵⁶. La L. C. no establece requisitos

¹⁵⁵ Art. 55 L.C.

¹⁵⁶ ALAMEDA CASTILLO, M^a. T. "Tratamiento de los créditos laborales en el concurso. Aspectos laborales de la Ley Concursal: especial referencia al Fondote Garantía Salarial (FOGASA)". *Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial. Cuadernos de Derecho judicial*. Madrid 2006. Pág. 67 y ss..

en cuanto a la justificación¹⁵⁷ de la existencia de los créditos laborales a efectos preferenciales para su inclusión en la lista de acreedores (artículo 86.2 L. C.), bastando con que su existencia y cuantía resulten de los libros o documentos del deudor o que consten en sentencia o auto, laudo arbitral, resoluciones administrativas, acuerdos entre empresarios y trabajadores, etc..

ALBIOL MONTESINOS, I. *Op. cit.*. Pág. 162. Entre las causas de conclusión del concurso figura la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con la que satisfacer a los acreedores (art. 176.1.4º LC). Ante esta situación los titulares de los eventuales créditos laborales no satisfechos seguirán la regla general del art. 178.2 LC y los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso.

¹⁵⁷ ROQUETA BUJ, R.. "Los privilegios de los créditos salariales laborales y de Seguridad Social en situaciones concursales". *Actualidad Laboral*". 2006, Junio. N º. 11.

CAPITULO VIII. LA ACCIÓN DIRECTA EN LA EDIFICACIÓN.

SUMARIO: 1. PREMISA. 2. LA ACCIÓN DIRECTA DE TRABAJADORES Y SUMINISTRADORES DE LA OBRA: 2.1. Introducción. 2.2. Legitimación. 2.3. Requisitos. 2.4. Efectos. 2.5. Formas de ejercicio. 2.6. Acción directa y concurrencia de acreedores: 2.6.1. Ejecuciones singulares. 2.6.2. Ejecuciones universales. 2.7. Ejercicio procesal de la acción. **3. LA ACCIÓN DIRECTA DEL SUBCONTRATISTA:** 3.1. Introducción. 3.2. Legitimación. 3.3. Requisitos. 3.4. Eficacia: 3.4.1. Conservativa. 3.4.2. Ejecutiva. **4. LAS ACCIONES DIRECTAS DE LA LOE. 5. LA ACCIÓN DIRECTA DEL ARTÍCULO 76 LCS.**

1. PREMISA.

494.- En la edificación es normal que personas que no intervienen en ciertos contratos, se vean afectadas por el contenido de éstos. Esta situación se presenta con los trabajadores, suministradores y subcontratistas, respecto del contrato existente entre el comitente y el contratista de la obra, y con los compradores y terceros adquirentes, respecto del resto de agentes de la edificación. La Ley contempla la acción directa para la protección de sus créditos, acción que en principio se restringía a los casos contemplados en ella¹⁵⁸, pero que con posterioridad fue extendida por la jurisprudencia a otros supuestos diferentes.

495.- El C. C. no ofrece una regulación genérica de ella¹⁵⁹, pero en las diferentes acciones directas que contemplan las legislaciones civiles ordinaria y especial, existen analogías¹⁶⁰ lo suficientemente consistentes como para considerarla una institución autónoma. Entre ellas se encuentran la de proteger determinados créditos, permitiendo a su titular dirigir la pretensión indistintamente contra el propio deudor o contra un determinado deudor de éste; la preferencia en el cobro cuando concurre con otros acreedores del deudor; y la dependencia de su eficacia de la rapidez con que se ejercite.

496.- Para NONET¹⁶¹ la acción directa es *un derecho acordado en defecto de cualquier otra relación jurídica, a un acreedor contra el deudor de su deudor, para que pueda ejecutar en su propio nombre y por su cuenta exclusiva la*

¹⁵⁸ ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M.. *Derecho de la Construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales)*. Granada 2003. Pág. 387.

¹⁵⁹ Arts. 1.552, 1.597 y 1.722 C. C..

¹⁶⁰ PASQUAU LIAÑO, M.. *La acción directa en el derecho español*. Editora General de Drecho S.A. Madrid, 1989. Págs. 100-1.

¹⁶¹ RODRIGUEZ MORATA, F. A.. *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*. Tecnos. Madrid, 1992. Págs. 80-1. Cita a NONET “Action directe et inopposabilité des exceptions”, en *Anales de la Facultad de Droit de Liège*. Núm. 1, 1963, pág. 68.

obligación que pesa sobre el subdeudor frente al deudor principal. Presenta ciertas medidas de carácter excepcional¹⁶² para la protección del crédito del legitimado que contradicen dos grandes principios del ordenamiento jurídico, el principio de relatividad de los contratos¹⁶³ del artículo 1.257 C. C., ya que es tercero respecto del contrato del deudor con el subdeudor, y el principio de la “par conditium creditoris”, al verse su crédito reforzado con la acción directa en la concurrencia con otros acreedores del mismo deudor, pudiendo dirigirse contra el subdeudor sin necesidad de embargo previo y sin tener que acreditar su insolvencia para el ejercicio de la acción.

2. LA ACCIÓN DIRECTA DE TRABAJADORES Y SUMINISTRADORES DE LA OBRA.

2.1. INTRODUCCIÓN.

497.- El artículo 1.597¹⁶⁴ C. C., establece la acción directa de los trabajadores y suministradores de la obra contra el dueño de ésta, hasta la cantidad que éste adeude al contratista cuando efectúe la reclamación. Se trata de una acción de naturaleza legal y aunque dicha norma no hace mención específica a la acción

¹⁶² PASQUAU LIAÑO, M.. *La acción directa en el... Op. cit.* Pág. 21.

ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M.. *Op. cit.* Pág. 386. De no existir este precepto dice PUIG BUTRAU, los interesados solo estarían protegidos a través de la acción subrogatoria, con todos los inconvenientes que resultan de su carácter subsidiario (1.111 C. C.).

¹⁶³ SSAP. Mallorca de 31.10.2002 y 26.1.2006.

¹⁶⁴ “los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de la obra sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación”.

directa, sin embargo la jurisprudencia¹⁶⁵ y la doctrina están de acuerdo en la existencia de esta institución y en el contenido de la misma, si bien, ésta última mantiene dos posturas, la primera minoritaria, de los que ven en dicho artículo una simple manifestación de la acción subrogatoria del artículo 1.111 del C. C.¹⁶⁶, y la segunda, la mayoritaria, de quienes coinciden en la existencia de una acción directa de los titulares del art. 1.597 contra el propietario de la obra.

498.- Los créditos derivados de los contratos de obra celebrados bajo la modalidad de tanto alzado¹⁶⁷ que protege la acción directa, tienen origen contractual. Se trata de contratos coaligados, ya que las relaciones jurídicas que vinculan al comitente con el contratista principal y a éste con los trabajadores y suministradores, tienen un vínculo objetivo común que es la edificación. Entre los fundamentos¹⁶⁸ de esta acción se encuentran, evitar el enriquecimiento injusto de éste, así como el perjuicio de los suministradores y de los que trabajan en la obra, en caso de insolvencia del comitente. La concesión de la acción directa a los trabajadores y suministradores obedece al deseo del legislador de dotarles, a través de su ejercicio, de parecidos resultados a los de los acreedores refaccionarios, ya que carecen de dicho privilegio al no haber contratado

¹⁶⁵ SSTS. 10 de diciembre de 1932, 16 de marzo de 1998 y 27 de mayo de 2002.

ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M.. *Op. cit.*. Pág. 383.

GARCÍA CONESA, A.. *Derecho de la construcción*. Bosch. Barcelona, 1996. Págs. 361-2.
ANGEL YAGÜEZ. *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación civil*. Tecnos, Madrid, 1969. Págs. 14-37.

RUBIO GARRIDO, T.. “Comentario a la STS 31.1.2005 RJ 2005, 1747”. *Cuaderno Civitas jurisprudencia Civil*. 2005, Septiembre/Diciembre. Págs. 1329-30.

LUCAS FERNÁNDEZ F. “*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Arts. 1583 a 1603*”. TXX vol. 2º. Dir. Albadalejo. Madrid 1986. Pág. 444.

¹⁶⁶ RODRIGUEZ MORATA, F. A.. *Op. cit.*. Págs. 85-96.

¹⁶⁷ GARCÍA CONESA, A.. *Op. cit.*. Págs.. 360-1: Quedan excluidos de su ámbito, aquellos contratos que se convengan bajo cualquier otra variable (a tanto por unidad de medida, a tanto por unidad de tiempo, por administración o cualquier otro. En caso de contratos mixtos es posible utilizar la acción del art. 1.597 C. C. para el cobro de la parte correspondiente a tanto alzado del contrato.

SSTS, de 11 de junio de 1928 y de 24 de diciembre de 1980.

¹⁶⁸ STS 11 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7479), 29 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7484) y 2 de junio de 1997 (RJ 1997, 5474).

directamente con el comitente¹⁶⁹. Existe otro criterio doctrinal¹⁷⁰, con el cual coincido, que discrepa del anterior, por entender que se trata solamente de un favor legal concedido a los trabajadores y suministradores por su posición contractual débil a la hora de exigir garantías que aseguren la realización de sus créditos.

499.- La acción directa entraña una garantía¹⁷¹ por la preferencia del cobro de los créditos de quienes aportan trabajo y materiales a la obra, ya que poseen un derecho propio condicionado a la existencia del crédito del contratista principal sobre el comitente, que lo inmoviliza desde el momento que se ejercita la acción¹⁷². El supuesto de hecho de la norma contempla una relación jurídica triangular, la del comitente con el contratista y la del contratista con los que ponen su trabajo y con los suministradores.

2.2. LEGITIMACIÓN.

500.- Los legitimados activamente para el ejercicio de la acción directa son los asalariados y resto de trabajadores que llevan a cabo prestaciones de hacer en sentido amplio¹⁷³, así como los suministradores, ambos de forma indistinta, ya

¹⁶⁹ ÁNGEL YAGÜEZ. *Op. cit.*. Pág. 45.

¹⁷⁰ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, y GÓNZALEZ CARRASCO, C.. *Derecho de la Construcción y la Vivienda*. 6ª edic.. Dilex. Madrid, 2008. Págs. 391-2.

¹⁷¹ INFANTE RUÍZ, F. J: “Comentario a la STS de 19.4.04 (RJ 2004, 1563)”. *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil*. 2005, Enero/Abril. Pág. 155. Es una garantía “en sentido amplio ya que no se trata de un tercero que se obligue a pagar subsidiariamente al acreedor en caso de no hacerlo el deudor principal, como acontece en la fianza, pero si se añade verificados los requisitos legales, un nuevo patrimonio al poder de ejecución del acreedor”. RODRIGUEZ MORATA, F. A.. *Op. cit.* Págs. 97-99.

¹⁷² Acción imperfecta a diferencia de las acciones directas perfectas en las que la inmovilización del crédito del deudor principal contra el subdeudor opera desde el mismo momento del nacimiento del derecho a la acción directa.

¹⁷³ SSTS 11 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7479) y 29 de junio de 1936.

que como aclara ARCO TORRES¹⁷⁴, una interpretación meramente literal de la norma, nos podría llevar a la falsa conclusión de que solo pueden ejercer la acción directa que concede dicho precepto quienes ponen ambas cosas.

501.- El legitimado pasivamente es el comitente, independientemente de su condición o no de propietario. En caso de que existan dos o más legitimados pasivos, como sucede cuando concurren un comitente, un contratista, un subcontratista y obreros o suministradores, los demandantes podrán elegir contra quién accionar, siempre que dichos créditos se encuentren encadenados¹⁷⁵.

2.3. REQUISITOS.

502.- Para el ejercicio de esta acción es necesario que se den los siguientes requisitos: 1º. La existencia de un crédito de los que ponen su trabajo o materiales sobre el contratista principal por su contribución a la ejecución de la obra, y otro, del contratista principal sobre el dueño. Los materiales, no solo han de haber sido entregados, sino también empleados en la obra¹⁷⁶. 2º. El crédito del acreedor directo debe estar vencido¹⁷⁷ y ser exigible, lo que implica el cumplimiento de la obligación de éste, y el contrato de obra ha de ser ajustado a precio alzado o global¹⁷⁸ para saber la responsabilidad del propietario y los

¹⁷⁴ ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M..*Op. cit.*. Pág. 388.

¹⁷⁵ ANGEL YAGÜEZ. *Op. cit.*. Pág. 66.

¹⁷⁶ En caso contrario habría que recurrir a otras vías para la reclamación (art. 1.124 C. C.). STS 6 de junio de 2000.

¹⁷⁷ SAP de Alicante de 13.11.02 (JUR 2003\18854).

¹⁷⁸ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GÓNZALEZ CARRASCO, C.. *Op. cit.*. Pág. 392. En contra, por considerar que la acción directa es de aplicación en todo contrato de obra en el que existan acreedores del contratista por razón de la obra, lo que puede suceder en el contrato de obra por administración. STS 11 de junio de 1928.

derechos de los subcontratistas. Si con posterioridad se produce variación en el precio original por mutuo acuerdo, el acreedor directo seguirá siendo beneficiario de la acción¹⁷⁹. 3º. El comitente debe ser¹⁸⁰ deudor del contratista principal en el momento de ejercitar la acción directa¹⁸¹ (artículo 1156 C. C.). 4º. Con anterioridad al ejercicio de la acción el acreedor directo deber haber constituido en mora¹⁸² al contratista principal, pero a diferencia de la acción subrogatoria¹⁸³, no es necesaria la insolvencia de éste para su ejercicio.

503.- Nos encontramos con tres límites¹⁸⁴ en el ejercicio de la acción: a) el estructural, ya que el contrato de obra debe ser a precio alzado y no por unidades de medida; b) el temporal, al no poder estar extinguido el crédito que el comitente tenía a favor del contratista principal, y; c) el cuantitativo, al no poderse reclamar más del importe que sea debido por el comitente al contratista, sin que alcance a todo lo debido, sino solo hasta la cantidad que el dueño de la obra adeude al contratista.

2.4. EFECTOS.

504.- El ejercicio de la acción directa del artículo 1.597 C. C., produce los siguientes efectos¹⁸⁵: a) amplía la garantía¹⁸⁶ del crédito mediante la afección de

¹⁷⁹ INFANTE RUÍZ, F. J.. *Op. cit.*. 2005, Enero-Abril. Pág. 160.

¹⁸⁰ Arts. 1.552, 1.597 y 1.722 C. C..

¹⁸¹ SAP de Barcelona de 30.5.05 (JUR 2005\177346).
ARCOS TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M.: *Op. cit.*. Pág. 385.

¹⁸² SAP de Valencia de 3.10.2005 (JUR 2006\2577).

¹⁸³ ANGEL YAGÚEZ, R.. *Op. cit.*. Pág. 47.

¹⁸⁴ HERRERA CUEVAS. E. J.. "La acción directa ante el concurso del contratista". *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. 2007. Nº. 6. Págs. 180-1.

¹⁸⁵ GARCIA CONESA, A.. *Op. cit.*. Págs. 374 -80 y ss.

un nuevo patrimonio; b) genera responsabilidad solidaria, ya que la obligación de pagar no se distribuye a partes iguales ni parcialmente, sino que responden tanto el comitente como el contratista indistintamente¹⁸⁷ o *in solidum*, si bien, la responsabilidad del primero, se limita a la cantidad adeudada al contratista: c) una protección más rápida que la que tienen el resto de los acreedores del contratista principal, aunque, no se trate de una acción real frente a terceros compradores de la finca con acceso al registro, sino, de una acción personal declarativa de condena¹⁸⁸, que alcanzaría incluso a los adquirentes posteriores de la obra que se subrogasen en la responsabilidad por la parte de precio aún no satisfecho; d) prioridad en el pago en la concurrencia con otros acreedores, al ejercitar los legitimados un derecho propio sobre el comitente, por lo que las cantidades pagadas por éste no ingresan en el patrimonio del contratista¹⁸⁹, sino en el del acreedor directo, y; e) efecto conservativo produciendo la inmovilización del crédito, sin que el comitente pueda oponer al acreedor directo excepciones¹⁹⁰ personales derivadas de hechos acaecidos con posterioridad (pago, compensación de créditos, etc..), aunque, si puede oponer la excepciones personales suyas y las que el contratista principal tengan contra él, así como, las excepciones inherentes a la deuda principal derivadas de hechos anteriores al ejercicio de la acción. Su ejercicio paraliza el cómputo del plazo de prescripción de la acción que ostenta contra el contratista.

¹⁸⁶ GARCÍA CONESA, A.. *Op. cit.*. Pág. 379. Sostiene que es viable un pacto de exclusión de responsabilidad entre el comitente y los trabajadores y suministradores del art. 1.597 C. C. RODRIGUEZ MORATA, F.A.. *Op. cit.* Págs. 97-98.

¹⁸⁷ SSTs. 29.4.91 (RJ 1991, 3068), 11.10.94 (RJ 1994, 7479).

¹⁸⁸ ARCOS TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M.: *Op. cit.*. Pág. 391. STS 28 de marzo de 1984.

¹⁸⁹ ANGEL YAGÚEZ, R.. *Op. cit.*. Pág. 35.

¹⁹⁰ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, y GÓNZALEZ CARRASCO, C.. *Op. cit.*. Pág. 396.

2.5. FORMAS DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA.

505.- La doctrina se ha pronunciado de modo diferente sobre la posibilidad de ejercitar la acción directa por vía judicial o extrajudicial,. ANGEL YAGÚE¹⁹¹, considera que la vía para el ejercicio de la acción directa del artículo 1.597 C. C. es exclusivamente la vía judicial, por tratarse de una legitimación pasiva excepcional nacida de la Ley. Me parece más acertada la postura de PASQUAULI AÑO¹⁹², para quién la acción directa es un derecho accionable tanto por vía judicial¹⁹³ como extrajudicial, sin que sea necesario que el contratista principal incurra en mora, ya que se trata de un derecho directo frente al comitente. MORATA¹⁹⁴ también considera las dos vías, fundamentalmente por su utilidad para el acreedor, ya que si actuara solo a partir de su momento procesal podría devenir ineficaz el crédito ante actuaciones dolosas del deudor. El T.S.¹⁹⁵ se ha manifestado al respecto admitiendo la reclamación extrajudicial siempre que exista constancia de ésta, con independencia del momento y forma.

2.6 ACCIÓN DIRECTA Y CONCURRENCIA DE ACREEDORES.

506.- Cuando el acreedor directo ejercita la acción, puede encontrarse con respecto a otros acreedores en alguna de las siguientes situaciones¹⁹⁶:

¹⁹¹ *Op. cit.*. Págs. 66-70.

¹⁹² *Op. cit.*. Pág. 81.

¹⁹³ AP. Madrid 22.9.05. La acción del art. 1.597 también es una acción declarativa de condena en reclamación de cantidad.

¹⁹⁴ *Op. cit.*. Págs. 167-169.

¹⁹⁵ STS de 30 de enero de 1974.

¹⁹⁶ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GÓNZALEZ CARRASCO. *Op. cit.*. Pág. 391.

2.6.1. En las ejecuciones singulares:

a) Concurrencia con los restantes acreedores del deudor inmediato. En este caso una vez ejercitada la acción directa no le afecta el embargo de créditos ni el ejercicio de la acción subrogatoria.

b) Concurrencia con los acreedores del deudor mediato. Siendo el comitente el propietario, los acreedores directos gozan del privilegio refaccionario, cuyo grado será diferente según se haya declarado o no el concurso del comitente, (artículo 1923.5º C. C.).

c) Concurrencia con los acreedores directos entre si. Si los acreedores del mismo deudor inmediato se encuentran a un mismo nivel respecto al deudor mediato, concurren entre si conforme al criterio de la par *conditio creditorum*. Si se encuentran a distintos niveles con respecto al deudor, se resuelve conforme al criterio de prelación en el tiempo por orden inverso de su antigüedad del artículo 1927.3º C. C..

2.6.2. En las ejecuciones universales:

a) En la concurrencia con los restantes acreedores del deudor inmediato, si el embargo del crédito es decretado antes del ejercicio de la acción directa¹⁹⁷, el acreedor directo concurrirá con los restantes acreedores del deudor inmediato sin gozar de preferencia sobre éstos.

b) En la concurrencia con los acreedores del deudor mediato, el acreedor directo goza del privilegio refaccionario (artículo 90.1.3º LC), realizándose su

¹⁹⁷ INFANTE RUIZ, F. J.. “Comentario a la STS de 19.4.2004 (RJ 2004, 1563)”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. 2005, Enero/abril. Pág. 170.

HERRERA CUEVAS, E. J.. *Op. cit.* Págs. 191-4.
SAP Huesca, 31.7.98.

pago con cargo al bien afecto conforme a la prioridad temporal (artículos 155 a 157 LC).

c) En la concurrencia entre los acreedores directos entre si, se resuelve con arreglo al criterio de prioridad temporal expresado en el segundo párrafo del artículo 155.3 L. C.

2.7. EJERCICIO PROCESAL DE LA ACCIÓN.

507.- Con su ejercicio¹⁹⁸, trabajadores y suministradores ejercitan un derecho propio¹⁹⁹, pasando el comitente de deudor del contratista a convertirse en deudor de éstos, sin que sea necesaria la situación de insolvencia del contratista. La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que para el ejercicio de la acción no es necesario el litisconsorcio pasivo²⁰⁰, teniendo carácter facultativo, pudiendo dirigirse la demanda directamente contra el comitente o contra el comitente y el contratista indistintamente²⁰¹ (artículo 1.144 C. C.). Respecto al litisconsorcio activo²⁰², acreedor directo y contratista conjuntamente, pueden ejercitar las acciones que tienen frente al dueño de la obra, ya que aún tratándose de acciones distintas son acumulables por reunir los requisitos del artículo 72 LEC.

¹⁹⁸ ARCOS TORRES, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M.: *Op. cit.*. Pág. 381: “La acción directa del art. 1.597 C. C. no excluye, ni dificulta en modo alguno que simultanea o sucesivamente, se utilicen los otros privilegios o garantías”.

¹⁹⁹ ARCOS TORRES, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M. *Op. cit.*. Págs. 390-3.

²⁰⁰ SAP Huesca, 31.7.98.

²⁰¹ STS de 6 de junio de 2000 (RJ 2000, 4402) y de 7 de octubre de 2008 (RJ 2008\5677). SAP de Madrid de 27.10.98.

²⁰² STS 16 de marzo de 1998, (RJ 1998\1570).

508.- La cantidad²⁰³ que puede reclamar el titular de la acción es la que le adeude el contratista en el momento de ejercitarla, cantidad correspondiente al precio alzado y a las variaciones producidas por las modificaciones posteriores del proyecto o alteraciones de precios, hasta el límite²⁰⁴ de la cantidad fijada en el contrato de obra. Dicha cantidad puede incrementarse por intereses moratorios²⁰⁵, ante una negativa injustificada, desde el requerimiento de pago judicial o extrajudicial en aplicación del artículo 1.108 C. C., así como, con los daños y perjuicios que se deriven de la prestación del trabajo o suministro de materiales.

509.- Es necesaria la acreditación plena²⁰⁶ de la existencia de dicho crédito, por lo que se tiene que recurrir a la colaboración del contratista para probar la subsistencia de éste a la fecha de accionar, así como, su exigibilidad²⁰⁷, lo que hace aconsejable demandar conjuntamente a ambos. Las excepciones que el comitente puede poner al titular de la acción directa son tanto de carácter subjetivo, como objetivo derivadas del contrato principal celebrado entre comitente y contratista (pago²⁰⁸, cumplimiento²⁰⁹ y término) y del contrato

²⁰³ STS 26 de junio de 1998 (RJ 1998\5016).

²⁰⁴ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A.. *Op. cit.* Pág. 1.159

²⁰⁵ PASCUA LIAÑO, M.. *Op. cit.* “Comentario a la STS de 9.5.89”. Págs. 554-5.

²⁰⁶ ARCOS TORRES, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M. *Op. cit.* Pág. 385. SSTs de 13 de octubre de 1930 y 13 de abril de 1926.

²⁰⁷ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A.. *Op. cit.* Págs. 1160-1 y 1163. La inversión de la carga de la prueba que establece la STS 2.7.97 constituye un eficaz medio de protección del titular de la acción directa.

²⁰⁸ PASCUA LIAÑO, M.. *Op. cit.* . Págs. 555-6.

MUNAR BERNAT, PEDRO A.. “Contrato de obra. Acción directa ex artículo 1.597 CC contra dueño de la obra, contratista y subcontratista; inmunidad de la acción respecto de terceros ajenos a la cadena contractual”. Cuadernos Cívitas Jurisprudencia Civil. 2000, N^o. 54. Págs. 1.304-5.

CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZALEZ CARRASCO. *Op. cit.* Págs. 396-7.

STS de 6 de junio de 2000 (RJ 2000, 4402).

RODRIGUEZ MORATA, F.A.. *Op. cit.* Pág. 562.

celebrado entre suministrador y trabajador con el contratista (artículo 1.853 C. C.), así como, las personales que tenga contra el titular de la acción directa. El comitente puede oponer al titular de la acción directa, todas aquellas excepciones inherentes a la deuda principal que deriven de circunstancias anteriores a su ejercicio²¹⁰.

3. LA ACCIÓN DIRECTA DEL SUBCONTRATISTA DE OBRA.

3.1. INTRODUCCIÓN.

510.- La subcontratación está muy extendida en la actividad económica en general y muy arraigada en el sector de la edificación²¹¹, en el que frecuentemente se recurre a ella en la ejecución de los proyectos inmobiliarios, ya que la envergadura de éstos, a menudo, desborda la capacidad del contratista para ejecutarlos por sí solo, así como, por la especialización existente en la actividad edificatoria²¹². A pesar de ello, hay casos en que la subcontratación²¹³ no será viable, como sucede cuando el contrato se lleva a cabo en consideración a las cualidades personales, profesionales y técnicas del contratista (intuitu personae), teniendo que ser éste, quien realice la prestación personalmente.

²⁰⁹ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GÓNZALEZ CARRASCO. *Op. cit.*. Págs. 396-7.

²¹⁰ RODRIGUEZ MORATA, F.A.. *Op. cit.*. Pág. 563.

²¹¹ Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.

²¹² MUNAT BERNAT, P. A.. “Comentario a la STS 6.6.00”. *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil*. Nº. 54/2000. Págs. 1.300-1.

²¹³ LOPEZ VILAS, R.. *El Subcontrato*. Tecnos. Madrid. 1973. Pág. 128.

511.- El R.D.L. 2/2000, de 16 de Junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, contempla en su artículo 115.1 que la subcontratación podrá llevarse a cabo salvo que el contrato disponga lo contrario, o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que ha de ser ejecutado por el adjudicatario. Dicho artículo establece en el punto segundo los requisitos que se han de cumplir, entre los que se encuentra, el deber de dar conocimiento por escrito a la Administración del subcontrato a celebrar, con indicación de las partes del contrato principal que se subcontratan. El último párrafo del art. 116 establece que los subcontratos tienen naturaleza privada, por lo que se podrá ejercitar la acción directa del artículo 1.597 C. C..

512.- El artículo 1.596 C. C. se refiere al contratista individual con personal a su orden. El Tribunal Supremo, según la interpretación amplia que viene haciendo de este precepto²¹⁴, considera que en él tienen cabida los subcontratos²¹⁵ de obra. Tampoco el artículo 1.597 C. C., menciona entre los titulares del ejercicio de la acción directa al subcontratista, sin embargo, la STS de 29 de junio de 1936 considera que éstos están incluidos en dicho artículo para el ejercicio de la acción junto a los trabajadores y suministradores, aunque no estén contemplados de una forma explícita. El criterio de la doctrina²¹⁶ más acreditada, también sostiene, que en los supuestos de dicho artículo tienen encaje los subcontratistas

513.- La extensión de la acción directa del artículo 1.597 a los subcontratistas²¹⁷ por parte de la jurisprudencia²¹⁸, se debe a que en el supuesto de hecho de la

²¹⁴ LOPEZ VILAS, R.. *Op. cit.* Pág. 130.

²¹⁵ HERRERA CUEVAS, E.. *Op. cit.* Pág. 180.

²¹⁶ RODRIGUEZ MORATA, F. A.. *Op. cit.* Págs. 124-31.

²¹⁷ PASQUAU LIAÑO, M.. *Op. cit.* Págs. 133-5.

²¹⁸ INFANTE RUÍZ, F. J.. *Op. cit.* Pág. 156. No obstante, esta conexión funcional existe también en otras relaciones trilaterales para las que no está prevista una acción directa. (Carrasco/Cordero y González 341) por lo que resulta difícil extender la acción directa a toda hipótesis de conexión funcional de relaciones jurídicas.

acción directa, se encuentra un grupo de contratos interrelacionados entre sí, del que forman parte el comitente, el contratista y el subcontratista. No puede decirse, que el comitente sea tercero respecto del subcontratista²¹⁹, ya que el subcontrato es un contrato derivado y dependiente del principal, por lo que la acción directa no es una excepción a la relatividad de los contratos²²⁰, sino una flexibilización del mismo²²¹. También es posible dicha extensión haciendo una interpretación de la norma acorde con la realidad social²²² en que debe ser aplicada (artículo 3.1 C. C.), en evitación de manipulaciones y abusos del sujeto más desfavorecido en la relación jurídica.

3.2. LEGITIMACIÓN.

514.- La legitimación activa para el ejercicio de la acción corresponde a los subcontratistas²²³. La STS de 29 de junio de 1936, considera que la acción del art. 1.957, comprende toda clase de trabajo, tanto manual, como profesional, ya sea la finalidad de la retribución el lucro estricto del trabajo u otro más amplio

²¹⁹ PASQUAU LIAÑO, J..”Comentario a la STS 2.7.97”. *Cuaderno Civitas Jurisprudencia Civil*. Pág. 1.230. Para quién el fundamento de la acción directa del art. 1.597 del subcontratista respecto al comitente se basa en la especial conexión funcional de contratos existente entre subcontratista, contratista y comitente. Dicha conexión no deriva de que en ambos contratos intervenga una misma persona y vayan referidos a un mismo objeto, sino de la dependencia estructural.

²²⁰ STS de 7 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5675).

²²¹ STS de 27 de julio de 2000 (RJ 2000, 9179).

²²² DIEZ PICAZO y GUILLÓN BALLESTEROS. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. Madrid. 1976. Pág. 343.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.. *Op. cit.*. Págs. 57-58.

RODRIGUEZ MORATA, F. A.. *Op. cit.*. Págs. 139-40.

²²³ GARÍA CONESA, A.. *Op. cit.*. Pág. 365.

PASQUAU LIAÑO, M.. *Op. cit.*. Pág. 31.

STSS de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1698), 29 de abril de 1991 (que emplea la expresión “subempresarios”) y 11 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7479).

compensador de riesgos. Así pues, entre quienes aportan trabajo y materiales se encuentran todos los que han sido subcontratados para la ejecución de la obra por parte del contratista²²⁴.

515.- Dada la frecuencia con que se presentan los contratos de segundo y sucesivos grados, el subcontratista ante el impago del subcomitente tiene derecho a cobrar de su anterior subcomitente²²⁵, estando legitimado para ejercitar la acción directa del artículo 1.597 C. C.. A este respecto también se pronuncia la sentencia citada anteriormente, aunque de modo desestimatorio, al no cumplirse el requisito que debe darse del encadenamiento de créditos con sus correspondientes débitos, por los mismos conceptos, desde el propietario hasta el reclamante.

516.- La legitimación pasiva corresponde al dueño de la obra que es quién la encarga. En caso de existencia de varios comitentes o subcomitentes, la acción podrá dirigirse contra cualquiera de ellos²²⁶.

3.3. REQUISITOS.

517.- Los requisitos exigidos para el ejercicio de esta acción están determinados fundamentalmente por el contenido y circunstancias del contrato principal, dado el carácter dependiente y subordinado del subcontrato²²⁷. Estos requisitos son los siguientes:

²²⁴ MUNAT BERNAL, P. A. “Comentario a la STS 6.6.00”. *Op. cit.*. Págs. 1.300-1. STS 2 de julio de 1997.

²²⁵ ANGEL YAGÜEZ, R.. *Op. cit.*. Pág. 61.
GARCÍA CONES, A.. *Op. cit.*. Pág. 380.
SSTS 31 de enero de 2005 y 16 de diciembre de 2005

²²⁶ SSTS 7 de febrero de 1968 y de 17 de junio de 1974.

²²⁷ RODRIGUEZ MORATA, F. A.. *Op. cit.*. Págs. 140-165.

INFANTE RUÍZ, F. J.. *Op. cit.* Pág. 159 ss.

SAP Barcelona de 2 (AC 2006\1594) de marzo de 2006. F.2º. "...A la vista de la doctrina y jurisprudencia recaída sobre la materia, que las partes conocen, podemos sentar los siguientes requisitos para el ejercicio de la acción directa prevista en el artículo 1.597 del Código civil:

- Están legitimados para reclamar los que ponen su trabajo y materiales en la obra. Los primeros son todos aquellos que llevan a cabo prestaciones de hacer, entendidas en sentido amplio, destinadas a la obra; no sólo los que están unidos al contratista por una relación laboral, sino también los que lo están por una relación civil de servicios, o incluso de gestión, por lo que han de entenderse incluidos los subcontratistas (STS de 15 de marzo de 1990, 29 de abril de 1991, 11 de octubre de 1994, 2 de julio de 1997). Así ocurre con la demandante.

- Pasivamente legitimado está el dueño de la obra, y en determinados casos, cuando existen varias subcontratas, el subcontratante. En el caso de existir una pluralidad de personas pasivamente legitimadas, pluralidad de comitentes, comitentes y promotores o subcomitentes, la acción podrá dirigirse contra cualquiera de ellos (STS de 11 de octubre de 1994 y 2 de julio de 1997). ..

- Al tratarse de una acción directa, el subcontratista se hace inmune a las excepciones que el titular de la obra pudiera tener frente al contratista (vicios o defectos que le fueran imputables, por ejemplo, o los pactos entre el contratista y el promotor de exclusión del artículo 1597), toda vez que se ejercita contra quién se aprovecha o beneficia del trabajo y materiales puestos en ella...

- El dueño o el contratista principal sólo podrá alegar, y demostrar (pues, por una inversión derivada de la facilidad probatoria, a él le corresponde la carga de dicha prueba, según doctrina establecida en la STS de 19 de abril de 2004) el pago, ya que así lo dice el precepto, de modo que, acreditada la inexistencia de deuda a su cargo, la acción directa queda sin sustento. Resulta por tanto imprescindible como presupuesto necesario para el ejercicio de esta acción la existencia de un crédito del contratista contra el comitente o dueño de la obra, crédito que ha de existir y ser exigible en el momento de procederse a la reclamación judicial o extrajudicial. Así lo viene entendiendo el Tribunal Supremo en sentencias de 29 de abril de 1991, 28 de enero de 1998, 28 de mayo de 1999, o 31 de enero de 2002, que concluyó al respecto que, si hay una cadena de contratos de obra y subcontratos de la misma, desaparece la acción directa cuando uno de los contratantes o subcontratantes no debe nada al siguiente, rompiéndose así la cadena.

..

- Aún siendo cierto que el artículo 1.597 sólo se refiere a los contratos de obra por ajuste alzado, la razón de ser de esta limitación, explicitada en la ya mencionada STS de 11 de junio de 1928 y recordada por las SSAP Asturias de 8 de noviembre de 2004 y 18 de septiembre de 2000, que no es otra que la dotar de certeza y seguridad jurídica al límite cuantitativo de la responsabilidad que consagra, concurre igualmente en las obras contratadas por precio fijo por unidad de obra, aunque en estos supuestos deba limitarse la garantía del dueño de la obra o comitente a cada una de las partes o fases de la obra objeto de contratación...

- Una vez ejercitada esta acción contra el dueño de la obra o el subcontratante, éste a quien debe abonar su importe es al reclamante que intervino en el proceso constructivo y no a la contratista principal. Ello no es más que una consecuencia de la naturaleza solidaria de la responsabilidad del dueño de la obra y contratista para con los subcontratistas de este último que intervienen en la misma (STS de 14 de marzo de 2004).

- Aunque se emplee el término acción, de carácter procesal, el precepto no exige como requisito ineludible la interposición de una demanda judicial, pues basta con una reclamación extrajudicial que cumpla con los requisitos ya expuestos. La jurisprudencia es constante en este sentido (STS 17 de julio de 1998, SS AP Guipúzcoa 12 de abril de 2005, Girona 11 de febrero de 2005, Zaragoza 21 de septiembre de 2004, Barcelona, sec. 14ª, 12 de diciembre de 2002, entre otras). En nuestro caso, por tanto, la demandante había ejercitado en forma la mencionada acción, que es la que origina la consignación de la obligada al pago directo".

1º. Es necesario que el contratista principal haya concertado la ejecución de la obra a precio alzado, de tal forma, que su crédito futuro esté determinado en el contrato principal. Para que el crédito del contratista sea cierto y determinado, es suficiente que el precio²²⁸ de la obra principal se determine por el sistema de precio alzado, o que se utilice el sistema de unidades de obra, siempre que se conozca el número de éstas, así como, el precio de ejecución de cada una de ellas.

2º. El comitente tiene que haber prestado su autorización para que el contratista principal pueda en su propio nombre, y por su propia cuenta, pero en interés de ambos, subcontratar la ejecución de todo o parte de la obra principal. Comparto con LÓPEZ VILAS²²⁹ que no es necesaria ni resulta imprescindible la autorización expresa del primer contratante, al ser de aplicación el principio de libertad contractual. RODRIGUEZ MORATA²³⁰ mantiene que no siendo precisa en principio la autorización expresa para subcontratar, hay que entender que no existe autorización cuando en el contrato principal de ejecución de obra concurre cualquiera de las siguientes circunstancias:

- La existencia de una prohibición expresa.
- Que la naturaleza y cualidades del contrato principal no permitan la subcontratación.
- Que aún permitiendo la naturaleza y función del contrato permita la subcontratación, se haya pactado expresamente su ejecución personal por el contratista (*intuitu personae*).

De no concurrir estas circunstancias se entiende que existe autorización tácita para subcontratar. Dicha autorización está condicionada al contenido y

²²⁸ SSTs de 26 de junio de 1999 y de 11 de octubre de 1994.

²²⁹ *Op. cit.*. Págs. 302-3.

²³⁰ *Op. cit.*. Págs. 154-5.

finalidad del contrato originario por el carácter dependiente y subordinado del subcontrato.

3º. El subcontratista ha de ser acreedor²³¹ del contratista principal en el momento del ejercicio de la acción directa. Para que el subcontratista pueda exigir su crédito, es necesario que previamente haya realizado la prestación asumida de la que se beneficia el comitente²³². Dado que la acción directa es una garantía de crédito²³³ y comporta un carácter accesorio respecto a él, el subcontratista solo podrá dirigirse frente al comitente una vez haya realizado su prestación. La acción directa solo versará sobre el pago de las correspondientes prestaciones ejecutadas en el subcontrato de las cuales el comitente resulta beneficiario²³⁴.

4º. El comitente debe ser deudor²³⁵ del contratista principal en el momento del ejercicio de la acción directa. Para ello, no es necesario que la deuda del comitente esté vencida, sino que es suficiente, que sea cierta en el momento del ejercicio de la acción directa²³⁶. La deuda de que responde el comitente es aquella que se origina como consecuencia del contrato de obra.

²³¹ STS de 29 de mayo de 2006.

²³² RODRIGUEZ MORATA, F. A.. *Op. cit.*. Pág. 159.

²³³ PASQUAU LIAÑO, M.. *Op. cit.* Pág. 85.

²³⁴ RODRIGUEZ MORATA, F. A.. *Op. cit.*. Págs. 159-160.

²³⁵ SAP. Barcelona. 18.2.05.

HERRERA CUEVAS, E..*Op. cit.* Pág. 181. Existe una amplia acción de regreso hacia los contratistas previos siempre que el contratista anterior sea deudor de quien reclama o contra quien se reclama pues la pretensión tiene como limite la cantidad efectivamente adeudada. La cadena se rompe cuando uno de los contratantes o subcontratantes no debe nada al siguiente. SSTs 28.5.99, 31.1.2000, 6.6.2000, 27.7.2000, 31.105 y 10.3.05.

²³⁶ RODRIGUEZ MORATA, F. A.. *Op. cit.* . Pág. 161.

5º. El subcontratista debe tener interés en el ejercicio de la acción directa frente al comitente, por lo que habrá de exigirse la constitución en mora²³⁷ del contratista principal previamente a la exigencia al comitente del pago del crédito. En este sentido, la acción es subsidiaria, ya que debe existir una reclamación previa, aunque no en el sentido del artículo 1.111 C. C.. Para MORATA²³⁸, la forma de evitar el riesgo que se deriva de la exigencia del requerimiento del pago al deudor principal, es notificando también dicho requerimiento al dueño de la obra.

3.4. EFICACIA.

518.- La finalidad del ejercicio de la acción directa por el acreedor directo es la del cobro de su crédito sobre el comitente. La realización del cobro no es de forma inmediata, por lo que la acción despliega una serie de efectos de tipo conservativo²³⁹, para garantizar el cobro mediante la inmovilización del crédito, y de tipo ejecutivo, para su cobro.

3.4.1. Conservativa.

519.- Gira en torno al crédito del deudor intermediario, siendo dos los efectos conservativos sobre el crédito dado en garantía:

a) La inmovilización del crédito del contratista principal²⁴⁰. Mediante ella, el comitente se abstendrá de realizar algún pago al contratista principal

²³⁷ SAP Madrid 17.2.01.

²³⁸ RODRIGUEZ MORATA, F. A.. *Op. cit.* . Págs. 163-4.

²³⁹ SAP Madrid 24.1.06.

²⁴⁰ RODRIGUEZ MORATA, F. A.. *Op. cit.*. Págs. 172-7.
INFANTE RUÍZ, F. .J.. *Op. cit.*. Pág. 164.

después del ejercicio de la acción directa, pago que aunque válido ante éste, no será oponible al subcontratista, pudiendo con posterioridad ejercitar la acción de repetición sobre el contratista principal. Tampoco produce efectos extintivos del crédito del subcontratista sobre el contratista principal, pudiendo en caso de ineficacia del ejercicio de la acción directa del subcontratista reclamarle el crédito al contratista principal, ya que la acción directa engendra una obligación in solidum del deudor y del subdeudor frente al subcontratista.

b) Inoponibilidad de excepciones derivadas de hechos posteriores al ejercicio de la acción directa que afecten al crédito del contratista principal²⁴¹. Los actos de disposición sobre el crédito del contratista celebrados con posterioridad al ejercicio de la acción directa no son oponibles al subcontratista²⁴².

3.4.2. Ejecutiva.

520.- Gira en torno al crédito del acreedor directo y produce los siguientes efectos:

a) El importe del crédito satisfecho por el comitente ingresa directamente en el patrimonio del subcontratista²⁴³. La acción directa amplía la cobertura del crédito por lo que no será necesario que el subcontratista deba cumplir el beneficio de excusión de los bienes del contratista ante el impago de éste, solo será necesario constituirle en mora. Una vez pagado el crédito del subcontratista por el comitente, en caso de que coincidan los importes de los créditos del contratista y del subcontratista, se extinguirá el crédito del comitente.

²⁴¹ RODRIGUEZ MORATA, F. A.. *Op. cit.*. Págs. 177-8.
INFANTE RUÍZ, F. J.. *Op. cit.*. Pág. 164.

²⁴² HERRERA CUEVAS, E.. *Op. cit.*. Pág. 187. Por analogía de los arts. 1.824, 1.826 y 1.853 C. C..

²⁴³ RODRIGUEZ MORATA, F. A.. *Op. cit.*. Págs. 179-180.

b) El subcontratista ostenta cierta preferencia de hecho para el cobro de una deuda dineraria contraída por el comitente frente al contratista principal²⁴⁴. La acción directa no dota de un privilegio al subcontratista, sin embargo, si hace que ocupe un lugar preferente que le permita eludir la concurrencia con otros acreedores, cosa que no ocurre ejercitando la acción subrogatoria, en la que si concurriría con el resto de acreedores del deudor subrogado.

4. LAS ACCIONES DIRECTAS DE LA LOE.

521.- Los sistemas de responsabilidades²⁴⁵ (artículo 17) y garantías (artículo 19) instaurados por la LOE a los agentes de la edificación para proteger a compradores y terceros adquirentes, permite a estos últimos, ejercitar la acción directa para exigirles responsabilidades.

522.- Los legitimados activos son los compradores y terceros adquirentes (artículo 17.1 LOE) de los edificios o de parte de los mismos en caso de que sean objeto de división. Esta previsión legal constituye una verdadera acción directa concedida a los segundos y sucesivos compradores frente a los responsables del proceso constructivo²⁴⁶. Los legitimados pasivos son las personas físicas y jurídicas que intervienen en el proceso edificatorio (artículo 17.1 LOE), entre los que se encuentran:

:

²⁴⁴ RODRIGUEZ MORATA, F. A.. *Op. cit.*. Págs. 181-2.

²⁴⁵ Las acciones del art. 1.591 no son propias de la edificación al quedar fuera del ámbito de aplicación de la LOE, cuyo art. 17 ha pasado a regularlas, sin embargo, si que tiene cabida dentro de un ámbito más amplio como es el de la construcción.

²⁴⁶ RODRIGUEZ GONZÁLEZ, J. L. *El principio de relatividad de los contratos en el derecho español*. Colex, 2000. Madrid. Págs. 291-2.

a) Promotores. Son los legitimados pasivos por excelencia. La LOE (artículo 17.3) le ha atribuido responsabilidad solidaria con el resto de agentes causantes de los daños materiales.

b) Proyectistas y dirección técnica por los vicios y defectos que tengan causa en el proyecto y en la dirección de la obra. También caben como legitimados pasivos los organismos y laboratorios de control de calidad de la edificación, en tanto en cuanto con su participación en el proceso edificatorio pueden originar vicios y defectos al edificio, pero difícilmente dicha responsabilidad se dará de una forma individualizada.

c) Contratistas y subcontratistas²⁴⁷ causantes de los vicios y defectos que adolezca la edificación por una mala ejecución material de la obra. Estos últimos, aunque no están especificados expresamente en la LOE, también responden directamente (artículo 17.1 LOE), tanto por hechos propios como por hechos ajenos, pudiendo el legitimado activo accionar directamente contra el subcontratista²⁴⁸ (artículo 17.1 LOE), contra el contratista por los daños causados por el subcontratista (artículo 17.6 LOE), y conjuntamente contra el contratista y subcontratista. El subadquirente podrá dirigirse también conjuntamente contra el subcontratista, contratista, promotor y segundo vendedor (artículo 17.9 LOE).

²⁴⁷ LA LOE no menciona a los subcontratistas como agentes de la edificación pero tanto la doctrina como la jurisprudencia al considerar los agentes de la edificación en su sentido amplio los contempla dentro de ellos.
STS de 30 de diciembre de 1993.

²⁴⁸ Aunque la jurisprudencia había ampliado la legitimación pasiva en la acción directa a los subcontratistas de la obra (STS 22.6.90; 1990, 4861), el art. 17.6, establece la responsabilidad del constructor, cuando subcontrate con otras personas partes de la obra, pudiendo repetir éste posteriormente contra él. A pesar de ello, existe cierto sector doctrinal que manifiesta su vigencia al seguir vigentes las razones por las que la jurisprudencia la extendió a éste.

523.- No cabe el ejercicio de dicha acción contra los suministradores, en tanto en cuanto, el artículo 17 LOE hace responder a los contratistas²⁴⁹ de éstos, sin perjuicio de la acción de repetición que puedan ejercitar contra ellos.

524.- El artículo 17.3 LOE establece la responsabilidad solidaria para cuando no pueda individualizarse la causa de los daños materiales, o quedase probada la concurrencia de culpas, sin que pueda apreciarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, pudiendo ejercitarse la acción directa, contra los agentes a quienes se le atribuyan las causas que han originado dichos daños.

525.- Las causas de exoneración (artículo 17.8 LOE) de la responsabilidad de los agentes son el caso fortuito, la fuerza mayor y acto del terceros o del propio perjudicado por el daño, correspondiendo su acreditación al demandado, y al demandante, solo la acreditación de los daños.

526.- Los daños indemnizables bajo el régimen de responsabilidad de la LOE son solo los daños materiales del edificio establecidos en el artículo 17.1.a) y b), con un plazo de garantía de diez, tres y un año respectivamente; plazo de prescripción de la acción de dos años a partir de la fecha en que se produjeron dichos daños, y plazo de dos años desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la fecha de la indemnización en el caso extrajudicial, para ejercitar la repetición sobre el responsable último por parte del perjudicado (artículo 18 LOE). Los daños excluidos de la LOE no son accionables a través del artículo 17, pero éste es compatible con el art. 149 TRLGDCU, con las acciones por vicios ocultos del artículo 1.484 y ss. C. C., con las acciones generales de cumplimiento de las obligaciones y con la responsabilidad extracontractual.

²⁴⁹ A este precepto se le puede objetar que el causante del daño en numerosas ocasiones solo sea responsable directo frente a su contratante (el contratista, el proyectista, el director de la obra) y no frente al perjudicado.

527.- También cabe la acción directa fuera de los supuestos establecido en la LOE, ya que el artículo 17 permite el ejercicio de las acciones de naturaleza legal con las de carácter contractual.

5. LA ACCIÓN DIRECTA DEL ARTÍCULO 76 LCS.

528.- El artículo 76 LCS reconoce la acción directa al perjudicado contra el asegurador para la reclamación de la indemnización correspondiente a los daños cubiertos por el seguro de responsabilidad civil, y el derecho de repetición de la aseguradora contra el asegurado¹, en el caso de que éste tenga que cumplir la obligación de indemnizar al perjudicado por conducta dolosa. Con ello, el legislador ha pretendido otorgar mayor tutela al perjudicado que sufre el daño que cause una persona que esté asegurada, pudiendo reclamar la indemnización directamente ante un asegurador solvente. Con anterioridad a la LCS, la acción directa estaba reconocida solo de forma restringida para algunos seguros de responsabilidad civil obligatorios y por la jurisprudencia para los seguros voluntarios.

529.- Los legitimados activos son los propietarios o terceros adquirentes que son los perjudicados. El legitimado pasivo es el asegurador. El propietario tiene diferentes opciones para ejercer su derecho al resarcimiento, pudiendo dirigirse contra el asegurador, el promotor o el causante del daño, indistintamente o conjuntamente contra todos ellos, pero sin duda, se dirigirá sobre el asegurador, siendo éste quién ejerce la acción de regreso si le asiste.

530.- Los hechos constitutivos del ejercicio de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil de los agentes de la edificación, son los vicios o defectos

¹ El plazo de prescripción es el común de dos años al que se refieren los arts. 23 LCS y 18 LOE.

del edificio que produzcan daños materiales que afecten a elementos de terminación o acabado durante el periodo de un año; los daños causados por vicios o defectos que afecten a los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad durante el periodo de tres años, y; los daños causados al edificio que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga y otros elementos estructurales que comprometan la resistencia mecánica y estabilidad del edificio durante el plazo de diez años. Plazos todos ellos contados a partir del momento de la recepción definitiva del edificio por el promotor, con periodo de prescripción y de repetición de dos años conforme al artículo 18 LOE.

531.- El segundo párrafo del artículo 76 LCS establece el régimen jurídico de las excepciones² que el asegurador puede oponer al perjudicado. Éstas son, las procesales, la culpa exclusiva del asegurado, las excepciones personales que pueda tener contra éste, las que afectan al propio contrato y las cláusulas delimitadoras del riesgo, sin que pueda oponerle las excepciones que tuviera con relación al asegurado. El último párrafo del artículo 76 obliga a manifestar al perjudicado y sus herederos la existencia del seguro y su contenido.

² REGLERO CAMPOS, I.. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Aranzadi. Cizur Menor. 2006. Págs. 796-800.

TERCERA PARTE

Los seguros en la edificación

CAPÍTULO IX. LOS SEGUROS EN LA EDIFICACIÓN.

SUMARIO: 1. CUESTIONES PRELIMINARES: 1.1. Alternativas ante el riesgo. 1.2. Transferencias de riesgos. 1.3. Transferencias a terceros no profesionales del riesgo; 1.4. Transferencias a las empresas aseguradoras. **2. LOS SEGUROS EN LA EDIFICACIÓN. SEGUROS OBLIGATORIOS Y SEGUROS VOLUNTARIOS. 3. PERIODO DE COBERTURA.**

1. CUESTIONES PRELIMINARES.

532.- En la edificación existe implantado un sistema de seguros que dan cobertura a los riesgos³ que soporta la obra, el edificio⁴ y las responsabilidades de los agentes intervinientes en la misma⁵.

³La clasificación de los riesgos a los que se ve sometida la edificación se puede realizar bajo diferentes criterios. Podemos considerar: a) la parte de la obra que los soporta (obra fundamental, obra secundaria e instalaciones); b) el periodo de cobertura (ejecución, garantía decenal, mantenimiento y conservación); c) la tipología del riesgo, encontramos riesgos

convencionales (incendios, explosión, caída de rayo, robo, expoliación, impactos, choques de vehículos, caída de aviones, etc.), riesgos de fuerza mayor o de la naturaleza (viento, pedrisco, lluvia, nieve, helada, deshielo, tempestad, huracán, ciclón, inundación, desbordamiento, embates del mar, hundimiento de tierras, desbordamiento de ríos, aludes, terremotos y erupciones volcánicas, etc.), riesgos propios de la obra (los peligros técnicos, los fallos humanos, los defectos de los materiales, los errores de diseño, etc.), y en función de la causa (proyecto, ejecución, materiales, uso y mantenimiento, varios, etc.).

⁴ RODRÍGUEZ DE TRIO DOMINGO, A. “Siniestros más frecuentes en construcción en España. I Jornadas de debate y reflexión sobre la aplicación de la LOE. Calidad, Patología, Control de Riesgos y Seguros”. Tarragona, 8, 9 y 10 de Noviembre de 2001. *Revista de Derecho Urbanístico*. Musat. Madrid 2001. Del estudio detallado de miles de siniestro que a lo largo de doce años, los aparejadores han comunicado a MUSAAT, resulta que casi el 32% de los siniestros son debidos a daños por humedades, el 14% a daños estructurales, el 14% por daños a terceros, el 8% por fallos del suelo y el 32% se atribuye genéricamente a otros.

⁵ ORTEGA ESPINOSA, S.. “Los riesgos de la edificación y su aseguramiento”. *Gerencia de riesgos*, 1995, 4º T.. Nº 52. Págs. 23 y ss.

MERCHÁN GABALDÓN, F. *Manual de Peritación en Seguros de Construcción*. Cie Inversiones Editoriales. Dossat 2000. Págs. 44-45. Por la similitud entre el seguro de montaje y de construcción, detallamos el espectro del inventario de riesgos que podría atribuirse a un proyecto de montaje: a) riesgos personales: accidente laboral o extra-laboral, enfermedad común o profesional, fallecimiento, incapacidad permanente por lesión, secuestro; b) riesgos de daños materiales: fenómenos extraordinarios de la naturaleza: Inundación, terremotos, vendavales, erupción volcánica, acciones políticos-sociales, huelga, motín, tumulto, sabotaje, terrorismo, conflictos bélicos (guerra, revuelta armada, rebelión, insurrección), actos malintencionados: vandalismo, robo, daño doloso, uso indebido de la maquinaria e instalaciones, condiciones ambientales normales (temperatura, humedad, viento, lluvia), errores humanos (impericia, negligencia, fallos de operación);fenómenos físico-químico, fuego, explosión, contaminación físico-química, defectos de diseño (en los bienes, en los procesos, en los protocolos de montaje y/o pruebas), transporte de bienes y equipos (carga y descarga, medio de transporte, estancias intermedias, aduanas), manipulación de bienes y equipos, impactos, errores en el montaje, defecto de fabricación en equipos montados y/o premontados, defectos de los materiales, rotura/avería de equipos, maquinaria y/o servicios auxiliares de montaje, deterioro de instalaciones, corrosión, desgaste, mantenimiento deficiente, fallo de los sistemas de control y mando de las instalaciones, fallo de los sistemas de seguridad, daños a instalaciones y bienes existentes; c) riesgo de pérdidas indirectas causadas por un siniestro de daños materiales: incremento de costes fijos por paralización, gastos extraordinarios, horas extras, trabajos en días festivos, gastos de aceleración, alquiler de maquinaria suplementaria, transportes urgentes de materiales y/o repuestos, retraso en los plazos de ejecución, posibles penalizaciones contractuales, paralización de instalaciones en producción; d) riesgo de paralización: retraso en los plazos de entrega suministradores de equipos, falta de suministro de energías (electricidad, agua, etc...), huelga de empleados propios o ajenos, acontecimientos nacionales e internacionales, decisiones arbitrarias de la propiedad. expropiación, confiscación de bienes o propiedades, accidentes de empleados y/o personal directivo; e) riesgos de reclamaciones judiciales y/o responsabilidades adquiridas: empleados, accidentes de trabajo, asuntos sociales, terceros, daños y/o perjuicios causados a un tercero totalmente ajeno al proyecto, bien directamente o subsidiariamente a través de empleados, contratistas, subcontratistas y/o transportistas, profesional (puede adquirirse responsabilidad penal o civil cuando como consecuencia de las actuaciones de un profesional se deriven daños a las personas o a las cosas, así como perjuicios económicos, por no haber aplicado bien sus conocimientos, no tenerlos o en general no tener una actuación auténticamente profesional), contractuales (cláusulas de

1.1. ALTERNATIVAS ANTE EL RIESGO.

533.- Para gestionar los riesgos que asumen los agentes de la edificación por su participación en la edificación, existen diferentes alternativas⁶, que pueden utilizarse de forma individual o combinada. Éstas son:

a) Eliminarlo. Esta alternativa presenta el problema de que generalmente es imposible eliminar todo el riesgo, y aún en el supuesto de poder eliminarlo, el alto coste en que se incurriría descarta ésta elección.

b) Asumirlo. Soportando económicamente con recursos propios los daños producidos por el accidente. Es la forma más genérica de enfrentarse al riesgo.

c) Prevenirlo. Mediante la reducción de su intensidad y probabilidad de ocurrencia, actuando sobre el control de los factores que determinan dicho riesgo.

d) Transferirlo. Cediéndolo a otra persona a cambio de un precio. La persona que lo asume generalmente lo hace por encontrarse en una posición más ventajosa por su conocimiento sobre la gestión y probabilidad de ocurrencia, como les sucede a las aseguradoras. Seguidamente me centraré en esta alternativa que es la utilizada de forma más generalizada, tanto para preservar la integridad de la edificación de los riesgos que le afectan en las fases de ejecución, garantía, mantenimiento y conservación, como para cubrir las responsabilidades de los agentes que intervienen en el proceso edificatorio.

e) Reducirlo. Es la alternativa utilizada por los aseguradores para el tratamiento del riesgo, disminuyendo la probabilidad de ocurrencia del siniestro

garantía, condiciones de mantenimiento, penalizaciones por incumplimiento de plazos, cláusulas de limitación de responsabilidad), contaminación ambiental (polución, vertido de residuos).

⁶ MARK R. GREENE. *Riesgo y Seguro*. Editorial Mapfre. Madrid 1979, 3ª edic.. Págs. 15 y ss.

en base a la ley de los grandes números. Los aseguradores utilizan tanto el método de transferencias de riesgos a través del reaseguro, como el de combinación mediante la contratación en masa de seguros. Mientras que éste último reduce el riesgo, la transferencia o cesión no lo reduce.

1.2. TRANSFERENCIAS DE RIESGOS.

534.- La eliminación del riesgo puede originar un coste tan alto que a veces se descarta esta posibilidad. Mayor presencia tiene la reducción del mismo, de cara a conseguir un incremento de la seguridad. Por otro lado, el autoseguro lleva consigo la dotación de provisiones que generan un alto coste de oportunidad. Por ello, tiene tanto éxito la transferencia del riesgo a través del seguro comercial, ya que las aseguradoras pueden cubrir daños de cuantía considerable y de baja probabilidad de ocurrencia. Pero aún así, no todos los riesgos pueden transferirse, debido al alto coste en que se incurriría y a la falta de aseguradoras que los asuman.

535.- Entre los riesgos transferibles hay que destacar los causantes de daños materiales sobre las cosas, básicamente la obra y el edificio en sus diferentes fases, que constituyen el objeto principal del seguro, y los susceptibles de causar responsabilidad civil de los agentes intervinientes en la edificación durante el desempeño de su actividad profesional. Las transferencias de dichos riesgos pueden realizarse tanto al sector asegurador, como a terceros no profesionales del riesgo, mediante la inclusión de cláusulas especiales⁷ en los contratos que les vinculan.

⁷ *Gerencia de Riesgos y seguros en la empresa*. Mapfre. Madrid 1998. Págs. 206 y ss..

1.3. TRANSFERENCIAS A TERCEROS NO PROFESIONALES DEL SEGURO.

536.- Estas transferencias se llevan a cabo mediante pactos contractuales. Se pueden citar las cláusulas siguientes: a) cláusulas de exoneración de responsabilidad, mediante las cuales ésta pasa a ser aceptada por la otra parte contratante; b) cláusulas de limitación de responsabilidad, que la limitan mediante la protección y la prevención del riesgo; c) cláusulas de ampliación de la responsabilidad, aumenta la agravación de la responsabilidad de un tercero mediante el establecimiento de compensaciones adicionales a las que de ordinario le pudieran corresponder; d) cláusulas de abandono de recursos, reducen el riesgo al renunciar la otra parte contratante a exigir compensaciones derivadas de la operación contratada, pero no exonera a la empresa respecto de terceros perjudicados, y; e) otras cláusulas de control del riesgo como son la cláusula penal que reduce el riesgo de incumplimiento de obligaciones, cláusulas de responsabilidad solidaria, etc.

1.4. TRANSFERENCIAS A LAS EMPRESAS ASEGURADORAS.

537.- Esta forma de transferencia es la más extendida de todas, pero hay que adaptarse a las condiciones del mercado de seguros⁸ y a los productos que las propias aseguradoras han creado específicamente para dichas coberturas, lo que hace necesario abordar su análisis teniendo en cuenta la finalidad perseguida con dichos aseguramientos, las personas interesadas en ellos, los sujetos obligados a su contratación, los periodos que abarcan y los riesgos cubiertos. Respecto a éstos últimos, las aseguradoras establecen en los seguros voluntarios sus propias

⁸ No existe un único seguro que abarque a todos los existentes en las diferentes etapas por las que atraviesa el proceso edificatorio, ya que existen diversidad interesados, riesgos y daños cubiertos, y periodos de cobertura.

coberturas, tanto básicas como opcionales, es por ello, que hay que acudir a la generalidad de las pólizas para ver cuales son los riesgos ordinarios y extraordinarios cubiertos.

538.- La actividad de la edificación dispone de los siguientes seguros para dar cobertura a los riesgos que tal actividad conlleva: a) en las fases de construcción, el seguro de construcción (también llamado seguro todo riesgo construcción), tiene por objeto, dar cobertura a los riesgos de la obra durante su ejecución, ampliable opcionalmente a un periodo de prueba o garantía de un año, con posterioridad a la conclusión de ésta; b) en la fase de garantía el seguro decenal, puede adoptar la modalidad de seguro de daños materiales o de caución, dando cobertura durante los diez años siguientes a la recepción definitiva del edificio por el promotor a los daños materiales que éste sufra por vicios y defectos estructurales (artículo 19.1.c LOE); c) el seguro trienal, da cobertura durante tres años, a los daños materiales causados por vicios o defectos de ejecución de los elementos constructivos o de las instalaciones (artículo 19.1.b LOE) que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del artículo 3 LOE; d) el seguro anual, da cobertura a los daños causados por vicios o defectos de terminación y acabado de las obras, pudiendo ser sustituido por la retención del promotor del cinco por ciento del valor de ejecución material de la obra (actualmente no existe obligatoriedad de los seguros trienal y anual, ésta podrá establecerla el gobierno mediante real decreto según la disposición adicional 2ª.2 LOE, teniendo en cuenta las circunstancias de los sectores de la edificación y asegurador, algunas de estas coberturas las incorporan opcionalmente el seguro decenal); e) el seguro de responsabilidad civil, cubre los daños que los profesionales causen a terceros y a la propia obra en el desarrollo de su actividad; f) los seguros multirriesgos, dan cobertura a los riesgos de la vivienda en la fase de mantenimiento y conservación; y g) el seguro de caución, garantiza el afianzamiento de cantidades anticipadas por compradores en la compra de las viviendas (Ley 57/1968), la licitación y el cumplimiento de contratos de obra entre otras obligaciones..

Abordaré el análisis de dichos seguros desde diferentes puntos de vista, como son el legal, doctrinal y jurisprudencial, dejando al margen el técnico por no considerarlo relevante para este trabajo.

2. LOS SEGUROS EN LA EDIFICACIÓN. SEGUROS OBLIGATORIOS Y SEGUROS VOLUNTARIOS.

539.- La contratación de los seguros en la actividad edificatoria puede surgir por voluntad propia o tener origen legal o contractual. Nos encontramos con:

540.- a) Seguros obligatorios. Impuestos fundamentalmente por las innovaciones introducidas por la LOE⁹, que ha optado por el establecimiento de un sistema de garantías basado principalmente en el seguro de daños materiales o de caución, con los que reparar los daños materiales que sufra la edificación accionables bajo el régimen de responsabilidad del artículo 17 LOE, de tal manera que el propietario o usuario no tenga que esperar a la declaración de responsabilidad por los tribunales, sino que sea el asegurador el que tenga que ir contra el responsable último, ya que lo que se garantiza no es la responsabilidad de los agentes de la edificación por participar en el proceso constructivo, sino los daños materiales que sufra el edificio por dicha participación. Su regulación se encuentra fundamentalmente en los artículos 19 y 20 y en la disposición adicional segunda de dicha Ley, siendo su finalidad la protección¹⁰ de los consumidores y usuarios.

⁹ Con anterioridad a la LOE era el seguro de daños decenal el que garantizaba los vicios de la obra, pero sus coberturas no coincidían con la interpretación jurisprudencial que se venía haciendo de la responsabilidad impuesta por el artículo 1.591 C.C..

¹⁰ SÁNCHEZ RUÍZ DE VALDIVIA, I.. “El verdadero debate jurídico que hoy plantea la Ley de Ordenación de la Edificación: la necesidad de clasificar el panorama legal de acciones por daños derivados de la construcción de edificios”, Córdoba, 3 y 4 de Mayo de 2001,

541.- a.1) El artículo 19 LOE, tras las reformas llevadas a cabo durante su tramitación parlamentaria¹¹, dispone el aseguramiento de las obras ante: a.1.1) los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación y acabado durante un año; a.1.2) los daños causados por vicios o defectos de los elementos constructivos y de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del artículo 3.c.1, durante 3 años, y; a.1.3) los daños causados 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, que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio, durante diez años.

542.- La LOE contempla que los aseguramientos puedan llevarse a cabo mediante la modalidad de un seguro de daños materiales o de caución que lleve incorporada la cláusula a primer requerimiento. Salvo pacto en contrario, los seguros no cubren los daños excluidos por el artículo 19.9 LOE, entre los que se encuentran los producidos por caso fortuito, fuerza mayor, los derivados de un

Comunicación presentada y Premiada en el II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro.

¹¹ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. 3ª edic. Aranzadi. Elcano (Navarro) 2005. Págs. 355 y 358. La LOE crea un monopolio legal para las compañías de seguros, reduciéndose la protección con respecto al anteproyecto de la Ley de Ordenación de la Edificación de julio de 1994, ya que éste, admitía un aval solidario en lugar de un seguro; el art. 19.5 b) LOE establece como importe mínimo de capital asegurado el 30%, mientras que el anteproyecto establecía el coste final de la ejecución de la obra; el art. 54.7 del anteproyecto establecía la inoponibilidad del impago de la prima, mientras que en el 19.2 b) LOE esto solo se dice respecto del impago de la prima fraccionada, pero no establece nada cuando la prima es única que debiendo pagarse en el momento de recepción de la obra, no se haya pagado, o haya sido aplazada; el art. 54.8 del anteproyecto establecía que el contrato de seguro no podría resolverse y el art. 19.4 LOE se limita a decir que no podrá resolverse de mutuo acuerdo, sin aclarar si cabe una resolución por incumplimiento de las obligaciones del tomador o del asegurado; el art. 19.7 LOE no tiene el mismo sentido que el art. 54.10 del Anteproyecto, aquí la responsabilidad solidaria era del empresario y de sus administradores y apoderados, en la LOE ha desaparecido este último, y la norma acaba careciendo de sentido originario, de crear incentivos para el aseguramiento mediante el expediente de comprometer la responsabilidad del patrimonio personal de los administradores, y; la causas de exclusión de cobertura del art. 19.9 g) a i) LOE son nuevas. En cuanto a la tramitación parlamentaria el art. 19 ha tenido alguna diferencias de redacción no sustanciales centradas fundamentalmente en el apartado 1 y 2.c).

uso negligente y los causados a terceros. Se tratan de seguros normados¹² de los que no se puede disponer una vez que entren en vigor las garantías.

543.- Su implantación, conforme a lo establecido en el punto segundo de la Disposición Adicional Segunda de la LOE, se va a llevar a cabo, de una forma escalonada. En la actualidad, solo está vigente el tercero de dichos seguros, siendo necesaria su acreditación para la escrituración e inscripción de declaración de obra nueva. El cumplimiento de la obligación de constituir el seguro de garantía decenal ha de ser acreditada ante el notario mediante la presentación del documento del que resulte la garantía (se trata de un control preventivo¹³), que tendrá que de testimoniarlo para autorizar la escritura pública y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad¹⁴. El control establecido por la LOE descansa sobre la existencia de las garantías y el momento en que han de acreditarse. Aparte de este control preventivo, existe un control de tipo sancionador que trata de evitar que después de constituidas se vean frustradas por actos del promotor. Entre éstas medidas se encuentran: 1º) la imposibilidad de resolución del contrato por impago de la prima (artículo 19.2 b)); 2º) la imposibilidad de resolución del contrato de mutuo acuerdo; y 3º) la responsabilidad personal en caso de incumplimiento (artículo 19.7). El artículo 20.2 LOE establece que en la hoja abierta en el Registro Mercantil al promotor no se inscribirá la liquidación de las sociedades promotoras sin que previamente se acredite la constitución de las garantías establecidas¹⁵, medida que parece poco

¹² PEÑAS MOYANO, M. J.. “Edificación y seguro: modalidades contractuales exigidas como garantía en la LOE”. *RES*. 2002, abril-junio, Nº. 110. Madrid. Págs. 145-186. Cita SOANE PRADO, *Garantías y responsabilidades en la LOE*, págs. 16 y 21.

¹³ JIMÉNEZ CLAR, A. J.. “El sistema de seguros de la LOE”. *Revista de Derecho Patrimonial*.. Año 2001-1º. Nº. 6. Págs. 37 y ss.

¹⁴ La Instrucción de la DGRRNN de 11 de septiembre de 2000, realizada ante la consulta formulada por la Dirección General de Seguros, sobre la forma de acreditar ante Notario y Registrador la constitución de las garantías a que se refiere el art. 20.1 de la LOE, ha resuelto el contenido de la certificación o documento a expedir por las entidades aseguradoras.

¹⁵ AVILA NAVARRO, P.. “La Ley de Ordenación de la Edificación y el Registro”. *Boletín del Colegio de Registradores de España*. Año 2000, Nº 59. Págs. 821 y ss..

efectiva si se tiene en cuenta la costumbre por parte de las promotoras de constituir una sociedad por cada promoción.

544.- a.2) El seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas por los compradores de viviendas impuesto por la Ley 57/1968 y modificado por la disposición adicional primera de la LOE, es un seguro de caución, en su modalidad de afianzamiento de anticipos de compradores de viviendas.

545.- a.3) En los seguros obligatorios también encontramos los establecidos por las Leyes de Colegios Profesionales como el seguro de responsabilidad civil profesional que cubre los daños producidos por los profesionales en el ejercicio de su actividad. La LOE responsabiliza a los técnicos de la edificación (arquitectos, arquitectos técnicos, ingenieros, ingenieros técnicos) pero no les exige que dicha responsabilidad la garanticen mediante seguro.

546.- b) Seguros voluntarios contratados por los agentes, bien por iniciativa propia o por compromisos contraídos a través de pactos contractuales. Podemos citar el seguro todo riesgo construcción, el seguro de responsabilidad civil de empresas y los seguros multirriesgo.

547.- b.1) El seguro todo riesgo construcción cubre los daños producidos a la obra durante la ejecución de la misma y el periodo de garantía previo a la recepción definitiva.

548.- b.2) Los seguros multirriesgos los integran el de hogar y el de comunidad: El primero lo exigen fundamentalmente las entidades financieras para asegurar la garantía principal de la financiación que es el edificio, mientras que para el segundo, algunas comunidades autónomas han aprobado disposiciones imponiéndolo.

549.- b.2.1) Hogar. Se trata de un seguro voluntario, cuyo objeto tiene dos vertientes, el continente que lo constituye la vivienda en sus partes privativas y el contenido que lo constituyen los bienes que se encuentran dentro del continente.

Aunque existen innumerables motivos para la contratación de este tipo de seguro, una de ellas, es quizás la que más ha incidido en su implantación, se trata de su exigencia por las entidades financieras como condición para el otorgamiento de la financiación vía subrogación del préstamo hipotecario promotor o para la concesión de un préstamo nuevo al comprador. Otro motivo es el establecimiento obligatorio por la Ley del Mercado hipotecario a la contratación del seguro de incendios (incluido en este seguro), para poder dar movilidad a las carteras de préstamos de las entidades financieras.

550.- b.2.2) Comunidad. Se trata de un seguro multirriesgos cuyo objeto es el aseguramiento del edificio en el que existen varios ocupantes, aunque el propietario del edificio sea el mismo. Es muy similar al seguro multirriesgos hogar con la diferencia fundamental del objeto asegurable, ya que si en este último, el continente lo constituye la vivienda y el contenido el ajuar doméstico, en el de comunidad, el continente lo constituye la propia edificación en sus partes comunes, quedando el contenido en un plano secundario.

La Ley 2/1999 de 17 de marzo de Medidas para la Calidad de la Edificación de la Comunidad de Madrid, establece en su artículo 24, la obligatoriedad de asegurar el edificio de los riesgos de incendios y daños a terceros. La normativa autonómica¹⁶ contempla de forma generalizada la contratación de este seguro del que se dejará constancia en el libro del edificio.

¹⁶ Art. 30.3 de la Ley de la Vivienda de 29 de noviembre de 1991 de la Generalidad de Cataluña. “El propietario de la vivienda la asegurará, como mínimo, por los riesgos que se deriven de causas fortuitas, de fuerza mayor y de daños contra terceros”.

551.- b.3) Los seguros de responsabilidad civil de empresas. Son utilizados por los promotores, constructores y suministradores para cubrirse de los daños causados por responsabilidad a terceros. Estos seguros pueden ser individuales o aparecer junto con otras modalidades como seguros complementarios.

552.- c) Los seguros utilizados en la edificación¹⁷ tanto los obligatorios como voluntarios son fundamentalmente de tres tipos:

c.1. Seguros de daños materiales:

- El seguro todo riesgo construcción.
- El seguro decenal
- El seguro trienal
- El seguro anual
- El seguro multirriesgo de comunidad.
- El seguro multirriesgo de hogar

¹⁷ MERCHÁN GABALDÓN, F.. *Op. cit.*. Cie Dossat 2000. Pág. 39 .Nos diferenciamos del sistema francés en que se ha optado por un seguro de suscripción obligatoria de daños materiales o un seguro de caución, sin estar acompañados obligatoriamente de un seguro de responsabilidad civil como el francés; camino que se ha considerado más ágil y por tanto que protege mejor al usuario final del edificio, al permitir la reparación del daño sin necesidad de conocer al responsable trasladando esta búsqueda a la investigación posterior por parte del asegurador.

PACHECO JIMÉNEZ, M^a. NIEVES. *Los seguros en el proceso de la edificación*. La Ley. Madrid, 2008. Págs. 381-386. En el Derecho Comparado nos encontramos con los siguientes:

a) Francia: Este país tiene una relevante influencia en la consagración de nuestro sistema de seguros en la edificación. La Ley Spinetta (Ley núm. 78-12, de 4 de enero de 1978, consagra las siguientes garantías: a) garantía decenal; b) garantía de buen funcionamiento o bienal; c) garantía de perfecto acabado; d) garantía de aislamiento sonoro. El sistema francés se caracteriza por la contratación de seguros de daños materiales (Todo Riesgo Construcción, decenal, buen funcionamiento, aislamiento sonoro) y los seguros de responsabilidad civil obligatorios del resto de agentes intervinientes en la edificación, ejercitando la acción de regreso sobre éstos la aseguradora de los seguros de daños materiales.

b) Italia: Contempla el seguro decenal (art. 3 Decreto Legislativo 122 de 20 de junio de 2005), la garantía bienal, el seguro de responsabilidad civil del contratista, proyectista y director de la obra y el seguro todo riesgo construcción.

c) Reino Unido: La Buildmark Warranty o Garantía Decenal que para construcciones registradas en el Consejo Nacional reconstrucción de casas (NHBC: The National House-Building Council, principal proveedor de garantías y seguros) se divide en cuatro partes principales: 1) Cobertura antes de que la construcción esté concluida. 2) Cobertura para los dos primeros años tras la conclusión de la construcción. 3) cobertura desde el tercer años, hasta el décimo año. 4) Cobertura adicional desde el tercer año hasta el décimo para la que se realiza el control de la construcción.

c.2. Seguros de caución:

- Seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas por los compradores.
- Seguro decenal.
- Seguro trienal.
- Seguro anual.
- Seguro en garantía de contrato de obra
- Seguro de licitación.

c.3. Seguro de responsabilidad civil:

- Seguro de responsabilidad civil de empresas:
 - * Seguro de responsabilidad civil del promotor.
 - * Seguro de responsabilidad civil del constructor.
 - * Seguro de responsabilidad civil por productos defectuosos.
- Seguro de responsabilidad civil profesional
 - * Seguro de responsabilidad civil de técnicos (proyectista, director de obra y director de la ejecución de la obra).
 - * Seguros de responsabilidad civil de las entidades y laboratorios de control de calidad.

3. PERIODO DE COBERTURA.

553.- El periodo de cobertura abarca toda la vida del edificio que comienza con el inicio de la obra (preparación del solar o suscripción del acta de replanteo) y se prolonga durante la fase de conservación y mantenimiento.

También hay que destacar la denominada contractor's all risk policy o póliza de todo riesgo construcción originaria de este país.

Dentro de dicho periodo podemos diferenciar los siguientes subperiodos:

554.- a) Proyecto y ejecución. El seguro de responsabilidad civil del arquitecto proyectista cubre los daños que tengan origen en el proyecto, tanto durante su elaboración como en la ejecución. En ésta última, los riesgos también están cubiertos por el seguro de construcción, que da cobertura a la obra durante su ejecución y periodo de garantía, hasta la entrega definitiva. Durante esta fase frecuentemente se produce la venta de la finca y la entrega de anticipos por parte de los compradores, para la protección de dichos anticipos la Ley 57/1968 modificada por la LOE, establece que éstos queden garantizados con un seguro de caución hasta la entrega de la vivienda.

555.- b) Garantía. El seguro decenal que cubre los daños estructurales que tengan origen en vicio y defectos de la edificación durante un periodo de diez años desde la recepción definitiva del edificio. Simultáneamente, cuando entren en vigor los seguros trienal y anual, estarán cubiertos desde la recepción definitiva durante un periodo de tres años los defectos de habitabilidad, y durante un periodo de un año los defectos de terminación y acabado, respectivamente. El hecho de que en el mismo periodo operen tres seguros es porque el objeto asegurado por éstos es diferente, ya que el primero afecta a la obra fundamental, el segundo a los elementos constructivos e instalaciones en lo referente al cumplimiento de los requisitos de habitabilidad del artículo 3.1.c) y el tercero a los defectos de terminación y acabado.

Aunque los daños quedan cubiertos por estos seguros, la aseguradora tienen derecho a ejercitar la acción de regreso (art. 18.2 LOE) contra el causante durante el plazo de dos años, desde la firmeza de la resolución judicial o partir de la fecha de la indemnización extrajudicial. Los presupuestos para ejercitar la acción de responsabilidad dependera de la modalidad del seguro concertado (daños o caución) por el constructor o el promotor.

556.- c) Mantenimiento y conservación. Las coberturas las proporcionan el seguro multirriesgos de comunidad en lo que respecta a los daños de los elementos comunes, y el de hogar en lo referente a las partes privativas (seguros que van a abarcar toda la vida del edificio). Estos seguros coinciden con el decenal en su periodo de cobertura y con los seguros trienal y anual cuando se implanten.

557.- Desde un punto de vista secuencial la entrada en escena de los seguros se produce paralelamente a la de los agentes, comenzando con el de responsabilidad civil del promotor y proyectista, seguidos por el seguro de construcción, decenal, los seguros de responsabilidad civil de técnicos y constructor, el seguro de afianzamiento de vivienda y los seguros multirriesgos comunidad y hogar. No necesariamente debe darse esta ordenación, pero su contratación se encuentra normalmente dentro de esta secuencia.

558.- Junto a los plazos de cobertura, también hay que considerar los plazos de prescripción de dos años para la reclamación de los daños (artículos 18 LOE y 23 LCS), así como, para el ejercicio de las acciones de repetición, dos años en el régimen de la LOE (artículo 18.2) y quince años en el régimen general (artículo 1.964 C. C.).

CAPITULO X. EL SEGURO TODO RIESGO CONSTRUCCIÓN.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SUJETOS INTERVINIENTES. 3. ELEMENTO OBJETIVO: 3.1. Interés asegurado y objeto asegurado; 3.2. Riesgos asegurados; 3.3. Cláusulas delimitadoras de los riesgos cubiertos, limitativas de los derechos de los asegurados y cláusulas de exclusión. **4. SUMA ASEGURADA. 5. COBERTURAS OPCIONALES:** 5.1. Coberturas ampliadas. 5.2. Seguros complementarios. **6. PERIODO DE COBERTURA. 7. CLÁUSULA A FAVOR DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS.**

1. INTRODUCCIÓN.

559.- La obra se encuentra expuesta a numerosos riesgos durante su ejecución. Para dar cobertura a éstos, la praxis aseguradora ha creado el seguro todo riesgo

construcción. No se trata de un seguro obligatorio, ni contemplado por la Ley del Contrato de Seguro, pero goza de cierta tipicidad social, habiendo influido en su implantación, además, de las necesidades de protección de promotores y constructores, la exigencia de las entidades financieras de contratarlo como requisito previo para la concesión de la financiación hipotecaria¹. Este seguro es utilizado en la edificación, pero está concebido para cubrir toda clase de obras de ingeniería civil².

560.- Se trata de un seguro mixto de daños³ y de responsabilidad civil con unas coberturas muy amplias. En principio, protege la obra de todos los riesgos posibles, excepto las exclusiones expresamente pactadas en la póliza. También se le denomina seguro de construcción para evitar interpretaciones erróneas que pueda generar la utilización del nombre todo riesgo construcción.

561.- El periodo de vigencia abarca desde el inicio de la obra⁴, que comienza con el replanteo, hasta su entrega, a la firma del acta de recepción. La cobertura básica termina con la recepción provisional. Opcionalmente se puede contratar un seguro de garantía para el periodo comprendido desde la recepción provisional a la definitiva, que da cobertura a los daños que se causen en el

¹ El art. 30 R.D. 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. Establece que los bienes sobre los que se constituya la hipoteca deberán contar con un seguro contra daños adecuado a la naturaleza de los mismos, y en el que la suma asegurada coincida con el valor de tasación del bien asegurado excluidos los elementos no asegurables por naturaleza. PACHECO JIMÉNEZ, M^a. N.. Los seguros en el proceso de la edificación. La Ley. Madrid, 2008. Pág. 597.

² BENITO RIVERO, J. A. *El seguro de construcción de edificios*. Editorial Mapfre. Madrid 1977. Pág. 15. Entendiendo por ésta, la ejecución por el contratista de todos los trabajos contratados, incluidos los preparativos realizados en el lugar de construcción, como son excavaciones, nivelaciones, obras de movimiento de tierra, la construcción de edificaciones provisionales previstas en el presupuesto y en general todo cuanto constituye el proyecto de obra.

³ STS de 10 de junio de 2005.

⁴ Generalmente el condicionado general de las pólizas cubren los daños por demolición y desescombro.

desempeño de la actividad de mantenimiento y a los que provengan de causas anteriores al comienzo del periodo de garantía, que no estén excluidas por la póliza.

562.- Admite dos modalidades⁵ de contratación, la póliza individual⁶ y la póliza abierta. La primera modalidad cubre una obra específica, la segunda, cubre todas las obras que realice el asegurado que se encuentren dentro de unos parámetros especificados previamente por el asegurador. Cuando se trata de obra por fases, quedan incorporadas una vez se emita el correspondiente suplemento de inclusión de las obras.

2. SUJETOS INTERVINIENTES.

563.- Durante la ejecución de la obra, el constructor⁷ debe soportar los daños que sufra la misma, al tratarse de una obligación de resultado. Los artículos 1.589 y 1.590 C. C., regulan los riesgos en el contrato de obra, entendiendo que la obligación del constructor queda cumplida con la conclusión y recepción de la obra por parte del comitente. La responsabilidad se transmite con la entrega de la obra, mientras tanto, hasta la recepción definitiva, va a ser el constructor,

⁵ www.asefa.es.

⁶ La póliza conforme al art. 8 LCS debe contener como mínimo: a) nombre y apellidos o denominación social de las partes contratantes y su domicilio, así como la designación del asegurado y beneficiario, en su caso; b) concepto en el cual se asegura; c) naturaleza del riesgo cubierto; d) designación de los objetos asegurados y de su situación; e) suma asegurada o alcance de la cobertura; f) importe de la prima, recargos e impuestos; g) vencimiento de las primas, lugar y forma de pago; h) duración del contrato, con expresión del día y la hora en que comienzan y terminan sus efectos, e; i) nombre del agente o agentes, en el caso de que intervengan en el contrato.

⁷ MARTÍNEZ MÁZ, F.. *El contrato de obra analizado por constructores y promotores*. CISS Praxis. Valencia. Marzo, 2000. 1ª. edic. Pág. 28.

quién soporte los riesgos que existan sobre la misma. Los propios contratantes pueden modificar el régimen de responsabilidad existente entre ellos respecto al caso fortuito, fuerza mayor e imprudencia, pero no en cuanto al dolo, por ser su régimen indisponible⁸. Se exime de dicha responsabilidad al constructor cuando haya habido morosidad en la recepción por parte del promotor.

564.- El asegurador tiene que estar constituido conforme a la LOSSP y estar debidamente autorizado para operar en el ramo, en caso de no estarlo, el contrato de seguro sería nulo.

565.- El tomador del seguro puede ser cualquier sujeto que tenga interés en él. Generalmente son los que soportan el riesgo por aportar recursos al proyecto. Pueden ser tomadores el promotor, el constructor y el subcontratista, quienes lo pueden contratar por cuenta propia o ajena. Es la relación jurídica que les vincula, la que establece el régimen de responsabilidad entre ellos y quién debe soportar el coste del seguro. El vínculo entre constructor y promotor se establece mediante el contrato de obra que contiene los pactos que perfilan las obligaciones asumidas por ambos y la forma de llevarlas a cabo. En él, quedan obligados el primero, a la realización y entrega de la obra, y el segundo, al pago de un precio cierto. El promotor puede realizar el pago de la obra al contado, aplazada, fraccionada, etc., y el constructor puede entregar la obra de una sola vez, por fases, etc.. Si se trata de un solo contrato de obra tradicional, lo normal es que sea el constructor el tomador del seguro, e incluso, mediante la renuncia al recurso cubra a los subcontratistas con quién subcontrate, de tal manera que la obra quede cubierta por el importe total del contrato de ejecución. También es normal

⁸ Art. 1.107 C. C.

ELENA MOLINA, I. *Ruina y seguro de responsabilidad decenal, las coberturas aseguradoras de la responsabilidad decenal*. Comares. Granada, 1998. Pág. 84. En general en la contratación de seguros tanto el dolo como la mala fe del asegurado en la producción de siniestro no son asegurables, exceptuando lo establecido por el art. 76 LCS, debido al contenido social del seguro de responsabilidad civil.

que la cobertura de dichos riesgos la asuma el constructor⁹ cuando el contrato de obra sea del tipo “llave en mano”¹⁰.

566.- Cuando el proyecto se financie con garantía hipotecaria, la entidad financiera aparece en el seguro como beneficiaria, teniendo la consideración de tercero.

567.- El contrato queda perfeccionado por el consentimiento manifestado por las partes mediante la suscripción de la póliza o del documento provisional de cobertura (artículo 5 LSP), documento este último, que contiene todos los elementos básicos del contrato incluida la aceptación de la aseguradora, teniendo carácter vinculante¹¹.

3. ELEMENTO OBJETIVO.

568.- El elemento objetivo del seguro lo integran el interés asegurado, el objeto asegurado, el riesgo y el precio. Me centraré en los tres primeros ya que la determinación del precio forma parte del aspecto técnico del seguro, en lo que respecta a la tarificación.

⁹ MARTÍNEZ MÁS, F.. *Op. cit.*. Págs. 28 y 29. La doctrina considera que los riesgos a que se refieren los artículos 1.589 y 1.590 del Código Civil son solo los provenientes del caso fortuito o fuerza mayor (artículo 1.105 del Código Civil), puesto que si la destrucción de la obra se produce por causas imputables al constructor, el comitente podrá reclamar el daño y perjuicios por aplicación de las reglas que regulan la responsabilidad contractual (artículos 1.101, 1.124 y concordantes del Código Civil).

¹⁰ El contrato llave en mano es aquel en el que el contratista se obliga frente al cliente o contratante, a cambio de un precio, generalmente alzado, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra determinada que él mismo previamente ha proyectado. En este tipo de contrato el énfasis ha de ponerse en la responsabilidad global que asume el contratista frente al cliente.

¹¹ STS 18 de julio de 1988.

3.1. INTERÉS ASEGURADO Y OBJETO ASEGURADO.

569.- La contratación de un seguro requiere que el tomador del seguro tenga interés¹² en que no se produzca el siniestro, no pudiendo contratarlo una persona que no tenga dicho interés, por contravenir el artículo 8 de la LCS, que establece, que tiene que declararse el concepto en el cual se asegura. El artículo 25 contempla el supuesto de falta del interés asegurado en el momento de la conclusión del contrato, estableciendo su nulidad. Si durante la vigencia del seguro se produce la desaparición del interés o del bien asegurado, desde ese momento, el contrato del seguro quedará extinguido y el asegurador tiene derecho de hacer suya la prima no consumida. A pesar de la relevancia de la cosa asegurada, lo que verdaderamente tiene importancia es el interés¹³ sobre esa cosa, por lo que en el contrato de seguro hay que designar el interés asegurado mediante la indicación¹⁴ de quién es el titular del mismo y el objeto asegurado.

570.- En sentido amplio el objeto del seguro de daños es la compensación del perjuicio económico experimentado por el patrimonio del asegurado a consecuencia de un siniestro, pero en un sentido más concreto el objeto del seguro de construcción lo constituye la obra (fundamental¹⁵, secundaria¹⁶ e

¹² DEL CAÑO ESCUDERO, F.. *Derecho Español de Seguros*. T. I. Parte General. Tercera Edición Madrid 1983. Págs. 428 y 429.

¹³ SÁNCHEZ CALERO F.. *Ley del contrato de seguro. Comentario a la Ley 50/1980 de 8 de octubre y a sus modificaciones*. 3ª. edic.. Aranzadi, 2005. Págs. 439-443.

¹⁴ Arts. 7, 8.1, 8.2 y 8.4 LCS.

¹⁵ La obra fundamental la constituye: la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, que contribuyen directamente a la resistencia mecánica y a la estabilidad del edificio.

¹⁶ La obra secundaria viene determinada por exclusión respecto a la obra fundamental y a las instalaciones y la constituyen elementos tales como: cerramientos, cubierta y soleras; revestimientos, solados, alicatados y canalizaciones; tabiques fijos, falsos techos, puertas y ventanas; impermeabilizaciones.

instalaciones¹⁷), que el asegurado tiene interés en preservar. Las pólizas de seguros identifican el bien asegurado de la cobertura básica con la obra, definiéndola como “los trabajos permanentes y temporales realizados y en curso de realización; quedan incluidos en estos conceptos los materiales, aprovisionamientos y repuestos necesarios para la ejecución de la obra asegurada”¹⁸. En estos conceptos se incluyen también las obras auxiliares necesarias para el desarrollo de la obra principal y los materiales, aunque estos últimos se limitan a los que estén acopiados a pie de obra.

571.- La coberturas de este seguro las integran una garantía básica de suscripción obligatoria relativa al seguro de bienes sobre la obra, ampliable a otras coberturas complementarias; una garantía de responsabilidad civil, y; la garantía de mantenimiento y conservación. La cobertura básica son los daños materiales sufridos por la obra. Los daños personales que se produzcan en la obra, tanto a personal perteneciente a la misma como ajeno, es un riesgo no cubierto, y se tendría que acudir al seguro de responsabilidad civil para dichas coberturas. La garantía se aplica solamente a los daños producidos en el emplazamiento de las obras descritas en las condiciones particulares.

3.2. RIESGOS ASEGURADOS.

572.- Los riesgos asegurados tanto en la forma básica como en la ampliada son impuestos por las aseguradoras conforme a las necesidades del mercado y la posterior adaptación a su evolución. El seguro todo riesgo no protege de todas la circunstancias que producen daño en el objeto asegurado, sino que lo que cubre

¹⁷ Las instalaciones las componen, elementos tales como electricidad, fontanería, gas, calefacción, aire acondicionado, audiovisuales, telefonía, seguridad, ascensores y montacargas, etc...

¹⁸ Art. 1.1 del condicionado particular de la póliza individual del seguro de construcción de Mapfre.

es una generalidad de riesgos que hay que delimitar por el principio de individualización.

573.- A la hora de abordar el estudio de los riesgos se pueden seguir diferentes criterios. Podemos distinguir entre coberturas básicas y opcionales. En las primeras, diferenciamos entre riesgos ordinarios y extraordinarios¹⁹ (entendiendo por éstos últimos, los considerados como tales por el Consorcio de Compensación de Seguros). En las segundas, diferenciamos entre coberturas ampliadas y seguros complementarios.

574.- Las pólizas generalmente describen los riesgos cubiertos por el seguro de dos formas. La primera, los describe de forma general como “causa accidental e imprevisible, cualquiera que fueses su procedencia, incluso aquellas que tengan su origen en los fenómenos de la naturaleza”. La segunda²⁰, contempla esta primera descripción y además los precisa y reagrupa de la manera siguiente:

- Riesgos convencionales. Incendio, explosión, robo, caída de rayo, etc.
- Riesgos de la naturaleza cuya ocurrencia e intensidad no sea previsible en el lugar de la obra y época del año²¹, y hechos de carácter político y social²².

¹⁹ SÁNCHEZ CALERO F.. *Op. cit.* Pág.740. “Desde una perspectiva técnica se ha dicho que riesgos ordinarios, son los que presentan un comportamiento técnico regular, que se contraponen a los riesgos extraordinarios”.

²⁰ FONT RIVAS A. *Contrato de Seguro: Exclusión de cobertura y cláusula limitativa*. Cedecs Editorial S.L.. Rubí (Barcelona) 1998. Págs. 17-60. La delimitación de los riesgos cubiertos en las pólizas de seguros se realiza de forma positiva mediante la descripción de los riesgos cubiertos y de forma negativa mediante las cláusulas de exclusión de riesgos.

²¹ El tercer párrafo del art. 6.1 del Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, que regula el Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguro y el segundo párrafo del art. 1.1 del Reglamento de Riesgos Extraordinarios establecen los riesgos integrados dentro del concepto de riesgos extraordinarios:

“a) Los siguientes fenómenos de la naturaleza: los terremotos y maremotos, las inundaciones extraordinarias, las erupciones volcánicas, la tempestad ciclónica atípica y la caída de los cuerpos siderales y aerolíticos.

b) Los ocasionados violentamente como consecuencia de terrorismo, rebelión, sedición, motín y tumulto popular.

c) Hechos o actuaciones de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en tiempo de paz.”

- Riesgos propios e inherentes a la ejecución de la obra, excluyéndose siempre las partes viciadas de la obra.

- Cualquier otra causa no excluida expresamente en la póliza.

Las coberturas básicas normalmente las constituyen²³:

575.- Los riesgos convencionales²⁴.

a.1) Integran este grupo los riesgos siguientes: incendio, explosión y caída de rayo; robo y expoliación, e; impactos, choque de vehículos y caída de aviones.

a.2) Respectos a estos riesgos las pólizas generalmente contemplan las siguientes exclusiones: daños y pérdidas puestas de manifiesto como consecuencia de inventarios causados por hurtos; robos y expoliación de los bienes que se encuentren fuera del recinto de la obra asegurada, salvo pacto expreso; robos producidos por negligencia grave del asegurado, del tomador del seguro o de las personas que convivan con ellos, salvo pacto expreso, y los cometidos por, o en connivencia con el personal dependiente del contratista o contratista asegurados, así como, los de objetos asegurados con peso inferior al establecido en la póliza, excepto que estén guardados con unas medidas de seguridad especiales, y; la pérdida y destrucción de billetes de banco, metálico,

²² El artículo 2.1 del Reglamento de Riesgo Extraordinarios define a los efectos de dichos riesgos que se entiende por terremoto, maremoto, inundación extraordinaria, erupción volcánica, tempestad ciclónica atípica (ciclones, borrasca, tornados vientos), caídas de cuerpos siderales y aerolitos, terrorismo, rebelión, sedición, motín y tumulto.

²³ No es el objetivo de este trabajo entrar en la descripción pormenorizada de cada uno de los riesgos cubiertos por las pólizas, sino contemplar los riesgos de los que normalmente se encuentra cubierto el bien asegurado de cara a mantener su integridad.

²⁴ Son las propias pólizas las que se encargan de definir frecuentemente tanto en su artículo preliminar como en su condicionado, así como la legislación (reglamento del seguro de riesgos extraordinarios en su artículo 2) los riesgos incluidos en las coberturas de éstas.

títulos, valores y cualquier otro documentos (cheques, planos, escrituras, facturas, recibos, etc.).

576.- b) Los riesgos de fuerza mayor²⁵ o de la naturaleza.

b.1) Los integran: viento, pedrisco, lluvia, nieve, helada, deshielo, tempestad²⁶, huracán, ciclón, inundación²⁷, desbordamiento, embates del mar, hundimiento, corrimiento de tierras, desprendimiento de rocas, aludes, terremotos²⁸ y erupciones volcánicas²⁹.

b.2) Respecto a estos riesgos las pólizas contemplan generalmente las siguientes exclusiones: las pérdidas que directa o indirectamente resulten como consecuencia de fenómenos meteorológicos (lluvia, viento, granizo, nieve, inundación, etc.), cuando de acuerdo con los datos recogidos por el servicio

²⁵ Art. 44 LCS: “El asegurador no cubre los daños por hechos derivados de conflictos armados, haya precedido o no declaración oficial de guerra, ni los derivados de riesgos extraordinarios sobre las personas y los bienes, salvo pacto en contrario”.

CUESTA CARCELLER, S. La fuerza mayor y su cobertura en el contrato de seguro”. *RDSP*. Pág. 29. La fuerza mayor da lugar a dos situaciones diferentes y opuestas:

- Extingue la responsabilidad civil del obligado.
- Hace nacer la obligación del asegurador o del Consorcio de Compensación de Seguros de indemnizar los daños producidos a los bienes objeto del mismo, en los casos previstos y teniendo en cuenta posibles excepciones contractuales que se hayan convenido.

El Consorcio de compensación de seguros excluye (art. 44 LCS) la cobertura de los daños producidos por conflictos armados (si incluye los daños causados por hechos y actuaciones de las fuerzas armadas en tiempo de paz, así como los ocasionados por convulsión social), los calificados por el gobierno de la nación como catástrofe o calamidad nacional, así como los daños consecuencia de actuaciones de reuniones, manifestaciones y huelga, salvo que dichos acontecimientos pudieran considerarse como extraordinarios. Se puede ampliar la cobertura por alboroto popular y huelga mediante cláusula especial y su prima correspondiente.

²⁶ Art. 2.1.e) RSRE.

²⁷ Art. 2.1.b) RSRE.

²⁸ Art. 2.1.a) RSRE.

²⁹ Art. 2.1.d). RSRE.

meteorológico más próximo, no se superen los valores de referencia a un periodo de retorno generalmente de diez años, veinte para el caso de avenida, y; los daños debidos a defecto o vicio propio, falta de uso, desgaste, influencias normales del clima, corrosión u oxidación.

La edificación no está sujeta a la contratación³⁰ obligatoria de los riesgos extraordinarios, son las aseguradoras las que tienen que incluirlos entre sus coberturas para que la obra quede protegida respecto a éstos. Los condicionados de las pólizas incorporan riesgos extraordinarios³¹ de los contenidos en el artículo 6.1 del RD 300/2004, de 20 de febrero, aunque no todos. La incorporación de estos riesgos difiere de unas aseguradoras a otras, unas las incluyen en los riesgos básicos, otras las incorporan como cobertura opcional. A mi juicio, sería conveniente incluir en esta póliza el recargo obligatorio a favor del Consorcio de Compensación de Seguros, ya que actualmente el asegurado se ve obligado a asumir riesgos extraordinario no cubiertos por las aseguradoras.

577.- c) Riesgos propios e inherentes a la ejecución de las obras.

c.1) Integran estos riesgos: peligros técnicos: manejo, montaje, pruebas, y derrumbes; fallos humanos: daño malicioso, falta de cuidado y prácticas peligrosas; defectos en los materiales, y; errores de diseño.

c.2) Respecto a estos riesgos las exclusiones son las siguientes: los costos de reparación, reemplazo o rectificación del objeto asegurado por defectos en los

³⁰ Art. 7 del R.D. Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros. Art. 4ª) del R.D. 300/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro de Riesgos Extraordinarios.

³¹ El art. 44 LCS establece que “el asegurador no cubre los daños por hechos derivados de conflictos armados, haya procedió o no la declaración oficial de guerra, ni los derivados de riesgos extraordinarios sobre las personas y los bienes, salvo pacto en contrario. No será de aplicación a los contratos de seguros por grandes riesgos, tal como se delimitan en esta Ley, el mandato contenido en el art. 2 de la misma”.

materiales, diseños, planos o en la mano de obra; los daños y pérdidas intencionados, causados o provocados por el asegurado o por personas responsables del proyecto o de la dirección de la obra (técnicos) que actuaron en contra de la *lex artis*, cuando constituyan culpa grave o imprudencia delictiva; los daños causados por asentamiento del terreno donde se realizan las obras que no sean consecuencia de un acaecimiento imprevisible, y; las pérdidas por la mala implantación y ejecución en obras con pilotaje, pantalla o cualquier otro tipo de cimentación profunda.

578.- Las circunstancias del hecho que ha originado el daño pueden ser debidas a un caso fortuito, fuerza mayor, o imputable a un sujeto. En este último caso, hay que ver la calificación atribuida, pudiendo ser dolosa, imprudente grave o imprudente leve, así como, el causante, ya que las pólizas tratan de forma diferente a los daños causados por actos imputables a un sujeto cuando el causante es el tomador, asegurado o persona perteneciente a la obra, de cuando es un tercero ajeno³² a ésta.

3.3. CLAUSULAS DELIMITADORAS DE LOS RIESGOS CUBIERTOS, LIMITATIVAS DE LOS DERECHOS DE LOS ASEGURADOS Y CLAUSULAS DE EXCLUSIÓN.

579.- Dada la amplitud que adquiere el riesgo en este tipo de seguro, es necesario que la póliza lo delimite de la forma más precisa posible para poder

³² Las pólizas delimitan la consideración de tercero definiéndolo como cualquier persona física o jurídica distinta de: a) el Tomador del Seguro y el Asegurado; b) los cónyuges, ascendientes y descendientes del Tomador del Seguro y del Asegurado; c) personas que vivan habitualmente en el domicilio del Asegurado o del Tomador del seguro, sin que medie una prestación de naturaleza económica; d) los socios, directivos, asalariados y personas que, de hecho o de derecho, dependan del Tomador del Seguro o del Asegurado, mientras actúen en el ámbito de dicha dependencia, y; e) las personas jurídicas, filiales o matrices del Asegurado o aquellas en las que el Tomador o el Asegurado mantenga participación de control en su titularidad.

establecer con claridad si el daño tiene o no la consideración de siniestro, a fin de evitar conflictos entre asegurado y asegurador.

580.- Los riesgos quedan concretados en la póliza mediante cláusulas delimitadoras y cláusulas limitativas. Las repercusiones de ambas cláusulas son diferentes y la diferenciación³³ por parte de la doctrina entre unas y otras es confusa. El legislador ha querido regular las limitativas (artículo 3 LCS³⁴) de forma más rigurosa mediante la exigencia de requisitos añadidos, como su aparición en las pólizas resaltadas con respecto al resto del condicionado y la

³³ FONT RIVAS A. *Op. cit.*, 39-40.

PAGADOR LÓPEZ J.. “Régimen Jurídico de la Condiciones Generales y Particulares del Control de Seguro”. *RES* N°. 87. Julio-Septiembre 1986. Pág. 100. La cláusula delimitadora de los derechos de los asegurados acota el riesgo objeto de cobertura y las cláusulas limitativas excluyen siniestros que de ordinario o usualmente quedan comprendidos dentro del mismo. CARMONA RUANO M. “Las Cláusulas Definitivas y las Cláusulas limitativas del Contrato de Seguro”. *RES*. N°. 89. Julio-Septiembre 1997. Pág. 69.

GUISÁSOLA PAREDES A. . *Cláusulas limitativas del riesgo en el contrato de seguro*. Editoriales de Derecho Reunidas S.A.. Madrid. Pág. 139.

SÁNCHEZ CALERO. *Op. cit. Comentario al art. 3*. Pág. 102. Reconoce la distinción entre las cláusulas delimitadoras y las limitativas, pero esa distinción se oscurece cuando las cláusulas que delimitan el riesgo de forma no frecuente o usual constituyen una limitación de los derechos de los asegurados.

BARÓN DE BENITO J. L.. *Condiciones Generales de la Contratación y Contrato de Seguro*. Dykinson, 1999. Madrid. Pág. 103. “puede entenderse por cláusulas limitativas las que recortan o merman los derechos del asegurado dentro del riesgo objeto de cobertura, bien reduciéndolo directamente, o bien, de forma mediata, mediante la imposición de obligaciones o cargas condicionantes al asegurado. Estas condiciones implicarían, de esta forma, una limitación intrínseca del objeto del seguro, mientras que las delimitadoras definen o concretan precisamente ese objeto que pudiera denominarse extrínseca, entre los muchos riesgos que pudieren ser objeto de cobertura”.

PEREZ SERRABONA J. L.. *El contrato de seguro interpretación de las condiciones generales*. Comares. Granada, 1993. Págs. 272 y ss. No tiene mayor trascendencia práctica esta diferenciación. A pesar de que reconoce que ambas son diferentes, termina convirtiéndose la delimitadora del riesgo en limitadora de los derechos, pronunciándose a favor de aplicar las normas dictadas para las limitativas a las delimitadoras del riesgo.

LARRAYA RUIZ R. J.. *Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados. Art. 3.1. de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro*, Aranzadi 2001. Págs. 147, 179, 236 y 218 y ss..

³⁴ PÉREZ-SERRABONA GÓNZALEZ J. L.. *La póliza y la documentación del contrato de seguro*. Comares. Albolote (Granada) 2003. Pág. 99. Se refiere el autor a la aceptación de las cláusulas limitativas de la siguiente manera: “La aceptación específica por escrito de esas cláusulas, requerirá de la doble firma en la póliza; una firma para todo el contenido contractual, al pie de la declaración y del clausulado, y otra firma, concreta y específica, para las cláusulas limitativas (en nuestra propuesta bajo las cláusulas limitativas que se encuentran separadas del resto del contenido). Exigir una firma por cada una de las cláusulas limitativas, se nos antoja complicado y estéril por poco útil”.

aceptación por escrito por el asegurado. La violación de dicha obligación da lugar a su nulidad, cosa que no sucede con las cláusulas delimitadoras del riesgo. Al tratarse de contratos de adhesión conllevan el establecimiento de condiciones generales de la contratación sujetas tanto al TRLGDCU como a la LCGC.

581.- La LCS no define ni a unas ni a otras, la jurisprudencia tampoco las define, se refiere solo a la consideración de dichas cláusulas como de un tipo o de otro³⁵. La SAP Navarra de 24 de febrero de 2000 las diferencia de las cláusulas lesivas a las que considera injustas. GISASOLA PAREDES estima que las cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto definen el riesgo objeto de cobertura con carácter previo a las limitativas de los derechos, que vienen a establecer excepciones a la cobertura que conforma la determinación del riesgo. Para FONT RIVAS la diferencia entre las cláusulas delimitadoras y las limitativas es clara, al preceder las primeras al nacimiento de los derechos y obligaciones del contrato. Quizás por ello, una manera de considerar las cláusulas delimitadoras del riesgo sea mediante la identificación de aquellas cláusulas que contribuyen a transformar el riesgo expresado como causa del contrato de seguro en riesgo siniestral, una vez ocurrido el daño producido, al no haber ninguna circunstancia modificativa del mismo que de pie a no considerarlo como tal. Para CARMONA RUANO la delimitación del objeto del contrato de seguro puede llevarse a cabo mediante cláusulas positivas, entre las que incluye la

³⁵ Sentencia Audiencia Provincial Sevilla (Sección 5ª), de 17 enero 2005 (JUR 2005\140413). “Mediante la cláusula delimitadora del riesgo se trata de determinar, definir y concretar el riesgo cubierto, es decir, delimitar objetivamente el riesgo asumido en el contrato, su contenido y el ámbito a que se extiende, circunstancia que es necesaria tanto para determinar cuando la aseguradora ha de indemnizar, es decir, el contenido y alcance de la obligación que asume, como para concretar el importe de la prima que ha de abonar el actor, como señala la Sentencia de 7 de julio de 2.003 son delimitadoras del riesgo: "Las condiciones (rectius, cláusulas contractuales) particulares, especiales y generales del contrato señalan el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura de forma positiva -determinados daños- y de forma negativa -ciertos daños o, mejor, ciertas causas del daño- quedando así delimitado el riesgo. Por tanto, el riesgo queda bien determinado; no limita derechos, sino que, como dice la sentencia de 5 de marzo de 2003, no puede estimarse como cláusula limitativa, sino como constitutiva del objeto o núcleo del seguro, pues concreta exactamente hasta donde puede alcanzar la acción indemnizatoria". Por el contrario, la limitativa de derecho trata de restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización..”.

descripción: a) del hecho que origina la obligación indemnizatoria del asegurado; b) de la obligación indemnizatoria cubierta; c) la delimitación cuantitativa de la obligación de indemnizar; d) la delimitación temporal de la cobertura; e) la delimitación espacial de la cobertura, y; e) la delimitación personal del posible universo de terceros perjudicados. Y también, mediante cláusulas negativas que pueden considerarse cláusulas limitativas, identificando por tales, todas aquellas que recortan la posición jurídica que tendría el asegurado de no pactarse una determinada cláusula.

582.- Las pólizas incluyen las cláusulas delimitadoras del riesgo, junto a las limitativas de los derechos de los asegurados³⁶. Entre estas últimas³⁷ hay que

³⁶ STS de 16 de octubre de 1992 (Sala de lo Civil). “Que la exigencia de que <<deberán ser específicamente aceptadas, por escrito>>, no se refiere a cualquier condición general del seguro o a sus cláusulas excluyentes de responsabilidad para los asegurados, como se pretende en el recurso, sino, en concreto, a aquellas <<cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados>>”.

STS de 21 de mayo de 1996 (Sala de lo Civil). “Pero también lo que es una doctrina reiterada de esta Sala viene proclamando que los riesgos excluidos habrán de ser expresados de una manera clara y precisa, además de destacarse en la póliza del contrato o en un documento complementario <<suscrito por el asegurado>> (S. 17 octubre 1985), siendo lícita y oponible al tercero ofendido o perjudicado la estipulación de cláusula de limitación de la responsabilidad del asegurador, respecto a concretos y específicos riesgos siempre y cuando dichas cláusulas se resalten en las pólizas o en sus complementos, se den a conocer al asegurado, éste las acepte y, finalmente, las suscriba [SS. 16 febrero 1987 (RJ 1987\1257) y 15 de abril y 14 de mayo 1988[RJ 1988\2777 y RJ 1988\3660]”.

STS de 2 de febrero de 2001 (Sala de lo Civil). “..la distinción entre cláusulas que delimitan el objeto y el ámbito del seguro, entre las que figuran las que definen el riesgo y las que determinan el alcance económico, y las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, las cuales operan para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido (S. 16 octubre 2000 [RJ2000/9195], o, como dice la doctrina, recordar la posición jurídica que de acuerdo, con lo establecido en la Ley, tendría el asegurado de no haberse pactado precisamente tal cláusula. La diferencia fundamental entre ambas es que mientras que para las primeras basta que estén destacadas y aceptas de forma genérica, por lo que es suficiente el consentimiento general del tomador en orden a la conclusión del contrato para la validez y consiguiente oponibilidad en cambio las lesivas de los derechos del asegurado requieren la aceptación específica y suscripción”.

STS de 23 de Octubre de 2002. “La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que ha de distinguirse entre las cláusulas destinadas a delimitar y concretar el riesgo, de aquellas que restringen -y con ello cercenan- los derechos del asegurado, con lo que la exigencia que impone el art. 3 de la Ley del Contrato de Seguro no se refiere a cualquier condición general del seguro o a sus cláusulas excluyentes de responsabilidad para la aseguradora, sino en concreto a aquellas cláusulas que son limitativas de los derechos del asegurado y tal exigencia – de la aceptación expresa mediante suscripción – no alcanza a las cláusulas que actúan definiendo y delimitando la cobertura del riesgo (Sentencias de 29.1.1996 [RJ1996\738] y 17-4-2001 [RJ 2001\5279], que

considerar un grupo de cláusulas especiales, las de exclusión³⁸, a las que las pólizas incluyen en sus condicionados en un apartado referido a exclusiones. No

cita las de 9-11-1990 [RJ 1990\8535], 16-10-1992 [RJ 1992\7827], 9-2-1994 [RJ 1994\840] y 18-9-1999 [RJ 199\6940]. Las Sentencias de 16 de mayo (RJ 2000\3579) y 16 de octubre de 2000 (RJ 2000\9195) resultan precisas al declarar que la cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez se ha producido el riesgo, lo que no sucede con la cláusula de su exclusión, al especificar que clases de riesgos se han constituido en objeto del contrato, y por ello los que no resultan cubiertos”.

STS de 7 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9706) << es doctrina reiterada de esta Sala, tanto la emitida antes de la vigencia de la Ley de Contrato de Seguro como la posterior, que las dudas interpretativas sobre los contratos de seguro habrán de resolverse a favor del asegurado dada la naturaleza del contrato de adhesión que los mismos ostentan que hace que las cláusulas oscuras del contrato hayan de recaer sobre quién las redactó (art. 1.288 del Código Civil) [LEG 1889\27], interpretación jurisprudencial que deriva del art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro>>, la Sentencia de 8 de noviembre de 2001 (RJ 2000\9290) señala que << esta norma (se refiere al art. 1288 del Código Civil) establece la regla <<contra proferentem>>, según la cual la interpretación de las cláusulas oscuras o contradictorias de un contrato no debe favorecer a la parte que lo ha redactado originando tal oscuridad, a la inversa, si favorecerá a la parte que no lo ha redactado; ello, aplicado a los contratos de adhesión, que uno de los más típicos es el seguro, es que la duda en la aplicación de una cláusula oscura o contradictoria se integrará a favor del adherente, es decir, el asegurado. Lo cual ya había sido proclamado por la Ley 26/1984, de 19 de julio (Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL, 1998\960), sobre Condiciones Generales de la Contratación>>”.

STS de 20 de noviembre.2003 (Sala de lo Civil, Sección Única). “Dice la Sentencia de 8 de julio de 2002 (RJ 2002\5902) que <<ha de partirse de que la exclusión del riesgo es efectiva cláusula limitativa, al repercutir negativamente en los derechos de los asegurados (SS, de 28 de febrero de 1990)[RJ 1990\724], 14 de junio de 1994 [RJ 1994\4818] y 24 de febrero de 1987 [RJ 1997\707], pues quedan privados de obtener el resarcimiento económico correspondiente de ocurrir el siniestro cubierto por la póliza, es decir, que la cobertura se hace ineficaz y ninguna utilidad ha producido. Esta cuestión lleva a la interpretación y aplicación del art. 3 de la Ley de 8 de octubre de 1980, que resulta imperativo que las Condiciones Generales se redactarán de forma clara y precisa y ha de destacar de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, sin haber mediado en la mayoría de los casos propia y efectiva negociación entre las partes, dándose ausencia de todo acto prologal o prenegocial al respecto, lo que impone su necesario control por vía interpretativa a cargo de los Tribunales “.

³⁷ No necesariamente las cláusulas delimitadoras de riesgos deben de estar en el artículo referido a las exclusiones ni cumplir los requisitos de que la Ley le impone a las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurado, sin embargo el motivo principal que ha llevado a las aseguradoras a incluirlas en sus pólizas en las exclusiones (al ser cláusulas limitativas) es que al no haber una postura suficientemente clarificadora sobre su consideración por parte de los tribunales, las aseguradoras quieren cubrirse respecto a la calificación de que dichas cláusulas hagan los tribunales en caso de litigio ya que en caso de que un tribunal interprete una cláusula delimitadora de riesgo considerada como tal por la aseguradora y el tribunal la considerase como limitadores de derecho de los asegurados el no cumplimiento los requisitos exigidos por la ley para estas cláusulas daría lugar a su nulidad con el consiguiente perjuicio para la aseguradora.

³⁸ SAP de Guipúzcoa núm. 113/2005 (Sección 3ª), de 20 abril “la cláusula excluyente del riesgo, es la que delimita que clase de riesgos son los que constituyen el objeto del contrato de seguro al determinar cuáles quedan fuera de la cobertura contratada. mientras que las

limitativas son las que establecen excepciones a dicha cobertura o bien imponen limitaciones de derechos que con carácter dispositivo establezcan las Leyes a favor de los asegurados o incluso, nuevas obligaciones a los asegurados, en la práctica, es una diferenciación que se difumina cuando se trata de cláusulas excluyentes del riesgo asegurado pues, a través de una especificación, por exclusión, de los riesgos que no resultan cubiertos, tales cláusulas pueden no sólo estar delimitando, de modo negativo, lo que se ha constituido como objeto del contrato sino, también, repercutir en el derecho del asegurado al excluir un riesgo que, en principio, de no establecerse la indicada cláusula sería objeto de cobertura”.

SAP de Valencia núm. 155/2005 (Sección 11ª), de 10 marzo (JUR 2005\131343).\SEGUNDO.- “...las cláusulas limitativas operan para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto de seguro se ha producido, y que las cláusulas de exclusión de riesgo son aquellas en que se especifica qué clase de ellos constituyen objeto del contrato, ya que se trata de cláusulas que limitan objetivamente el riesgo asumido en la póliza, concretando aquellos cuya producción queda fuera de cobertura (Ss T.S. 9-2-94, 18-9-99, 16-5-00, 16-10-00...), cual ocurre en el presente caso con la estipulación de que se trata; b) que las cláusulas de exclusión de cobertura del riesgo en los supuestos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, en cuanto tales y distintas de las cláusulas limitativas no están afectadas, directamente y en principio, por lo dispuesto en el art. 3 de la LCS., que se refiere textualmente a las cláusulas limitativas de derechos, pero no a aquellas excluyentes de cobertura, si bien existe jurisprudencia que exige que estas últimas cláusulas de exclusión hayan sido aceptadas y firmadas por el tomador del seguro, bien en la póliza, bien en un documento complementario (S.TS. 15-7-93); y c) que la admisión indiscriminada y automática de esas cláusulas objetivas viene matizada en el sentido de que la exclusión de cobertura solo será factible cuando tal excepción objetiva contemplada en el contrato tenga una relación directa o sea factor determinante del evento dañoso y no en cualquier otro caso”.

SAP Vizcaya núm. 122/2005 (Sección 1ª), de 15 febrero. JUR 2005\98344.TERCERO.- “.....A) Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2002 "ha de partirse de que la exclusión del riesgo es efectiva cláusula limitativa, al repercutir negativamente en los derechos de los asegurados (SS. de 28 de febrero de 1990, 14 de junio de 1994 y 24 de febrero de 1997), pues quedan privados de obtener el resarcimiento económico correspondiente de ocurrir el siniestro cubierto por la póliza, es decir que la cobertura se hace ineficaz y ninguna utilidad ha producido. Esta cuestión lleva a la interpretación y aplicación del art. 3 de la Ley de 8 de octubre de 1980, que resulta imperativo, que las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa y han de destacar de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, que las ha de aceptar por escrito, sin dejar de lado que las mismas son decididas y aportadas impresas al contrato por las aseguradoras, sin haber mediado en la mayoría de los casos propia y efectiva negociación entre las partes, dándose ausencia de todo acto prologal o prenegocial al respecto, lo que impone su necesario control por vía interpretativa a cargo de los Tribunales (Sentencias de 11 de abril y 27 de noviembre de 1991 y 29 de enero de 1996)".-Por un lado, el carácter limitativo del derecho de la asegurada que presentan las cláusulas de exclusión, anteriormente transcritas, es evidente si se pone en relación con la definición del riesgo cubierto "todo daño material ocurrido a consecuencia de un evento imprevisto, súbito y accidental". No puede afirmarse, por otra parte, que las mencionadas cláusulas hayan sido "específicamente aceptadas por escrito" por la asegurada, es decir, no existe una aceptación específica de las Condiciones Especiales donde se encuentran incluidas las citadas cláusulas de exclusión.-B) En todo caso, como dice la Sentencia del

todas las cláusulas contenidas en dicho apartado tienen tal consideración, dándose el caso de que aparezcan entre las mismas cláusulas delimitadoras.

4. SUMA ASEGURADA.

583.- La suma asegurada es la cantidad fijada en las condiciones particulares de la póliza. Representa el límite máximo de indemnización en cada siniestro y se corresponde con el valor presupuestado del proyecto actualizado al final de la obra. Dado que son varios los objetos a los que da cobertura el seguro, tales como la obra, equipos y maquinaria de construcción, efectos personales, bienes preexistentes, etc., habrá diferentes sumas aseguradas. De todas ellas la más importante no solo por el importe a que asciende, sino también, porque tiene la consideración de cobertura básica, es la correspondiente a la obra.

584.- El coste de la edificación lo constituye el coste de adquisición del solar, el coste de construcción, los honorarios facultativos, gastos legales, honorarios de gestión, gastos de comercialización y de publicidad y gastos financieros, sin

Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1998 "es doctrina reiterada de esta Sala, que las dudas interpretativas sobre los contratos de seguro habrán de resolverse en favor del asegurado dada la naturaleza del contrato de adhesión que los mismos ostentan que hace que las cláusulas oscuras del contrato hayan de recaer sobre quien las redactó (art. 1.288 del Código Civil), interpretación jurisprudencial que deriva del art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro". La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2000 señala que:"esta norma (se refiere al art. 1.288 del Código Civil) establece la regla "contra proferentem", según la cual la interpretación de las cláusulas oscuras o contradictorias de un contrato no debe favorecer a la parte que lo ha redactado originando tal oscuridad; a la inversa, si favorecerá a la parte que no lo ha redactado; ello, aplicado a los contratos de adhesión, que uno de los más típicos es el de seguro, es que la duda en la aplicación de una cláusula oscura o contradictoria se interpretará en favor del adherente, es decir, el asegurado. Lo cual ya había sido proclamado por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y ha sido posteriormente repetido por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación".

embargo, la suma asegurada solo comprende los importes correspondientes al presupuesto del proyecto, entendido como el estudio económico de éste, es decir, el cálculo anticipado del coste de la obra³⁹, integrado por los gastos de ejecución, beneficio industrial, impuestos, licencias en general y todo lo que implique costes de ejecución. En principio, esta cantidad asegurada es provisional, puesto que no se puede prever con exactitud dicho importe, estando sujeta a oscilaciones debidas a las variaciones de precios fijados en el presupuesto e incluso a modificaciones del proyecto.

585.- El tomador del seguro o el beneficiario tiene la obligación de comunicar al asegurador, tan pronto como se produzca, cualquier incremento del presupuesto de la obra, de los equipos de la construcción y de la maquinaria. Además, las pólizas establecen en las cláusulas correspondientes a las obligaciones del asegurado la obligación del reajuste de la obra al finalizar la misma y con anterioridad a la ampliación de la vigencia al periodo de garantía. Algunos aseguradores exoneran de la obligación de comunicación cuando la variación final del proyecto con respecto a lo presupuestado es inferior a un porcentaje establecido en torno al diez o quince por ciento.

586.- El tomador del seguro está obligado al pago de la prima (única o fraccionada) en el momento de perfección del contrato. En caso de incumplimiento, el artículo 15 LCS autoriza a la compañía aseguradora a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva. El impago de las primas siguientes, conlleva la suspensión de la garantía un mes después del vencimiento. En caso de pactarse franquicia, el asegurado asume los daños o pérdidas que no excedan del importe de la franquicia, ya que mediante ésta el asegurado se convierte en el propio asegurador de sus riesgos, soportando

³⁹ ARCOS TORRES, MIGUEL ÁNGEL y PONS GONZÁLEZ, MANUEL. *Derecho de la Construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales)*. Comares. Granada, 2003. Pág. 304.

la parte del riesgo que le corresponda en función de la suma establecida en la misma⁴⁰.

El artículo 17 LCS establece el deber de salvamento del asegurado o tomador empleando todos los medios que tenga a su alcance. En caso de incumplimiento, el asegurador tiene derecho a reducir su prestación en la proporción oportuna.

5. COBERTURAS OPCIONALES.

587.- Las pólizas incluyen la posibilidad de asegurar opcionalmente otros tipos de bienes al margen de la obra, como son: a) los equipos de construcción⁴¹; b) la maquinaria de construcción⁴²; c) los efectos personales de empleados y obreros⁴³, y; d) los bienes preexistentes⁴⁴.

⁴⁰ CASTELO MATRÁN. *Diccionario MAPFRE de Seguros*. MAPFRE. Madrid, 1988.

⁴¹ Entre los elementos que integran los equipos de construcción se encuentran las instalaciones provisionales para abastecimiento de fuerza motriz y de agua, así como para la conducción, drenaje y desagüe de ésta; almacenes, barracas y talleres (para el almacenaje y reparación de herramientas y reparación de armaduras metálicas); vestuarios, lavabos e instalaciones sanitarias; elementos de sustentación (los andamiajes, puentes auxiliares, armaduras de carpintería y entubación); instalaciones para combustibles y demás bienes propios y análogos. Su función es de apoyo a la construcción. Estos deben quedar descritos en las condiciones particulares de la póliza.

⁴² La maquinaria de construcción la constituye el conjunto de elementos mecánicos empleados en la obra y la integran entre otros grúas, escavadoras, palas, dragas, equipos de desescombrado y nivelado, y cualquier otro vehículo utilizado como maquinaria de construcción. Dicha maquinaria ha de quedar expresamente determinada en las condiciones particulares de la póliza.

⁴³ Los efectos personales de los empleados y obreros quedan incluido en esta cobertura, entre otros, el vestuario (no equipo de trabajo por formar parte del equipo de construcción como son monos, botas, arneses, etc...), elementos de transporte que no requieran de seguro obligatorio.

⁴⁴ Los bienes preexistentes son los bienes propiedad del promotor, del tomador del seguro o del asegurado, ya existentes en la obra y sobre los que se están trabajando. Comprenden las instalaciones o elementos fijos pertenecientes a la construcción existente (como son las estructuras, cerramientos, instalaciones y otras partes de la obra a respetar), así como otros elementos fijos, situados en el lugar de ejecución de la obra asegurada, pertenecientes al

Las coberturas opcionales⁴⁵ pueden venir expresadas como tales en la póliza, como seguros complementarios, o quedar incorporadas en las condiciones particulares mediante derogación de exclusiones. Dichas coberturas pueden variar en función del objeto asegurado, del tipo de riesgo, de la responsabilidad imputable, del tipo de daño causado, periodo de cobertura, etc. La frontera entre ambos tipos de coberturas la delimitan las propias aseguradoras, las cuales, incluyen determinadas coberturas en las básicas, mientras que otras, las incluyen en las opcionales⁴⁶.

promotor o contratista, o que le hayan sido confiados, o que se encuentren bajo su custodia. Hay que destacar la condición de elemento fijo para su consideración de bien preexistente.

⁴⁵ La descripción de los riesgos en las pólizas suele hacerse en función de los objetos asegurados. En este caso nos referimos al objeto de la cobertura básica, que en el seguro todo riesgo construcción está constituida principalmente por la obra. Para objetos de cobertura opcional puede que los riesgos cubiertos coincidan con los de la cobertura básica o que sean otros diferentes.

⁴⁶ Las coberturas básicas de las pólizas difieren de unas a otras. Las consultadas incluyen: a) en el caso de MAPFRE los daños a la obra, los daños a la maquinaria de construcción, y al equipo de construcción; b) ASEFA, los daños que afectan a los trabajos de la obra civil e instalaciones (coste de material y mano de obra, cuyo presupuesto esté incluido en la suma asegurada), así como los materiales y acopiados a pie de obra, que aún no hayan sido utilizados; c) ASEMAS incluye los trabajos de obra civil e instalaciones que comprende el coste de material, mano de obra, coste de la ejecución, maquinaria, equipos auxiliares, gastos generales y beneficio industrial incluidos en la suma asegurada, los materiales acopiados a pie de obra, el robo y la expoliación de bienes asegurados siempre que exista vigilancia permanente durante veinticuatro horas o si la obra está adecuada o suficientemente cerrada, los gastos ocasionados y necesarios de desescombros y/o demolición de la obra asegurada a consecuencia de un siniestro amparado por la póliza, horas extraordinarias o por trabajos nocturnos o en días de fiesta y por transportes urgentes (excepto aéreos) a consecuencia de un siniestro cubierto en la póliza; d) CASER, incluye en sus coberturas básicas los daños propios de la obra, los gastos desescombros y/o demolición y los gastos de extinción de incendios.

5.1. COBERTURAS AMPLIADAS.

La mayoría de las pólizas contemplan las siguientes coberturas:

a) Equipo de construcción:

588.- Lo constituyen las herramientas, andamiajes, edificaciones provisionales, instalaciones provisionales de conducción, desagüe, etc., empleados en la ejecución de la obra. Los riesgos cubiertos del equipo de construcción son los mismos que los de la cobertura básica, excepto que en las condiciones particulares o especiales se pacten ampliaciones o reducciones.

b) Maquinaria de construcción:

589.- Su periodo de cobertura se extiende generalmente al periodo de permanencia en la obra. Las coberturas son los daños originados por: 1º) impericia, negligencia y actos malintencionados del personal asegurado o extraños; 2º) incendio, rayo y explosión, robo o expoliación; 3º) errores en el montaje; 4º) caída, vuelco e impacto, colisión y descarrilamiento; 5º) hundimiento del suelo o de cimentaciones, inundaciones, caída de rocas y deslizamiento de tierra; y 6º) cualquier otra causa no excluida expresamente en la póliza. Entre sus exclusiones se encuentran las averías mecánicas y eléctricas que sufra el equipo, así como el desgaste y envejecimiento. Estas coberturas quedan explicitadas en las condiciones particulares de la póliza, con fijación del capital asegurado y la franquicia en caso de pactarse.

La suma asegurada correspondiente al equipo y a la maquinaria se valorará según su valor de reposición. Hay aseguradoras que establecen el valor de reposición a nuevo al iniciarse el seguro y otras el valor real⁴⁷. Incluyen los

⁴⁷ Póliza Zurích.

gastos de transporte, montaje e impuestos y otras cargas que procedan. Estos elementos se detallan en las condiciones particulares con sus correspondientes valores de reposición. No se exige una enumeración exhaustiva de todos ellos, pero si se infravaloran, la indemnización se verá reducida, aplicándose la regla de prorrata.

c) Otros objetos de coberturas ampliadas

590.- Lo constituyen los efectos personales de empleados y obreros, los gastos por horas extraordinarias, gastos de desescombro y de demolición, gastos de extinción, bienes preexistentes, gastos por transporte aéreo, huelga, motín, conmoción civil, honorarios profesionales, terrorismo, pruebas, etc. Se valorarán conforme a lo establecido en las condiciones particulares. Para los bienes preexistentes, los riesgos cubiertos son aquellos que tengan su origen en la ejecución de la obra asegurada.

591.- La forma de explicitar las coberturas opcionales puede ser: a) extender las coberturas básicas a los objetos de las mismas, quedando cubiertos respecto de los mismos riesgos, así sucede, con el equipo de construcción y otras propiedades del asegurado; b) explicitar los riesgos cubiertos y las exclusiones respecto a dichos bienes, o; c) asumir las coberturas básicas con algunas modificaciones.

5.2. SEGUROS COMPLEMENTARIOS.

a) El seguro complementario de responsabilidad civil.

592.- Las pólizas contemplan la posibilidad de contratar un seguro de responsabilidad civil extracontractual para poder hacer frente a los daños que involuntariamente se causen a terceros, que tengan origen en la ejecución de la obra y de los que tenga que responder el asegurado. El objeto del seguro es el

resarcimiento de los daños causados a terceras personas y a sus bienes. Su objetivo es completar la responsabilidad civil normal, ya que con ésta pueden quedar lagunas que se ven desprotegidas de coberturas, bien porque el riesgo que se asume puntualmente es excesivo con respecto al riesgo medio del asegurado, bien, porque no se contemplen coberturas para esta actividad⁴⁸. De dicha cobertura habrá que hacerse mención expresa en las condiciones particulares de la póliza, siendo su periodo de vigencia normalmente el de la ejecución de la obra, ampliable opcionalmente al periodo de garantía.

En este seguro se considera asegurado tanto al contratista como al promotor, ya que generalmente las pólizas llevan incorporadas cláusulas por las que se cubren las reclamaciones formuladas a la persona que realiza el trabajo asegurado, cuando se observen las obligaciones derivadas del contrato⁴⁹.

Contempla las siguientes coberturas y exclusiones:

593.- a.1) Coberturas: a.1.1) las indemnizaciones a que de lugar la responsabilidad civil extracontractual⁵⁰ por los daños causados involuntariamente a terceros, que se hayan originado en la obra asegurada y estén directamente relacionados con la ejecución de la misma; a.1.2) el pago de las costas judiciales o extrajudiciales inherentes al siniestro en proporción a la indemnización que debe soportar el asegurador, deduciendo esta cuantía del límite fijado para la cobertura de la responsabilidad civil, aunque existen algunas pólizas⁵¹ que

⁴⁸ BENITO RIVERO, JOSÉ A.. *Op. cit.*. Págs. 121 y ss.

⁴⁹ Póliza seguro de construcción de ASEFA. Art. 4.1.4. “Se cubre igualmente cualquier reclamación formulada contra la persona (física o jurídica) para la cual la parte asegurada por el presente contrato estuviese ejecutando los trabajos garantizados por el mismo, siempre y cuando tenga su origen en los propios trabajos asegurados, resulte el Asegurado responsable y se observen y cumplan las obligaciones derivadas del contrato”. Igual art. 1.2.4 de la póliza de ASEMAS.

⁵⁰ SSAP de Salamanca de 16.04.081 (JUR 2008\296184) y Vizcaya de 28.01.08 (JUR 2008\174762).

⁵¹ Póliza de Caser, último párrafo cláusula 9.2.

consideran la indemnización máxima para responsabilidad civil libre de deducciones por estos gastos; a.1.3) la constitución de fianzas judiciales consecuencia de la responsabilidad civil, y; a.1.4) la dirección jurídica por el asegurador quién designa al letrado y al procurador, reservándose el derecho a decidir sobre el ejercicio de los recursos legales. Si fuese el asegurador quién considerase improcedente el recurso, asume la obligación de comunicarlo al asegurado y si éste estima su procedencia y lo interpone, en caso de que prosperar, será el asegurador quién venga obligado a reembolsarle los gastos hasta el límite previamente establecido en la póliza. En caso de conflicto de intereses el asegurador deberá ponerlo en conocimiento del asegurado (artículo 74 LCS), para que éste elija entre seguir confiando la dirección jurídica al asegurador o confiarla a otra persona, para lo cual también se establece en las pólizas, un límite máximo que sirva como garantía para los honorarios de los profesionales.

594.- a.2) Las exclusiones, al margen de las de carácter general⁵² y de naturaleza aseguradora⁵³, contienen las siguientes: a.2.1) las responsabilidades cubiertas por otros seguros, como son, los seguros obligatorios de circulación de vehículos y el seguro de responsabilidad decenal; a.2.2) los seguros de responsabilidad civil profesional de técnicos, los seguros de responsabilidad civil por productos defectuosos, etc.; a.2.3) los daños que tengan su origen en riesgos excluidos del seguro principal⁵⁴; a.2.4) la responsabilidad civil patronal⁵⁵; a.2.5) el pago de

⁵² Daños intencionados causados por el mismo asegurado, vicios conocidos ante de la toma de efecto de la póliza, daños originados por incumplimiento voluntario de las normas que rigen las actividades aseguradas.

⁵³ El exceso de responsabilidad legal pactado contractualmente, excepto que dicha responsabilidad hubiese tenido que soportarse igualmente sin dicho contrato.

⁵⁴ SAP de Asturias de 11.10.00.

⁵⁵ STSJ de Las Canarias, Las Palmas (Sala de la Social, Sec. 1ª) 929/2004 de 27 de octubre de 2004.

sanciones y multas, y; a.2.6) la responsabilidad civil cruzada⁵⁶, por daños que puedan causarse entre si las distintas empresas o empleados intervinientes en la obra, como son los daños materiales a los bienes, equipos, a la obra del contratista y subcontratista y daños personales.

Las pólizas contemplan la exclusión de los daños causados a edificios colindantes a la obra cuando éstos tienen una antigüedad excesiva que se concreta en un número de años igual o superior a cincuenta⁵⁷, exigiendo a veces la previa comprobación del estado satisfactorio⁵⁸ en que se encuentran dichos edificios, antes de la iniciación de los trabajos.

595.- Se pueden incorporar como coberturas opcionales: la responsabilidad civil cruzada que cubre a cada una de las empresas implicadas en la obra como si éstas hubieran suscrito un seguro por separado; la responsabilidad civil patronal que cubre la responsabilidad civil que mediante sentencia pueden exigir cada uno de los trabajadores de las empresas intervinientes; la responsabilidad civil post-trabajos por daños causados a las obras durante los trabajos realizados después de la finalización del periodo de obras, y; la responsabilidad civil por daños causados a edificios colindantes.

Garantiza cualquier responsabilidad que pueda ser exigida al asegurado por sentencia judicial como consecuencia de las reclamaciones presentadas por los trabajadores o sus causahabientes por daños corporales o muerte sufridos por dichos trabajadores con ocasión de accidente en el desarrollo de la actividad descrita en la póliza.

⁵⁶ MAPHRE INDUSTRIAL. *Manual del seguro de responsabilidad civil*. Fundación Mapfre Estudios. Madrid 2004. Págs. 64-66.

Mediante la responsabilidad civil cruzada se asegura a todas y cada una de las empresas implicadas en la obra como si éstas hubieran suscrito un seguro por separado. Esta cobertura puede quedar incorporada mediante la derogación de la cláusula de exclusión correspondiente.

⁵⁷ Póliza Todo Riesgo Construcción Caser. Art. 3.2.5.20 a) Periodo de mantenimiento o conservación.

⁵⁸ ASEMAS. Cláusula F. Responsabilidad Civil Extracontractual de las condiciones especiales del seguro todo riesgo construcción, garantías opcionales.

b) Seguro de garantía.

596.- Los contratos de obra contemplan de forma generalizada la garantía de la misma durante un plazo que generalmente no excede de doce meses. Dicho plazo se corresponde con el periodo que media entre el periodo de recepción provisional de la obra y la recepción definitiva, siendo necesario que quede constancia expresa de dicha garantía en las condiciones particulares.

597.- Este seguro cubre los daños causados a la obra accidentalmente cuando el contratista efectúa trabajos a los que está obligado contractualmente durante el periodo de mantenimiento, siempre que no sean objeto de exclusión en la póliza, así como, los daños causados a la obra accidentalmente por un defecto o vicio oculto, cuyo hecho generador esté en el periodo de construcción⁵⁹, siempre que éste no haya sido descubierto anteriormente ni sea objeto de exclusión.

598.- Las pólizas excluyen de las coberturas del periodo de mantenimiento los daños o pérdidas consecutivos a un incendio o explosión, y los que tengan su origen en defectos de estanqueidades e impermeabilizaciones, tanto en cubiertas, como en fachadas y sótanos.

⁵⁹ Durante este periodo las coberturas se ven reducidas, ahora bien, estas reducciones deben de quedar recogidas en el condicionado de la póliza de forma expresa dada su consideración de exclusión. Los aseguradores diferencian en las coberturas entre las referidas a los bienes y las referidas a la responsabilidad civil. Respecto a las primeras se cubren los daños causados a la obra durante la visita de mantenimiento, accidentalmente causados por los trabajos llevados a cabo durante el mismo y siempre que estos no hayan sido excluidos de la póliza en sus condiciones generales, especiales o particulares. También cubren los daños comprendidos en el mantenimiento amplio que son aquellos daños materiales causados por un vicio o defecto oculto, cuyo hecho generador esté en el periodo de construcción, siempre que este no haya sido descubierto anteriormente y no sea objeto de exclusión en las condiciones generales, especiales o particulares. Coincido con PULIDO que es necesario la modificación de este artículo cuya redacción es muy similar en todas las pólizas por cuanto asegura los propios errores cometidos durante el periodo de construcción por el asegurado lo que puede hacer incurrir al asegurador en cuantiosos siniestros y porque esta cobertura no se corresponde con el espíritu del seguro en lo que se refiere a los requisitos de accidentalidad e imprevisibilidad.

599.- El seguro de responsabilidad civil extracontractual, se limita únicamente a la responsabilidad que tenga su origen en los trabajos de conservación y reparación llevados a cabo en visitas de mantenimiento. Éstos, pueden causar numerosas indemnizaciones a las aseguradoras por los daños producidos, ya que los lugares donde se desarrollan están habitados y acondicionados lo que hace incrementar la probabilidad de que se produzca el siniestro. Igual ocurre con los inmuebles colindantes a los que haya que acceder a consecuencia de reparaciones que tengan que efectuarse originadas por defectos de la obra asegurada. Considero más conveniente la cobertura de estos riesgos por una póliza de responsabilidad civil general retirando estas coberturas de la póliza todo riesgo.

600.- Se puede pactar franquicia durante el periodo de garantía, por lo que los siniestros causados y atribuibles al asegurado que no superen el límite establecido en la misma, tendrá que soportarlos el propio asegurado. En la suma asegurada se establecen unos límites que se distribuyen en una cantidad para daños físicos a terceros y en otra para daños en las cosas de terceros, estos límites se consideran para cada siniestro, comprendiendo todos los daños causados imputables al asegurado que tengan su origen en un mismo hecho.

601.- Para el caso de que se cubra la responsabilidad civil cruzada, el límite establecido como suma asegurada tendrá la consideración de máximo, por lo que la responsabilidad del asegurador en su conjunto no podrá exceder de dicho límite.

6. PERIODO DE COBERTURA.

602.- El periodo de cobertura comprende el tiempo transcurrido desde el inicio de las obras, que generalmente comienza con la preparación del solar y el

replanteo, hasta su terminación y recepción por parte del comitente. En él, podemos diferenciar dos subperiodos, el primero que se extiende desde el inicio de las obras hasta la recepción provisional y el segundo desde la recepción provisional a la definitiva. La cobertura básica termina con la recepción provisional y la cobertura de mantenimiento con la definitiva, cesando en ese momento los efectos del contrato de seguro.

Las pólizas expresan el periodo de cobertura en las condiciones particulares de fecha a fecha, pero dicho intervalo debe corresponderse con el tiempo efectivo de la ejecución de la obra, a fin, de evitar vacíos en las coberturas y complementarse en el tiempo con el seguro de garantía decenal. Cuando la obra no esté cubierta en ese plazo, será necesaria la adaptación de la vigencia de la póliza a dicho periodo, ya que si al principio el riesgo es mínimo al no haber construido nada o muy poco, no sucede lo mismo al final, en que los daños pueden ser muy cuantiosos. Las pólizas contemplan las renovaciones sucesivas del periodo de cobertura y la suspensión para el caso de que exista una interrupción de la obra, que generalmente no excederá de seis meses. Para el caso en que la obra finalice con anterioridad a la fecha establecida en la póliza, se anticipará el periodo de mantenimiento a dicha fecha. Son estos dos momentos, el de comienzo de la obra y el de la recepción provisional por el comitente los que delimitan el periodo de la cobertura básica.

603.- La recepción es un momento de crucial importancia, ya que aparte de la transmisión de la propiedad y responsabilidad⁶⁰, también opera en la delimitación del periodo de cobertura de los seguros, tanto del seguro de construcción como de los establecidos en el artículo 19 de la LOE, ya que el artículo 6.5 establece esta fecha para el computo de los plazos de responsabilidad y garantía. El acto de la recepción provisional de la obra no lo contempla la LOE, sin embargo, es

⁶⁰ Extingue las responsabilidades por los vicios constructivos aparentes según el art. 1.484 C. C., no así la de los vicios ocultos.
STS de 25 de febrero de 1983.

práctica habitual su establecimiento en los contratos de obra, fundamentalmente porque hace posible que previamente a la recepción definitiva, el comitente pueda examinar la ejecución de la obra y mostrar su acuerdo o desacuerdo, en función de que ésta se ajuste al proyecto y se haya realizado conforme a la *lex artis*, lo que no puede llevarse a cabo de forma momentánea, siendo necesaria dicha comprobación, por cuanto, la aceptación de la obra implica la transmisión de la responsabilidad ante el comitente de los vicios y defectos aparentes, aunque no ante los compradores. La recepción provisional⁶¹ se efectúa una vez que la obra está terminada aunque se encuentre a falta de algunos trabajos de acabado.

604.- Con la recepción provisional⁶² entra en vigor la cobertura de mantenimiento del seguro y se procede a subsanar los vicios y defectos manifiestos o que puedan aflorar en dicho periodo. Su duración generalmente oscila entre seis y doce meses y termina con la recepción definitiva de la obra por parte del comitente.

605.- La recepción definitiva⁶³ es un acto regulado⁶⁴ en el artículo 6 de la LOE que la define en su apartado primero como “el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste”.

⁶¹ MARTINEZ MÁS, F. *Op. cit.* Pág. 78.

⁶² CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. 3ª. edic.. Aranzadi. Elcano (Navarra), 2005. Pág. 159-60. La recepción provisional suspende los efectos propios de la recepción a través de pacto expreso, no iniciándose por tanto los plazos para el inicio del computo de los periodos de responsabilidad y garantías del art. 6.5 LOE (SSTS 20 junio de 1970 (RJ 1970, 3759) y 16 de junio de 1994 (RJ 1994, 4927).

⁶³ MARTINEZ MÁS, F.. *Op. cit.* Pág. 84. la define como “aquella que se produce una vez que la obra está completamente terminada, comenzando a partir de ese momento el plazo de garantía decenal”.

⁶⁴ Dicho artículo en su apartado segundo establece, que habrá que levantarse un acta de la misma firmada por el constructor y el promotor en la que conste: a) las partes que intervienen; b) la fecha del certificado final de obra; c) el coste final de la ejecución material; f) la existencia o no de reservas y en caso de que las hubiere el plazo para su subsanación, y: g) las garantías del constructor.

En la recepción se da la entrega del constructor y la aceptación del comitente, primero es la entrega, y ante ésta, el comitente tiene la alternativa de aceptarla por estar conforme con la ejecución material de la misma, no aceptarla, por considerar que no está terminada o que no se adecua a las condiciones contractuales pactadas⁶⁵ (es necesario levantar acta), o aceptarla con reservas, por adolecer de ciertos vicios o defectos, no encontrándose el comitente conforme con ellos.

606.- La recepción⁶⁶ contemplada en el artículo 6 de la LOE puede ser expresa, regulada en el apartado dos, o tácita, regulada en el apartado cuatro. A su vez la primera puede ser con reservas⁶⁷ o sin reservas, mientras que la segunda solo opera sin reservas. Puede ser total o parcial, esta última por fases completas y terminadas.

607.- La recepción tácita⁶⁸ opera pasados treinta días contados a partir de la notificación efectuada por escrito por el constructor al promotor con posterioridad a su terminación, cuando éste último no ha puesto de manifiesto reservas o rechazos por escrito⁶⁹. Se entenderá producida, el último de los treinta días del plazo de la notificación de la terminación de la obra⁷⁰ por el constructor.

⁶⁵ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a. C., *Op. cit.* Págs. 168-9. Dentro de las reservas tienen diferente consideración los defectos menores de aquellos que implican su no terminación, ya que según la doctrina jurisprudencial, con estos últimos defectos el comitente puede negarse a la recepción de la obra a través de un acta de rechazo, no así con los primeros dando lugar a recepción con reservas (SSTS 14 de octubre de 1968 (RJ 1968, 4386) y de 16 de junio de 1994 (RJ 1994, 4927)).

⁶⁶ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. cit.* Págs. 157-8.

⁶⁷ FONT RIVAS A. *Contrato de Seguro: Exclusión de cobertura y cláusula limitativa*. Cedecs Editorial S.L.. Rubí (Barcelona) 98 .Pág. 226 “Tendrá la consideración de reserva técnica todo aquel defecto, anomalía o deficiencia de la construcción, tanto a nivel de proyecto como de ejecución, que ponga o pueda poner inconveniente para otorgar las coberturas de la póliza de seguro”.

⁶⁸ STS de 12 de julio de 1994 (Ar. 6731).

⁶⁹ MÁRTINEZ MÁS, F. *Op. cit.* Págs. 90 y ss. Considera actos que suponen recepción tácita: a) el pago del precio sin reserva; b) la toma de posesión por el comitente sin reserva; c) la

608.- El efecto fundamental de la recepción se produce respecto de la liberalización de la responsabilidad del constructor con respecto al promotor por vicios o defectos de terminación o acabado⁷¹ (artículos 17.1 y 9 LOE), quedando el seguro extinguido.

7. CLÁUSULA A FAVOR DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS.

609.- Los proyectos inmobiliarios financiados con garantía hipotecaria contemplan la contratación del seguro de construcción y la inclusión como beneficiario del mismo a la entidad financiera financiadora, ya que su aseguramiento es requisito necesario para que éstas otorguen la financiación. Mediante la cláusula de beneficiario, el acreedor hipotecario, en caso de siniestro se subrogará, en los derechos del asegurado por el importe de la deuda⁷².

utilización de la obra por el comitente, y d) la demora injustificada del comitente en comunicar al constructor el resultado de la verificación de la obra construida cuando ha sido requerido.

CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. cit.* Pág. 157.

⁷⁰ BRENES CORTÉS, J.. *Op. cit.* Pág. 204.

⁷¹ SSTs de 15 junio (RJ 1994\4925), 13 julio (RJ 1993\6013), 3 mayo (RJ 1993\3400). STSJ Navarra de 30.04.93 (RJ 1993\3197). SAP del Granada de 7.1.98, (AC 1998\3164).

⁷² La aseguradora ASEMA, estable en su póliza todo riesgo construcción la siguiente cláusula de beneficiario: “Cuando sea aplicable y se indique expresamente en las Condiciones Particulares.

Existiendo sobre la obra garantizada por la presente póliza, un préstamo hipotecario concedido por la ENTIDAD CITADA EN LAS CONDICIONES PARTICULARES, se pacta expresamente que:

1. En caso de siniestro, no abonará el Asegurador cantidad alguna al Asegurado, sin el previo consentimiento de la citada Entidad, que quedará subrogada en los derechos del mismo por un importe igual al préstamo no amortizado en la fecha del siniestro.
2. El Asegurador se obligará a poner en conocimiento de dicha Entidad cualquier contingencia de renovación o falta de pago del seguro, en forma tal que no haya interrupción en la vigencia del mismo, pasando el recibo pendiente a esta Institución, pudiendo hacerlo efectivo en nombre del Tomador del Seguro, sin que esto signifique derogación de lo estipulado en el Condicionado General.

Las estipulaciones contenidas en la cláusula de beneficiario tienen la consideración de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, por lo que deben reunir los requisitos del artículo 3 LCS, estar resaltadas y expresamente aceptadas por éste, de otro modo, se incurriría en nulidad con el consiguiente perjuicio para la entidad beneficiaria⁷³.

610.- La LCS regula en los artículos. 40 a 42⁷⁴ el derecho del acreedor privilegiado. El artículo 40⁷⁵ contempla la extensión automática del derecho del acreedor sobre la indemnización del siniestro, en caso de optar por ésta el asegurador. De esta forma la Ley protege al acreedor privilegiado otorgándole la facultad de bloquear el pago de la indemnización.

La protección del acreedor hipotecario viene establecida por la LCS y por lo establecido en la póliza, siempre que dichos pactos no sean contrarios y reúnan lo requisitos exigidos por ésta, de tal modo, que puedan cubrir lagunas

-
3. No se podrá anular, ni reducir el capital asegurado y riesgo cubierto por la póliza de seguros, sin la autorización escrita de la citada Entidad.

⁷³ VARGAS VASSEROT, C.. *El Seguro de la finca hipotecada*. Marcial Pons. Madrid, 2003. Pág. 228.

⁷⁴ Dichos artículos regulan la situación de los acreedores hipotecarios, pignoraticios y privilegiados respecto a la indemnización del siniestro. Pero dada la relevancia de los acreedores hipotecarios en este tipo de seguros, me centraré en ésta.

⁷⁵ SAP Sevilla (Sección 5ª), de 14 marzo 2000 (AC 2000\1176). “**TERCERO** Ocurrido el siniestro a que se refiere la póliza de seguro concertada entre «Winterthur, SA» e «Imasa, Industrial Médica Andaluza, SA», es claro que las entidades actoras están plenamente legitimadas para percibir de la entidad aseguradora demandada el importe de la indemnización correspondiente, hasta donde alcance el importe del préstamo con garantía hipotecaria no pagado por la entidad prestataria, según lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 40 de la Ley de Contrato de Seguro y lo expresamente previsto al respecto en la póliza de seguro, en cuya virtud «la compañía aseguradora no pagará en caso de siniestro cantidad alguna al señor asegurado, sin previo consentimiento de la entidad referida», es decir la acreedora hipotecaria, «la cual quedará subrogada en los derechos del asegurado con preferencia a cualquier otro beneficiario», de lo que se infiere que, en virtud de la cláusula hipotecaria expresamente recogida en la póliza a que se refiere este litigio, las entidades demandantes no sólo estaban legitimadas para impedir el pago a la sociedad asegurada, sino que, también, como subrogadas en los derechos de dicha entidad, podían reclamar la correspondiente indemnización de «Winterthur, SA» hasta el límite de la deuda a que se refería la garantía hipotecaria, tal como se ha hecho en este proceso”.

que la Ley ha dejado en su regulación. Es por lo que generalmente se reserva en la cláusula correspondiente al siniestro y pago de la indemnización, la facultad al asegurador de poder exigir al tomador o al asegurado antes de proceder al pago de la indemnización, certificación acreditativa de la libertad de cargas de los bienes siniestrados. Dada la frecuencia en que el objeto de este seguro se encuentra gravado con una hipoteca, las aseguradoras incluyen en sus condiciones especiales la cláusula de beneficiario.

611.- Los beneficiarios y los acreedores hipotecarios tienen la consideración de terceros respecto a la relación contractual del contrato del seguro. No se trata de una acción directa del acreedor contra el asegurador, sino de un derecho preferente del acreedor sobre la indemnización⁷⁶, mediante la subrogación real, con la finalidad de mantener su posición inicial respecto de la prelación de créditos. Dicha extensión opera automáticamente por imposición legal, pero además el legislador ha querido que sea necesaria la autorización del acreedor para el pago de la indemnización por parte del asegurador. Para ello, es requisito imprescindible el poner en conocimiento del asegurador por parte del tomador o asegurado la existencia de dicha carga. La LCSP (artículo 40) menciona como obligados a poner en conocimiento del asegurador al tomador y al asegurado, pero ello no impide que sea el propio acreedor quién lo comunique y el asegurador quede obligado, ya que el espíritu de la Ley persigue la finalidad de mantener la garantía de los acreedores ante la disminución de valor del bien.

612.- En los préstamos hipotecarios el conocimiento se lleva a cabo mediante su inclusión en la solicitud, cuando el seguro y la hipoteca son previas al inicio de la

⁷⁶ GUTIERREZ JEREZ, L. J.. *La subrogación real*. Ilustre Colegio Notarial de Granada. Granada, 2005. Págs. 79-80.

CALERO SÁNCHEZ, F.. *Op. cit.* Pág. 681. No se trata de un derecho a la indemnización sino sobre la indemnización y conservación de la misma prelación de créditos que tenía con referencia al bien asegurado.

“... la constitución de la garantía real o el nacimiento del privilegio puede ser anterior o posterior a la celebración del contrato de seguro. Lo importante es que -estando en vigor el contrato- se produzca el siniestro después de la existencia de los derechos de los acreedores”.

obra, en caso de que la hipoteca sea posterior a la contratación del seguro será cuando haya que dirigirse a la aseguradora para su comunicación. El incumplimiento de dicha obligación por parte del tomador y del asegurado, da lugar a la confusión de la indemnización con el patrimonio del asegurado, lo que hace perder al acreedor su posición respecto a la prelación de créditos.

El asegurado que no ha notificado⁷⁷ al asegurador la existencia de la hipoteca, responde frente a los acreedores, tanto del crédito como de los daños originados a consecuencia de la pérdida de garantía. En el supuesto de que producido el siniestro sea el asegurador el que abone la indemnización sin consentimiento del acreedor y el asegurado no satisfaga el importe del crédito, el acreedor podrá reclamarle por el pago de lo indebido.

613.- Reconocido el siniestro y teniendo conocimiento el asegurador de la existencia de acreedores hipotecarios, pignoratícios o privilegiados, éste tiene la obligación de comunicárselo, con el fin de que se personen para la autorización del pago de la indemnización. Si en el plazo de tres meses desde la comunicación, los acreedores no se personan o no se oponen al pago, el asegurador podrá proceder al mismo, quedando exonerado de responsabilidad.

Una vez producido el siniestro y comunicado al acreedor, éste debe autorizar al asegurador el pago de la indemnización al asegurado. Pueden presentarse diferencias entre asegurado y acreedor en cuanto a la cuantía de la deuda, y también puede darse el caso de que la deuda no haya vencido todavía. Ante estas situaciones, el art. 40.2 establece la constitución de un depósito por el importe de la indemnización. Dicho depósito se llevará a cabo en la forma que las partes convengan, en caso de desacuerdo, se ha de constituir en la forma prevista en el artículo 1.176 y siguientes del Código Civil. De existir varios acreedores, se seguirá la prelación de créditos establecida en los artículos 1.923.2 y 1.927 del C. C. y en el 155 de la Ley Concursal.

614.- El asegurador podrá oponer a los acreedores todas las excepciones que pueda oponer al asegurado, encontrándose éstos, en una posición vulnerable por la actuación del tomador y asegurado ante situaciones de disminución de la suma asegurada, declaración inexacta del riesgo, modificaciones de las condiciones del contrato, etc.. Actuaciones que pueden dar lugar a la disminución o pérdida del derecho de indemnización, como ocurre con el impago de la prima, etc.. Para evitar dichas situaciones, el artículo 41 LCSP establece que la extinción del contrato no será oponible a los acreedores privilegiados⁷⁸ hasta que transcurra un

⁷⁷ SÁNCHEZ CALERO F. *Op. cit.* Págs. 687-8

⁷⁸ Sentencia Audiencia Provincial Sevilla (Sección 5ª), de 14 marzo 2000 (AC 2000\1176). **“CUARTO.** Y si bien es cierto que la entidad asegurada, «Imasa, Industrial Médica Andaluza, SA» dejó de abonar la prima correspondiente, de suerte que al ocurrir el siniestro, el contrato del seguro estaba extinguido respecto de dicha entidad, sin embargo, no cabe oponer dicha extinción frente a las sociedades demandantes en virtud de la cláusula hipotecaria que consta en la póliza, puesto que a tenor de lo expresamente pactado y conforme a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley del Contrato de Seguro de 1980, la extinción del contrato no será oponible al acreedor hipotecario, pignoraticio o privilegiado hasta que transcurra un mes desde que se le comunicó el hecho que motivó la extinción, y dichos acreedores podrán pagar la prima impagada por el tomador del seguro o por el asegurado, aun cuando éstos se opusieren, debiendo el asegurador, a este efecto, notificar a dichos acreedores el impago en que ha incurrido el asegurado, de suerte que tal como resulta con claridad del citado precepto legal, para que opere la extinción del contrato respecto de las entidades demandantes, acreedoras hipotecarias señaladas en la póliza, debió notificárseles el impago de la prima por parte de la entidad aseguradora, no siendo oponible a dichas demandantes la extinción contractual hasta transcurrido un mes a contar desde dicha notificación, que, en el caso de autos, no resulta acreditada, por lo que, en consecuencia, no cabe estimar extinguida respecto de las entidades actoras el contrato de seguro que vincula a la entidad demandada y que le obliga a abonar la indemnización correspondiente al siniestro asegurado.-**QUINTO** Y no cabe acoger las alegaciones de la parte apelante, en el sentido de que mediante las diversas comunicaciones habidas entre las partes con anterioridad a la presentación de la demanda iniciadora de este proceso, se ha de entender producida la notificación a que se refiere el citado artículo 41 de la Ley del Contrato de Seguro, y, al no haberse pagado la prima en el plazo de un mes, extinguido el contrato de seguro a todos los efectos, puesto que resulta evidente que dichas comunicaciones fueron ya extemporáneas, por haberse producido con posterioridad al nacimiento del derecho a la indemnización que en virtud del seguro corresponde a las entidades acreedoras, sin perjuicio del derecho de la sociedad demandada para reclamar en su caso el importe de las primas correspondientes, puesto que cuando se produjo el siniestro, no habiéndose extinguido el contrato de seguro respecto de las acreedoras hipotecarias demandantes, surgió el derecho a reclamar la indemnización que se pretende en este proceso y frente al cual no cabe a la entidad aseguradora oponer el impago de la prima por la asegurada, según lo pactado en el contrato y lo dispuesto en el referido artículo 41 de la Ley del Contrato de Seguro...-**SEPTIMO** ... Y el informe pericial aportado por la parte demandada no desvirtúa la peritación aportada con la demanda, pues sin perjuicio de que el informe de la aseguradora se realizó en el año 1997, es decir, casi cinco años después de producido el siniestro, y «a raíz de una demanda judicial», dicho peritaje se basa, sobre todo, en las informaciones de «unos señores que en su momento y según nos manifiestan eran trabajadores en la industria siniestrada», y en el mismo se procede a valorar «solamente los daños en el inmueble» sin entrar a considerar el valor del mobiliario,

mes desde que se notificó a los acreedores el hecho que motivó la extinción, apartándose de la regla general del artículo 1.257 C.C. de que los contratos solo producen efecto entre las partes.

615.- SÁNCHEZ CALERO⁷⁹ sostiene que aunque la Ley no contempla el derecho de repetición del asegurador contra el asegurado por el pago de la indemnización al acreedor hipotecario una vez extinguido el contrato, es razonable reconocer al asegurador dicho derecho referido al pago del tercero por cuenta del deudor en base al artículo 1.159 C. C, pero dentro del plazo de un mes que refleja el artículo 40 LCS. VARGAS VASSEROT⁸⁰ considera que aunque la LCS no reconoce esta subrogación especial, lo tiene en cuenta, ya que el pago de la indemnización es una obligación derivada del contrato de seguro y un pago de deuda ajena, siéndole en su opinión aplicable el régimen de subrogación por pago del artículo 1.158 C. C..

616.- El artículo 41.2 L.C.S.P. contempla el impago de la prima, otorgando a los acreedores la facultad de proceder al pago. En caso de que no afronte dicho pago en el mes siguiente a la notificación del impago por el tomador, se verá privado

maquinaria, instalaciones y existencias, por considerar no acreditada su existencia, y por entender que «respecto a los posibles beneficiarios de la póliza, sólo les afecta el inmueble», lo que no puede admitirse a los efectos de este litigio, pues sin perjuicio de que la hipoteca sujeta directa e inmediatamente el inmueble sobre el cual se ha constituido, aun cuando también se extiende, como señala el artículo 109 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886 y NDL 18732), a las accesiones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados, comprendiendo además, según el artículo 111 de la citada Ley, los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto, es lo cierto que, en este proceso, no importa tanto la posible extensión de la hipoteca, como el hecho de la existencia de un contrato de seguro, en cuya virtud la entidad aseguradora está obligada a abonar la indemnización correspondiente al daño cubierto por el seguro, siendo acreedoras de dicha indemnización, en virtud de la cláusula hipotecaria inserta en la póliza, las entidades actoras, conforme a los razonamientos ya expuestos en base a lo pactado y a tenor de lo previsto en el artículo 41 de la Ley del Contrato de Seguro.

⁷⁹ *Op. cit.* Pág. 704.

⁸⁰ VARGAS VASSEROT, C.. *Op. cit.* Pág. 288.

de la cobertura por la extinción del seguro. Si hace frente al pago, el seguro se mantendrá en vigor, teniendo la facultad de repetir contra el tomador por el importe de la prima pagada.

Si el siniestro se produce antes de la notificación de la extinción del contrato o en el mes siguiente a la comunicación, el asegurador no podrá oponer a la reclamación⁸¹ de los acreedores la extinción del mismo, conforme al párrafo primero del artículo 41 LCS. El plazo de inoponibilidad ha de contarse desde la extinción del contrato si la notificación del hecho que la provocó es anterior, o desde la notificación, si ésta es posterior. Este artículo tiene por finalidad proteger a los acreedores especialmente privilegiados frente a las causas sobrevenidas de la extinción del contrato.

617.- El asegurador tiene facultad para decidir sobre la forma de reparación del siniestro, bien mediante la indemnización o mediante la reparación in natura, procediendo a la reconstrucción o reparación de los daños del edificio. Caso de que el asegurador opte por la reconstrucción, el artículo 42 LCSP establece que éste no procederá al pago de la indemnización en caso de que asegurado y acreedor privilegiado no se pongan de acuerdo sobre las garantías con las que la indemnización ha de quedar afecta a la reconstrucción de la cosa siniestrada, teniendo que depositarla conforme a lo previsto en el artículo 40 LCS. De esta manera el legislador quiere garantizar la aplicación de la indemnización a la reconstrucción o reposición de la cosa siniestrada, evitando que el asegurado destine la indemnización a un fin distinto. Esta disposición no es aplicable cuando es el asegurador quién repara el objeto siniestrado, o cuando el pago de la indemnización del asegurador al asegurado se hace con posterioridad a reconstrucción del edificio.

⁸¹ EVANGELICO LLORCA. *Comentarios a la Ley Contrato de seguro*. Dir. BOQUERA MAATARREDONA, BATALLER GRAU, OLAVARRIA IGLESIAS. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2001. Págs. 523-6 y 534.

618.- SÁNCHEZ CALERO sostiene por analogía con el párrafo tercero del art. 40⁸², que el plazo para llegar al acuerdo sobre las garantías de la reconstrucción (artículo 42 LCS) debe ser de tres meses, pero en el supuesto de que no hagan manifestaciones en dicho plazo, también por analogía del art. 40, considera⁸³ que no están interesados en la constitución de garantías, por lo que el asegurador podrá pagar la indemnización al asegurado.

⁸² *Op. cit.*. Pág. 648.

⁸³ *Op. cit.* Pág. 713. El término garantía no ha de entender en el sentido escrito, bastando con que los acreedores se pongan de acuerdo en nombrar una comisión para vigilar la reconstrucción del inmueble, o el que se confía la obra a determinado constructor, o que se establezca un determinado proyecto de reconstrucción, etc.. También, podrían ponerse de acuerdo los acreedores en que el abono de la indemnización por el asegurado no se haga de forma anticipada, sino según se vaya (Caser, último párrafo cláusula 9.2) ejecutando el plan de las obras.

CAPÍTULO XI. EL SEGURO DECENAL DE DAÑOS.

SUMARIO: 1. CUESTIONES PREVIAS. 2. OBJETO DEL SEGURO. 3. SUJETOS. 4. PERIODO DE VIGENCIA Y DE COBERTURA: 4.1. Recepción de la obra. 4.1.1. Recepción provisional; 4.1.2. Recepción definitiva; 4.1.2.1. Expresa; 4.1.2.2. Tácita. 5. VALORACIÓN DEL INTERÉS ASEGURADO. 6. PRIMA. 7. RIESGOS CUBIERTOS. 8. EL CONTROL TÉCNICO. 9. CONTROL Y CONSECUENCIAS DE LA NO SUSCRIPCIÓN DE LAS GARANTÍAS OBLIGATORIAS. 10. DAÑOS. 11. INDEMNIZACIÓN Y DERECHO DE REINTEGRO DEL ASEGURADOR

1. CUESTIONES PREVIAS.

619.- La Exposición de Motivos de la LOE contempla como uno de sus objetivos cubrir las lagunas existentes en la regulación del proceso edificatorio para garantizar la calidad de la edificación. Entre dichas lagunas se encontraba la

ausencia de garantías¹ de las responsabilidades de los agentes de la edificación para proteger a compradores y usuarios de los vicios y defectos de la edificación. Para ello, el artículo 19.1 instauró la obligación de contratar tres seguros que garanticen los daños materiales ocasionados por tales vicios y defectos², respondiendo del incumplimiento de suscribir las garantías personalmente el obligado (artículo 19.7 LOE). Éstos seguros son: a) el seguro anual, (artículo 19.1.a) que garantiza durante un año los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de la obra; b) el seguro trienal, (artículo 19.1.b), que garantiza durante tres años el resarcimiento de los daños causados por vicios o defectos de los elementos constructivos o de instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del artículo 3.1.c., y; c) el seguro decenal³, (artículo 19.1.c) que garantiza durante diez años el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio 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, que se corresponden con los daños de la obra fundamental, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

620.- Estos seguros podrán adoptar la modalidad de seguro de daños materiales o seguro de caución. La LOE ha establecido la modalidad del seguro de daños materiales por la rápida y eficaz liquidación del siniestro, ya que su cuantía no está sujeta a determinación, ni a condena judicial de los responsables, garantizando sin averiguación de responsabilidades la indemnización de los daños, subrogándose posteriormente la compañía aseguradora en los derechos

¹ BOLDO RODA C. “Régimen de garantías por daños materiales ocasionados por vicios o defectos en la construcción”. *RES.* Madrid. Aida. 2000, julio-septiembre. Nº. 103. Pág. 534.

² LOPEZ-COBO, C.I. y FERNÁNDEZ F.. *Perspectiva Legal y Criterios de Suscripción. Comentarios al Seguro Decenal de Daños a la Edificación.* Nacional de Reaseguros S.A. Págs. 50-51.

³ RRDGRRNN de 18.05.06 y 19.7.05.

del asegurado, repitiendo contra quién resulte responsable⁴. Por otro lado, las aseguradoras prefieren esta modalidad a la del seguro de caución, ya que éste último tiene que llevar incorporada la cláusula a primer requerimiento con lo que ello representa de inmediatez en el pago.

621.- De los tres seguros regulados en el artículo 19 LOE⁵, el seguro anual y el trienal no están en vigor. La propia Ley faculta al gobierno en su Disposición Adicional 2ª.2 para que mediante real decreto establezca cuando considere oportuno la obligación de suscribir las garantías previstas para edificios que tengan por uso el de vivienda, así como para cualquier otro uso distinto del de vivienda. Seguidamente solo me referiré a las particularidades de éstos seguros⁶, ya que se tratan de seguros de daños materiales como el que nos ocupa, con el que tienen un alto grado de similitud.

a) Seguro anual. El tomador es el constructor, quién contrata por cuenta ajena, y el asegurado el propio promotor y los sucesivos adquirentes del edificio o de parte de él. Se trata de un seguro sin franquicia y con capital mínimo asegurado del cinco por ciento de la ejecución material de la obra. Garantiza el resarcimiento de daños materiales originados por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras.

b) Seguro trienal⁷. El tomador es el promotor, quién contrata por cuenta propia y por cuenta de los sucesivos adquirentes. El capital asegurado es el

⁴ LORENZO MACLEAN, M.. *RES.* 1983, Abril-Mayo. Pág. 165.

⁵ PACHECO JIMÉNEZ, M^a. NIEVES. *Los seguros en el proceso de la edificación.* La Ley. Madrid, 2008. Pág. 392.

⁶ Los seguros multirriesgos comunidad y hogar utilizados para el aseguramiento del edificio no son adecuados para estas coberturas ya que no incluyen fallos o defectos en la colocación de solados o alicatados, parquet, tuberías, instalaciones, etc..

⁷ Actualmente algunas aseguradoras vienen comercializando este seguro como cobertura opcional dentro del seguro decenal, como es el caso de Asefa.

treinta por ciento del coste final de ejecución material de obra. Se puede pactar una franquicia que sea menor o igual al uno por ciento del capital asegurado, garantiza 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 básicos de habitabilidad del artículo 3.1.c.

622.- A mi juicio, dichos seguros deberían estar en vigor, por cuanto la mayor parte de los daños de que adolece la edificación por vicios y defectos de la construcción, se corresponden con los que cubren ambos seguros.

623.- La implantación de estos tres seguros ha dado lugar a fuertes críticas por parte de las aseguradoras⁸, quienes consideran que el seguro no debe ser un apoyo a la falta de calidad de la construcción, ni una alternativa o un sustituto de la calidad⁹. En la actualidad los defectos de la obra secundaria y las instalaciones los vienen asumiendo los propietarios y constructores pero cuando se implante los seguros anual y trienal son ellas quienes van a soportar la falta de calidad, si bien es verdad, que con la intervención de los OCTs desde el inicio de las obras va a ser mucho mayor la seguridad, ya que la emisión de los correspondientes informes contribuye a una mayor confianza en su ejecución.

624.- Con anterioridad a la LOE, aquellos vicios y defectos que aparecían durante el periodo decenal no se encontraban cubiertos de forma imperativa, aunque en la práctica sí, mediante acuerdos contractuales¹⁰ que obligaban a la contratación del seguro de daños decenal, seguro que no alcanzaba a cubrir la

⁸ MERCHÁN GABALDÓN, F.. *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (L.O.E.)*. Cie Dossat 2000. Pág. 307.

⁹ ARIZA ARCAS, A.. *Ponencia en las Jornadas sobre la repercusión de la nueva Ley de Edificación en el mundo asegurador*. Galicia, 20 de mayo de 1999.

¹⁰ Pero con desigual implantación a nivel nacional, destacando fundamentalmente en Madrid, Cataluña y País Vasco.

responsabilidad que los tribunales venían haciendo del artículo 1.591 C. C.¹¹. El sistema de garantías impuesto por la LOE pretende que queden garantizados por el promotor los vicios y defectos de la edificación con posterioridad a la recepción definitiva, sin embargo, se le ha criticado al legislador acudir al seguro para garantizar los vicios y defectos de la edificación, y no a otro tipo de garantía basadas en la solvencia del promotor, ya que el coste de los seguros lo soporta el adquirente mediante el correspondiente incremento del precio.

625.- Estos seguros se configuran como un apoyo fundamental al sistema de calidad de la edificación y a la protección a los compradores y usuarios, con la correspondiente aportación en esta materia al RDL 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

2. OBJETO DEL SEGURO.

626.- El objeto de este seguro los constituye solo la obra fundamental del edificio, entendiéndose por ésta, la formada por la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales que contribuyen directamente a la resistencia mecánica y estabilidad del mismo.

627.- La LOE no define¹² el concepto de edificio, solo hace mención a él en el artículo 2.1º al referirse al proceso de la edificación como la acción y el resultado

¹¹ PACHECO JIMÉNEZ, M^a. N^o.. *Op. cit.* Pág. 392.

¹² La póliza decenal de UNESPA en su artículo preliminar lo define como *el conjunto de las obras fundamentales, obras secundarias, instalaciones fijas y equipamiento propio del edificio*. No se consideran incluidos dentro de los bienes asegurados los equipamientos de las promociones como son las obras de urbanización, (viales, jardinería, áreas de parking, piscinas, etc...).

de construir un edificio de carácter permanente, enumerando seguidamente los usos principales que éste tiene. En el punto segundo de dicho artículo se detallan las obras que tiene la consideración de edificio y que requieren de proyecto a efectos de dicha Ley. Éstas son: a) obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta; b) obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total y las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, el conjunto del sistema estructural, o que tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio, y; c) obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a elementos o partes objeto de protección. También, se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas, el equipamiento propio y los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio (artículo 2.3. LOE). El CTE lo define como *“construcción¹³ fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para albergar otros usos”*, mientras que el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 12 de julio de 1991 (RJ 1991\5382), considera que al edificio debe dársele un sentido comprensivo general, no solo extensivo a los apartamentos propiedad de los demandados sino también a los elementos comunes y servicios de utilidad común que integran la totalidad del edificio.

628.- En la actualidad, según la disposición transitoria primera, el seguro decenal solo está vigente en las obras de nueva construcción y las obras de los

¹³ El CTE, entiende por construcción el “conjunto de actividades para la realización física de la obra”.

edificios existentes para cuyos proyectos se solicite la correspondiente licencia de edificación a partir de su entrada en vigor. Su contratación generalmente va acompañada de la del Seguro Todo Riesgo Construcción con el que se complementa.

Las obras de reforma que se hagan en el edificio con posterioridad a la recepción sin reservas quedan excluidas de la cobertura de la póliza¹⁴ por lo que éstas requieren de su propio seguro decenal. El inconveniente que surge es la diversidad que de estas se pueden presentar, lo que dificulta su aseguramiento por parte del sector asegurador, ya que requieren de un análisis individualizado, tanto desde el punto de vista de las coberturas, como de su amplitud.

629.- La LOE se refiere en el artículo 19 a la edificación y a la construcción en su conjunto como el objeto del seguro, pero al referirse a las franquicias de los seguros en el mismo artículo, menciona a las unidades registrales. Es mejor entender que el objeto del seguro es la edificación en su conjunto¹⁵, ya que la propia naturaleza de los daños y los elementos estructurales difícilmente casan con el sistema de división en fincas del Registro de la Propiedad.

3. SUJETOS.

630.- En el contrato de seguro decenal concurren el asegurador, el tomador del seguro y el asegurado. Ajeno a la relación contractual también puede concurrir el beneficiario. El asegurador es común en todos los seguros, debiendo cumplir los

¹⁴ MERCHÁN GABALDÓN F. *Op. cit.* Págs. 321-322.

¹⁵ JIMENEZ CLAR A. J.. “El sistema de seguros en la Ley de Ordenación de la Edificación”. *RDPrivado*. Nº. 6. 2002. Pág. 56.

requisitos de la LOSSP y disponer de la autorización administrativa correspondiente para operar en el ramo.

a) El tomador.

631.- En el seguro de daños decenal, tienen la consideración de tomador el promotor¹⁶, y también el constructor¹⁷ cuando pacta con el promotor que sea él (artículo 19.2.a). El propietario del edificio durante el periodo comprendido entre la recepción definitiva del mismo hasta su transmisión al adquirente es el promotor, pero a veces, los promotores exigen que la protección del seguro se extienda también a los contratistas, incorporándolos al seguro mediante la renuncia expresa del asegurador a repetir contra éstos una vez que se han subrogado en los derechos del asegurado¹⁸, lo que lleva consigo, el consiguiente encarecimiento del seguro.

Cuando el tomador¹⁹ del seguro es propietario de la vivienda, es un seguro por cuenta propia, pero básicamente se trata de un seguro por cuenta ajena, ya que su destino es la enajenación por parte del promotor, pasando a ser asegurado el adquirente. El promotor no puede celebrar el contrato por cuenta propia y ceder sus derechos a los adquirentes en el contrato de compraventa²⁰.

¹⁶ SAP Huelva 20.03.06 y SAP Islas Baleares 7.11.06.

¹⁷ SAP Valencia 27.4.05.

¹⁸ El asegurador una vez pagada la indemnización, puede ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondan al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de ésta. Se subroga en las acciones que tenga el asegurado contra terceros no en las que tuviera el promotor en virtud de art.17.3 y 18 de la LOE.

¹⁹ Generalmente no coincide el tomador del seguro con el responsable de los daños del edificio que suelen ser el constructor, los técnicos o los suministradores de los materiales.

²⁰ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. 3ª. edic. Elcano (Navarra), 2005. Pág. 382. Nota 13. STS 17 de Diciembre de 1994 (RJ 1994, 9428), si el derecho de crédito se cede a un tercero, pero el cedente se reserva la condición de tomador asegurado, no pierde el derecho de reclamar la indemnización, con independencia de sus relaciones con el cesionario.

Tratándose de autopromociones la Ley 53/2002 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su artículo 105, modificó la Disposición Adicional segunda de la LOE, suprimiendo la exigencia de la garantía decenal a los autopromotores en el caso de una única vivienda unifamiliar para uso propio²¹, pero si proceden a la transmisión inter vivos durante el periodo establecido para la garantía decenal, éstos están obligados a la contratación de dicho seguro, salvo acuerdo con el comprador.

Las obligaciones fundamentales que asume el tomador son la declaración precontractual del riesgo y el pago de la prima. También concurren en él otras obligaciones junto con el asegurado, como son las de comunicar la agravación del riesgo, la verificación del siniestro y la de salvamento o aminoración de las consecuencias del siniestro²² (artículos 14 a 17 LCS). Las responsabilidades en que el tomador del seguro incurre por las disposiciones que haga del contrato del seguro, modificándolo, resolviéndolo o abandonándolo se derivan de la obligación legal de asegurar prevista en el artículo 19 LOE.

b) El asegurado.

632.- El artículo 19.2.a) de la LOE, establece que el asegurado²³ es el promotor y los sucesivos adquirentes de todo o parte del edificio. El promotor es el primer asegurado al ser el primer dueño del edificio. Con posterioridad, una vez transmitido el edificio o parte de éste, los asegurados van a ser los sucesivos adquirentes, que quedarán determinados por ser titulares del derecho de

²¹ La RDGRRNN de 9 de julio de 2003 comprende en el autopromotor individual tanto a personas físicas como jurídicas.

²² BOLDO RODA C.. *Op. cit.*. Págs. 535 y ss..

²³ Las pólizas suelen definirlo como la persona, física o jurídica, titular del interés objeto del seguro, a quién corresponde, en su caso, los derechos derivados del contrato y que, en defecto del tomador del seguro, asume las obligaciones derivadas del mismo.

propiedad conforme a las normas del código civil, y sin necesidad de notificar al asegurador dicha transmisión²⁴.

El artículo 7 LCS distingue entre asegurado y tomador como dos personas diferentes que pueden coincidir, cuando el tomador contrata por cuenta propia, pero que serán distintas si lo hace por cuenta ajena. El tomador del seguro gestiona el interés del asegurado, que está determinado en el supuesto del promotor e indeterminado en el caso de los sucesivos adquirentes del edificio. En este último caso, no existe interés en el momento de la celebración del contrato, pero sí en el momento que debe cumplir sus efectos con relación a la cobertura del riesgo. Hay situaciones en que la determinación del asegurado puede plantear problemas, como sucede cuando la titularidad corresponde a varias personas por concurrir diferentes derechos reales sobre el edificio o partes de él, cuando está sujeto al régimen de propiedad horizontal, etc.. No están obligados a prestar estas garantías las Administraciones Públicas que actúen como promotores, por considerar el legislador, que éstas gozan de probada solvencia.

El apartado b.8) de la instrucción de la DGRRNN²⁵ establece que se hará constar en la póliza que el asegurado es el promotor o constructor y los sucesivos adquirentes.

²⁴ Art. 19.2.a) LOE. “Los seguros de daños materiales reunirán las condiciones siguientes:

a) Tendrá la consideración de tomador del seguro al constructor en el supuesto a) del apartado 1 y al promotor, en los supuestos b) y c) del mismo apartado, y de asegurados 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”.

JIMENEZ CLAR A.J.. *Op. cit.*. *RDPrivado*. N.º. 6. 2002. Págs. 52-54.

²⁵ Instrucción de 11 de septiembre de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ante la consulta formulada por la Dirección General de Seguros sobre la forma de

4. PERIODO DE VIGENCIA Y DE COBERTURA.

633.- La cobertura del seguro decenal comienza con la recepción definitiva de la obra²⁶, sin embargo, la suscripción de la póliza ha de realizarse antes del comienzo de ésta, ya que el seguro está supeditado al seguimiento y control de la obra por el organismo de control técnico contratado por el tomador. En el periodo de vigencia del seguro decenal se puede distinguir dos subperiodos. El primero se corresponde con el de la fase de ejecución de la obra, durante el cual no está vigente la cobertura, y el segundo, con el de garantía, que comienza con la recepción definitiva, en él que si surte efecto la cobertura del seguro²⁷.

634.- El artículo 17.a de la LOE establece que los agentes de la edificación responderán durante *diez años de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que 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 la estabilidad del edificio*. Dicho periodo contará desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas. Es a partir de esta fecha cuando entra en vigor la garantía conforme a los artículos. 17.1 y 19.2.b) de la LOE, cesando una vez ha transcurrido el periodo de diez años en que la ley les imputa la responsabilidad a los agentes. Las acciones derivadas del contrato de seguro se pueden ejercitar durante los dos años siguientes a la fecha de producción de los daños materiales

acreditar ante Notario y Registrador la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 20.1 de la LOE.

²⁶ El art. 17.1 LOE, fija la fecha de recepción de la obra como fecha de inicio de las responsabilidades de los agentes. El art. 19.2 LOE dispone que la prima deberá estar pagada en el momento de la recepción de la obra. La RDGRRNN de 20 de marzo de 2000, establece que la acreditación de las garantías solo será exigible en la declaración de obra nueva terminada y en las actas de finalización de obra, fechas entre las que pueden existir desviaciones temporales.

²⁷ BRENES CORTES, J. *Garantías por defectos en la construcción en la Ley de ordenación de la edificación. Especial referencia al seguro de daños decenal*. Tirant lo Blanch, 2005. Pág. 215.

amparados por la póliza conforme al artículo 23 LCS. Con posterioridad el asegurador una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondan al asegurado frente a las personas responsables del mismo (artículo 43 LCS), hasta el límite de la indemnización. Estos plazos son diferentes a los de dos años establecidos por el artículo 18 LOE para la prescripción de las acciones para exigir la responsabilidad del artículo 17 LOE y de la acción de repetición que pudiera corresponder a cualquiera de los agentes contra los demás.

635.- Estos periodos son delimitados por las pólizas desde la suscripción hasta que el asegurador haya emitido el suplemento²⁸ de entrada en vigor de la garantía, cuya fecha de efecto se corresponderá con la fecha que suscriba el acta de recepción. Para la emisión de dicho suplemento, será necesario que el asegurador haya recibido del tomador del seguro o asegurado el informe final del Organismo de Control Técnico, el acta de recepción, la declaración del tomador del seguro sobre el valor definitivo de los bienes asegurados y la totalidad de la prima.

4.1. RECEPCIÓN DE LA OBRA.

636.- La recepción constituye el momento crucial que marcará el inicio de los plazos de la garantía. Hay que diferenciar la recepción provisional y la definitiva²⁹, ya que ambas operan de forma diferente.

²⁸La instrucción de la DGRRNN de 11.9.2000 contempla que el documento acreditativo del seguro contenga el plazo de vigencia del seguro, que será de diez años a contar desde la fecha de recepción de la misma expresada en dicho documento.

SAP Salamanca de 18.04.07

²⁹ ARIAS DÍAZ, M^a. D. “Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (II): la recepción de la obra”. *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*. Coord. RUÍZ-RICO RUÍZ y MORENO-TORRES HERRERA.. Comares. Granada, 2002. Págs. 51-63.

4.1.1. Recepción provisional.

637.- No tiene ninguna repercusión en los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en el artículo 6.5 LOE, por cuanto la LOE no contempla este tipo de recepción, aún siendo habitual en los contratos de obra, ya que es necesaria para la verificación de la obra.

4.1.2. Recepción definitiva.

638.- Es a la que se refiere el artículo 6 LOE como *el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste*, la cual podrá realizarse con o sin reservas y deberá abarcar la totalidad de la obra o fases completas y terminadas de la misma, cuando así se acuerde por las partes. Ésta puede ser expresa o tácita.

4.1.2.1. Expresa:

639.- Esta recepción³⁰ ha de consignarse en un acta firmada, al menos, por el promotor y el constructor, y en la misma se hará constar: a) las partes que intervienen; b) la fecha del certificado final de la totalidad de la obra o de la fase completa y terminada de la misma; c) el coste final de la ejecución material de la obra; d) la declaración de la recepción de la obra con o sin reservas, especificándolas en su caso, así como el plazo en que deberán quedar subsanadas, las cuales, una vez realizadas se harán constar en un acta aparte, suscrita por los firmantes de la recepción, y; d) las garantías que, en su caso, se exijan al constructor para asegurar sus responsabilidades.

A dicha acta se le ha de adjuntar el certificado final de obra suscrito por el director de obra y el director de la ejecución de la obra.

³⁰ Art. 6.2 LOE.

640.- 4.1.2.1.a. Con reservas. La recepción con reservas contempla a su vez dos situaciones:

4.1.2.1.a.1. Aquella en que el promotor puede oponerse (artículo 6.3 LOE) a la recepción del edificio por existir reservas en la obra.

4.1.2.1.a.2. Aquella en la que el promotor no se puede oponer a la recepción del edificio a pesar de la existencia de reservas en la obra, ya que la jurisprudencia ha venido interpretando que no son motivo suficiente para excepcionar la recepción³¹.

641.- Para determinar la fecha en que comienzan a operar las responsabilidades y garantías establecidas en la LOE, hay que atenerse a lo dispuesto en los artículos siguientes: 1º) el artículo 6.5, establece que dicho plazo se computará a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción; 2º) el artículo 17.1, que los intervinientes en el proceso de la edificación responderán dentro de los plazos indicados contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas, y; 3º) el artículo 19.9.i, salvo pacto en contrario las garantías no cubrirán 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.

642.- Existe contradicción entre los artículos 17 y el 19.9.i LOE. El primero considera como fecha de inicio del plazo de la garantía, la recepción sin reservas, mientras que el segundo, considera la de la recepción con reservas recogidas en el acta de recepción, sin que se incluyan éstas en la cobertura hasta que no hayan sido subsanadas y queden recogidas en el acta de recepción, lo que

³¹ SSTs 17 de abril de 1976 (RJ 1976, 1811), 30 de enero de 1992 (RJ 1992, 1518), 8 de junio de 1996 (RJ 1996, 4831) y 8 de junio de 1996 (RJ 1996, 4833).

hace que no quede clara la fecha correcta para el inicio del cómputo de las garantías. El posicionamiento de la doctrina no es pacífico en cuanto a considerar como fecha de inicio del plazo de las responsabilidades y garantías la del acta de recepción con las reservas establecidas, o la del acta de subsanación de dichas reservas. A favor de esta última se encuentra CASTRO BONILLO³² y respecto a la primera CORDERO LOBATO³³ y BRENES CORTÉS³⁴. Me parece más acertada la postura de estas autoras, partidarias de conciliar las dos situaciones, para quienes el comienzo del cómputo del plazo de las responsabilidades y garantías es la fecha del acta de recepción con reservas, pero sin que dichas garantías operen respecto a éstas, hasta la subsanación de las mismas. La DGRN no exige que se incluya en el documento acreditativo de la garantía la no existencia de reservas, o en el caso de que se hayan formulado, que hayan sido debidamente subsanadas, lo que a mi juicio, sería conveniente de cara a de una mayor efectividad de la garantía.

4.1.2.1.b. Sin reservas.

643.- No supone ningún problema, los plazos de responsabilidad y garantía comienza a operar a partir de la fecha del acta de recepción.

³² CASTRO BONILLO, “Del artículo 1.591 CC a la Ley de Ordenación de la Edificación”, *ADC*, 2001-II, nº 12. Considera que debe ser el art. 6.5 LOE, el que debe de imperar, por estar destinado a regular la recepción de la obra y sus efectos.

³³ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. cit.* Págs. 339-341.

³⁴ BRENES CORTES. *Op. cit.* Págs. 204-208.

4.1.2.2. Tácita.

644.- El artículo 6.4 LOE establece que se entenderá producida el último de los treinta días del plazo de la notificación de la terminación de la obra del constructor, si el promotor no ha formulado reparos por escrito.

Podrá pactarse también la recepción parcial cuando sea divisible el inmueble en construcción en fases completas, requiriéndose un certificado final de obra para cada fase, así como, un acta de entrega de cada una, siendo el día de inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de las acciones de los artículos 17 y 19 LOE el día de la recepción parcial de cada una de las mismas, pero para ello es necesario, que la parte que se recibe no tenga relación o interdependencia funcional³⁵ con el resto de la obra.

La garantía entra en vigor con la emisión de un suplemento específico en el que se indica la fecha de efecto y la suma asegurada.

5. VALORACIÓN DEL INTERÉS ASEGURADO.

645.- El artículo 19.5.c) establece que el importe mínimo de capital asegurado es el cien por cien del coste final de la ejecución material de la obra³⁶, incluidos los honorarios profesionales. El valor definitivo de dichos conceptos solo será conocido cuando la obra haya sido terminada, siendo necesario determinar el capital asegurado a la hora de la suscripción de la póliza, en base a valores presupuestados. Ello requiere de la actualización del valor y de la regularización

³⁵ ARIAS DÍAZ, M^a. D. *Op. cit.*. Pág. 53.

³⁶ RDGRRNN de 4 de mayo de 2007. El concepto de valor de obra nueva es más amplio que el de ejecución material de la obra, ya que a éste añade el incremento o valor añadido de la construcción.

de la prima al final de la obra. Dicho importe tendrá el carácter de mínimo, por lo que podrá contratarse un importe superior o incrementarse con posterioridad, siempre respetando ese mínimo, ya que el notario autorizante de la escritura de declaración de obra nueva comprobará que la suma asegurada no es inferior a las cantidades mínimas establecidas por el artículo 19 LOE.

646.- La cobertura se limita al importe de la suma asegurada³⁷ sin poder exceder de la fijada en las condiciones particulares (artículo 27 LCS), quedando automáticamente reducida en la cuantía del coste de la reparación o de la indemnización satisfecha en razón del siniestro, con inclusión, en su caso, de la franquicia aplicada. A mi juicio, el artículo 19 LOE, debería haber establecido la obligación del tomador de reconstituir la suma asegurada, soportando el suplemento de la prima, al igual que el ajuste del valor del interés asegurado que permita que el valor del interés se actualice al valor real, ya que de lo contrario en caso de siniestro se incurriría en la regla de proporcionalidad. Las pólizas contemplan la actualización del valor del interés asegurado bajo la denominación de revalorización automática de la suma asegurada y franquicia, mediante la cual, se establece un incremento porcentual anual pactado en las condiciones particulares de la póliza.

La LOE establece en su artículo 19.8, que la franquicia no puede exceder del uno por ciento del capital asegurado de cada unidad registral. A mi juicio, lo

³⁷ Póliza seguro decenal de CASER. Art. 7.

“1. La suma asegurada, a los efectos de la garantía de daños estructurales, será el coste final de la ejecución material de la obra, en el momento de la recepción, incluidos los honorarios profesionales.

No obstante salvo pacto expreso en la póliza, la suma asegurada se extenderá al valor definitivo de la edificación asegurada en el momento de la recepción, cuyo importe comprende el coste de ejecución por contrata, honorarios de proyecto y dirección facultativa, honorarios del Organismo de Control Técnico, licencias e impuestos y en general cualquier otro gasto que sea necesario para la ejecución de aquella. En ningún caso se incluirán incrementos de costes acordados por el propietario en concepto de pronta ejecución ni las disminuciones debidas a penalizaciones por atrasos”.

recomendable sería que no se admitieran franquicias en estos seguros obligatorios³⁸, ya que se ve frustrada en parte la finalidad de la garantía.

6. LA PRIMA.

647.- La determinación de la prima se realiza con anterioridad a la suscripción del contrato, en base a la declaración del riesgo que se quiere asegurar. Ésta prima tiene la consideración de prima provisional por cuanto se calcula en base a valores estimados que posteriormente hay que actualizar cuando se conozcan los valores definitivos a la terminación de la obra, siendo en ese momento previo a la entrada en vigor de la garantía, en el que se procederá al cálculo de la prima de regularización, en base a las variaciones presupuestarias que haya tenido el proyecto.

648.- El pago de la prima (artículo 19.2.b LOE) deberá estar efectuado en el momento de la recepción definitiva. El seguro de daños decenal se aparta del régimen general establecido en el artículo 15 LCS, ya que las consecuencias del impago de ésta por culpa del tomador, en uno y otro régimen son diferentes, así, cuando se pacta la prima única o la fraccionada y se produce su impago en el caso de la primera, o del pago inicial en el caso de la segunda, la LCS establece que el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima en vía ejecutiva en base a la póliza. En caso de impago de las fracciones siguientes la LCS suspende las coberturas un día después del vencimiento y si el asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima el contrato quedará extinguido. Por su parte, el artículo 19.2.b) LOE, establece que si se pacta el pago fraccionado durante el periodo de garantía, la falta de pago de esas fracciones de prima no darán derecho al

³⁸ BRENES CORTES, J. *Op. Cit.*. Pág. 301.

asegurador a resolver el contrato, teniendo que hacerla efectiva en caso de producción del siniestro. El régimen del artículo 19.b) LOE, refuerza la posición del asegurado ya que la garantía se podría ver extinguida ante el impago de las primas fraccionadas, quedándole al asegurador para el restablecimiento del equilibrio el ejercicio de la acción judicial, bien en procedimiento ordinario o ejecutivo en base al artículo 15 LCS.

Las pólizas generalmente contemplan el pago único de la prima en sus condicionados generales, pero en caso de que se pacte su fraccionamiento, éste, generalmente se hace en el periodo previo a la entrada en vigor de la garantía. De reconstituirse la garantía prevista por ocurrencia del siniestro, la prima resultante será exigible al contado a la firma del suplemento de reconstitución.

7. RIESGOS CUBIERTOS.

649.- El artículo 17.1 LOE establece, que al margen de las responsabilidades contractuales en que incurran los agentes de la edificación, éstos responderán de los daños materiales ocasionados frente a propietarios y terceros adquirentes desde la recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas, durante el plazo fijado en el mismo.

650.- Existen diferencias significativas entre las responsabilidades establecidas por el artículo 1.591 C. C. y las del artículo 17 LOE: a) el primero tiene establecido un único plazo y el segundo tiene tres; b) el artículo 1.591 considera a los vicios descripciones de las conductas contrarias a la *lex artis*³⁹, mientras que

³⁹ STS de 26 octubre de 2006.

FUNDAMENTO :

“....

Procede hacer las precisiones que se dicen seguidamente.

en la LOE los vicios afectan siempre a elementos constructivos⁴⁰, restringiéndose los supuestos que dan lugar a responsabilidad decenal, traspasándose el resto a la garantía trienal y anual, y; c) en el anterior régimen de responsabilidad no era obligatorio el aseguramiento de dichos daños⁴¹ mientras que en el régimen de la LOE sí.

651.- Entre los artículos 19.1.c y 17.1.a y el 19.1.b y el 17.1.b de la LOE, se producen discrepancias al introducir el primero una nueva enumeración de los

El termino "ruina" surge cuando el artículo 1.591 del Código Civil menciona las diversas responsabilidades por un edificio que se arruina por vicio en la construcción; literalmente "arruinar" significa "causar ruina", esto es, la "acción de caer o destruirse una cosa", "el derrumbamiento", y, en sentido figurado, también quiere decir "destruir o causar grave daño"; interpretado así, el vocablo "ruina" determina que el vicio de la construcción ha de ser de tal gravedad que cause el derrumbamiento del edificio.

Las doctrinas científica y jurisprudencial se apartan de esta interpretación literal, y dan una significación más flexible al concepto de ruina.

En primer lugar, no se limita la aplicación del precepto al supuesto de ruina real, que exige un derrumbamiento actual y efectivo, sino que se extiende su ámbito al caso de amenaza o peligro de ruina, manifestado exteriormente por signos visibles, como son las modificaciones o alteraciones en los elementos esenciales para la estabilidad del edificio, que denotan por sí una situación de peligro; bastan, como declara la doctrina jurisprudencial, graves defectos que hacen "temer la próxima pérdida" de la obra, o la "inmediata posible ruina", en un plazo más o menos breve.

En segundo lugar, el texto del artículo 1.591 no precisa si la ruina ha de ser total o parcial.

En general, la doctrina científica entiende que el precepto se refiere a la ruina total y a la parcial, al derrumbamiento de la construcción o de los elementos sustanciales de la misma, o de una parte de ella, cuya posición es seguida por la jurisprudencia.

Junto a esta amplia concepción del termino "ruina", un significado sector doctrinal, extiende la responsabilidad decenal a aquellos supuestos de vicios o defectos constructivos que, sin afectar a la solidez del edificio, hacen impropia la construcción para el uso al cual es destinada; en este espacio, se dice que el artículo 1.591 es aplicable al caso de ruina parcial, aunque ésta no afecte en lo más mínimo a la subsistencia de la construcción; que el concepto de ruina comprende todo detrimento o menoscabo grave que experimente una edificación, y que, sin afectar a su solidez, exceda de la medida de las imperfecciones corrientes, configurándose como una violación de las reglas de la "lex artis" o del contrato.

⁴⁰ CARRASCO PERERA, Á. *Op. cit.* Pág. 395. Se plantea si el riesgo tiene que provenir de una obra estructural o tiene que afectar a una obra de esta clase, sosteniendo que al final se impondrá la responsabilidad decenal cuando los defectos de solidez o estabilidad de la obra no provengan de las obras fundamentales, sino de la obra secundarias o de las instalaciones del edificio, considerando que está idea la apoya el art. 19.9.g.

⁴¹ Excepto por algunas comunidades autónomas.

daños asegurables, sin embargo, es el artículo 17 el que fija los daños que han de ser objeto de cobertura⁴², al que hay que acudir para determinar la extensión de los mismos.

652.- En las pólizas decenales anteriores a la LOE estos vicios tenían que tener la consideración de graves, entendiendo por éstos los defectos constructivos que pusieran en peligro la solidez o estabilidad del edificio hasta el punto de causar su ruina, o que lo hicieran impropio para su destino en caso de ruina funcional⁴³. El C. C. no define el concepto de ruina, ha sido la jurisprudencia la que en numerosas sentencias ha descrito dicho concepto, así como los diferentes tipos que se pueden presentarse, física, funcional y potencial.

653.- El TS viene interpretando el concepto de ruina de una manera amplia, ya que ésta ha de ser referida no solo a lo que en sentido riguroso y estricto pudiera implicar derrumbamiento o destrucción total o parcial de una obra, sino a un más amplio contenido de arruinamiento, extensivo a defectos o vicios que afecten a los elementos esenciales de la construcción que por exceder de las imperfecciones corrientes configuran una violación del contrato de obra⁴⁴. Diferencia entre: a) ruina física que la constituye el derrumbamiento total o parcial del edificio⁴⁵; b) ruina funcional⁴⁶ que se produce cuando existen defectos

⁴² BRENES CORTES. *Op. cit.*. Pág. 153. Dichas divergencias obedecen a un descuido del legislador que no coordinó la redacción de los citados preceptos, pero que crean cierto confusiónismo. A favor, Carrasco, Martí Ferrer. En contra Cordero Lobato.

⁴³ BRENES CORTES. *Op. cit.*. Pág. 171. Del concepto de ruina quedaban excluidos y por tanto del régimen de responsabilidad decenal, las meras imperfecciones corrientes en la construcción. STS de 29 de enero de 1999 (Ar. 345). Para estos vicios menos graves el Tribunal Supremo consideró que el perjudicado debía recurrir a las acciones de saneamiento de los arts. 1.484 y ss. CC., a las acciones de responsabilidad contractual (arts. 1.101 y ss. y 1.124 CC) y a la anulación de la recepción por error (vid. STS de 29 de enero de 1991).

⁴⁴ STS de 27 de diciembre de 1983 (RJ 1983, 7006). Sentencia que representa doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, pacífica y consolidada.

⁴⁵ STS de 15 octubre de 2003.

que exceden de las meras imperfecciones corrientes y suponen una violación del contrato que convierten la edificación en inútil para el fin a que estaba destinada, impidiendo su normal utilización y habitabilidad por convertir el uso de las viviendas en gravemente irritante o molesto, y; c) ruina potencial que considera el peligro de derrumbamiento y deterioro progresivo, presentando el riesgo de llegar a ser inútil la edificación, si no se adoptan oportunamente las medidas correctas y necesarias. También ha diferenciado los vicios ruinógenos de los menores u ocultos⁴⁷ propios de la acción de saneamiento.

654.- El artículo 17 abandona el concepto de ruina y establece como supuesto de hecho, la existencia de unos daños materiales causados al edificio. Los defectos generadores de los daños pueden ser de tres tipos: a) los estructurales (artículo 17.1.a) para los que se requiere que aparte de la existencia del defecto, éste comprometa la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio, sin que sea necesario que la ruina genere su derrumbamiento (ruina potencial), de no darse este requisito no podría incluirse en este grupo, aunque podría incluirse en otro con un plazo de garantía menor, así como, su manifestación en el plazo de diez años a partir de la recepción definitiva del edificio por el promotor; b) los de habitabilidad (artículo 17.1.b) que incumplen los requisitos del artículo 3.1.c), que comprenden todos los defectos que el TS incluyó dentro del concepto de ruina funcional (defectos relativos a los requisitos de las letras a, b2 y b3 del artículo 3.1. LOE), para los que existe un plazo de responsabilidad de tres años (artículo 17.1.b), y; c) se corresponden con los defectos de ejecución que afecten a la terminación o acabado de las obras, suponen daños de escasa cuantía e imperfecciones corrientes, para los que existe un periodo de garantía de un año, siendo esta responsabilidad imputable al constructor, a quién el artículo 17.1 le

⁴⁶ STS núm. 22/2001 (Sala de lo Civil), de 24 enero. (RJ, 2001, 1999). Otras sentencias son: 26 febrero 1996 (RJ 1996, 1607), 21 marzo 1996 (RJ 1996, 2233) 16 noviembre 1996 (RJ 1996, 8262), 30 enero 1997 (RJ 1997, 845), 29 mayo 1997 (RJ 1997, 4117) 4 marzo 1998 (RJ 1998, 1039), 8 mayo 1998 (RJ 1998, 3187) y 19 octubre 1998 (RJ 1998, 7440), 7 marzo 2000 (RJ 2000, 1509) y 8 febrero 2001.

⁴⁷ STS de 21 febrero. (RJ 2006, 2902).

establece una presunción de culpa pero pudiendo ejercitar la acción de reembolso sobre el responsable. El periodo de garantía es de un año a partir de la recepción definitiva de la obra.

CARRASCO⁴⁸ sostiene, que para que el siniestro que tenga lugar fuera del plazo de cobertura de la póliza quede incluido en ésta, es necesario, que el riesgo que comprometa a la estabilidad o resistencia se produzca en el periodo de garantía o de cobertura, aunque el siniestro se produzca después o no llegue a producirse, ya que este compromiso de estabilidad ha sido calificado por la jurisprudencia como ruina potencial⁴⁹.

655.- Los riesgos básicos cubiertos por este seguro son la existencia de vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la obra fundamental y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del mismo, con independencia de la circunstancia y del agente causante del daño. Las exclusiones comprenden las legales establecidas por el artículo 19.9⁵⁰ (salvo pacto en contrario) y las convencionales.

⁴⁸ *Op. cit.*. Págs. 396-7.

⁴⁹ BRENES CORTES. *Op. cit.*. Pág. 177. Hace referencia CORDERO LOBATO. Responsabilidad civil de los agentes... (pág. 309) quién sostiene que el responsable podrá ser condenado a eliminar los vicios o defectos que comprometen la estabilidad del inmueble aunque la ruina se produzca fuera del plazo de garantía.

⁵⁰ Salvo pacto en contrario las garantías a que se refiere dicha Ley no cubrirán:

- a) los daños corporales u otros perjuicios económicos distintos de los daños materiales que garantiza la Ley.
- b) Los daños ocasionados a bienes muebles situados en el edificio.
- c) Los daños ocasionados por modificaciones u obras realizadas en el edificio después de la recepción, salvo la subsanación de los defectos observados en la misma.
- d) Los daños ocasionados por el mal uso del edificio del que ya se ha hecho la recepción o falta de mantenimiento adecuado del edificio.
- e) Los gastos necesarios para el mantenimiento del edificio del que ya se ha hecho la recepción.
- f) Los daños que tengan su origen en un incendio o explosión, salvo por vicios o defectos de las instalaciones propias del edificio.

656.- La cobertura comprenden los daños materiales causados al edificio, lo que supone: 1º) reparar todas las consecuencias del vicio o defecto producido. 2º) devolver al edificio las condiciones de resistencia y estabilidad necesarias. 3º) recuperarlo a su estado previo a la ocurrencia del siniestro, lo que incluye los costes de todas las labores complementarias necesarias para la recuperación de ese estado inicial, como son la reparación y refuerzo de elementos estructurales, la demolición y desescombro de las partes afectadas, así como los gastos de salvamento adecuados y proporcionales a los daños evitados.

a) Coberturas básicas.

Las coberturas obligatorias generalmente coinciden con la básica⁵¹ del condicionado y contemplan:

a.1) Riesgos y daños.

657.- Los riesgos cubiertos por la póliza son los 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, que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio, establecidos por el artículo 19.1.c y los voluntarios pactados opcionalmente por ambas partes.

-
- g) Los daños que fueran ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño.
 - h) Los siniestros que tengan su origen en parte 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

⁵¹ Respecto a las garantías cubiertas la RDGRRNN de 11 de septiembre de 2000, establece que las garantías cubiertas deben ser al menos las señaladas en el art. 19 LOE, sin exclusión.

658.- a.2) Exclusiones. Podemos diferenciarlas entre:

a.2.1) Las genéricas. Que comprenden los actos intencionados del tomador o asegurado, los vicios o defectos por ellos conocidos antes de la toma de efecto de las coberturas, los de carácter político y social, los riesgos nucleares, etc..

a.2.2) Las específicas. Establecidas por el artículo 19.9 de la LOE⁵², podrán incorporarse opcionalmente a las coberturas. Son: a.2.2.1) daños corporales u otros perjuicios económicos distintos de los daños materiales; a.2.2.2) daños ocasionados a inmuebles contiguos o adyacentes al edificio, así como los daños a la urbanización que no sean consecuencia de un daño estructural en el mismo, y los daños a bienes preexistentes; a.2.2.3) daños causados a bienes muebles situados en el edificio; a.2.2.4) daños ocasionados por modificaciones u obras realizadas en el edificio después de la recepción, salvo la subsanación de los defectos observados en el mismo; a.2.2.5) daños ocasionados por el mal uso o falta de mantenimiento adecuado del edificio, sin que sean objeto de cobertura los daños que sean consecuencia de haber sometido al edificio a cargas superiores o usos distintos de aquellos para los que fue diseñado; a.2.2.6) gastos necesarios para el mantenimiento del edificio del que ya se ha hecho la recepción; a.2.2.7) daños originados por incendio o explosión; a.2.2.8) daños que fueran ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño⁵³; a.2.2.9) siniestros que tengan su origen en

⁵² El condicionado de las pólizas casi las transcriben literalmente.

⁵³ Quedan incluidos en los términos anteriores, entre otros, los siguientes: fusión y fisión nuclear, radiación o contaminación radioactiva, guerra civil o internacional, haya o no mediado declaración oficial, levantamiento populares o militares, insurrección, rebelión, revolución u operaciones bélicas de cualquier clase, aún en tiempo de paz, terrorismo, alborotos populares, motines, huelgas, cierre patronal, disturbios internos y sabotaje, actos de las autoridades legales, nacionalización, expropiación, confiscación, requisita, destrucción o causación de daños a propiedades por orden de un gobierno “de jure” o “de ipso”, o por cualquier autoridad pública, administrativa o judicial, así como sanciones de cualquier naturaleza. Los terremotos, erupciones volcánicas, aludes, huracanes, ciclones, tornados, tempestades, inundaciones cualquiera que sea su origen y grandes mareas. Los eventos considerados como acontecimientos extraordinarios en el Estatuto Legal de Consorcio de Compensación de Seguros. Los

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; a.2.2.10) actos intencionados, voluntarios, dolosos o fraudulentos del tomador del seguro, asegurado, o miembro de la dirección en caso de una persona jurídica que tenga poder para comprometerla; a.2.2.11) no reparar un siniestro en su totalidad, conforme a los criterios de reparación y de valoración que sirvieron de base para determinar la indemnización satisfecha por el asegurador, o cuando su ejecución no haya obtenido informe favorable⁵⁴ del Organismo de Control Técnico, y; a.2.2.12) grietas o fisuras que tengan su origen en fenómenos de dilatación, contratación o movimientos estructurales admisibles según las normas vigentes aplicables a la redacción del proyecto.

b) Coberturas opcionales.

659.- Estas garantías generalmente se incorporan a las pólizas mediante cláusulas especiales que derogan exclusiones de las condiciones generales. Entre ellas tenemos las siguientes coberturas:

b.1) Las impermeabilizaciones. Comprenden dos opciones:

660.- b.1.1) Impermeabilizaciones de cubiertas, terrazas y tejados. Comprende:
b.1.1.1) los costes de reparación o restitución de las impermeabilizaciones de dichos elementos, dañados a consecuencia de errores de diseño, defecto en los materiales, o en la ejecución de los mismos, siempre que hayan dado lugar a la manifestación de un daño material producido por el agua, por lo que el edificio

movimientos o alteraciones del terreno a consecuencia de variaciones del nivel freático, de trabajo o de actividades subterráneas y, en general, por causas ajenas a la obra asegurada o inducidas por terceros que sean posteriores a la fecha de recepción de la obra asegurada.

⁵⁴ MERCHÁN GABALDÓN F.. *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*. Cie Dossat 2000. Madrid, 2000. Págs. 319-321.

no cumple con los requisitos de habitabilidad⁵⁵; b.1.1.2) Los costes de reparación o restitución de aquellas otras partes de la edificación, integrantes de la suma asegurada para la garantía de daños estructurales, que fueran dañadas a consecuencia de siniestros descritos anteriormente; b.1.1.3) los costes de reparación o restitución de aquellas otras partes de la edificación integrantes de la suma asegurada en la garantía de daños estructurales, que fueran dañadas intencionada y necesariamente con el único fin de reparar los daños cubiertos referidos anteriormente; y; b.1.1.4) los daños de desescombros de las partes dañadas objeto de las coberturas referidas anteriormente.

b.1.2) Las impermeabilizaciones de fachadas.

661.- Garantizan las siguientes coberturas: b.1.2.1) los costes de reparación o restitución de la impermeabilización de las fachadas del edificio, dañadas a consecuencia de errores de diseño, defecto en los materiales o en la ejecución, siempre que ello haya dado lugar a la manifestación de un daño material producido por el agua; b.1.2.2) los daños estructurales que fueran consecuencia de siniestros amparados en el apartado anterior, y; b.1.2.3) los gastos de demolición de las partes dañadas cubiertas en b.1.2.1) y b.1.2.2).

b.2) Sótanos. Comprende:

b.2.1) La impermeabilizaciones de sótanos.

662.- Incluye las siguientes coberturas: b.2.1.1) impermeabilización de los sótanos del edificio dañados a consecuencia de errores de diseño y por defectos

⁵⁵ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. cit.* Págs. 383-4. Comparto la opinión de los autores de que las pólizas decenales no se acomodan a las exigencias de la LOE por incluir esta cobertura como opcional, dilatando su entrega doce meses con posterioridad a la entrada en vigor de la recepción, ya que entiendo que se trata de un defecto estructural, aunque afecte de una manera más inmediata a la habitabilidad del edificio.

en los materiales que hayan dado lugar a la manifestación de un daño material producido por el agua; b.2.1.2) daños estructurales que fueran ocasionados a consecuencia de siniestros referidos anteriormente; b.2.1.3) daños estructurales que fueran ocasionados intencionadamente, y; b.2.1.4) gastos de demolición de las partes dañadas cubiertas en los puntos anteriores.

b.2.2) La estanquidad de sótanos.

663.- Incluye las siguientes coberturas: b.2.2.1) la estanquidad de los sótanos del edificio, dañados a consecuencia de errores de diseño y defecto en los materiales que hayan dado lugar a la manifestación de un daño material producido por el agua; b.2.2.2) daños estructurales consecuencia de siniestros amparados; b.2.2.3) daños estructurales que fueran causados intencionada y necesariamente con el único fin de reparar los daños cubiertos, y; b.2.2.4) gastos de desescombro de las partes dañadas con cobertura.

664.- Entre las exclusiones de los apartados b.1), b.2) y b.3) hay que mencionar: 1º) mal uso o falta de mantenimiento; 2º) actuaciones posteriores a la entrada en vigor de la cobertura, que hubieran producido deterioro (punzamiento, corte, etc.) o eliminación de alguno de los elementos de la unidad de obra y, en particular, la ejecución de orificios o empotramientos; 3º) materiales nuevos o no suficientemente experimentados en la zona, que no hubieran sido aceptados expresamente por el asegurador, y; 4º) defectos de impermeabilizaciones que tengan su origen en elementos móviles.

b.3) Abandono de recursos.

665.- Con ella el asegurador renuncia a ejercitar cualquier acción que pudiera corresponderle en caso de siniestro indemnizable por la póliza, salvo para acto intencionado, dolo, incumplimiento contractual o fraude contra el contratista principal, subcontratistas, proyectista, dirección facultativa, o todos ellos.

b.4) Daños causados a bienes preexistentes.

666.- Esta cobertura abarca el periodo de garantía decenal y garantiza los daños materiales que sufran los bienes preexistentes consecuencia de un siniestro garantizado por el seguro, originado en la edificación asegurada, siempre y cuando dichos bienes queden especificados en las condiciones especiales de la póliza.

b.5) Obra secundaria.

667.- Esta cobertura garantiza los daños materiales que sufran los elementos constructivos, ocasionados como consecuencia de incumplimientos de los requisitos de habitabilidad del artículo 3.1.c) LOE, durante un periodo de cobertura de tres años.

b.6) Instalaciones.

668.- Cubre los vicios o defectos de las instalaciones que no reúnan los requisitos de habitabilidad del artículo 3.1.c) LOE, durante un periodo de cobertura de tres años.

669.- Los daños garantizados por los seguros establecidos por el artículo 19 de la LOE, solo son los materiales ocasionados a la edificación, que tengan su origen en un hecho cubierto por el seguro, quedando excluidos los daños personales, morales, el lucro cesante o cualquier otro perjuicio distinto, los cuales tienen que solventarse por otras leyes especiales o por las reglas generales del Código, en virtud de la remisión que proclama la propia ley⁵⁶.

⁵⁶ BRENES CORTES. *Op. cit.* Pág. 156.

8. EL CONTROL TÉCNICO.

670.- La exigencia de realizar un control técnico⁵⁷ de la edificación no viene impuesta por la LOE⁵⁸, son las aseguradoras las que establecen dicho control, ya que a juicio de ellas, hay razones que lo justifican⁵⁹. Se pueden citar: a) la presencia de innumerables riesgos en todas las fases del proceso de edificación (proyecto, ejecución, materiales, uso y mantenimiento) que deben ser prevenidos, que hacen que el asegurador asuma importantes responsabilidades; b) la extensión de la cobertura durante un dilatado periodo de tiempo; y c) la multiplicidad de factores que pueden provocar situaciones susceptibles de generar un siniestro indemnizable⁶⁰. El objetivo de la actividad desarrollada por los OCT es verificar la calidad exigible, acreditando su buen funcionamiento o sus deficiencias para que sean corregidas.

671.- Los OCTs no son agentes de la edificación, diferenciándose de las entidades de control de la calidad de la edificación, en que estas últimas, prestan asistencia técnica en la verificación y control del proyecto, en la ejecución de la obra y en los materiales, mientras que los OCTs verifican los certificados emitidos por las entidades de control de la edificación⁶¹, siendo la diferencia más

⁵⁷ MIRANDA CABRERA, A.. *Manual del promotor inmobiliario. De viviendas libres y de protección oficial*. Comares. Granada, 2001. Pág. 117.

⁵⁸ La normativa autonómica como la Ley 2/1999, de 17 de marzo, de Medidas para la Calidad de la Edificación de la Comunidad de Madrid, que lo establece en el art. 4, calificando su infracción como falta muy grave en el art. 24.
SAP Barcelona de 11.02.00

⁵⁹ Colegio A. T. Tarragona. *I Jornadas de debate y reflexión sobre la aplicación de la LOE*. Tarragona 2001. Págs. 123 y ss.

⁶⁰ LOPEZ-COBO y FERNÁNDEZ. *Comentarios al Seguro Decenal de Daños a la Edificación. Nacional de Reaseguros S.A.* Págs. 103 y ss.

⁶¹ PACHECO JIMÉNEZ, M^a. N.. *Op. cit.*. Págs. 400-1.

importante entre ambas, que las primeras⁶² actúan conforme las instrucciones recibidas por las compañías aseguradoras⁶³, para la cual van emitir los informes, mientras que las segundas, lo hacen conforme a la normativa que las creó. El control técnico más que verificar la calidad de la edificación, lo que corresponde a los agentes técnicos de la edificación, está destinado a evaluar los riesgos de la póliza concertada⁶⁴.

Los OCT son contratados por el tomador y primer asegurado que es el promotor. El objeto del contrato es el control del proyecto con inclusión del estudio geotécnico, el control de la ejecución y los resultados de los ensayos⁶⁵. En dichos controles se ponen de manifiesto gran número de deficiencias.

⁶² MAESO CABALLERO, J.. “Influencia del Código Técnico de la Edificación de 17 de marzo de 2006 en la determinación de la responsabilidad de los distintos agentes de la LOE”. *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*. 2006. Nº. 6. Pág. 22.

“Las entidades de control de calidad de la edificación y los organismos de control técnico, intervención provocada de los últimos en los procedimientos judiciales”. *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguros*. 2006. Nº. 3. Págs. 16-19.

“Diferencia reconocida por los tribunales entre las entidades de control de calidad de la edificación y los órganos de control técnico”. *Revista de responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*. 2006, Nº. 10. Págs. 28-31.

⁶³ SSTSJ de Murcia de 27 y 30 de Enero de 2006.

⁶⁴ BURGO Y PÉREZ DE ANDRADE, G. y GARCÍA VARELA, R.. *Op. cit.*. Pág. 297.

⁶⁵ ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M.. *Op. cit.*. Págs. 238-9.

Para llevar a cabo el control de los OCT, el trabajo a desarrollar se estructura en las siguientes fases:

Fase 1. Desarrollo del Plan de control. Deberá estar elaborado de manera que recoja toda la intervención del OCT durante el resto de fases y se especificarán como se han de seguir los controles. Debe de contener como mínimo: a) el control de materiales, maquinaria y equipos de trabajo; b) el control de ejecución económico; c) la actualización del plan de control.; d) las pruebas de funcionamiento y puesta en servicio; e) el control de la documentación final de obra, y; f) el seguimiento y control de las condiciones en que se producirá la liquidación de la obra.

Fase 2. Desarrollo de los trabajos de control de calidad durante la ejecución de la obra.

Fase 3. Asistencia técnica a la recepción de la obra, incluyendo la presentación de la documentación final de obra para su aprobación por el OCT.

Fase 4. Seguimiento de la situación de la obra y control de las condiciones en que se producirá la liquidación de la misma durante el periodo de doce meses después de la recepción (dentro del periodo de garantía del contrato de obra). Todos los trabajos quedarán plasmados en el plan de control de calidad. Están sometidos al control de calidad tanto los elementos que componen la obra como los procesos que se deben seguir para la ejecución de los mismos, en este sentido se entenderá que la calidad no solo se refiere al producto acabado sino también a todas aquellas

672.- Para la emisión de la póliza decenal, es necesaria la previa contratación del OCT que vaya a realizar el control, para lo cual se acompaña a la solicitud una copia del contrato firmado entre el OCT y el promotor. La aseguradora⁶⁶ exige que el OCT⁶⁷ esté reconocido por la patronal de las aseguradoras (UNESPA) que los tiene homologados.

La eficacia de la cobertura del seguro queda supeditada al control técnico que el OCT, contratado por el tomador del seguro y aceptado por el asegurador⁶⁸, realice del proyecto, de la ejecución de la obra, de los materiales y de los ensayos que de los mismos se realicen por un laboratorio acreditado. Un requisito imprescindible es la independencia⁶⁹ de dicho órgano respecto al resto de los agentes, no pudiendo intervenir en ninguna otra actividad dentro del proceso edificatorio que no sea la del control técnico.

673.- Las funciones que desarrolla el controlador comprenden además del examen del proyecto como de sus modificaciones, del control de su ejecución y de los ensayos de los materiales realizados por un laboratorio acreditado; la

acciones previas a su puesta en obra que pueden tener influencia en su calidad final (como diseño, construcción, fabricación, transporte, etc...) incluso el cumplimiento de los plazos parciales previstos para estos hitos citados de los que depende el plazo final de finalización de obra.

⁶⁶ Actuación y reconocimiento de los Organismo de Control Técnico (OCT) en el marco del Seguro Decenal de Daños (SDD) en la edificación. Edit UNESPA. Comisión de Patrimoniales, C. Y Transportes. Establece los organismos de evaluación, proceso de reconocimiento, reglamento de proceso de evaluación, y reconocimiento, procedimiento y documentación para la evaluación y reconocimiento del OCT.

⁶⁷ Se está sustituyendo el nombre por el de empresas de auditoria de riesgos en la edificación.

⁶⁸ Art. 6 condiciones generales decenales de Unespa.

⁶⁹ PACHECO JIMENEZ *Op. Cit.* Pág. 412. La autora denuncia la práctica habitual existente por parte de los OCTs que merma la calidad de la edificación por falta de imparcialidad, al ser quienes contratan a los Laboratorios de Control de Calidad en vez del promotor, consecuencia de la existencia de paquetes integrados que incluyen al asegurador, al OCT y al laboratorio, sin contar este último con la acreditación correspondiente impuesta por el art. 14.3.b. LOE.

intervención en la recepción de la obra firmando el acta de recepción y dejando constancia de las reservas técnicas pendientes de cancelación; la conformidad de la adecuación de las cimentaciones al suelo conforme al estudio geotécnico del terreno; la realización del control conforme a la legislación vigente, y; la realización de las indicaciones y observaciones pertinentes.

674.- Son obligaciones del OCT efectuar el control técnico; emitir para el asegurador el informe técnico⁷⁰; facilitar al asegurador la información requerida, la documentación precisa del expediente y una copia del contrato que le une con el tomador del seguro o asegurado; comunicar inmediatamente las agravaciones del riesgo descrito en la solicitud del seguro, el no seguimiento de las normas de la construcción, las desviaciones con respecto a lo planificado y los siniestros ocurridos; emitir el informe final de los trabajos y reservas existentes; estar presente y suscribir el acta de recepción de obra en la que debe constar las reservas técnicas pendientes de cancelarse, y; suscribir el acta de subsanación.

675.- Entre las obligaciones que asume el tomador frente al OCT se encuentran la de poner a su disposición el informe geotécnico del terreno, el proyecto de ejecución de la construcción, la información técnica del avance de los trabajos y la póliza decenal de daños que conlleva el control técnico; permitir el acceso de sus representantes a la obra; comunicarle la fecha de comienzo de la obra y de recepción, así como las paralizaciones de la misma; realizar el pago de servicios prestados; en caso de modificaciones, recabar el visto bueno de éste; facilitar o realizar los justificantes o pruebas previas en el caso de utilización de materiales o pruebas innovadoras si el OCT lo estima necesario; informarle de los siniestros acaecidos facilitando su acceso para la inspección de los daños, y por último, recoger en el acta de recepción las reservas técnicas puestas de manifiesto que subsistan en el momento de la recepción.

⁷⁰ SAP de Zaragoza de 12.04.06 (AC 2006\220). Condena a una Entidad de Control Técnico al no haber hecho constar en los informes iniciales los reparos al sistema de cimentación.

676.- Las compañías aseguradoras generalmente exigen en el control técnico:

a) La realización de un estudio geotécnico para que el arquitecto redacte el proyecto teniendo en cuenta la naturaleza del terreno sobre el que se vaya a llevar a cabo la construcción, el tipo de cimentación que haya de emplearse y la profundidad de la misma en función de la cota de firme. En caso de ruina, el proyectista es el responsable del proyecto cuando se deba a un error en el tipo de cimentación, por lo que habrá de seguir las recomendaciones del estudio geotécnico, o bien justificar con mucha claridad porqué se apartó de ellas, ya que la entidad de control que supervise el proyecto le dirá a la aseguradora que no debe prestar la cobertura si el mismo no se ajusta a las recomendaciones del estudio geotécnico.

b) Supervisión del proyecto. La entidad de control de calidad tiene que examinar el proyecto, comprobando fundamentalmente el cálculo de cimentación y estructura. Puede también contratarse, para evitar sobresaltos económicos durante la obra, una supervisión de las mediciones del proyecto, o al menos de sus partidas más significativas cuantitativamente hablando. Se trata de supervisar la idoneidad técnica del proyecto.

c) Control de la ejecución de la obra. Para ver si se está trabajando bien o mal.

d) Ensayos de materiales. Consisten en ensayar los distintos materiales que se colocan en obra (dureza, resistencia, espesor, etc.), muy en especial las probetas de hormigón (ensayo obligatorio en promociones de VPO), ladrillos, solerías, carpintería, teja. Los ensayos llevados a cabo por las entidades de control de calidad de la edificación⁷¹ deben ser previos a la puesta en obra del

⁷¹ La SAP Zaragoza de 12.4.06 (AC 2006\448), analiza en su fundamento jurídico primero la diferencia entre las entidades de control de calidad de la edificación y los organismos de control técnico.

acopio correspondiente, de manera que el contratista no haga el pedido en firme a los suministradores de productos, hasta tanto cuente con el visto bueno del material de que se trate. Los materiales que no superen de manera positiva los ensayos serán rechazados, exigiéndose nuevas partidas, hasta que ensayadas, cumplan con la normativa que en cada caso resulte de aplicación.

f) Supervisión final de ejecución de obra e instalaciones. Finalizada la obra, se supervisará también el funcionamiento de las instalaciones.

La contratación extensiva de todas estas pruebas, supervisiones, ensayos, controles etc., bastará para que las aseguradoras puedan prestar las garantías a que se refiere el artículo 19 de la LOE, aunque cada aseguradora puede fijar las que considere convenientes.

677.- Queda constancia del proceso seguido a lo largo de la obra, a través de los informes emitidos por los OCT⁷², entre los que hay que mencionar:

⁷² RT de la Competencia de 22 noviembre 2000 (AC 2000\2366).

UNESPA. *Op. cit.* La actuación informativa del OCT se sistematiza en informes. La nomenclatura utilizada normalmente para definir los informes habituales son:

D0: Informe de Definición de Riesgo.

D0.1: Informe de revisión de proyecto. Estabilidad.

D0.2: Informe de revisión de proyecto. Estanqueidad.

D11: Informe sobre Unidades de obras especiales. Cimentaciones.

D12: Informe sobre Unidades de Obras especiales. Estructuras.

D13: Informe sobre Unidades de Obra especiales. Fachadas /Cubiertas.

D14. Informe sobre Unidades de Obras especiales. Otros.

D2: Informe sistemas / materiales no tradicionales o innovadores.

D3: Informe final estanqueidad.

D3bis: Informe final estanqueidad. Periodo de observación.

D4: Informe de Preexistentes. Obra nueva sobre obras existentes.

D5: Informe de ejecución. Hitos.

D51: Informe de ejecución. Cimentación.

D52: Informe de ejecución. Estructura.

D53: Informe de ejecución. Fachadas.

D54: Informe de ejecución .Otros.

D6: Informe de fin de obras.

D7: Informe de incidencias (obra empezada, paralización de obra, cambio de intervinientes, etc...)

D8: Informe de reparaciones por siniestros.

a) Informe mensual de seguimiento. Recoge el control de la obra y la documentación generada en el mes⁷³.

b) Informes de aviso. Son los emitidos cuando haya que comunicar anomalías, y éstas no puedan esperar al resumen mensual.

c) Informes de pruebas. Previamente a la puesta en funcionamiento de cada instalación, se emite un informe donde se detalla: la documentación de referencia, las pruebas efectuadas, los resultados obtenidos y su comparación con las especificaciones del proyecto y normativa aplicable, indicando las anomalías observadas.

El contenido de este informe debe hacer referencia como mínimo a las actas de ensayos obligatorios y propuestos, controles realizados, parámetros estudiados, resultados obtenidos, desviaciones encontradas, conclusiones, observaciones y recomendaciones.

d) Informe final del control de calidad de ejecución de la obra. En él, el OCT certifica que ha desarrollado los trabajos previstos en el plan de control, emitiendo conclusiones acerca del proceso de control seguido.

⁷³ Este documento se compondrá de:

- a) Partes de visita y seguimiento de obras e instalaciones, etc...
- b) Reportaje fotográfico.
- c) Relación de inspecciones realizadas sobre los materiales y unidades de obra ejecutadas, fecha y contenido de las mismas.
- d) Relación de ensayos realizados de comprobaciones a nivel teórico y certificados de garantía de los materiales.
- e) Incidencias.
- f) Informe sobre el avance de las subcontratas y los suministros respecto al programa de obra.
- g) Cuadro comparativo mensual de la obra proyectada y obra ejecutada, en medición, por partidas, con indicación de las reales o previsibles variaciones en más o en menos de la obra que se está ejecutando.
- h) Cuadro comparativo mensual de la obra proyectada y de la obra ejecutada, en presupuesto por partidas.

e) Informes mensuales de seguimiento en el periodo posterior a la recepción de las obras. Durante el periodo de mantenimiento se emite un informe mensual sobre el funcionamiento de las instalaciones y su acople definitivo al funcionamiento.

f) Informe final de seguimiento durante el periodo posterior a la recepción de las obras. Este informe recoge las conclusiones que se hayan obtenido durante el periodo de seguimiento y analiza las consecuencias derivadas del mismo para la liquidación de las obras.

9. CONTROL Y CONSECUENCIAS DE LA NO SUSCRIPCIÓN DE LAS GARANTÍAS OBLIGATORIAS.

678.- La LOE ha establecido en el artículo 20.1, que se deniegue la autorización de las escrituras públicas de declaración de obra nueva⁷⁴ de las edificaciones a las que sea de aplicación dicha Ley y la inscripción en el Registro de la Propiedad, cuando no quede acreditada y testimoniada la constitución de las garantías del artículo 19. Dicha acreditación, persigue mediante el control notarial y registral, tanto la protección de los compradores y usuarios, como el interés público que subyace por la calidad de las construcciones, asumiendo notarios y registradores una función activa en el control, que no se limita solo al testimonio del

i) Cuadro comparativo mensual de la obra proyectada y obra ejecutada en plazo, por capítulos. Conclusiones y previsiones relativas a desviaciones y medidas a tomar en su caso.

⁷⁴ En aras a la protección de los consumidores y usuarios para que el Notario y Registrador puedan autorizar e inscribir las escrituras de declaración de obra nueva el régimen jurídico existente exige el cumplimiento de ciertos requisitos que se encuentran recogidos en el RD 1093/1997 de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, La Ley de Ordenación de la Edificación (art. 20) y la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 septiembre de 2000.

documento que contiene la garantía, sino que se extiende al contenido del mismo⁷⁵.

El incumplimiento por parte de los notarios de la acreditación o testimoniación de las garantías no producirá la nulidad de las escrituras pero si la denegación del acceso al registro, debiendo proceder a la subsanación del defecto para que se pueda llevar a cabo la inscripción.

679.- Ante la consulta realizada por la Dirección General de Seguros a la Dirección General de los Registros y del Notariado respecto a la forma de acreditar y testimoniar la constitución y vigencia de las garantías previstas en el artículo 20.1 LOE, la Instrucción de 11 de septiembre de 2000 establece, que la forma de acreditación al Notario⁷⁶ y Registrador ha de hacerse mediante la presentación de la póliza del contrato de seguro⁷⁷ junto al documento que acredite su entrada en vigor, que deberá contener los datos mencionados en dicha instrucción, relativos al tipo de seguro, garantías cubiertas, capital asegurado, plazo de vigencia, importe y forma de pago de la prima, tomador del seguro, promotor o constructor y sucesivos adquirentes asegurados.

⁷⁵ JIMÉNEZ CLAR A. J.. *Op. cit.*. Pág. 38.

ROJAS MARTINEZ DEL MÁRMOL, J.J... “Garantías en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación y su acreditación ante el Notario”. *La Ley*, 2001, N°. 7. Págs. 1396-7.

⁷⁶ BRENES CORTES, J.. *Op. Cit.*. Págs. 372-3. La existencia del contrato de seguro se puede acreditar de algunas de las formas siguientes: a) presentación del documento al fedatario público que comprueba que reúne las exigencias previstas por la LOE haciéndolo constar así; b) entrega del documento representativo de la existencia del contrato que se incorpora a la matriz de la escritura; c) exhibición de documento en el que consta la vigencia del contrato del seguro al fedatario público, y; d) consentimiento prestado por los contratantes en la propia escritura.

⁷⁷ RDGRRNN de 19 Julio. 2005 (La Ley Juris 2031842/2005), RGRNN de 10 de junio de 2005 (La Ley Juris: 2025777/2005), RDGRRNN de 5 Abril. 2005 (La Ley Juris 11780/2005), RDGRRNN de 28 de octubre de 2004 (La Ley Juris 10374/2005).

La acreditación⁷⁸ no puede realizarse mediante la simple exhibición de la póliza de seguro por no suponer un control suficiente de la existencia y legalidad de éste, ya que el riesgo de falsedad en el documento privado desvirtúa la seguridad jurídica que el régimen de garantía de la LOE trata de ofrecer, siendo necesario que el notario constate los requisitos de forma y fondo establecidos por el artículo 19 LOE.

La Instrucción de 11 de septiembre de 2000 exige que esté la firma de quién suscriba la póliza en nombre de la entidad aseguradora, siendo necesario en caso de que la legitimación de la misma se realice en la propia escritura, la integración en la escritura del documento del que resulte el seguro. Este control preventivo se lleva a cabo mediante la presentación de la póliza de seguro por el otorgante de la escritura, completado con el documento que acredite la entrada en vigor, o un certificado expedido por la entidad aseguradora acreditativo de la constitución y vigencia del contrato o el suplemento de entrada en vigor del seguro en el que se particularicen las condiciones del contrato.

680.- Por su parte la RDGRRNN⁷⁹ de 20 de marzo de 2000, establece que la acreditación de la constitución de las garantías del artículo 19 solo será exigida al autorizar o inscribir las escrituras de declaración de obra nueva terminada y las actas de finalización de obras, no exigiéndose para la autorización e inscripción de obra nueva en construcción⁸⁰, pero se advertirá al pie del título la

⁷⁸ ROJAS MARTINEZ DEL MÁRMOL, J.J... *Op. cit.*. Págs. 1.398-1.400.
JIMENEZ CLAR, A.. “El sistema de seguros en la Ley de Ordenación de la Edificación”. *RDP*.2002, N°. 6. Pág. 44.

⁷⁹ Consulta realizada por la Asociación de Promotores y Constructores de España.

⁸⁰ GARCÍA CONESA, A. “Análisis del art. 20 y concordantes de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”. *Boletín Colegio Oficial de Registradores*, N°. 57, Año 2000. Pág. 348.

PACHECO JIMÉNES, M^a. NIEVES. *Op. cit.* Pág. 498. En la autorización o inscripción de compraventas, hipotecas y demás negocios jurídicos sobre inmuebles en construcción, los Notarios y Registradores de la Propiedad advertirán expresamente y harán constar al pie del título, respectivamente, la circunstancia de no constar registralmente la finalización de la obra ni

circunstancia de no constar registralmente la finalización de la obra ni la prestación de las garantías legales exigidas. El promotor puede declarar la obra en construcción o terminada, según sus intereses en cada caso, pero en ambos supuestos, deberá constituir la garantía del seguro para proteger al comprador, sin perjuicio de que la garantía del seguro, no despliegue sus efectos hasta que la obra se declare terminada. Si se inscribiera la escritura de obra nueva sin la acreditación y el testimonio de dichas garantías, entrará en juego la responsabilidad solidaria contractual del registrador frente al adquirente.

681.- En caso de autopromoción⁸¹ de una única vivienda para uso propio, la Ley en su disposición adicional exime al promotor individual de la obligación de constitución de dichas garantía, pero si la transmite dentro del plazo de garantía, el autopromotor salvo pacto en contrario quedará obligado a la constitución de la misma por el tiempo que reste para completar los diez años. Por tanto, no se autorizaran ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras públicas de transmisión inter vivos sin que se acredite y testimonie la constitución de ésta.

682.- Tanto el Notario como el Registrador de la Propiedad pueden prescindir de que conste la constitución de las garantías del artículo 19 al otorgarse la escritura de obra nueva si ha prescrito el plazo del ejercicio de las acciones de responsabilidad, cuando se acredite ante el notario que ha transcurrido dicho plazo desde la fecha de aceptación de la obra sin reservas o la de su subsanación. A mi juicio, esta actuación puede generar responsabilidad, por cuanto puede suceder que trascurrido dicho plazo no haya prescrito la acción, ya que mediante la interposición de una reclamación judicial, puede interrumpirse la prescripción sin que tenga lugar el transcurso de los dos años previstos en el precepto.

la prestación de las garantías legalmente exigidas por los artículos. 19 y 20.1 y la disposición adicional segunda de la LOE.

⁸¹ RRDGRRNN de 5.4.05, 10.6.05 y 9.5.07.

683.- El punto segundo del artículo 20 LOE establece que hasta que no hayan transcurrido los plazos de prescripción de las acciones del art. 18, no se cerrará la hoja abierta al promotor individual, ni se inscribirá la liquidación de las sociedades promotoras sin que se acredite previamente al registrador, la constitución de las garantías respecto a todas las edificaciones que haya promovido⁸². En este caso será el registrador⁸³ mercantil y no el notario autorizante de la escritura de liquidación, quién tiene la obligación de comprobarlo en la calificación registral antes de cerrar la hoja de la sociedad. Se trata de un control a posteriori⁸⁴ para evitar que actos de promotores frustren las garantías después de constituidas éstas a favor del adquirente. Coincido con ÁVILA NAVARRO en los problemas que se ponen de manifiesto en la práctica, a la hora de realizar dicho control, ya que existen innumerables sociedades realmente extinguidas y registralmente vigentes, el empresario individual no tiene obligación de inscribirse en el Registro Mercantil (artículo 19.1 C. Com.), el Registrador Mercantil no tiene constancia de todas las edificaciones promovidas individualmente, y existe dificultad en acreditar la fecha en que se producen los daños para determinar si ha transcurrido el plazo de prescripción del artículo 18.1 LOE.

⁸² GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, M.. . “Control notarial y registral en edificaciones sujetas a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”. *Boletín Colegio Registradores*. Nº. 62. Julio-Agosto 2000. Págs. 1254-5.

⁸³ ÁVILA NAVARRO, P.. ”La Ley de Ordenación de la Edificación y el Registro”. *Boletín del Colegio de Registradores de España*. 2000, Nº. 59. Pág. 824.
PACHECO JIMÉNEZ. *Op. cit.*. Págs. 499-500.

⁸⁴ JIMÉNEZ CLAR A. J..*Op. cit.*. Pág. 42.

10. DAÑOS.

684.- El artículo 19.9 LOE señala, que salvo pacto en contrario, los seguros no garantizarán daños distintos a los materiales producidos en el edificio. El resto de daños⁸⁵ que sean consecuencia directa de la existencia de defectos constructivos en el edificio será indemnizable siguiendo el régimen de responsabilidad del artículo 149 de la LDCU, el general de responsabilidad contractual cuando el perjudicado tenga relación contractual con el responsable de los defectos constructivos, o bien, el régimen de la responsabilidad extracontractual en el caso contrario, regímenes a los que me refiero en el capítulo correspondiente al seguro de responsabilidad civil. Entre dichos daños se encuentran los vicios constructivos distintos de los daños materiales ocasionados al edificio, los daños corporales u otros perjuicios económicos distintos de los daños materiales que garantiza la ley, los daños ocasionados a inmuebles contiguos o adyacentes al edificio y los daños causados a bienes muebles situados en el edificio (artículo 19.9 a, b, y c LOE). Dicha reclamación habrá que reflejarla en la demanda conforme el artículo 400 LEC para evitar la preclusión de la alegación de los hechos y fundamentos jurídicos, cuando resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla.

11. INDEMNIZACIÓN Y DERECHO DE REINTEGRO DEL ASEGURADOR

685.- El artículo 19.6 de la LOE establece que el *asegurador podrá optar por el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los*

⁸⁵ ESTRUCH ESTRUCH, J.. *Las responsabilidades en la construcción. Régimen Jurídicos y jurisprudencia*. Civitas. Madrid, 2004. Págs. 511-549.

daños o por la reparación de los mismos, apartándose de los criterios jurisprudencial y doctrinal, sin embargo, no regula ambas modalidades, lo que hubiese sido conveniente, otorgando la opción por una u otra modalidad reparatoria no al perjudicado⁸⁶, sino al asegurador. Cuando los daños no estén cubiertos por un seguro obligatorio, bien por razón del tipo de daño o por destino del edificio, es el asegurado quién optará por una u otra modalidad, criterio seguido por los partidarios del carácter legal del artículo 17 LOE, mientras que los partidarios del carácter contractual prefieren la reparación in natura, siendo subsidiaria la pecuniaria. En determinadas circunstancias, el perjudicado está facultado para ejecutar el mismo las reparaciones necesarias, cuando con ello, se eviten los graves perjuicios que pudieran derivarse.

686.- En caso de que la compañía aseguradora opte por el pago de una cantidad de dinero puede que dicha cantidad no sea suficiente para cubrir la totalidad del coste de las obras de reparación, ya que si no se dispone de un presupuesto cerrado, el coste puede aumentar durante la realización de las obras o por el transcurrir del tiempo. La sentencia concreta la forma de reparación, por lo que en caso de que establezca el pago de la indemnización y devenga firme, excepto que aparezcan nuevos vicios, el perjudicado no puede ir contra la aseguradora por la diferencia. Para evitar estas situaciones se ha considerado que la reparación pecuniaria constituye una deuda de valor, fijándose su valor en ejecución de sentencia, por lo que en caso de que la aseguradora opte por la reparación pecuniaria ha de indemnizar el pago de reparación del inmueble a la fecha en que ésta deba de pagarse.

687.- El artículo 43 LCS reconoce el derecho de subrogación⁸⁷ del asegurador en las acciones que correspondan al asegurado frente a terceros, por lo que éste

⁸⁶ RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M.. *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*. Comares. Granada, 2002. Págs. 366-88.

⁸⁷ SÁNCHEZ CALERO, F.. *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*. Dir. SÁNCHEZ CALERO Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2001. Págs. 729-33.

podrá ejercitar la acción de reintegro o repetición contra los agentes de la edificación, siempre que el asegurador haya pagado la indemnización al asegurado, exista un crédito indemnizatorio del asegurado frente al tercero causante del daño y exista la voluntad de asegurador de subrogarse.

Dependiendo de a quién corresponda la indemnización, que puede ser el promotor o el primer o sucesivos adquirentes, dicha subrogación podrá hacerse frente al resto de los agentes de la edificación intervinientes en el primer caso o frente a éstos junto al promotor, en el segundo.

CAPÍTULO XII. EL SEGURO MULTIRRIESGO HOGAR.

SUMARIO: 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2. INTERVINIENTES. 3. PERIODO DE COBERTURA. 4. OBJETO. 5. SUMA ASEGURADA. 6. COBERTURAS Y EXCLUSIONES: 6.1. Riesgos y daños. 6.2. Exclusiones. 7. VALORACIÓN DEL SINIESTRO, FRANQUICIA E INDEMNIZACIÓN. 8. CLAÚSULA A FAVOR DE TERCERO.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

688.- Los seguros multirriesgo o combinados pueden definirse¹ como aquellos en los que *en un solo contrato de seguro (póliza) se garantizan los riesgos más*

¹ *Seguros Multirriesgos*. Editorial Mapfre. Madrid 2001. Págs. 17 y ss.

importantes y frecuentes a los que están sujetos los bienes objeto de cobertura. Estos seguros contienen en una sola prima múltiples coberturas de distintos ramos. Se utilizan en la modalidad de hogar y comunidad para dar cobertura al edificio durante la fase de conservación y mantenimiento.

La cobertura fundamental son los daños materiales que sufren los bienes asegurados. Las pólizas parten de una cobertura básica de contratación obligatoria y otras opcionales de contratación voluntaria. Las primeras las integran los riesgos de incendio y complementarios (explosión, implosión, etc...) y robo. Las segundas el resto de garantías, entre las que se encuentran la rotura de cristales, avería de máquinas, responsabilidad civil, etc...

Están dirigidos a segmentos muy concretos del mercado como los hogares y comunidades y contienen en una sola póliza coberturas en función de las necesidades de protección de los asegurados, beneficiándose de las ventajas de la estandarización de suscripción, emisión, seguimiento y control, que repercute en los costes del seguro, favoreciendo su abaratamiento.

689.- El seguro de hogar ofrece coberturas a los riesgos más frecuentes que pueden afectar al continente y contenido de una vivienda aislada o que forme parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal. Se trata de un seguro voluntario aunque algunas comunidades autónomas² lo vienen imponiendo como obligatorio. A diferencia de los seguros de construcción y decenal en los que el objeto asegurado lo constituye la obra, y el edificio en la parte correspondiente a la obra fundamental, respectivamente, en este seguro, el objeto tiene dos vertientes la correspondiente al continente que lo constituye el edificio en su totalidad, o los elementos privativos, cuando esté sujeto al régimen de propiedad

² Art. 30.3 de la Ley de la Vivienda de 29 de noviembre de 1991 de la Generalidad de Cataluña. "El propietario de la vivienda la asegurará, como mínimo, por los riesgos que se deriven de causas fortuitas, de fuerza mayor y de daños contra terceros".

horizontal, y el contenido, que lo constituyen los bienes que se encuentran dentro del continente.

El seguro multirriesgo hogar está llamado a garantizar a la vivienda durante toda su vida. Existen numerosos motivos para la contratación de este tipo de seguro, pero en su implantación ha incidido de manera significativa, el que incluya la cobertura de incendios exigida por el artículo 30 del R.D. 1093/1997, de 17 de marzo del Reglamento del Mercado hipotecario de los bienes sobre los que se constituya la hipoteca.

2. INTERVINIENTES.

690.- Los sujetos son el *asegurador* que debe estar debidamente constituido y autorizado por la Dirección General de Seguros para operar en el ramo e inscrito en el registro de entidades aseguradoras conforme a la LOSSP; el *tomador* que generalmente es propietario de la vivienda; y el *asegurado*, que suele coincidir con el tomador al tratarse fundamentalmente de un seguro por cuenta propia³, que al ser el titular del interés objeto del seguro, asume las obligaciones y los derechos derivados del contrato en defecto del tomador. También tienen la consideración de asegurados las personas que convivan con él, como son el cónyuge, los hijos y los ascendientes que estén a su cargo. Generalmente interviene como beneficiario del derecho a la indemnización, la entidad financiera que financia la edificación o la adquisición, teniendo la condición de tercero con sus correspondientes implicaciones en cuanto a las excepciones.

³ SAP Madrid de 14.01.99, (AC 1999/3184).

3. PERIODO DE COBERTURA.

691.- El periodo inicial de cobertura del seguro multirriesgos hogar⁴.normalmente comprende una anualidad, pudiendo llegar hasta diez años⁵. Para los daños extraordinarios, el Reglamento del Seguro de Riesgos Extraordinarios dispone en el artículo 8.1, la exclusión de las coberturas cuando la fecha de emisión de la póliza fuera posterior o no preceda al menos en siete días a aquella en que ha ocurrido el siniestro. El condicionado general de las pólizas contempla la renovación anual prorrogable, pudiendo interrumpirse dicha renovación tácita en un plazo al menos de dos meses antes de la fecha de vencimiento del seguro (artículo 22 LCS). Para prórrogas inferiores al año, las pólizas generalmente establecen la no aplicación de la renovación tácita.

Durante su vigencia coincide con el seguro decenal y el seguro multirriesgos comunidad, y solo con éste último, cuando se extingue el periodo de garantía.

4. OBJETO

692.- El objeto básico de la cobertura de este seguro es el inmueble que se identifica con el continente y su contenido, quedando fuera de cobertura, el solar. Se trata de un concepto amplio de edificio⁶. El continente lo integran tanto la obra fundamental como la secundaria, las instalaciones fijas, elementos de

⁴ STS de 4 de septiembre de 2008 (RJ\2008\4642).

⁵ Art. 22 LCS.
SAP Valencia, de 14.09.05 (JUR 2005\9308).

⁶ SAP Álava, de 6.07.04, (JUR 2004/293689).

decoración incorporados de forma permanente a la vivienda o sus dependencias anexas, y otros elementos como son las instalaciones deportivas, elementos de acceso al edificio, elementos de cerramiento y en general todos aquellos bienes que no puedan separarse del edificio sin quebrantamiento o menoscabo del mismo. Para el caso de viviendas en régimen de propiedad horizontal, las pólizas incluyen los elementos comunes en la proporción del coeficiente de copropiedad que corresponda a la vivienda asegurada⁷.

693.- Las mejoras y reformas realizadas individualmente por los propietarios o usuarios, son incluidas dentro de las coberturas del seguro solo cuando son

⁷ La póliza multirriesgo hogar de Liberty Seguros en su artículo preliminar define el continente diciendo;

“Tendrá la consideración de Continente:

- A) Conjunto de cimientos, muros de carga, suelos, paredes, tabiques, cubiertas o techos, puertas, ventanas, armarios empotrados, así como cristales instalados en los mismos, toldos y persianas.
- B) Las dependencias anexas como el garaje particular o plaza de aparcamiento de automóvil y el cuarto trastero, aún cuando hallándose fuera del espacio delimitado por la vivienda en sí, formen parte integrante del edificio donde se ubica aquélla o estén situados dentro de la misma parcela o terreno, donde ésta se levanta, siendo de características constructivas similares al edificio principal.
- C) Las instalaciones fijas, tales como las de calefacción y acondicionamiento de aire, agua, electricidad y gas, incluyendo las conexiones con las redes generales de distribución de las tres últimas citadas, siempre que aquellas se hallen dentro de la propiedad en donde se ubica la vivienda, las de energía solar, las sanitarias y telefónicas.
- D) Elementos necesarios para el funcionamiento de las instalaciones de calefacción y refrigeración o climatización tales como calderas, acumuladores, radiadores y otros de similares características y funciones.
- E) Servicios tales como escaleras, ascensores y antenas receptoras de radio y televisión.
- F) En todo caso se considerarán parte integrante del Continente los elementos fijos de decoración u ornato adheridos a suelos techos y/o paredes tales como pinturas, papeles, telas, moquetas o parquets, etc., que formen parte de la vivienda y pertenezcan al asegurado.
- G) Se consideran incluidos, si las hubiera, las vallas y muros de contención de tierras independientes del edificio, así como zonas deportivas, las piscinas y sus instalaciones fijas.
- H) Si el asegurado obra en calidad de copropietario, la garantía del seguro comprende, además del coeficiente que en régimen de división horizontal le pudiera afectar en la propiedad indivisa, caso de resultar insuficiente el seguro establecido por cuenta común de los copropietarios o en caso de inexistencia de éste.

El garaje particular o plazas de aparcamiento de automóviles propiedad del Asegurado y ubicadas en situación distinta a la asegurada, podrán ser incluidas bajo esta denominación siempre y cuando se haya hecho constar expresamente en la póliza, y se encuentre en la misma población”.

semejantes a las empleadas en la construcción del edificio, respecto a clase, calidad y valor, quedando excluidas las diferencias de valor que tengan su origen en dicha causa. Solo se aseguran los elementos constructivos de origen del inmueble, que son los únicos de los que existen certeza a la hora de la perfección del contrato, quedando excluidas aquellas obras realizadas con posterioridad por los propietarios por no estar incluidas en su valoración y de las que quedará constancia a través de su mención en el libro del edificio⁸.

694.- Estas pólizas contemplan las coberturas de los elementos comunes en el régimen de propiedad horizontal en la parte que le corresponda a la propiedad indivisa, solo en el caso, de que resulte insuficiente el seguro de la comunidad o de inexistencia de éste, lo que hace que se solapen las coberturas, ya que ambos seguros incluyen dicha cobertura en el cálculo de la prima, con el consiguiente incremento del coste, debido a la dificultad de controlar la existencia del aseguramiento por otra aseguradora. A mi juicio, dicha cobertura debería ser asumida solo por el seguro de comunidad para evitar que se produzcan solapamientos en las coberturas.

El contenido lo integran elementos como el mobiliario, el ajuar domestico, joyas, objetos de valor, vehículos, etc.

5. SUMA ASEGURADA.

695.- La suma asegurada queda diferenciada en los dos grandes grupos de bienes que son el continente y el contenido. El continente puede ser valorado por

⁸ RDGRRNN de 10 de Enero de 2009 (JUR 2009\46040).

su *valor total* o a *primer riesgo*. En el primero, el déficit que se presente en su valoración será cubierto por el asegurado en la proporción correspondiente. En el segundo, se cubre hasta la suma asegurada por anualidad, sin que sea de aplicación la regla de proporcionalidad. En ambos casos, el valor considerado debe ser el valor de nueva construcción excluyendo el terreno, sin tener en cuenta el valor especulativo o comercial del edificio que supera con creces el valor de construcción.

Para gastos, responsabilidad civil, resto de riesgos básicos y garantías opcionales contratadas, la suma asegurada es la especificada en las condiciones particulares.

696.- Las pólizas contemplan la revalorización automática de las sumas aseguradas al vencimiento de cada anualidad, que tendrán su reflejo en las primas correspondientes según lo especificado en las condiciones particulares o generales. Se aplica solo a las sumas aseguradas y no a las cantidades establecidas como límite de cobertura. Para las revalorizaciones se suele fijar el índice de incremento de precios del Instituto Nacional de Estadística. De no garantizarse el continente, las pólizas contemplan la renuncia a la revalorización automática. En este caso, los siniestros del contenido se valorarán a valor real.

697.- Algunas pólizas excluyen la aplicación de la regla de proporcionalidad cuando la suma asegurada en el momento del siniestro no sea inferior a un porcentaje que oscila entre el quince y el veinte por ciento del valor del interés asegurado, incluyendo la revalorización automática de capitales. Existen estipulaciones para la aplicación de los excesos de la suma asegurada del continente o contenido a partidas que resulten insuficientes⁹, siempre que el

⁹ SAP Huesca núm. 99/2006 (Sección 1ª), de 27.04.06 (JUR 2006\158957). "...las llamadas cláusulas de compensación de capitales permiten, en beneficio del asegurado, trasladar el exceso de suma asegurada o sobreseguro en un capital al infraseguro, de modo que la suma asegurada en el capital con infraseguro no sea inferior al valor del interés o no tan baja como la atribuida en el contrato...".

reparto de las sumas aseguradas, no exceda la satisfecha para la anualidad en curso. Esta compensación es aplicable solamente cuando los bienes se correspondan a una misma situación de riesgo y las coberturas sean contratadas a primer riesgo¹⁰.

Para el contenido se utiliza cualquiera de los sistemas de valoración en función del elemento en cuestión. Para el mobiliario y vehículos se suele utilizar el valor total (valor de reposición a nuevo para el primero y el del mercado de segunda mano para el segundo), y para las joyas, el valor de reposición a nuevo a primer riesgo.

6. COBERTURAS Y EXCLUSIONES.

6.1. RIESGOS Y DAÑOS.

698.- Este seguro cubre los riesgos más importantes y frecuentes a los que están sujetos los bienes objetos de cobertura¹¹, diferenciando el riesgo básico de los riesgos opcionales, y el continente del contenido. Las coberturas más comunes que incorporan las pólizas son:

En la cobertura básica:

a) Riesgos ordinarios: a.1) daños materiales por incendio¹², explosión y caída de rayo, daños por agua¹³, roturas; robo, atraco, expoliación, hurto y daños

¹⁰ Art. 4.4 Póliza seguro multihogar Liberty.

¹¹ STS (1ª) de 4 de Diciembre de 2008 (RJ 2008\6948).

¹² SAP Madrid, de 5.10.05 (JUR 2005\257846).

de origen eléctrico; a.2) gastos asegurados de salvamento, demolición y desescombro; desalojamiento forzoso e inhabilitación, pérdida de alquileres y recomposición estética; a.3) responsabilidad civil¹⁴, defensa jurídica y fianzas, y; a.4) otros riesgos asegurados como los accidentes individuales; asistencia hogar y derogación de la regla proporcional por infraseguro. En el estudio del riesgo se tiene en cuenta la situación del edificio, orografía, climatología, medios de extinción de incendios, y las características de la edificación y uso que se le da a la misma.

Hay que destacar en los riesgos ordinarios el de incendio ya que su cobertura es exigida por las entidades financieras para otorgar la financiación hipotecaria y por la legislación para darle movilidad a los préstamos hipotecarios en el mercado hipotecario (art. 8¹⁵). El artículo 45 LCS lo define como el seguro por el que *el asegurador se obliga dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato a indemnizar los daños producidos por incendio en el objeto asegurado.*

b) Riesgos extraordinarios cubiertos por el Consorcio de Compensación de Seguros¹⁶: riesgos derivados de la naturaleza, los ocasionados violentamente como consecuencia de terrorismo, rebelión, sedición, motín y tumulto popular, y hechos o actuaciones de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en tiempo de paz.

Este tipo de seguro está dentro de los que obligatoriamente deben incluir el recargo a favor de la citada entidad conforme al artículo 7 del R.D.L. 7/2004 de 29 de octubre por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del

¹³ SAP Cantabria, de 26.04.04 (JUR 2004\147622).

¹⁴ SAP Valencia de 20.04.05, (JUR 2005\132310).

¹⁵ Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

¹⁶ SAP León de 4.02.05 (JUR 2005\62538) y SAP Barcelona de 18.12.03 (JUR 2003\107464).

Consortio de Compensación de Seguros¹⁷, debiendo incorporar obligatoriamente la cláusula de cobertura establecida en el anexo II .A de la Resolución de 28 de mayo de 2004 de la D.G.S.F.P¹⁸.

699.- Las garantías complementarias:

Las integran: c.1) los daños materiales por agua al continente, rotura de lunas, espejos, cristales, loza sanitaria del continente y vehículos en garaje; c.2) gastos de recomposición estética del continente; c.3) responsabilidad civil frente

¹⁷ “...es obligatorio el recargo en su favor en los ramos de: accidentes, vehículos terrestres, vehículos ferroviarios, incendio y elementos naturales, otros daños a los bienes y pérdidas pecuniarias diversas, así como modalidades combinadas de estos, o cuando se contraten de forma complementaria”.

¹⁸ La cláusula de indemnización por el Consorcio de Compensación de Seguros de las pérdidas derivadas de acontecimientos extraordinarios acaecidos en España para el caso de daños en los bienes, establece que:

“ De conformidad con lo establecido en los artículos 6 y 8 del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el artículo cuarto de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre (BOE de 20 de diciembre), el tomador de un contrato de seguro de los que deben obligatoriamente incorporar recargo a favor de la citada Entidad Pública Empresarial, mencionados en el artículo 7 del mismo Estatuto Legal tiene la facultad de convenir la cobertura de los riesgos extraordinario con cualquier Entidad aseguradora que reúna las condiciones exigidas por la legislación vigente.

Las indemnizaciones derivadas de siniestros producidos por acontecimientos extraordinarios acaecidos en España y que afecten a riesgos en ella situados, serán pagados por el Consorcio de Compensación del Seguro, cuando el asegurado, hubiese satisfecho, a su vez, los correspondientes recargos a su favor, y se produjeran algunas de las siguientes situaciones:

- a) Que el riesgo extraordinario cubierto por el Consorcio de Compensación de Seguros no esté amparado por la póliza de seguros contratada con la Entidad aseguradora.
- b) Que, aún estando amparado por dicha póliza de seguros, las obligaciones de la Entidad aseguradora no pudieran ser cumplidas por haber sido declarada judicialmente en concurso (Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal), o porque, hallándose la Entidad aseguradora en una situación de insolvencia, estuviese sujeta a un procedimiento de liquidación intervenida o ésta hubiera sido asumida por el Consorcio de Compensación de Seguros.

El Consorcio de Compensación de Seguros ajustará su actuación a lo dispuesto en el mencionado Estatuto Legal (modificado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados), en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, en el Real Decreto 300/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro de Riesgos Extraordinarios y Disposiciones Complementarias”.

a personal doméstico, y; c.4) otras coberturas como los accidentes individuales, la asistencia en el hogar y la derogación de la regla proporcional por infraseguro.

6.2. EXCLUSIONES.

Las exclusiones más comunes que contemplan las pólizas son:

700.- a) Respecto de los riesgos, nos encontramos con las generales a todas las coberturas, a los riesgos ordinarios y a los riesgos extraordinarios.

a.1. En las primeras hay que mencionar: los siniestros producidos intencionadamente por el tomador asegurado¹⁹, miembros de su familia o persona que convivan con ellos; los debidos a la falta de reparación, conservación o mantenimiento²⁰ de la vivienda e instalaciones, imputables al tomador por el artículo 1.907 C. C. que le atribuye la responsabilidad de los daños producidos si tienen causa en la falta de las reparaciones necesarias; los que resulten de la dedicación u ocupación de la vivienda asegurada a actividades distintas a las de casa habitación, etc..

a.2. Respecto a las segundas hay que destacar: a.2.1) los vicios o defectos de fabricación o construcción²¹. Estos riesgos quedan cubiertos por el seguro decenal durante su periodo de vigencia²², fuera de dicho plazo, los soporta el

¹⁹ SAP de Málaga de 25.04.08 (AC 2008\1415).

²⁰ El art. 9.1.b) LPH establece entre las obligaciones de los propietarios: “Mantener en buen estado de conservación su propio piso o local e instalaciones privativas, en términos que no perjudiquen a la comunidad o a los otros propietarios, resarciendo los daños que ocasione por su descuido o el de las personas por quienes deba responder”. SAP Asturias de 16.06.03 (JUR 2003\145247) y SAP Zamora de 14.05.08, (JUR 2008\220635).

²¹ SAP Palencia de 5.06.06, (JUR 2006\220635)

²² BRENES CORTES, J. *Garantías por defectos en la construcción en la Ley de ordenación de la edificación. Especial referencia al seguro de daños decenal*. Tirant lo Blanch, 2005. Pág.

propietario; a.2.2) los debidos a usos distintos al de casa habitación; a.2.3) los corrimientos de tierra que no sean consecuencia de riesgos cubiertos por el contrato, y; a.2.4) daños a bienes al descubierto, excepto antenas y jardines.

a.3. En los terceros hay que destacar: los producidos por conflictos armados, aunque no haya precedido la declaración oficial de guerra, los derivados de energía nuclear, los debidos a la mera acción del tiempo, los producidos por fenómenos de la naturaleza distintos de los señalados en los riesgos cubiertos y los causados por actuaciones tumultuarias producidas en el curso de reuniones y manifestaciones llevadas a cabo conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión.

701.- b) Respecto de los daños. Tenemos fundamentalmente los siguientes:

b.1. Daños materiales: b.1.1) daños a consecuencia de efectuarse trabajos de construcción o reparación en la vivienda asegurada; b.1.2) daños debidos a defectos de construcción en el continente, y; b.1.3) daños consistentes en grietas y fisuras propias del desgaste, antigüedad o uso.

b.2. Daños patrimoniales: b.2.1) los daños producidos por riesgos que deban ser objeto de cobertura por un seguro obligatorio, como sucede con los siniestros de la obra fundamental que tengan su origen en vicios o defectos de construcción, no así, en el caso fortuito, fuerza mayor y resto de responsabilidades contempladas en el condicionado, y; b.2.2) las multas y sanciones personales de cualquier naturaleza.

177. Hace referencia a CORDERO LOBATO. Responsabilidad civil de los agentes...Pág. 309 quién sostiene que el responsable podrá ser condenado a eliminar los vicios o defectos que comprometen la estabilidad del inmueble aunque la ruina se produzca fuera del plazo de garantía.

b.3. Daños personales: b.3.1) los daños que tengan su origen en el ejercicio de cualquier actividad comercial, industrial o profesional llevada a cabo en la vivienda asegurada; b.3.2) los daños causados por hechos que no sean calificados como accidente de trabajo o que estén excluidos de la cobertura del seguro de accidentes de trabajo; b.3.3) los daños por accidentes relacionados con el uso y circulación de vehículos, y; b.3.4) gastos de asistencia por enfermedad.

7. VALORACIÓN SINIESTRO, FRANQUICIA E INDEMNIZACIÓN.

702.- Este seguro sigue el régimen general en la valoración del siniestro, franquicia e indemnización. Respeto al primero, hay que tener en cuenta que si se da la situación de infraseguro se aplica la regla de proporcionalidad, no así, si se contrata a primer riesgo. Generalmente todas las coberturas llevan su franquicia. En cuanto a la forma de resarcir los daños mediante la indemnización, ésta puede ser bien la reparación in natura o la indemnización monetaria, en función de lo establecido en la póliza o de los acuerdos a que lleguen las partes.

703.- Las cláusulas a primer riesgo, valor nuevo, valor de reposición, revalorización automática de capitales, compensación de capitales entre distintos apartados de la misma póliza o entre contenido y continente, también serán de aplicación a la compensación de pérdidas derivadas de acontecimientos extraordinarios²³, en los mismos términos y para los mismos bienes y sumas aseguradas de la póliza ordinaria²⁴.

²³ Anexo II.B.II Procedimiento de actuación en caso de siniestro indemnizable por el Consorcio de Compensación de Seguros, de la Resolución de 28 de mayo de 2004, de la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones.

²⁴ Punto I.4 Anexo IIA, Resolución de 28 de mayo de 2004, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

8. CLÁUSULAS A FAVOR DE TERCERO.

704.- Estas pólizas contienen la cláusula de beneficiario²⁵ en su condicionado general al igual que el seguro todo riesgo construcción y decenal, remitiendo a sus condiciones particulares donde se especifica sobre quién recae. De dicha cláusula, se hace uso fundamentalmente cuando el continente garantiza un préstamo hipotecario a favor de una persona o entidad. En caso de siniestro, no se pagará cantidad alguna al asegurado sin el previo consentimiento del beneficiario, que queda subrogado en los derechos del primero por un importe igual al préstamo pendiente de amortizar en la fecha del siniestro, con preferencia a cualquier otro beneficiario²⁶. Esta cláusula contempla la necesidad de autorización expresa del beneficiario del seguro para la anulación o reducción del capital asegurado y de los riesgos cubiertos en lo referente al continente. Para ello, en caso de impago de prima, la aseguradora puede ofrecer al beneficiario el pago de ésta por cuenta del asegurado. De esta forma se protege el acreedor hipotecario de los posibles daños que sufra el edificio durante la vida del préstamo hipotecario.

²⁵ SAP de Almería de 22.06.04 (AC 1234/2008), SAP Ciudad Real de 19.03.01 (JUR 2001\243136) y SAP Castellón de 13.02.02 (AC 2002\571).

²⁶ SAP Navarra de 16.05.07 (JUR 2007\313175).

CAPITULO XIII. EL SEGURO MULTIRRIESGO COMUNIDAD.

**SUMARIO: 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2. ELEMENTO
SUBJETIVO. 3. OBJETO DEL SEGURO. 4. LA SUMA
ASEGURADA. 5. PERIODO DE COBERTURA. 6. COBERTURAS Y
EXCLUSIONES: 6.1. Riegos y daños. 6.2. Exclusiones.**

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

705.- Se trata de un seguro, cuyo objeto es el aseguramiento del edificio en el que existen varios ocupantes aunque el propietario del edificio sea único. Es muy similar al seguro multirriesgo hogar, con la diferencia fundamental del objeto asegurable, ya que si en el de hogar, el continente, generalmente lo constituye la vivienda (elemento privativo) y el contenido el ajuar doméstico, en el de comunidad, el continente lo constituye la propia edificación en sus partes

comunes, quedando en un plano secundario el contenido²⁷. Quienes contratan con más frecuencia este seguro son las comunidades, sin embargo, su uso no solo es exclusivo de éstas²⁸, ya que pueden contratarlo otros destinatarios, siempre que el inmueble esté dividido en varios pisos o locales y que haya distintos ocupantes²⁹, no siendo ámbito de este seguro aquellos edificios que aún divididos en varios pisos o locales, estén ocupados por una sola persona.

Se trata de un seguro que ha tenido su origen en el seguro de multirriesgo hogar del que ha evolucionado hasta alcanzar su propia personalidad, mediante adaptación a través de condiciones especiales y generales de su clausulado. Debido a la similitud existente entre ambos seguros, solo me detendré en aquellos aspectos que los diferencian, sin considerar relevantes al resto.

Existen disposiciones autonómicas que obligan a contratar un seguro al edificio como es la Ley 2/1999 de 17 de marzo de Medidas para la Calidad de la Edificación de la Comunidad de Madrid, que establece en su art. 24 el aseguramiento contra riesgo de incendios y daños a terceros, debiendo quedar constancia de dicho seguro en el libro del edificio.

2. ELEMENTO SUBJETIVO.

706.- Al tratarse de un seguro por cuenta propia, los sujetos intervinientes son generalmente dos, la comunidad, que actúa como tomador y asegurado, y el

²⁷ Entendiendo por éste, el conjunto de bienes muebles, objetos de decoración, utensilios y aparatos destinados al servicio de la comunidad, que estén instalados y distribuidos en el interior de las partes comunes del edificio.

²⁸ Este seguro se comercializa bajo el nombre de seguro de edificios y comunidades de propietarios.

²⁹ GIRAL SILIÓ, J. . *Tratado General de Seguros*. Vol. II. Edit. Consejo General de Agentes y Corredores de España. 1989. Págs. 61-77.

asegurador, que debe de reunir los requisitos de la LOSSP y estar autorizado para operar en el ramo.

3. OBJETO DEL SEGURO.

707.- El objeto del seguro en sentido estricto lo integran el continente y el contenido. El continente³⁰ lo constituye el edificio en sí, tanto en lo que se refiere a la obra fundamental, a la secundaria, a las instalaciones y a los anexos y otros elementos incorporados de forma fija y en origen al edificio. Pueden ser tanto edificaciones horizontales como urbanizaciones, quedando concretadas en las condiciones particulares de la póliza por su descripción y ubicación. Entre las construcciones e instalaciones que integran el edificio se encuentran:

- a) Trasteros, garajes y plazas de aparcamiento.
- b) Piscinas instalaciones deportivas, jardines, zonas verdes, construcciones auxiliares, vallas, muros, cerramientos, etc..
- c) Instalaciones fijas de agua, energía eléctrica, calefacción, refrigeración, imagen, sonido, ascensores, etc.
- d) Elementos fijos decorativos como moquetas, parqué, persianas, toldos, etc.

708.- Aquellos edificios asegurados que formen parte de una mancomunidad o similares, constituidas para el uso y disfrute de zonas comunes, éstas quedarán comprendidas en función de su coeficiente de participación. En estos casos, las pólizas generalmente establecen que el seguro de comunidad cubrirá la cuota que le corresponda en régimen de propiedad horizontal, si resulta insuficiente el seguro establecido por cuenta común de los propietarios, o en caso de no existir éste.

³⁰ SAP Baleares de 30.05.05 (JUR 2005\155170).

709.- En el continente hay que diferenciar las partes correspondientes a bienes privativos y a bienes comunes. Muchas veces, la delimitación de éstas no es fácil, ya que las pólizas no suelen definir estos conceptos, tanto en lo que respecta a los bienes como a su localización, por lo que hay que recurrir a otros conceptos en función del tipo de riesgo o de propiedad (horizontal).

4. LA SUMA ASEGURADA.

710.- La suma asegurada la integran las correspondientes al continente (excluido el suelo) y al contenido. Para el continente, generalmente se fija su valor a nuevo, entendiendo por éste, el valor de reposición en el mercado en el momento del siniestro, sin efectuar deducción alguna en concepto de depreciación por el uso o deterioro por el transcurso del tiempo, este criterio de valoración, es el seguido para el contenido y para la urbanización exterior, siempre y cuando la diferencia entre el valor real y el valor en estado nuevo no exceda de un porcentaje que se sitúa en torno al treinta por ciento del valor de nuevo, siendo a cargo del asegurado dicho exceso. Estas pólizas prevén la revalorización automática de la suma asegurada generalmente en base al índice general de precios al consumo que publica el INE.

También contemplan la compensación de capitales para las sumas aseguradas del continente y contenido de los bienes correspondientes a una misma situación de riesgo.

5. PERIODO DE COBERTURA.

711.- Este seguro, normalmente, va a estar vigente durante toda la vida del edificio, por cuanto la normativa autonómica tiende a imponerlo exigiendo la protección de incendios y daños a terceros³¹. También la LPH en su artículo 5 se refiere al seguro aunque no de una forma imperativa.

Coincide en el tiempo con el seguro decenal durante el periodo de garantía y con el seguro multirriesgo hogar de las fincas individuales durante toda su vigencia, por lo que hay que prestar atención a los solapamientos que se puedan producir y la forma de delimitación de la responsabilidad³².

6. COBERTURAS Y EXCLUSIONES.

6.1. RIESGOS Y DAÑOS.

712.- Las garantías³³ son muy similares a las del seguro multirriesgo hogar. Diferenciando entre: a) coberturas de daños materiales: Incendio, explosión, caída de rayo, daños eléctricos, humo, medidas de la autoridad, medidas de salvamento, efectos secundarios, daños por agua, sustracción ilegítima, robo,

³¹ Art. 24 Ley 2/1999, de 17 de Marzo, de Medidas para la Calidad de la Edificación de la Comunidad de Madrid. Sancionando la violación de dicha disposición como infracción muy grave, con multa de 6.000 a 15.000 euros.

³² SAP Gipuzkoa de 5.11.02 (JUR 2002/107920). “SEGUNDO:...Sin que sea de aplicación al caso de autos el art. 32 de la L.C.S. que se refiere a un supuesto distinto, una pluralidad de seguros sobre un mismo riesgo y suscritos por un único tomador, lo que no acontece en el supuesto concreto, en que las pólizas han sido suscritas por tomadores diferentes, por lo que deberá desestimarse el recurso...”.

³³ STS de 4 de diciembre de 2008 (RJ 2008\6948).

atracos o explosión, hurto, infidelidad, rotura, otras garantías de daños materiales a los bienes, actos de vandalismo o malintencionados, daños materiales producidos por viento, pedrisco o nieve, inundación, choque o impacto de animales o vehículos terrestres, caída de aeronaves, avería de maquinaria referida fundamentalmente a las instalaciones como pueden ser ascensores, calderas, bombas, etc.; b) los riesgos extraordinarios que son asumidos por el Consorcio de Compensación de Seguros³⁴; c) coberturas de daños patrimoniales: responsabilidad civil, intervención de los servicios de bomberos, salvamento, desalojo forzoso, localización y reparación de escapes de agua, defensa del asegurado, colocación de cristales, desescombros, obtención de duplicados de documentos y reclamación de daños, garantías todas ellas que se hallan excluidas de reclamaciones de copropietarios entre sí, al no poder reclamar el asegurador en nombre de un asegurado a quién también sea asegurado en la misma póliza, y; d) coberturas de daños personales: garantizan daños personales que sufran los empleados de la comunidad, tanto fijos, como temporales o a tiempo parcial.

6.2. EXCLUSIONES.

713.- Hay que destacar los daños producidos por la omisión de reparaciones³⁵ necesarias para el estado normal de conservación del inmueble³⁶, de sus

³⁴ R.D. Legislativo 7/2004 de 29 de octubre.

³⁵ SAP de Burgos de 10.04.08 (JUR 2008\323223).

³⁶ SAP Ávila núm. 92/2003 (Sección 1ª), de 5.05.04 (Jur 2004\54869). No así respecto al seguro de responsabilidad civil. “**SEGUNDO** :...En las condiciones particulares establecidas en el contrato de seguro multirriesgo de comunidades, ramo LAR, número de póliza 561931,7 que la asegurada y beneficiaria Comunidad de Propietarios tiene suscrito con la entidad recurrente, en su apartado G figura que la aseguradora garantizará el pago de indemnizaciones pecuniarias que pudieran resultar a cargo de la Comunidad asegurada, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.902 a 1.910 del Código Civil (LEG 1889, 27) como consecuencia de los daños causados a terceros por actos u omisiones negligentes, de los que la Comunidad deba responder (vid folio 19).- El artículo 76 de la LCS prevé que el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar.- Si la Comunidad de Propietarios está conforme con la condena que se le hace en la instancia, su Compañía Aseguradora ya no tiene legitimación activa para recurrir.- Pensar lo contrario

instalaciones y elementos constructivos, así como, los producidos por vicios o defectos de construcción en lo que se refiere a la obra fundamental, los cuales quedan cubiertos por el seguro decenal de daños.

En el seguro complementario de responsabilidad civil, existen dos asegurados que pueden tener la consideración de terceros, los cuales pueden efectuarse reclamaciones entre sí, que es lo que sucede cuando la comunidad reclama a uno de sus miembros o viceversa³⁷. Estas situaciones se salvan atribuyendo la consideración de tercero frente al asegurado a cada uno de los copropietarios del edificio asegurado, así como a las personas que con ellos convivan. También tienen la consideración de terceros los empleados de la comunidad, cuando tengan suscrito contrato de trabajo con dicha comunidad.

supondría que, si prosperara el recurso de apelación, seguiría condenada la Comunidad, respecto de cuyo pronunciamiento la Sentencia de Instancia es firme, pudiendo salir absuelta su Compañía Aseguradora.- Ninguna legitimación para recurrir le ha otorgado la Comunidad demandada, aquí apelada para que le defienda en el recurso de apelación.- Pero es que, aun soslayando la anterior cuestión, del condicionado de la póliza, la Aseguradora garantiza el pago de las indemnizaciones pecuniarias que pudieran resultar a cargo de la Comunidad asegurada en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.902 a 1.910 del Código Civil, entre los que se encuentra el artículo 1.907 del mismo texto, que establece que el propietario de un edificio (no de un piso o local solamente) es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniese por falta de reparaciones necesarias.- Además de consagrar nuestra doctrina jurisprudencial la responsabilidad objetiva (vid STS de 19 de noviembre de 1966 [RJ 1966, 5880] , en un supuesto similar), lo cierto es que el artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal (RCL 1960, 1042) , según reforma de la Ley 8/99 de 6 de abril (RCL 1999, 879) , prevé que SERÁ OBLIGACIÓN de la Comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales de estanqueidad, habitabilidad y seguridad. Con lo cual, ya se está imponiendo una obligación a la Comunidad, al menos para dirigirse a los propietarios para que arreglen las partes deterioradas del inmueble, o que puedan generar un peligro para terceros.- Lo cual es concorde con lo que establece el artículo 9-1-b) de la citada Ley que establece como obligaciones de cada propietario mantener en buen estado de conservación su propio local.- De lo que antecede ya no sólo puede hablarse de una responsabilidad objetiva de cada propietario, lo cual estaría dentro del condicionado de la póliza, sino de una culpa «in vigilando» de la propia comunidad de propietarios del inmueble.- Si pericialmente se demostró que la pared sólo estaba apoyada sobre el suelo, no sujeta lateralmente, y sin sujeción alguna en su parte superior, faltándole arrostramiento y anclaje suficiente, lógicamente existe una responsabilidad por omisión del deber de diligencia; y el derrumbamiento del muro se produjo a causa y como consecuencia de ello.

³⁷ SAP Madrid de 17.11.05, (JUR 2006\91665), SAP Pontevedra de 20.05.06 (JUR 2006\22316) y SAP Granada de 7.03.05, (JUR2005\139106).

Para cuando concurra el seguro de la comunidad con el de otros comuneros, las pólizas³⁸ especifican que el asegurador pagará el importe de la indemnización según su seguro, reservándose el derecho de reclamación por cuenta del asegurado contra los suscriptores de las otras pólizas³⁹, tratando el pago efectuado, como precio de adquisición de la reclamación cedida.

³⁸ Art. 7 póliza de seguros Liberty:
SAP Madrid de 20 octubre (JUR 2004\298038).

³⁹ SAP de Málaga de 6.3.07 (JUR 2007\273807).
SAP de Tarragona (Secc. 1ª) núm. 130/2007 de 8.02.07 (JUR 2007\126982). “Por lo tanto, es necesario en primer lugar definir la naturaleza jurídica y los efectos de esta situación de concurrencia de contratos de seguros. En el art. 33 de la Ley de Contrato de Seguro se regula la figura del coaseguro (también denominado coaseguro propio para diferenciarlo del supuesto del art. 32 del mismo texto legal). Se define esta primera figura legal por las siguientes notas: suscripción por un mismo tomador de uno o varios contratos de seguro referentes al mismo interés, riesgo y tiempo, en el que se produce un reparto de cuotas determinadas entre varios aseguradores previo acuerdo entre ellos y el tomador. Cada asegurador estará obligado, salvo pacto en contrario, al pago de la indemnización solamente en proporción a la cuota respectiva. A su vez el coaseguro impropio (también denominado seguro múltiple), consiste en la suscripción por el mismo tomador de una pluralidad de contratos con distintos aseguradores para cubrir un mismo riesgo que se puede producir sobre un mismo interés y durante idéntico período de tiempo, pero diferenciándose del coaseguro propio porque exige que no exista el previo reparto de cuotas entre los aseguradores, aunque se establezca un deber de comunicación de tal concurrencia de manera previa al siniestro. En este supuesto del art. 32, la ley faculta al asegurador que ha pagado una cantidad que proporcionalmente le corresponda para repetir contra los demás aseguradores y, aunque no se dice expresamente, parece que está implícito que hasta el límite de la cuota que a cada uno le corresponda.

Las figuras del tomador en los contratos corresponden a personalidades distintas, el Sr. Juan Ramón en el contrato celebrado con Allianz, y la Comunidad de Propietarios con Mapfre, faltando un requisito esencial del art. 32 de la Ley 50/80, por lo que no se puede apreciar coaseguro impropio.

Esta Sección en Sentencias de 3 marzo y 2 mayo 2005, sostiene el criterio de que tras el examen de la normativa legal se llega a la conclusión de que estamos ante un supuesto de concurrencia de seguros que carece de regulación legal: sobre un mismo objeto asegurado coinciden dos contratos de seguros contratados por distintos tomadores y ambos vigentes en el momento de producción del siniestro. Y son dos contratos que concurren en igualdad de condiciones; no se trata tampoco de seguros complementarios, o subsidiario el uno del otro (que aunque exentos de regulación legal han encontrado reconocimiento jurisprudencial), sino que operan conjuntamente. Se trataría, en definitiva, de lo que se podría definir como un doble aseguramiento no previsto por el legislador.

La cuestión que consecuentemente debe dilucidarse es establecer los efectos jurídicos de este aseguramiento doble, es decir, si a pesar de carecer de regulación legal, pueden extenderse a este supuesto los efectos previsto en el art. 32 de la Ley de Contrato de Seguro. En la práctica, son frecuentes las pólizas que recogen esta posible concurrencia huérfana de regulación legal, estableciendo una responsabilidad proporcional al capital asegurado. Al margen de esta previsión contractual expresa, en las escasas ocasiones que supuestos similares a este han llegado a los juzgados y tribunales, la jurisprudencia se ha mostrado vacilante. En principio, la

contestación ha de ser negativa, por ausencia de precepto alguno regulador del seguro de personas que así lo autorice (Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 15 octubre 1990, Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 11 mayo 1998). Sin embargo, la respuesta positiva se apoya en la aplicación por analogía del artículo 32 de la Ley 50/80 (art. 4.1 C.Civil), por apreciarse semejanza e identidad de razón (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 diciembre 2002, Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 2 abril 2002).

Y de estas dos opciones se estima más conforme con el principio informador del régimen del seguro, el principio indemnizatorio, la segunda de ellas. Este principio se traduce en la pretensión del seguro de daños de obtener el resarcimiento completo del daño que efectivamente ha sufrido el asegurado. El principio indemnizatorio bajo la premisa de la restitución íntegra mencionada tiene una doble vertiente como señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 julio 1998. Así, pretende: - Evitar la situación de sobreseguro en beneficio del asegurado, generándole un enriquecimiento injusto. Lo que en el presente caso no concurre, ya que el asegurado no ha recibido una doble indemnización, no constando siquiera referencia alguna de la existencia de reclamación por parte de la Comunidad de Propietarios a la aseguradora Mutua General de Seguros. - Garantizar la obligación de indemnizar de los aseguradores en proporción a sus contratos, evitando, si no indemnizan, un enriquecimiento injusto que les produciría un beneficio y al asegurado un perjuicio. Aún no produciéndose lesión para el asegurado, como ocurre en el supuesto que nos ocupa, puede, si no se admite la pretensión resarcitoria de la actora, producirle un perjuicio y correlativo beneficio injusto a la demandada.

En definitiva, la finalidad del art. 32 es proteger el principio indemnizatorio para que, a través de la comunicación, el conjunto de los aseguradores pueda conocer la totalidad de las sumas aseguradas que cubran un mismo bien. Carece de sentido que tal protección se pierda por el hecho de que los tomadores de las pólizas sean personas diferentes, resultando de mayor trascendencia que la figura de quien contrata la realidad del sobreseguro. De otro modo, la ignorancia de los aseguradores de tal circunstancia puede favorecer el pago de cantidades superiores al importe del daño.- Dicho lo cual, ha de verificarse si entre el supuesto del seguro múltiple y el doble aseguramiento controvertido se aprecia esa semejanza e identidad de razón que, conforme al principio anteriormente expuesto, justificaría la aplicación de las previsiones legales del art. 32. Tal semejanza puede apreciarse si, a pesar de ser distinta la figura del tomador, permanecen el resto de requisitos legales: mismo riesgo, mismo interés y coincidencia temporal en la cobertura del siniestro”.

CAPITULO XIV. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

SUMARIO: 1. PRELIMINAR. 2. DELIMITACIÓN TEMPORAL. 3. RESPONSABILIDADES DE LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN: 3.1. Responsabilidad del art. 1591 C. C.; 3.2. Responsabilidad en la LOE; 3.3. Régimen de responsabilidad del TRLGDCU: 3.3.1. Régimen de los artículos 136, 137 y 138 por productos defectuosos; 3.3.2. Régimen del artículo 148 para los servicios de rehabilitación y reparación de vivienda; 3.3.3. Régimen de artículo 149 por daños causados por la vivienda; 3.4. Vicios ocultos; 3.5. Régimen general de responsabilidad contractual; 3.6. Responsabilidad extracontractual. **4. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL. COBERTURA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL Y DECENAL DE LOS TÉCNICOS:** 4.1. Introducción. 4.2. Responsabilidad civil: 4.2.1. Proyectista; 4.2.2. Dirección facultativa: 4.2.2.1. Director de la obra; 4.2.2.2. Director de ejecución de la obra. 4.2.3. Entidades y Laboratorios de control de calidad de la edificación. 4.3. Coberturas. **5. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE CONSTRUCCIÓN.** 5.1. Responsabilidad civil del promotor,

constructor y subcontratista: 5.1.1. Promotor; 5.1.2. Constructor y subcontratista.
5.2. Coberturas y exclusiones. 5.3. Responsabilidad civil de los suministradores.
5.4. Coberturas y exclusiones.

1. PRELIMINAR.

714.- Las responsabilidades de los agentes de la edificación son transferidas al asegurador mediante el seguro de responsabilidad civil profesional y de empresas. Estos seguros no dan cobertura a toda la responsabilidad civil del asegurado, sino solo una parte de la misma¹, que generalmente se corresponde con la responsabilidad civil profesional por daños a terceros². Su régimen

¹ En el seguro de responsabilidad civil, nunca coincide la esfera de responsabilidad del asegurado con la cubierta por el seguro, ya que no toda responsabilidad es asegurable. Por tanto la forma de delimitar la cobertura de la póliza es a través de:

- a) Definiciones. Que perfilan el ámbito de la cobertura.
- b) Condiciones:
 1. Generales. Contiene las condiciones de carácter general que regulan todas las modalidades de seguro de responsabilidad civil.
 2. Especiales. Mediante estas condiciones se regulan los riesgos concretos de las diferentes modalidades de seguro de responsabilidad civil.
 3. Particulares. Individualizan el riesgo cubierto y contienen las siguientes cláusulas definatorias:
 - 3.1. Objeto del seguro.
 - 3.2. Riesgo asegurado.
 - 3.3. Ámbito territorial de aplicación del contrato.
 - 3.4. Alcance temporal de la cobertura.
 - 3.5. Suma asegurada.
 - 3.6. Garantías específicas con indicación de límites, sublímites y franquicias: RC explotación, RC patronal; RC productos, etc...
 - 3.7. Límite máximo de indemnización por siniestro y año del seguro.
 - 3.8. Cálculo de la prima. Tasa a aplicar, impuestos, importe y método de regulación.
- c) Exclusiones. Que presentan un valor limitativo absoluto, presentando cada ramo sus propias exclusiones en función de la naturaleza del riesgo, de las prácticas aseguradoras y de la voluntad de las partes. Pueden ser :
 1. Exclusiones de carácter general.
 2. Exclusiones de naturaleza aseguradora.
 3. Exclusiones relativas al riesgo objeto del seguro.

Por tanto el seguro de responsabilidad civil cubre todo aquello que en la póliza no está excluido o limitado.

² Las coberturas que contiene son:

jurídico está contenido en los artículos 73 a 76 LCS³. El artículo 73 lo define de la manera siguiente *“por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho”*. En el aseguramiento de la responsabilidad de los agentes de la edificación analizamos dos especialidades del seguro de responsabilidad civil⁴, el profesional de técnicos y gabinetes, y el de industrias o empresas.

715.- Estos seguros comprenden una cobertura básica y otras ampliadas o complementarias, con ellas se garantizan la responsabilidad profesional de los agentes de la edificación, entendiendo el término profesional en su acepción amplia de contribución al proceso de la edificación, ya que no todos los agentes realizan un trabajo cualificado. Estos seguros se aplican a las siguientes responsabilidades:

- a) Seguro de responsabilidad civil profesional:
 - Responsabilidad del proyectista y de la dirección técnica.
 - Responsabilidad de las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación.

-
- a) La responsabilidad civil a través del abono de las indemnizaciones que correspondan.
 - b) La defensa jurídica.
 - c) La constitución de fianzas judiciales.
 - d) El abono de las costas y gastos judiciales y extrajudiciales.

³ Está encuadrado dentro de los seguros patrimoniales (junto con el seguro de crédito y pérdida de beneficio) que son los que cubren el riesgo al que está sometido el patrimonio de los asegurados. Este seguro protege de una forma indirecta dicho patrimonio, ya que libera del pago de la deuda al asegurado al librarse del hecho dañoso, siendo el interés asegurado la relación directa de éste con su activo patrimonial.

⁴ Dada la finalidad del presente trabajo, nos centraremos en aquellas peculiaridades propias de la actividad edificatoria, (destacando las características que éstos presentan con respecto al seguro de responsabilidad civil general) contenidas en estos seguros.

b) Seguro de responsabilidad civil de industrias o empresas:

- Responsabilidades del promotor y constructor.
- Responsabilidad del suministrador de materiales.

El promotor-vendedor, actúa solo como promotor y propietario de las obras o trabajos objeto del seguro, realizando terceros el proyecto, la dirección y la ejecución. El seguro de responsabilidad civil le cubre la responsabilidad en que pueda incurrir como propietario del solar y de las obras ejecutadas sobre el mismo, los daños personales a contratistas, subcontratista y su personal durante el desarrollo de dicha actividad, quedando excluidos los daños a las obras y bienes preexistentes que quedan cubiertos en el seguro todo riesgo construcción. Si se trata de promotor-constructor habría que ampliar la cobertura anterior a la de las actividades que realiza como constructor, teniendo en cuenta las existencia de intereses contrapuestos entre ambas.

716.- La cobertura de la responsabilidad civil de los propietarios y usuarios queda incorporada a las pólizas de los seguros multirriesgos hogar y comunidad. Dicha responsabilidad es frente a terceros que no mantengan ningún tipo de relación con el mismo, quedando excluidas en caso de realizarlas prestaciones en régimen de dependencia laboral o mercantil, excepto que se contraten.

717.- La LOE no ha incluido entre los tipos de seguros establecidos en el artículo 19, al seguro de responsabilidad civil, optando para garantizar las responsabilidades del artículo 17 LOE por el establecimiento del seguro de daños materiales y el de caución, a pesar de ello, su contratación por los agentes está generalizada⁵, bien de forma voluntaria a iniciativa propia o por compromisos contractuales asumidos con otros agentes, o bien, de forma imperativa impuesta

⁵ ARNAU MOYA, F., *Los vicios de la construcción. Su régimen en el Código Civil y en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2004. Págs. 301-2. Entre las razones que justifican la contratación de este tipo de seguro se encuentran el que la cobertura del seguro obligatorio de la LOE son daños materiales quedando excluidos el resto de daños, así como, que la mayoría de los técnicos intervinientes en la edificación tengan la consideración de personas físicas lo que les hace fácilmente identificables frente a promotoras y constructoras fantasmas.

por otras disposiciones, como las de los colegios profesionales⁶ y las de las entidades y laboratorios del control de la calidad.

2. DELIMITACIÓN TEMPORAL.

718.- En este seguro adquiere especial importancia la delimitación temporal⁷, al presentar diferencias con el resto de seguros patrimoniales, originadas fundamentalmente por la existencia del diferimiento que se puede presentar desde que se produce el hecho generador, hasta que el asegurador se ve obligado a indemnizar por sentencia judicial o por acuerdo extrajudicial.

En la delimitación temporal de la póliza hay que distinguir entre el periodo de vigencia⁸ y el periodo de cobertura, precisando el momento del nacimiento del siniestro, para lo cual, se puede elegir entre los siguientes criterios⁹:

a) Cuando se produce la causa origen del daño. Con este criterio se da cobertura a los siniestros cuya causa haya tenido lugar durante el periodo de

⁶ Ley 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía. Art. 27. “ Son deberes de los colegiados:

...

c) Tener cubierto mediante un seguro de riesgos la responsabilidad civil en que pueda incurrir como consecuencia del ejercicio profesional”.

⁷ SÁNCHEZ CALERO, F.. *Ley de contrato de seguro. Comentario a la Ley 50/1980 de 8 de octubre y a sus modificaciones*. 3ª edic. Aranzadi, 2005. Págs. 1.238 y ss.

⁸ Respecto a la duración del contrato, el tratamiento es el mismo que el establecido para el resto de los seguros patrimoniales, regulados en el art. 8 LCS, y lo pactado en las pólizas, por lo que nos centraremos en la delimitación del periodo de cobertura entendiendo por tal el periodo de tiempo durante el cual el contrato despliega sus efectos.

⁹ MAPFRE INDUSTRIAL. *Manual del seguro de responsabilidad civil*. Pág. 48.

vigencia del contrato, cualquiera que sea el momento de manifestación de los daños y la fecha en la que el perjudicado presente la reclamación frente al asegurado. Presenta el inconveniente de que el asegurador es responsable frente al asegurado durante largos periodos de tiempo por el diferimiento de las reclamaciones.

b) Cuando se produce el daño. Existe cobertura cuando el daño se manifieste en el periodo de vigencia de la póliza, aunque la reclamación se produzca cuando ésta ya no esté en vigor.

c) Cuando se reclama judicial o extrajudicialmente la reparación. Cubre las reclamaciones percibidas por el asegurado durante el periodo de vigencia de la póliza, con independencia de la fecha de su causa o del momento en el que se manifieste el daño.

d) Cuando se produce la sentencia condenatoria. Momento en el que se dicta sentencia condenando al asegurado a indemnizar como responsable.

719.- Estos criterios fijan el momento en que se produce el siniestro. A partir de dicho momento, se puede determinar si entra dentro del periodo de cobertura del seguro. Para ello existen tres sistemas que son:

a) El sistema de ocurrencia. El siniestro lo constituye el hecho motivador y la póliza ampara las consecuencias de los siniestros ocurridos durante el periodo de vigencia de la póliza.

b) El sistema de reclamación (claim made). En éste, las pólizas amparan las consecuencias de las reclamaciones judiciales y extrajudiciales que se formulen durante el periodo de vigencia de la póliza.

PERÁN ORTEGA, J.. *La responsabilidad civil y su seguro*. Tecnos. Madrid, 1998. Págs. 180 y ss.

c) El sistema mixto. En él, los sistemas anteriores se acompañan de otros elementos para definir el ámbito de cobertura, como son el periodo retroactivo y post-*contractum*, contemplados por el artículo 73 LCS, mediante los cuales las coberturas quedan restringidas al periodo vigente ampliado por dichos periodos.

720.- El artículo 73 LCS, establece los sistemas legales de delimitación temporal en el seguro de responsabilidad civil. Este artículo fue modificado por la LOSSP de 9 de noviembre de 1995, que añadía un segundo párrafo que restringía los derechos de los asegurados, reduciendo la incertidumbre a la que se encontraban sometidas las aseguradoras, obligadas a indemnizar cuando el hecho motivador causante del daño se producía durante la vigencia del seguro, con independencia de cuando se realizara la reclamación.

721.- El primer párrafo utiliza el sistema de ocurrencia, disponiendo que *“por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo de nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho”*. Este régimen¹⁰ era el seguido tradicionalmente, y es al que queda sometido el seguro, excepto que expresamente se prevea la aplicación del párrafo segundo con los requisitos establecidos por el artículo 3 LCS.

722.- La segunda forma establecida en el segundo párrafo del artículo 73 LOE, es un sistema mixto que puede derivar en un sistema *claim made*¹¹ en estado

¹⁰ PERÁN ORTEGA, J.. *Op. cit.*. Págs. 179-196.

¹¹ REGLERO CAMPOS, L. F.. *Tratado de responsabilidad civil* Thomson. Elcano (Navarra), 2006. Págs. 771. Las cláusulas *claim made* adoptan, generalmente, alguna de las siguientes modalidades: a) el seguro cubre los daños de los que pueda ser responsable el asegurado cuando el suceso dañoso se verifique durante el periodo de vigencia del contrato, siempre que se produzca la reclamación y ésta se comunique a la compañía aseguradora durante ese periodo ; b) la cobertura del seguro se extiende a los daños reclamados y comunicados por el tercero perjudicado a la compañía aseguradora durante la vigencia de la póliza, pero siempre que tales

puro, al establecer que *“serán admisibles, como limites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado, haya tenido lugar dentro de un periodo de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su periodo de duración. Asimismo y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 serán admisibles como limites establecidos en el contrato, aquellas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el periodo de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurador haya podido tener lugar con anterioridad, al menos de un año desde el comienzo de los efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado”*.

723.- Este segundo párrafo da posibilidad de adoptar tres alternativas¹²:

a) Que se restrinja la cobertura a que la reclamación del perjudicado se realice durante la vigencia del contrato, estableciendo necesariamente una cobertura retroactiva por un plazo no inferior a un año.

b) Que se restrinja la cobertura a que la reclamación tenga lugar durante el periodo de vigencia del seguro y dentro del año siguiente como mínimo.

daños se manifiesten durante esa vigencia, independientemente del momento del acaecimiento del hecho dañoso; c) la cobertura del seguro se extiende a los daños reclamados por el perjudicado durante la vigencia de la póliza, con independencia del momento en que haya tenido lugar el hecho o desarrollado la actividad dañosa y de cuando se hayan manifestado los daños. No obstante todas ellas tienen en común el hecho de que la reclamación del perjudicado ha de hacerse durante el ámbito de vigencia de la póliza.

¹² CALZADA CONDE, A.. *El seguro de responsabilidad civil*. Thomson Aranzadi. Navarra, 2005. Pág. 62.

c) Una combinación de las dos anteriores, restringiendo la cobertura a que la reclamación del tercero tenga lugar durante el periodo de vigencia y el periodo ampliado ex post, comprendiendo como mínimo un año anterior y otro posterior al del periodo de vigencia.

724.- La regulación de la limitación temporal, contenida en el nuevo párrafo 2º del artículo 73 de la LCS, se caracteriza por:

1º. Ampliar el ámbito del seguro de responsabilidad civil, de forma que se pasa de un sistema, en el que o bien se cubría el hecho generador de la responsabilidad, o bien, únicamente la reclamación derivada de ese hecho, a cubrir ambos eventos, limitando convencionalmente el periodo de tiempo de esa cobertura.

2º. La delimitación temporal fijada tiene carácter de mínimo, esto es, no se puede pactar menos de lo indicado, y además requiere para su validez, que se cumplan los requisitos legales exigidos a las cláusulas limitativas.

3º. Permite que el seguro de responsabilidad civil, que tradicional y mayoritariamente se ha configurado desde el punto de vista de la delimitación temporal, sobre el sistema del hecho motivador, especialmente para los riesgos no profesionales, pueda también ahora configurarse con base en el criterio de la reclamación.

725.- A mi juicio, el artículo 73.2 LCS no da solución a los problemas de vacíos de cobertura que pueden presentarse en la responsabilidad civil de los agentes de la edificación (artículo 17 LOE) o de la responsabilidad decenal del artículo 1.591 C. C., dados los plazos tan dilatados de las responsabilidades de éstos, diez años para la garantía decenal, más dos años del periodo de prescripción, más la duración del periodo de tramitación del procedimiento hasta que la sentencia devenga firme, y dos años para el ejercicio de la acción de repetición contra el

agente responsable por parte del demandado. Para evitar dichos vacíos, tendríamos que recurrir al artículo 73.1 LCS o a la cláusula *clame made retroactivas puras* o con plazo suficientemente amplio para dar cobertura a las reclamaciones presentadas durante la vigencia de la responsabilidad decenal. En las pólizas con cláusulas de reclamación de antigüedad inferior a dicho periodo, pueden presentarse vacíos cuando se cambia de asegurador, aún a pesar, de la postura de las aseguradoras de no considerar dicha circunstancia una razón de peso, por entender, que los intervinientes en el contrato solo tienen que valorar este aspecto y proponer una solución de continuidad en la cobertura del seguro¹³, lo que supedita al asegurado a la decisión de las aseguradoras de asumir riesgos con periodos de cobertura excesivamente amplios que no han controlado técnicamente. El establecimiento del periodo de cobertura de las pólizas de responsabilidad civil profesional en la edificación debe fijarse teniendo en cuenta estas circunstancias, para evitar que durante el periodo de responsabilidad, se originen vacíos de coberturas.

726.- También deben contemplar expresamente en las pólizas que adoptan el sistema del artículo 73.2 LCS las posibles situaciones que se pueden presentar ante ceses profesionales, temporales o definitivos en la actividad profesional. Situaciones en las que queda suspendida la cobertura del seguro si no se acuerda la vigencia de la misma.

¹³ MAPFRE. *Op. cit.*. Pág. 49.

3. RESPONSABILIDADES DE LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN.

727.- La responsabilidad jurídica¹⁴ en que pueden incurrir los agentes de la edificación por su intervención en el proceso edificatorio puede ser civil, penal y administrativa. En este apartado abordaré la responsabilidad civil de dichos agentes, para posteriormente ver los riesgos y daños transferibles al seguro de responsabilidad civil.

728.- La responsabilidad civil de los agentes de la edificación la conforman diferentes regímenes especiales junto con los regímenes generales de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Estos regímenes están regulados en los artículos 1.591 C. C., 17 y siguientes de la LOE, 136 a 138 TRLGDCU para los productos defectuosos, 148 TRLGDCU para los servicios de rehabilitación y reparación de vivienda, 149 TRLGDCU para la construcción y comercialización de vivienda, y; 1.484 C. C. para el saneamiento de vicios ocultos.

3.1. RESPONSABILIDAD DEL ARTÍCULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL.

729.- Tras la entrada en vigor de la LOE existen diferentes posturas doctrinales respecto a la vigencia del régimen de responsabilidad del artículo 1.591 C. C.. Para un sector doctrinal¹⁵, la LOE en su Disposición Derogatoria Primera ha

¹⁴ CASADO PÉREZ, J. M^a. . “La responsabilidad jurídica en el ámbito de la edificación”. *Estudios de Derecho Judicial*. 2003, N^o. 47. Págs. 245-58.

¹⁵ La doctrina se encuentra dividida entre quienes estiman que la publicación de la LOE supone una derogación tácita del art. 1.591 C.C. y entre los que mantiene su vigencia para algunos tipos de construcciones. Entre los primeros se encuentran ORTI VALLEJO, A., *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. REGLERO CAMPOS, Thomson, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 1.174-7; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ

deslegitimado, la doctrina jurisprudencial que existía en torno al artículo 1.591 C. C., considerándolo derogado tácitamente al igual que sucede con la doctrina que aplica las reglas generales del incumplimiento a favor del comprador en el supuesto de defectos en las edificaciones adquiridas (artículos 1.101 y 1.124 C. C.), al tratarse de normas del mismo rango. Dicha derogación obedece, a que tanto los vicios causantes de la ruina del artículo 1.591 C.C., como la mayoría de la doctrina jurisprudencial ha sido recogida en el artículo 17.1 LOE en los vicios o defectos que afecten a elementos estructurales del edificio. Pero aún, cuando este régimen se considere derogado por la LOE, hoy en día está vigente¹⁶ para las obras cuya licencia fue anterior al 6 de mayo del 2000, fecha en que ésta entró en vigor, lo que va a suponer la vigencia del régimen codificado en dichas edificaciones hasta más allá incluso del año 2025.

730.- La doctrina jurisprudencial a diferencia de la LOE, entendía por edificio no solo la construcción de una edificación propiamente dicha, sino también, las

CARRASCO en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación, op.cit.*, págs. 346-348 y 593; FUENTESECA, C. en “La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación deroga el contenido del art. 1591 del Código Civil a partir del 6 de mayo del año 2000”, *AC*, 2000, Nº. 12, pág.466; VICENTE DOMINGO, E. “Régimen de responsabilidad de la Ley de Ordenación de la Edificación y su coordinación con el régimen actual: ¿deroga el artículo 1591 del Código Civil?”, *AC*, 2000, Nº. 37, pág. 1.396; ÁLVAREZ OLLLA, P., *La responsabilidad por defectos en la edificación. (El Código Civil y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2002, pág. 141; CABANILLAS SANCHEZ, A., en “La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la LOE”, *ADC*, abril-junio 2000, pág. 408, RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M. *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación.* Comares. Granda. 2002. págs. 267-9. En contra ARNAU MOYA, F., *Los vicios de la construcción. Su régimen en el Código Civil y en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2004, pág. 192; SANTOS BRIZ, J. *La responsabilidad civil: temas actuales: culpabilidad, medioambiente, administraciones públicas.* Montecorvo. Madrid, 2001, pág. 448; GARCIA TREVIJANO GARCINA “Régimen jurídico de la responsabilidad civil de los agentes de la edificación” en *RDUMA*, abril-mayo 2000, págs. 21-22 y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a. P. y RIVERA FERNÁNDEZ, M.. *Derecho Civil II.* Material Docente de la Universitat Oberta de Catalunya. Pág. 71.

¹⁶ RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M. *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación.* Comares. Granda. 2002. Pág. 415. Se muestra partidario de que a las obras iniciadas con posterioridad a la entrada en vigor de la LOE se aplique el régimen de ésta, con independencia de la fecha de la licencia, dada la dificultad que genera en los jueces la adopción de un papel diferente en función de la fecha de la licencia.

obras de reparación de cierta entidad de una edificación ya construida, así como, otras construcciones de muy diversa índole (diques, muro de contención, etc.) no destinadas a ser habitadas, mientras que en la LOE se ha querido excluir del ámbito de la LOE las construcciones de escaso volumen y poca complejidad constructiva, que pasarían a regirse por el artículo 1.591 C. C., sin embargo, no es lógico querer otorgarle un plazo de garantía mayor que a las construcciones complejas.

731.- El artículo 1.591.1º C. C. solo se refiere a la ruina total del edificio, pero debido a su insuficiencia normativa el Tribunal Supremo se vio en la necesidad de ampliarlo a la ruina parcial, potencial y funcional, para terminar extendiéndolo, dado su carácter contractual¹⁷, a los defectos de obra no causantes de ruina a través de la aplicación de los artículos 1.101 y 1.124 del C. C.. Dicho concepto ésta referido no solo al derrumbamiento o destrucción total o parcial de una obra, sino a un más amplio contenido de arruinamiento, extensivo a defectos o vicios que afecten a los elementos esenciales de la construcción que por exceder de las imperfecciones corrientes configuran una violación del contrato de obra¹⁸ (ruina funcional), o a la existencia de peligro de

¹⁷ ARNAU MOYA, F.. *Op. cit.* Págs. 25-32. La postura mayoritaria está a favor de su naturaleza contractual apoyada entre otros por el propio autor que cita como partidarios a DIEZ-PICAZO, ORTI VALLEJO, ALVAREZ OLAYA y por las SSTs de 15 de marzo de 2001 y 31 de octubre de 2002. Ha sido muy discutida la naturaleza de la responsabilidad de este régimen, si bien hay que precisar que los dos párrafos que lo integran contienen dos tipos de responsabilidades. El primer se refiere a los vicios de la obra (suelo, dirección y construcción) y el segundo al incumplimiento contractual del contratista por faltar a las condiciones del contrato. La naturaleza jurídica del primer párrafo, ha sido una cuestión muy discutida por la doctrina, ya que son varias las tesis en torno a la misma. La postura mayoritaria es la de su naturaleza contractual, tesis mantenida por el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones; la naturaleza extracontractual, escasamente defendida por la jurisprudencia; algunos autores mantienen la tesis de su naturaleza legal, seguida por la jurisprudencia en algunas ocasiones, y por último; algún autor ha llegado a mantener que se trata de una responsabilidad civil de carácter especial. Respecto a la naturaleza jurídica del párrafo segundo la doctrina es unánime en cuanto a que se trata de un supuesto de responsabilidad contractual.

¹⁸ STS de 27 de diciembre de 1983 (RJ 1983, 7006). Sentencia que representa doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, pacífica y consolidada.

derrumbamiento y deterioro progresivo, presentando el riesgo de llegar a ser inútil la edificación si no se adoptan oportunamente las medidas correctas y necesarias (ruina potencial). También ha diferenciado los vicios ruinógenos de los menores u ocultos¹⁹ propios de la acción de saneamiento.

732.- El artículo 1.591 C. C. diferencia tres clases de vicios constructivos que funcionan como criterios de imputación de la responsabilidad²⁰, los vicios de la construcción, los vicios del suelo y los vicios de la dirección. Los primeros están relacionados con los materiales y con la ejecución de los trabajos, siendo imputables al constructor; los segundos, se corresponden con los vicios en el diseño y en la concepción del proyecto, imputables al proyectista y al director de la obra cuando este último no los rectifica en el desarrollo del trabajo, respondiendo ambos solidariamente en este caso, y; los terceros, por los vicios causados por negligencia profesional de la dirección técnica.

733.- Para el nacimiento de la responsabilidad del artículo 1.591 C. C. se requiere la concurrencia de dos requisitos, la producción del vicio o defecto grave y la manifestación del daño en los plazos establecidos, diez años (artículo 1.591.1º) y quince años (artículo 1.591.2º) a contar desde la terminación de las obras²¹. De los defectos aparentes que presente la obra queda liberado el contratista a partir del momento de la recepción de no hacer las reservas oportunas²².

¹⁹ STS núm. 132/2006 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 21 febrero. (RJ 2006, 2902).

²⁰ CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit. Comentarios...* Pág. 305.

²¹ CASTRO BOBILLO, J.C. *Op. cit.* Pág. 434.
ÁLVAREZ OLLLA, P. *Op. cit.* Pág. 42.

²² ARNAU MOYA, F. *Op. cit.* Pág. 67.

734.- No hay unanimidad en la doctrina²³ respecto a que ambos plazos sean de garantía. La postura mayoritaria considera que es necesario que el arruinamiento se produzca en dicho plazo²⁴ para poder ejercitar las acciones derivadas del precepto, sin que éste, admita suspensión ni interrupción. El plazo de prescripción comienza con la producción del daño y tiene una duración de quince años conforme a los artículos 1.964 y 1.969 C. C..

A mi juicio, siempre que se produzca un daño se podrá recurrir al régimen general de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, para la reclamación del mismo, ello supone con respecto a otros regímenes especiales la pérdida de beneficios respecto a plazos, pruebas, presunciones, etc., así como la dificultad añadida de que supere la petición judicial, pero no por ello dejan de ser ejercitables dichas acciones.

735.- Los daños amparados por el artículo 1.591 C. C., han de tener su origen en vicios de construcción de la obra, del proyecto, de la dirección o de la ejecución material, ya que la inexistencia de nexo causal supone la exoneración de la responsabilidad.

Este régimen establece una presunción *iuris tantum* de imputabilidad de la ruina²⁵ cuando se produce dentro del plazo de garantía, teniendo que probar solo el hecho de la ruina, sin que sea necesario probar la causa, ni la culpa del responsable. La concepción culpabilística de esta responsabilidad²⁶ calificada

²³ ARNAU MOYA, F. *Op. cit.*. Págs. 64-5. Existe una corriente doctrinal que admite el ejercicio de acciones contractuales cuando el defecto se manifieste después del plazo decenal (1.101 C.C.), aunque no podrá disfrutar de los beneficios del art. 1.591 C.C.

²⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Madrid, 2000. Pág. 473.

²⁵ SSTS de 27 de junio de 1994 y 19 de octubre de 1998.

²⁶ ARNAU MOYA, F.. *Op. Cit.*. Págs. 74-77
SSTS de 2 de febrero de 1996 y de 3 octubre de 1996.

como culpa profesional (artículo 1.104 C.C.) ha ido evolucionando, pasando de una presunción por culpa por la que se establecía la inversión de la carga de la prueba²⁷ a una responsabilidad objetivada, aunque el Tribunal Supremo no ha abandonado los planteamiento culpabilísticos, ya que no ha sido uniforme en cuanto a la objetivación de la responsabilidad, al permitir la exoneración de los profesionales demandados que demuestren que actuaron diligentemente. La presunción de culpa y nexo causal no es absoluta quedando referida solo a los vicios ruinógenos del edificio.

736.- Las cláusulas de exoneración, reducción de los plazos de garantía y de prescripción de la responsabilidad del artículo 1.591 C. C. son nulas por violar los artículos. 6.3 y 1.255 C. C., ya que se trata de una responsabilidad de orden público²⁸ que persigue proteger la seguridad y habitabilidad de las viviendas, a diferencia de los que sucede en materia de vicios ocultos en la compra-venta, donde si es posible pactar el aumento, disminución o supresión de la obligación de saneamiento que corre a cargo del vendedor, siempre que éste los ignore²⁹ (artículo 1.485 C. C.). En este sentido, hay que tener en cuenta lo establecido al

²⁷ STS de 13 de diciembre de 1988.

RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M. *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*. Comares. Granada. 2002. Pág. 7 y ss.

²⁸ STS de 13 de junio de 1984.

ÁLVAREZ OLALLA, P. *Op. cit.* Pág. 46. Sostiene que podría considerarse admisible alguna cláusula modificativa de la responsabilidad, cuando tenga por objeto desplegar sus efectos en las relaciones internas.

FERNÁNDEZ HIERRO. *La responsabilidad por vicios de construcción*. Universidad de Deusto. Bilbao, 1977. Págs. 64 y 65.

ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M.. *Derecho de la Construcción. Aspectos Administrativos, Civiles y Penales*. Comares. Granada, 2003. Pág. 544.

²⁹ ÁLVAREZ OLALLA, P. *Op. cit.* Pág. 45. Considera admisible la cláusula de exoneración de la responsabilidad cuando esté destinada a desplegar sus efectos en las relaciones internas.

RUÍZ-RICO RUÍZ J. M.. *Op. cit.* Págs. 208-13 y 225. Se muestra partidario de su validez, siempre y cuando se trate de una exoneración de la responsabilidad no impuesta por el empresario y que responda a una causa justificada de manera que no se altere el justo equilibrio de las prestaciones. En contra OROZCO PARDO, G. “La alteración convencional de los plazos de prescripción extintiva (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1984)”, *Actualidad Civil*, 1986-II, pág. 2.156.

ARNAU MOYA, F. *Op. cit.* Pág. 229.

respecto de forma imperativa por el TRLGDCU en los artículos 82 y siguientes, del carácter abusivo de las cláusulas que impongan renunciaciones o limitaciones de los consumidores.

737.- El artículo 1.591 C. C. tiende a la individualidad de la responsabilidad, ya que efectúa una distribución de la responsabilidad³⁰ en función de los orígenes de los vicios ruinógenos y de la esfera de la competencia profesional de cada uno de los intervinientes en la obra, sin embargo, esta situación de partida se complica cuando no se conocen los vicios que han originado la ruina o cuando proviene de la concurrencia de varios vicios sin poder determinarse el grado de participación de cada uno, lo que ha hecho que la responsabilidad solidaria se haya convertido en la regla general ante la dificultad de determinar la causa de la ruina, imputando la responsabilidad conjunta (mancomunada) a todos los intervinientes profesionales, cuando pueda determinarse el porcentaje o grado de responsabilidad a cada uno de ellos³¹.

738.- El promotor responde solidariamente con todos los intervinientes aún cuando no participe en la realización de la misma³². Los criterios jurisprudenciales de dicha inclusión han sido, entre otros, la persecución de un beneficio con su participación en el proceso de la edificación y la elección de contratistas y técnicos por lo que debe responder de forma directa, *in vigilando* o *in eligendo*.

La línea jurisprudencial más reciente del Tribunal Supremo se inclina por el carácter solidario de la responsabilidad sin dejar de admitir la responsabilidad mancomunada en caso de que pudiera individualizarse la culpa, pero en realidad a la vista de las escasas resoluciones que aplican la mancomunidad puede decirse

³⁰ ARNAU MOYA, F. *Op. cit.* Págs. 77-88.

³¹ STS de 17 de febrero de 1984.

³² SSTs de 21 de febrero de 2000 y 8 de octubre de 2001.

que la regla general es la solidaridad que aún no teniendo apoyo legal ha sido una creación jurisprudencial. La solidaridad supone una mayor garantía del crédito³³ para los intervinientes, ya que no es necesario llamar al proceso a todos ellos, pudiendo dirigirse el perjudicado contra cualquiera de los responsables, sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan establecerse entre los coparticipes.

739.- El resarcimiento de los daños previsto por el artículo 1.591 C.C. (acción resarcitoria) comprende la reparación integral de los daños y perjuicios causados al perjudicado por la ruina del edificio³⁴ (artículo 1.106 C.C.). Últimamente la doctrina es partidaria de que los daños distintos a la reparación del propio edificio se reclamen a través de las acciones generales de cumplimiento (artículos 1.101 C.C. y ss.)³⁵. La jurisprudencia³⁶ y la doctrina han venido reconociendo en la extensión de dicho resarcimiento, los daños³⁷ patrimoniales que comprenden las obras de reparación de los daños materiales por pérdida total o parcial del inmueble, los perjuicios por el lucro cesante o pérdida de beneficios o expectativas de derechos que sufre el perjudicado de índole patrimonial (imposibilidad de utilizar las instalaciones), los daños corporales por muerte, lesión corporal o menoscabo de la salud o integridad física de las personas, y los daños morales³⁸ por las secuelas y sufrimientos físicos padecidos por el

³³ ARNAU MOYA, F.. *Op. cit.* Págs. 89-94.

³⁴ STS de 18 de junio de 1998.

³⁵ ORTI VALLEJO, A. *Op. cit.* Pág. 1.141. Sostiene que para estos daños si es necesaria la culpabilidad.

³⁶ SSTS 18 de junio de 1998 y 27 de enero de 1999.

³⁷ PERÁN ORTEGA, J. *La responsabilidad civil y su seguro*. Tecnos. Madrid, 1998. Págs. 45-46.

³⁸ SAP A Coruña núm. 262/2006 (Sección 3), de 14.07.06 (JUR 2006/229646). “**QUINTO** «Las Sentencias de esta Sala han reconocido que el daño moral constituye una noción dificultosa [TS. 22 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4089)], relativa e imprecisa [TS. 14 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8970) y 5 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8367)]. Iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual [TS.

9 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2403), 27 de julio de 1994 (RJ 1994, 6787), 22 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8097), 14 de mayo (RJ 1999, 3106) y 12 de julio de 1999 (RJ 1999, 4770), entre otras], adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del "pretium doloris" y los ataques a los derechos de la personalidad. Cierto que todavía las hipótesis más numerosas se manifiestan en relación con las intromisiones en el honor e intimidad (donde tiene reconocimiento legislativo), los ataques al prestigio profesional [Sentencias 28 de febrero (RJ 1995, 686), 9 (RJ 1994, 9433) y 14 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10110)], propiedad intelectual (igualmente con regulación legal), responsabilidad sanitaria [TS. 27 de enero de 1997 (RJ 1997, 21), 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10161) y 24 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7272)] y culpa extracontractual (accidentes con resultado de lesiones, secuelas y muerte), pero ya se acogen varios supuestos en que es apreciable el criterio aperturista (con fundamento en el principio de indemnidad), ora en el campo de las relaciones de vecindad o abuso del derecho (TS. 27 julio 1994), ora con causa generatriz en el incumplimiento contractual [TS 12 de julio de 1999, 18 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8412), 22 de noviembre de 1997, 20 de mayo y 21 de octubre de 1996 (Ar. 3793 y 7235)], lo que, sin embargo, no permite pensar en una generalización de la posibilidad indemnizatoria. [...] La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (TS. 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996 y 24 de septiembre de 1999). La reciente Jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (TS. 23 de julio de 1990), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia [TS 6 de julio de 1990 (RJ 1990, 5780)], la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (S. 22 mayo 1995 [RJ 1995, 4089]), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente [TS 27 enero 1998 (RJ 1998, 551)], impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (S. 12 julio 1999 [RJ 1999, 4770])», para estimar que sí debe indemnizarse la demora producida por el retraso en un transporte aéreo.-Es cierto, como cita la resolución apelada, que la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9736) reitera la doctrina de que el daño moral es un concepto estricto, que no comprende aspectos de daño material, de tal forma que si la lesión afecta a la esfera patrimonial, no puede pretenderse que además atenta a la espiritual, por lo que no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial.-Sin embargo la doctrina contenida en esta última resolución no puede llevarse a extremos a los que no es aplicable. La regla general es que cuando estamos en presencia de meros daños patrimoniales, el resarcimiento de estos colma el derecho a la indemnidad. Sin embargo, existen supuestos admitidos jurisprudencialmente en que el daño material ocasiona además un daño moral. Y el párrafo segundo del artículo 1107 del Código Civil (LEG 1889, 27) obliga a indemnizar «todos» los daños y perjuicios. No solo los materiales, sino también los morales cuando conste que se han producido.-Y ejemplos clásicos de daños materiales que además ocasionan un daño moral es la pérdida de la vivienda habitual [TS 10 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 9517), 4 de febrero de 2005 (RJ 2005, 915), y 11 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8289), por citar las más recientes]. La vivienda es un elemento esencial en la vida de una familia, donde se desarrolla la vida familiar, la intimidad y los actos más personales. La vivienda, que suele ser la inversión más importante en la vida de una familia media, se convierte así en un bien esencial para el desarrollo personal y familiar. Y reflejo de tal sentimiento es que el legislador le ha otorgado una especial protección, tanto el constitucional como el ordinario, impidiendo a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado la entrada en la misma si no es con un mandamiento judicial, tipificando delitos específicos (allanamiento de morada), agravando otros si se produce en un hogar habitado, protegiéndola de una forma singular en el supuesto de ejecuciones hipotecarias, regulando administrativamente sus condiciones, etcétera. El que una persona vea como su vivienda puede perderse no sólo significa la destrucción de un objeto material cuya adquisición normalmente le ha costado bastantes esfuerzos, sino que conlleva la pérdida de su mobiliario, sus ropas y sus recuerdos. En ella se encierra su vida y la de su

perjudicado, ya que aunque carecen de repercusión sobre el patrimonio, inciden en la vertiente psicológica del perjudicado.

740.- El Tribunal Supremo ha mantenido la reparación in natura o específica y la reparación económica como formas del resarcimiento al perjudicado, tanto en la responsabilidad contractual, como en la extracontractual, ya que en nuestro derecho positivo no existen reglas generales sobre la indemnización de daños y perjuicios. La primera, se lleva a cabo mediante la realización de las obras necesarias para la eliminación y reparación de los defectos constructivos, mientras que la segunda, restablece la posición económica del perjudicado a la

familia.- El informe pericial emitido establece que «durante varios meses... entró agua a raudales... permaneciendo las vivienda en el mismo estado lamentable. El agua de lluvia... causó estragos... y se pueden calificar como graves. No fueron unas simples humedades sino que se trató de una entrada de agua constante e intensa, constituyendo una auténtica inundación. Los vecinos permanecieron en sus casas para evitar daños mayores. Se puede afirmar, sin ningún género de dudas, que las viviendas afectadas no reunían las suficientes condiciones para su habitabilidad por las inundaciones continuas a las que estuvieron expuestas, el achique constante de agua que se vieron obligados a realizar durante meses, el estado insalubre de techos y paredes (continuamente mojados y posteriormente con moho), el alto grado de humedad ambiental, el deterioro del mobiliario y su contenido, etc. Sorprende que sigan vivienda en alguna de ellas en estas condiciones (sorprende incluso los relatos de sus propietarios que, para salvaguardar sus pertenencias achicando agua cada vez que llovía, llegaron a dormir bajo la lluvia con plásticos protectores e ir al baño con paraguas». Relato que es corroborado plenamente por las fotografías profusamente aportadas por todas las partes, y que resultan impactantes en cuando al grado de deterioro alcanzado en las viviendas.-Lo que se está exponiendo es que estas familias no sólo han visto dañado un bien patrimonial como es su vivienda, sino que además durante muchos meses han tenido que vivir en unas condiciones realmente lamentables, no sólo por insalubres, sino con el constante temor a la pérdida de sus viviendas y objetos, con unas inimaginables molestias al tener que cubrir todo con plásticos protectores, viéndose afectados no sólo por meras incomodidades derivadas de la realización de unas obras, sino que alteraron gravemente a su vida diaria. Situación fáctica que necesariamente ocasionó (y puede seguir ocasionando) un impacto o sufrimiento psíquico, impotencia al ver lo que acontece y que no se ofrece solución, ansiedad, angustia, zozobra, inquietud, pesadumbre e incertidumbre. No sólo se ha ocasionado un daño material, sino también un grave daño moral. Por lo que sí es procedente la indemnización por este concepto.-En lo que se refiere a la cuantificación, no se oculta que es una de las dificultades, ante la falta de unos parámetros objetivos. La petición de la parte, ser indemnizada a razón de trescientos euros mensuales, como una supuesta correspondencia con el alquiler de una vivienda, que multiplica por 16 mensualidades para obtener un resultado indemnizatorio de 4.800 euros no puede compartirse. Se indemniza el daño moral, no el material de alquiler de otra vivienda; y las obras no duraron esos meses. Es por ello que la Sala considera que debe indemnizarse en la cantidad alzada de tres mil euros por vivienda.

situación anterior al daño. La reparación in natura o específica³⁹ es preferida a la reparación económica que tiene carácter subsidiario cuando no es posible la primera. Los nuevos daños que se manifiesten como consecuencia de la realización de las obras de reparación o la agravación de los recogidos en la sentencia, podrán ser objeto de un nuevo pleito⁴⁰, al no darse la triple identidad de cosas, causas y personas que exige el artículo 222 LEC.

741.- El artículo 1.591 C. C. no establece la legitimación activa, ha sido la doctrina la que unánimemente la ha reconocido al comitente o dueño de la obra⁴¹, a los adquirentes, a los subadquirentes y a las comunidades de propietarios. El Tribunal Supremo⁴² concede a dichos legitimados la acción directa, lo que supone una excepción al principio de relatividad de los contratos, que se justifica porque se ven afectados por éstos y por la larga duración de la garantía que impone el precepto, También queda incluido en dicha legitimación el promotor⁴³, que es la persona ligada contractualmente con los profesionales intervinientes. La acción puede dirigirse contra el constructor que responde por hecho propio y por hecho ajeno de las personas que ocupe en la obra (artículo 1.596 C. C.), los técnicos (proyectista, director de obra y director de la ejecución

³⁹ SSTs de 12 de noviembre de 1976, 3 de julio de 1989, 21 de octubre de 1990 y 12 de diciembre de 1990 (RJ 1990\9999),

⁴⁰ ARNAU MOYA, F.. *Op. cit.* Pág. 119.

⁴¹ ARNAU MOYA, F.. *Op. cit.* Págs. 128 y 136. Con posterioridad a la venta del edificio el promotor no puede accionar el art. 1.591 C. C., solo la acción de cumplimiento del art. 1.101 y ss.

Son varias la teorías que pretenden justificar la legitimación del subadquirente, pero entre ellas prevalece la teoría de la acción directa reconocida doctrinal y jurisprudencialmente, que encuentra justificación entre la vinculación existente entre el contrato inicial de arrendamiento de obra y los sucesivos contratos de compraventa.

⁴² STS de 5 mayo de 1961.

ESTRUCH ESTRUCH, J. *Las responsabilidades en la construcción: Regímenes Jurídicos y Jurisprudencia.* Thomson. Madrid, 2003. Págs. 332-341 y 353-371.

⁴³ STS de 21 de junio de 1999.

de la obra), el promotor (incluidos el promotor de comunidades y el gestor de cooperativas), los suministradores y los subcontratistas⁴⁴.

3.2. RESPONSABILIDAD EN LA LOE.

742.- En la actualidad, el régimen fundamental de responsabilidad en la edificación es el establecido en los artículos 17, 18 y Disposición Adicional Séptima de la LOE, referido a los daños materiales que sufre el edificio como consecuencia de los vicios y defectos de la obra. La doctrina no es pacífica respecto a la naturaleza del artículo 17 LOE⁴⁵, pero independientemente de las consideraciones que se hagan acerca de la naturaleza de dicha responsabilidad, esta cuestión ha quedado un tanto relegada al establecer el artículo 18.1 LOE el plazo de prescripción de las acciones, motivo fundamental de discusión sobre el carácter contractual o extracontractual de la misma.

743.- El artículo 2 de la LOE atribuye la consideración de edificación⁴⁶ a cualquier nueva construcción, salvo las obras menores excluidas de proyecto a las que el artículo 2.2.a) exige que tengan escasa entidad constructiva, que sean técnicamente sencillas, que no tengan carácter residencial ni público, y que se desarrollen en una sola planta, lo que hace que sean pocas las obras que escapen al régimen de responsabilidad de la LOE. Existen pocas razones para excluir del

⁴⁴ LUCAS FERNÁNDEZ, F.. “Comentario al artículo 1591”. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dir. ALBADALEJO. *Revista de Derecho Privado*. Págs. 320-1. ARNAU MOYA, F. *Op. Cit.* Págs. 166-8. El Tribunal Supremo utiliza diferentes justificaciones para imputar la responsabilidad al subcontratista como son su sujeción a *lex artis*, la adquisición de los adquirentes de la legitimación que tenía el constructor frente al subcontratista, la responsabilidad extracontractual y la acción directa.

⁴⁵ A favor ARNAU MOYA, F. *Op. cit.* Pág. 196 y ORTI VALLEJO, A. *Op. cit.* Págs. 1.164-5. Sostiene el autor que no es suficiente el que el derecho para que los adquirentes reclamen sea otorgado por la Ley para considerarla como de naturaleza legal, cita a CASTRO BOBILLO y a GONZÁLEZ POVEDA. En contra RUÍZ-RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M., *Op. cit.* Pág. 89 y MARTINEZ MÁS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, CISS. Valencia, 2000, págs. 139 y 160. ÁLVAREZ OLLLA, P. *Op. cit.* Pág. 42. Sostiene que la naturaleza de la responsabilidad del art. 17 LOE es mixta, contractual y extracontractual.

⁴⁶ ORTI VALLEJO, A. *Op. cit.* Pág. 1.115.

régimen de responsabilidad general de la LOE las obras menores y las obras de reforma, ampliación o rehabilitación⁴⁷, debiendo tener dicho régimen alcance general salvo que se establezca algún régimen específico, por lo que corresponde aplicar el régimen de responsabilidad de la LOE tanto directamente como por analogía.

Existen diversas obras que no cabe incluirlas en el término edificación utilizado por la LOE, por cuanto no tienen cabida dentro del concepto restringido de edificio, son las grandes obras inmobiliarias, tales como diques, presas autopistas, etc., que tienen cabida en una actividad más amplia que es la construcción. Dichas obras aunque literalmente excluidas del artículo 1.591 C. C., han sido consideradas por la jurisprudencia incluidas en dicho régimen. Sin embargo, aunque la responsabilidad de los agentes de la edificación se delimite en base a las obligaciones que les impone la LOE, que sigue el criterio jurisprudencial del artículo 1.591 C. C., cabe plantearse si éstas obras quedan incluidas dentro del ámbito objetivo de la LOE o por el contrario quedan fuera, y si quedan fuera, cuales serían los plazos de garantía y de prescripción. A pesar de que la SAP de Barcelona de 29 de marzo de 2005 (JUR 2005\124993), aplica a las construcciones que no sean edificaciones la doctrina del artículo 1.591 C. C., considero que dichas construcciones distintas de los edificios deben estar incluidas dentro del ámbito objetivo de la LOE, por cuanto, ésta ha venido a actualizar la desfasada regulación del Código Civil⁴⁸, debiendo entender que la acepción de la palabra edificación utilizada por la LOE, también queda referida en sentido figurado a las construcciones.

744.- El artículo 17 abandona el concepto de ruina y establece como supuesto de hecho la existencia de daños materiales causados al edificio por vicios o defectos

⁴⁷ RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M., *Op. cit.* Págs. 46-7.

⁴⁸ CASTRO BOBILLO, J.C. “Del art. 1.591 del C.C. a la Ley de Ordenación de la Edificación”. *AC*, 2001. Nº. 12. Págs. 440-2.

de la edificación. Dichos daños pueden ser de diferentes tipos, según que los elementos afectados sean estructurales, constructivos e instalaciones que incumplan los requisitos de habitabilidad del edificio, o de terminación y acabado.

745.- Los defectos generadores de responsabilidad pueden ser de tres tipos: a) estructurales (artículo 17.1.a), para los que se requiere además de la existencia del defecto, que éste, comprometa la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio, sin que para ello, sea necesario que la ruina genere el derrumbamiento del edificio (ruina potencial), de no darse este requisito, no podría incluirse en este grupo, aunque, si en otros con un plazo de garantía menor, siendo necesario que se manifieste en el plazo de diez años a partir de la recepción definitiva del edificio por el promotor⁴⁹; b) de habitabilidad (artículo 17.1.b), que incumplen los requisitos del artículo 3.1.c), que comprenden todos los defectos que el TS incluyó dentro del concepto de ruina funcional⁵⁰ (defectos relativos a los requisitos de las letras a, b2 y b3 del artículo 3.1. LOE), para los que existe un plazo de responsabilidad de tres años (artículo 17.1.b y c) se corresponden con los defectos de ejecución que afecten a la terminación o acabado⁵¹ de las obras que supongan daños de escasa cuantía e imperfecciones corrientes, para los que

⁴⁹ ORTI VALLEJO, A. *Op. cit.* Pág. 1.154. Sostiene que tienen cabida en este grupo aquellos defectos que sin afectar a un elemento estructural comprometen la estabilidad del edificio.

⁵⁰ Art. 3.. LOE:...A) Relativos a la funcionalidad: A.1) Utilización, de tal forma que la disposición y las dimensiones de los espacios y la dotación de las instalaciones faciliten la adecuada realización de las funciones previstas en el edificio. A.2) Accesibilidad, de tal forma que se permita a las personas con movilidad y comunicación reducidas el acceso y la circulación por el edificio en los términos previstos en su normativa específica. A.3) Acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información de acuerdo con lo establecido en su normativa específica. A.4) Facilitación para el acceso de los servicios postales, mediante la dotación de las instalaciones apropiadas para la entrega de los envíos postales, según lo dispuesto en su normativa específica.- B) Relativos a la seguridad:...B.2) Seguridad en caso de incendio, de tal forma que los ocupantes puedan desalojar el edificio en condiciones seguras, se pueda limitar la extensión del incendio dentro del propio edificio y de los colindantes y se permita la actuación de los equipos de extinción y rescate. B.3) Seguridad de utilización, de tal forma que el uso normal del edificio no suponga riesgo de accidente para las personas.

⁵¹ RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M., *Op. cit.* Pág. 203.

existe un periodo de garantía de un año a partir de la recepción definitiva de la obra, sean ocultos o aparentes, siendo esta responsabilidad imputable al constructor, al que el artículo 17.1 establece una presunción de culpa, disponiendo éste de la acción de reembolso sobre el responsable.

746.- Los plazos a que se refiere el artículo 17 LOE son plazos de garantía⁵². El defecto generador de la responsabilidad ha de producirse dentro del plazo que comienza con la recepción definitiva de la obra, disponiendo el perjudicado de dos años a partir de que se produzca el daño para el ejercicio de la acción (artículo 18.1 LOE). Dichos plazos, se ven reducidos con respecto a los del artículo 1.591 LOE, pasando de diez y quince años a diez años para los daños que afecten a los elementos estructurales, tres años para los daños que originen el incumplimiento del requisito de habitabilidad y un año para los daños que afecten a los elementos de terminación y acabado.

747.- Los criterios de imputación de la LOE⁵³ no se corresponden con los tipos de vicios del artículo 1.591 C. C.. La LOE, excepto en lo referente a la responsabilidad por hecho ajeno en el caso del jefe de obra y jefe ejecución de obra que deben responder de la veracidad del certificado final de obras, no establece criterios de imputación, por lo que hay que ir a las obligaciones establecidas en el capítulo segundo, junto a los criterios del artículo 17 y a los contratos⁵⁴. Las exenciones establecidas en el artículo 17.8 por daños

⁵² CASTRO BOBILLO, J.C. *Op. cit.* Pág. 421. Los edificios proyectados con una duración inferior al plazo de garantía y prescripción de las acciones, tendrán por dicho plazo el periodo de vida previsto para ellos.

RUÍZ-RICO RUÍZ, J.M..*Op. cit.*. Págs. 182-3.

⁵³ RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M.. *Op. cit.*. Págs. 120 y132 y ss. Sostiene que existe un único criterio de imputación común a todos los agentes que es la participación constructiva del edificio, operado las obligaciones de dichos agentes a operar para la asignación de responsabilidades en las relaciones internas.

⁵⁴ RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M.. *Op. cit.*. Págs. 162 ss. La LOE ha dado un paso más con la finalidad confesada de proteger a los adquirentes de viviendas o inmuebles construidos y ha establecido dos novedades fundamentales: una, la responsabilidad objetiva de todos los

ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño han de quedar necesariamente referidas a conductas y actos posteriores a la recepción, en otro caso supondría una modificación del sistema de riesgos⁵⁵ del Código Civil.

748.- Estamos ante una imputación del riesgo de carácter contractual, fundamentalmente por mal cumplimiento de las obligaciones contractuales⁵⁶, excepto para los suministradores de los productos que solo deben responder por culpa. Se trata de una responsabilidad objetiva⁵⁷, aunque no absoluta, ya que no es suficiente que el demandado, a quién corresponde la carga probatoria⁵⁸, demuestre la diligencia observada, sino que es necesario probar el acaecimiento de un evento de fuerza mayor, caso fortuito o de un acto de tercero o del propio perjudicado (artículo 17.8º LOE).

749.- La Ley también contempla la presunción de nexo de causalidad en las relaciones externas, por cuanto una vez producido el daño, responderán dichos agentes por el solo hecho de haber intervenido en la construcción. Con este planteamiento se va más allá que con la responsabilidad objetiva al no tener que individualizarse la conducta causante del daño, siendo suficiente con probar la

agentes, incluidos los técnicos, y; dos, ha ampliado hasta tal punto el ámbito de actuación de los mismos, que ha prescindido en las relaciones externas de los criterios tradicionales de imputación del art. 1.591 C. C.. Hoy, cualquier defecto constructivo que se manifieste en los preceptivos plazos de garantía, se presume producido (presunción de nexo), no solo por el promotor o constructor, sino también por cualquiera de los técnicos.

⁵⁵ ORTI VALLEJO, A. *Op. cit.* Pág. 1.162.

⁵⁶ ORTI VALLEJO, A. *Op. cit.* Pág. 1.162.

⁵⁷ STS de 8 de octubre de 1996.

RUÍZ RICO RUÍZ, J.M.. *Op. cit.* Págs. 104-5. En contra ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M.. *Op. cit.* 577. Considera el autor un régimen próximo a la responsabilidad objetiva, por contemplar exclusiones de la responsabilidad como el caso fortuito.

⁵⁸ Dicha carga probatoria se basa en el dictamen del perito que no es ni más ni menos que la opinión escrita que éste emite sobre el informe sometido a su estudio.

sola existencia de los daños y su producción dentro del periodo de garantía. El demandante podrá interponer la acción ante cualquiera de los agentes de la edificación, quienes deben probar⁵⁹ la causa de dichos daños para su absolución y su grado de participación (para que sea condenado en dicha proporción). En caso de que no pruebe alguna de ambas cosas podrá ser condenado a la totalidad de la reparación de los daños, sin perjuicio de repetir contra los demás partícipes en la edificación.

750.- Al igual que el régimen del artículo 1.591 C.C. las cláusulas de exoneración de la responsabilidad son nulas, al menos en las relaciones externas, por tratarse de interés público que persigue proteger la seguridad y habitabilidad de las viviendas

751.- El artículo 17 LOE no menciona a todos los agentes que contempla la Ley en el capítulo tercero, pero el hecho de que no sean mencionados no les exonera de dicha responsabilidad⁶⁰. A mi juicio, todos los partícipes en el proceso edificatorio son legitimados pasivos en la responsabilidad del artículo 17, con independencia de que estén contemplados o no en el capítulo tercero de la LOE, donde solo se menciona al promotor, al proyectista, al director de la obra, al director de la ejecución de la obra y al constructor que a su vez le hace responder por los subcontratistas y por las deficiencias de los productos de construcción, quedando fuera los suministradores y las entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación.

⁵⁹ ÁLVAREZ OLALLA, P.. *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*. Comares. Granada, 1999. Págs. 96-101. El actual art. 17 de la LOE y el antiguo art. 1.591 C. C., establece una inversión de la carga de la prueba, en el sentido en que el demandante solo tiene que probar que se ha producido el daño material en el edificio.

⁶⁰ ARNAU MOYA, F.. *Los vicios de la Construcción (Su régimen en el Código Civil y en la LOE)*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. Pág. 143.
CORDERO LOBATO, E.. *Op. cit.* Pág. 321.

752.- El artículo 17.1 LOE concede la legitimación activa a los propietarios o terceros adquirentes de los edificios o de parte de los mismos, en caso de que sean objeto de división. Este último caso, está especialmente referido para aquellos edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal, correspondiendo la legitimación a los propietarios respecto a los bienes privativos, y a los copropietarios y comunidad, representada por el presidente, respecto de los bienes comunes⁶¹ (artículo 13.3 LOE). Aquellos usuarios que no ostente título de propiedad alguno sobre el edificio (artículo 16,2º párrafo LOE), tendrán que exigir la responsabilidad al propietario, dependiendo del tipo de relación que les ligue, que generalmente será un contrato de arrendamiento, siendo éste, el que tenga que repetir contra los agentes de la edificación por la defectuosa construcción.

753.- La regla general de la responsabilidad del artículo 17.2 LOE, es la responsabilidad personal individual⁶² o mancomunada si se ha conseguido determinar el grado de participación en la producción de los vicios, tanto por hechos u omisiones propios como por personas por las que deba responder. Esta última, opera tanto en las relaciones externas como en las internas. Excepcionalmente, cuando no se pueda individualizar la causa de los daños o el grado de intervención de culpa, la responsabilidad será solidaria, incluyendo entre los responsables al promotor, a pesar de que no intervenga en la ejecución de la obra, lo que le convierte en garante⁶³, restringiéndose de esta manera el

⁶¹ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. cit.*. Págs. 312-4. También está legitimado el copropietario en régimen de propiedad horizontal para exigir responsabilidad por vicios o defectos constructivos que afecten a elementos comunes. MARTINEZ ESCRIBANO, C.. *Op. cit.*. Pág. 143.

⁶² RUÍZ RICO RUÍZ, J.M.. *Op. cit.*. Págs. 115-117 y ss. Sostiene que la regla de la individualización opera solo en las relaciones internas y que las externas están presididas por el principio de presunción de la solidaridad, ya que además de probar frente al actor que su participación fue escasa o nula, necesita probar la individualización de los sujetos causantes y de ser varios el grado de intervención. Por tanto, la regla de la individualización operará siempre en las relaciones internas, estando las externas presididas por la solidaridad.

⁶³ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.. *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*. Lex Nova. Valladolid, 2004. Págs. 168-169.

alcance que se venía dando a la solidaridad en el artículo 1.591 C .C.. El Tribunal Supremo fundamenta la responsabilidad solidaria del promotor en el mismo criterio jurisprudencial que venía aplicando en el régimen del artículo 1.591 C. C., que era, la finalidad lucrativa⁶⁴ perseguida con su participación en la actividad de la edificación.

754.- Frecuentemente, los legitimados activamente no sabrán si dicha responsabilidad es individual o solidaria, y en este último caso, quienes son los sujetos responsables, pero a pesar de ello, no se podrá excepcionar el litisconsorcio pasivo necesario. El demandado tiene dos vías para resarcirse del responsable último:

a) Llamándolo al proceso mediante lo establecido por la Disposición Adicional Séptima LOE⁶⁵, de tal manera que si se presenta, la acción de regreso se ejercita en el mismo proceso, pudiendo excepcionar lo que considere oportuno, con ello, se consigue dilucidar en un solo proceso quién es el

SSTS de 1 de octubre de 1991 y 13 de octubre de 1999.

⁶⁴ SSTS de 21 de febrero de 2000 y 8 de octubre de 2001.

⁶⁵ “quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la presente Ley, podrá solicitar, dentro del plazo que la Ley de Enjuiciamiento civil concede para contestar a la demanda que ésta se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso.

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

El art. 14 LEC, establece que la intervención provocada comprende el supuesto en que la ley permite al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso.

MILÁ RAFAEL, R.. “Comentario a la STS 27.2.2004”. *Indret*. Barcelona, 4/2006. El criterio usado hasta la fecha por el TS suponía que la sentencia determinante de la responsabilidad solidaria no produce efectos de cosa juzgada con respecto a los no demandados, por lo que los demandados pueden tratar de resolver en vía de regreso los problemas de calificación o incluso de exención de responsabilidad. La DA 7ª LOE contribuye a evitar la duplicidad de procesos con la “llamada en garantía” que atribuye al demandado la facultad de solicitar, dentro del plazo previsto en la LEC, que se notifique la demanda a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el proceso constructivo, con la advertencia de que en el supuesto de que no comparecieren, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a todos.

RUÍZ RICO RUÍZ, J.M.. *Op. cit.*. Págs. 126 ss.

responsable de los daños y por qué importe, y si no se presenta, no podrá excepcionar nada en la posterior acción de repetición que el demandado ejerza contra éste. Esta llamada será ejercitada fundamentalmente por el promotor para dilucidar en el mismo procedimiento los verdaderos causantes del daño.

b) Ejercitando la acción de repetición (artículo 18.2 LOE) contra el responsable último, en caso de no llegarse a conocer las causas concretas que originan los daños, el reparto de la reparación de éstos, se hará por partes iguales entre todos los intervinientes en el proceso constructivo (artículo 1.138 C. C.), pero a diferencia de las relaciones externas, habrá de cumplir los requisitos de responsabilidad subjetiva, prueba del daño, nexo causal y acción y omisión culposa.

755.- Este derecho de repetición se reconoce de forma particular a los siguientes agentes⁶⁶: 1º) al proyectista que contrate los cálculos, estudios, dictámenes o informes a otros profesionales (artículo 17.5, párrafo 2º LOE); 2º) al constructor que subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, o de las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él (artículo 17.6, párrafo 2 y 3 LOE); c) al director de obra, que acepte un proyecto que no haya sido elaborado por el mismo (artículo 17.7, párrafo 2º LOE), y; d) al agente que ha respondido, frente al resto de codeudores solidarios que no han sido objeto de reclamación por el perjudicado.

756.- El artículo 18 LOE, establece los plazos de prescripción de las acciones de responsabilidad, así como de la acción de repetición. El primer plazo es de dos años a partir de la aparición del vicio o defecto que ha de tener lugar durante el

⁶⁶ ARNAU MOYA, F.. *Op. cit.* Pág. 289.

periodo de garantía. El segundo plazo, también es de dos años contados a partir de que la sentencia o la transacción que devenga firme.

757.- Los daños por los que se responde en el ámbito del artículo 17 LOE son la eliminación de los defectos que adolezca el edificio y la reparación de los daños que dichos defectos hayan provocado en el mismo, quedando excluidos los daños personales, morales, gastos indirectos, los incumplimientos contractuales y el lucro dejado de percibir, para cuya reclamación hay que recurrir a otros regímenes de responsabilidad. La cobertura del artículo 17.1 LOE ha supuesto una restricción⁶⁷ en cuanto a los daños protegidos del artículo 1.591 CC, ya que dicho artículo protegía todos los daños y perjuicios causados por ruina.

758.- Los daños resarcibles por el artículo 17 LOE vienen a coincidir con el daño asegurable ex artículo 19 LOE. Para los daños no comprendidos dentro de la Ley⁶⁸, no se le aplica dicho régimen especial, pero ésta establece la compatibilidad de las responsabilidades ex artículo 17 LOE con las acciones derivadas del contrato de compraventa, incluso las acciones por vicios ocultos ex artículo 1.484 y siguientes del CC (artículo 17.9 LOE), por lo que nos vamos a

⁶⁷ ARNAU MOYA, F.. *Op. cit.* Págs. 206-10. El fundamento de esta reducción puede obedecer a que el legislador español ha querido compensar el plus de protección que supone para los perjudicados la objetivación de las responsabilidades en la LOE, frente al sistema de presunción de culpa del sistema del art. 1.591 CC.

⁶⁸ Estos daños son los siguientes: a) los daños corporales u otros perjuicios económicos distintos de los daños materiales que garantiza la ley; b) los daños ocasionados a inmuebles contiguos o adyacentes al edificio; c) los daños causados a bienes muebles situados en el edificio; 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; e) los daños ocasionados por modificaciones por mal uso o falta de mantenimiento adecuado del edificio; f) los gastos necesarios para el mantenimiento del edificio del que ya se ha hecho la recepción; 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; 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; j) los daños materiales en aquellas construcciones que la propia ley excluye de su ámbito de aplicación.

encontrar con dos regímenes de responsabilidad diferentes: una responsabilidad objetiva para los daños materiales causados en el edificio, acompañada de una presunción de causalidad y una responsabilidad de tipo subjetivo o por culpa que se aplicará al resto de daños patrimoniales y personales originados por los vicios contractivos.

759.- El artículo 17 no establece la forma en que ha de repararse el daño, solo el artículo 19.6 LOE establece que 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, por lo que fuera del aseguramiento hay que elegir entre aplicar la reparación en forma específica (in natura) o la indemnización por equivalente, para lo cual, la jurisprudencia del régimen del artículo 1.591 C.C. ha venido aplicando preferentemente la reparación in natura, siempre que fuera posible, quedando subsidiariamente el pago, cuando no fuera posible la reparación o esta se hubiera efectuado previamente por necesidad.

3.3. RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD DEL TRLGDCU.

3.3.1. Régimen de los artículos 136, 137 y 138 por productos defectuosos.

760.- Quedan sometidos al régimen de responsabilidad por productos defectuosos los daños causados por bienes muebles incorporados a un inmueble (artículos 135 y 466 TRLGDCU). Estos daños han de tener causa en defectos de productos que pueden ser de diseño, de información y fabricación (artículo 137 TRLGDCU).

Este régimen comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados como es la vivienda, y que en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado (artículo 129.1

TRLGDCU). Quedan excluidos los daños en el propio producto defectuoso⁶⁹, los daños a inmuebles que no tengan un uso privado (local comercial) y los daños morales.

761.- Los daños causados por el producto defectuoso al inmueble, quedan cubiertos por este régimen, al no tener este último, la consideración del propio producto.

La responsabilidad civil global del productor por muerte y lesiones causadas por productos idénticos que presenten el mismo defecto tiene como límite la cantidad de 63.106.270,96 euros con una franquicia de 390, 66 euros (artículo 141 TRLGDCU), aplicables solo a los daños indemnizables bajo este régimen, no así, para los reclamables bajo las reglas generales de la responsabilidad⁷⁰.

Las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad civil prevista en el Libro tercero de dicha norma son ineficaces (artículo 130 TRLGDCU), consideradas abusivas en el ámbito de los consumidores y usuarios (artículo 82.4.b TRLGDCU).

762.- Este régimen deja a salvo las acciones contractuales o extracontractuales que pudieran corresponder al perjudicado para la reclamación de los daños no incluidos en él (artículo 128.1 TRLGDCU), tal como sucede con los daños morales (artículo 129.1 TRLGDCU).

763.- El inmueble no tiene la consideración de producto (artículos. 136 y 138 TRLGDCU) por lo que no se le aplicará el régimen de responsabilidad previsto

⁶⁹ SAP Asturias de 9.3.2009

⁷⁰ GUTIERREZ SANTIAGO, P.. *Daños causados por Productos defectuosos (Su régimen de Responsabilidad Civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias)*. Thomson. Cizur Menor (Navarra), 2008. Pág. 119.

en los artículos 135 y siguientes para los productos defectuosos. El constructor y el promotor responderán conforme al régimen de responsabilidad del artículo 17 LOE.

764.- En el régimen de los productos defectuosos comprenden daños corporales y daños materiales a otros bienes. La reclamación de estos daños por consumidores contra el suministrador debe hacerse por el régimen de la responsabilidad por productos defectuosos. Los daños no incluidos en la LOE reclamados por el comitente y los propietarios deberán de hacerse conforme a las reglas de la responsabilidad contractual, y los reclamados por terceros, conforme a las reglas de la responsabilidad extracontractual.

765.- La legitimación pasiva corresponde a los productores (artículo 135 TRLGDCU) por los daños causados por los defectos de los productos que fabrica o exporta. Los artículos 5 y 138 los identifican con el fabricante del bien, el prestador del servicio o su intermediario, el importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, proveedores y a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, envoltorio o cualquier otro elemento de protección, presentación o servicio, su nombre, marca u otro signo distintivo. Considera que los proveedores no tienen la información ni los conocimientos necesarios para saber si el producto es defectuoso⁷¹, haciéndolos responsables solo cuando no identifica al productor del producto en el plazo de tres meses, por lo que se trata de una responsabilidad subsidiaria, pero es responsable directo cuando haya suministrado el producto a sabiendas de que es defectuoso (artículo 146 TRLGDCU), pudiendo ejercitar la acción de repetición contra el productor.

⁷¹ PARRA LUCÁN, M.A.. “Comentario artículo 138”. *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2009. Pág. 1.679.

766.- Este régimen es compatible⁷² con el del artículo 17 LOE, sin embargo, presenta el problema de que el perjudicado podrá reclamar la reparación de los daños por dos vías simultáneamente⁷³, la primera contra el constructor conforme a la LOE, la segunda contra el productor del elemento de construcción al amparo del TRLGDCU.

767.- El periodo de prescripción (artículo 143 TRLGDCU) es de tres años a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, siempre que se conozca al responsable. Dicho daño ha de manifestarse en el plazo de diez años desde la fecha en que el producto causante del daño se puso en circulación (artículo 144 TRLGDCU), transcurrido dicho plazo se extingue la responsabilidad salvo que se haya iniciado la correspondiente reclamación judicial. Este plazo no es de caducidad por cuanto no se computa desde el nacimiento al derecho a la acción, tampoco es de garantía por cuanto no se trata de que el daño haya de producirse en dicho plazo, se trata de un plazo para el ejercicio de la acción dentro del cual debe iniciarse ésta⁷⁴. La acción de repetición de quién pago la indemnización sobre los responsables es de un año a partir del día en que es pago.

768.- El artículo 139 TRLGDCU referido a la prueba estable que el perjudicado tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos, sin hacer referencia alguna a la naturaleza objetiva⁷⁵ de dicha responsabilidad. A pesar de ello, no es necesaria la prueba de la negligencia de la persona que causó el daño para ser responsable del mismo, si bien es cierto, que el carácter objetivo

⁷² RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M.. *Op. cit.*. Pág. 348.

⁷³ PARRA LUCÁN, M.A.. “Comentario artículo 136”. *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2009. Pág. 1.654.

⁷⁴ PARRA LUCÁN, M.A.. *Op. cit.*. Pág. 1.714.

⁷⁵ GUTIERREZ SANTIAGO, P.. *Op. cit.*. Pág. 129.

de la responsabilidad por productos defectuosos no es absoluto, ya que el artículo 140 TRLGDCU establece las causas de exoneración⁷⁶ de dicha responsabilidad. Cuando el edificio se destine a vivienda el régimen de responsabilidad por productos defectuosos por daños derivados de defectos en los materiales de construcción concurre con el artículo 149, sin embargo, debe aplicarse el primero por su especialidad.

3.3.2. Régimen del artículo 148 para los servicios de rehabilitación y reparación de vivienda.

769.- Los daños causados por servicios de rehabilitación y reparación de viviendas defectuosos son resarcibles en virtud del régimen del artículo 148 TRLGDCU. Aunque este régimen no exige que los daños no tengan cobertura específica por otro⁷⁷, solo será alegable por el consumidor cuando no disponga de otra cobertura específica. Al igual que el del artículo 149, este régimen está limitado solo a viviendas. En principio podría parecer razonable la simultaneidad

⁷⁶ Artículo 140 TRLGDCU. Causas de exoneración de la responsabilidad.

1. El productor no será responsable si prueba: a) que no había puesto en circulación el producto. a) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto; b) que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial; c) que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes, y; d) que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto.

2. El productor de una parte integrante de un producto terminado no será responsable si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto.

3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e.

⁷⁷ PARRA LUCÁN, M^a. A.. “Comentario al artículo 148”. *Comentario del texto refundido de la Ley General par ala Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO. Aranzadí. Cizur Menor (Navarra), 2009. Págs. 1.752.

de este régimen con el del artículo 17 LOE para la reclamación de dichos daños⁷⁸. sin embargo, parece más razonable su aplicación a las obras de menor entidad que no encajen en el concepto de edificación del artículo 2 LOE.

3.3.3. Régimen de artículo 149 por la construcción y comercialización de vivienda.

770.- El TRLGDCU introduce en el artículo 149 un régimen de responsabilidad objetiva del constructor y de los promotores profesionales por daños causados por defecto en la vivienda cuando estos no sean resarcibles conforme a un régimen legal específico⁷⁹, lo que permite al perjudicado obtener la indemnización de determinados daños distintos a los incluidos en el régimen de responsabilidad del artículo 17 de la LOE (daños materiales a bienes de uso privado distintos al propio inmueble y daños corporales), pero sin llegar a proporcionar el derecho al resarcimiento de todos los daños y perjuicios derivados del amplio concepto de ruina definida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad ex artículo 1.591 C. C., quedando excluidos los daños morales, para los que el perjudicado deberá acudir a las acciones generales de responsabilidad contractual y extracontractual del Código Civil, cuyo ejercicio deja a salvo el artículo 128, 2º párrafo TRLCU. Este régimen tiene como ámbito objetivo los daños causados por defectos de la

⁷⁸ PARRA LUCÁN, M^a. A. *Op. cit.* Pág. 1.752.

⁷⁹ MILÁ RAFEL, R. “Artículo 149 del TRLCU: responsabilidad del constructor y el promotor por daños causados por la vivienda”. *INDRET*. Barcelona, 2009, Febrero. Págs. 5-7. Para el autor el art. 149 TRLCU carece de un precedente explícito en nuestro ordenamiento jurídico, pero su régimen jurídico puede deducirse del antiguo art. 28 LGDCU aplicable a los bienes inmuebles. Cuestiona el cambio de régimen jurídico del nuevo artículo respecto del de la ley refundida, la LGDCU, en el sentido de limitar su ámbito de aplicación a los inmuebles destinados a vivienda, por suponer un exceso del Gobierno en el ejercicio de la delegación legislativa. Asimismo, la aplicación de las disposiciones generales en materia de responsabilidad del Libro III del TRLCU a aquellos supuestos cubiertos por el art. 149 TRLCU, también podría suponer una alteración sustancial del régimen legal vigente con anterioridad a la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2007.

vivienda, no cubiertos por otro régimen específico con posterioridad al 1 de diciembre de 2007, quedando excluidos los inmuebles no destinados a vivienda.

771.- El artículo 149 del TRLCU se somete al régimen de responsabilidad objetiva del artículo 148 del mismo texto legal, que hace responder a los prestadores de servicios por los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios en el uso correcto de determinados servicios. Sólo cabe la exoneración de responsabilidad cuando la causa del daño haya sido el uso incorrecto del inmueble por parte del perjudicado. El artículo 148, párrafo 3º, TRLCU mantiene el límite indemnizatorio de 3.005.060,52 euros fijado en el antiguo artículo 28.3 LGDCU, por lo que la responsabilidad del constructor y promotor profesionales está limitada cuantitativamente a dicha cantidad.

772.- La legitimación activa corresponde a “todo perjudicado” con independencia de su consideración de consumidor, apartándose del artículo 25 LDGCU en la que se exigía que el perjudicado fuera a su vez consumidor o usuario del bien, viéndose ampliada la protección con respecto a la antigua Ley que excluía a los no consumidores. La legitimación pasiva corresponde al promotor y constructor inmobiliario siempre que actúen en el marco de una actividad empresarial. Entre ellos se encuentran las cooperativas de viviendas y los gestores de comunidades, quedando excluidos los autopromotores.

773.- El artículo 132 TRLGDCU impone la responsabilidad solidaria cuando son varios los responsables del daño con independencia de su contribución al mismo, sin perjuicio, del derecho de repetir frente al resto de corresponsables solidarios en las relaciones internas, mientras que el artículo 133 TRLGDCU establece la garantía del promotor y del constructor cuando prevé que se pueda exigir responsabilidad a éstos, aunque el daño se deba a la intervención de un tercero.

774.- Los daños resarcibles son los ocasionados por defectos de la vivienda que no estén cubiertos por un régimen legal específico y que reúnan los requisitos del artículo 128.2º y 129.1 que tienen carácter de disposiciones generales en materia de responsabilidad civil por bienes o servicios. A pesar de que son pocas las razones existentes para excluir del régimen de responsabilidad de la LOE las obras menores, de reforma, ampliación o rehabilitación, de considerarse excluidas, se puede recurrir a este régimen.

775.- El artículo 149 TRLCU no distingue entre clases de vicios o defectos constructivos causante del daño, solo limita la responsabilidad al inmueble destinado a vivienda, no a otra actividad diferente, y a que los daños causados en ella no estén sujetos a un régimen específico diferente⁸⁰. El daño ha de ser de naturaleza material o personal, excluyendo los daños morales (artículo 128,2º párrafo y 129.1º párrafo TRLCU). El daño emergente incluye los gastos por conceptos diferentes a la reparación o reposición de la vivienda dañada (traslado, alquiler sustitutivo, cambio de domicilio), gastos derivados de la muerte o lesiones corporales del propietario y ocupante (gastos médicos), daños materiales en bienes muebles de uso privado situados en la vivienda o fuera de ella y daños ocasionados a inmuebles contiguos siempre que sean vivienda quedando excluidos los destinados a otros usos. El lucro cesante incluye los beneficios dejados de obtener por daños en bienes que se destinen objetivamente al uso o consumo privado utilizados por el perjudicado (quedan excluidos alquileres e interrupciones de actividades profesionales) y los beneficios dejados de obtener como consecuencia de la muerte o de las lesiones causados por defecto de la vivienda (pérdida de renta y salarios).

⁸⁰ PARRA LUCÁN, M^a. A.. “Comentario al artículo 149”. *Comentario del texto refundido de la Ley General par ala Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO. Aranzadí. Cizur Menor (Navarra), 2009. Págs. 1757-61.

776.- El artículo 149 mejora la protección de los perjudicados, sobretodo, de los que carecen de vinculación contractual con el promotor o constructor con respecto a la LOE⁸¹, no obstante, el precepto no pretende restablecer el antiguo régimen de responsabilidad del artículo 1.591 C.C., ya que existen tres grandes limitaciones con respecto a los daños indemnizables, se aplican solo a vivienda, se excluyen los daños morales y los materiales en bienes no destinados a uso privado y la indemnización está limitada cuantitativamente.

777.- El TRLGDCU no establece el plazo de prescripción de la responsabilidad regulada por el artículo 149 ni por los artículos. 147 y 148, por lo que se ha de estar a los plazos establecidos en los artículos 1.964 y 1.968.2 de quince y de un año, respectivamente, para las acciones personales de responsabilidad contractual y extracontractual.

778.- Este régimen no es de aplicación cuando los daños causados por defectos de la vivienda: 1) estén cubiertos por el régimen de responsabilidad del artículo 17.1 LOE, o 2) tengan su origen en un defecto en los materiales de construcción incorporados al edificio, en cuyo caso se aplica el régimen de responsabilidad por daños causados por productos, que tiene carácter excluyente (artículos. 135 y ss. TRLCU). El perjudicado por daños causados por defectos en la vivienda puede ejercer las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual que el artículo 128, 2º párrafo, TRLGDCU deja a salvo, y en especial, deberá hacerlo si quiere obtener el resarcimiento de los daños excluidos del ámbito de protección de la LOE y del artículo 149 TRLGDCU, que son los daños morales y los daños materiales en bienes, distintos a la propia vivienda, destinados por el perjudicado a un uso profesional o empresarial.

⁸¹ MILÁ RAFAEL. *Op. cit.* Pág. 20.

3.4. VICIOS OCULTOS.

779.- El régimen de saneamiento por vicios ocultos establecido por los artículos 1.484 a 1.490 del C. C. (acciones redhibitoria y estimatoria) es de aplicación conforme al artículo 17.9 LOE y compatible con el artículo 1.591 C.C⁸²., cuando quién sufre el daño por vicios ocultos es el titular actual, adquirente del promotor⁸³. Este régimen, presenta el inconveniente del corto plazo de ejercicio de las acciones que es de solo seis meses (artículo 1.490 C. C.), sin embargo, a diferencia del artículo 17 LOE, el plazo comienza desde la perfección del contrato de compraventa, desligándose de la fecha de recepción por el promotor. También presenta el inconveniente de la limitación de la acción indemnizatoria para la reclamación de daños y perjuicios que queda supeditada a la mala fe del vendedor (artículo 1.486.2º C. C.), quedando excluida para el caso de culpa. Estas acciones son utilizadas para obtener una rebaja en el precio⁸⁴ (acción estimatoria), o bien, para desistir del contrato⁸⁵ (acción redhibitoria), cuando los defectos la hacen impropia para el uso a que se destina y que de haberlos conocido, el comprador no lo habría adquirido, o habría dado menos precio por ella, pero no permiten obtener la reparación de los desperfectos del inmueble.

780.- Si el promotor ha vendido el inmueble al propietario, éste podrá interponer contra él, tanto las acciones de saneamiento de la compraventa como las acciones

⁸² SSTs de 1 de julio de 2002 y de 23 de diciembre de 2001.

⁸³ RUÍZ RICO RUÍZ, J.M.. *Op. cit.*. Págs. 307. Las acciones edilicias se diferencian del art. 17 LOE, no solo en los defectos constructivos, también en los sujetos, las pretensiones y en el régimen probatorio.

⁸⁴ STS de 18 de marzo de 2004 (RJ 2004\1904).

En la compraventa de cosa específica, la entrega de cosa defectuosa, si bien es una insatisfacción del interés del acreedor no es un incumplimiento, los vicios preexistentes a la conclusión del contrato no entran en el terreno del incumplimiento, no legitiman al comprador para exigir su reparación, sino simplemente para obtener una reducción del precio.

⁸⁵ SAP Valencia de 29.05.00 (AC 2000|1703).

de responsabilidad del artículo 17 LOE⁸⁶, aunque las más ventajosas son estas últimas. Cuando el propietario lo ha comprado a un subadquirente y no han pasado los plazos de garantía del artículo 17 LOE, también podrá interponer las acciones edilicias y del artículo 17 LOE, si opta por las edilicias, el vendedor, podrá dirigirse contra los agentes de la edificación por los perjuicios patrimoniales causados por su actividad.

781.- El Tribunal Supremo ha admitido para la reparación de los vicios ruinógenos⁸⁷ el ejercicio de las acciones de los artículos 1.591 C.C., 17 LOE, 1.484 a 1.490 C. C. (acciones edilicias), y 1096, 1098, 1101 y 1124 C. C. (normas generales del incumplimiento contractual) cuando las deficiencias sean lo suficientemente importantes que conviertan inhábil el objeto del contrato. Para vicios no ruinógenos, ha admitido las acciones edilicias y las normas generales sobre incumplimiento contractual.

3.5. RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

782.- Al margen de los regímenes específicos citados anteriormente, se puede recurrir a las reglas generales del cumplimiento de las obligaciones, artículo 1.098.2^a para la acción de cumplimiento, 1.124 para el cumplimiento y resolución del contrato y 1.101 y siguientes para el resarcimiento de daños. El artículo 17.1 LOE deja a salvo las acciones contractuales que el perjudicado

⁸⁶ RUÍZ RICO RUÍZ, J.M.. *Op. cit.*. Págs. 311-3. En contra ORTI VALLEJO, A. *Op. cit.* Pág. 1.177-8. El autor sostiene que no habiendo transcurrido los plazos de responsabilidad de la LOE y siendo los defectos originarios de la construcción el adquirente no podrá demandar a su vendedor, pudiendo alegar el primero falta de legitimación pasiva en base al art. 17 LOE, teniendo que ir directamente contra los interviniente en la construcción, excepto que ejercite la acción redhibitoria que solo cabe frente a quién vendió o que los vicios se hayan producido por circunstancias posteriores a la recepción.

⁸⁷ ARNAU MOYA, F.. *Op. cit.* Págs. 106-13 y 278.

podiera tener por daños y perjuicios⁸⁸ fundados en la falta de conformidad del comprador o del comitente con la vivienda, por cualquier otra causa de incumplimiento, en contratos de compraventa, de obra o de servicios, así como, los daños morales y los daños materiales producidos a otros bienes distintos de la propia vivienda destinados por el perjudicado a un uso profesional o empresarial, excluidos de los artículos 17 LOE y 149 TRLGDCU, siempre y cuando el sujeto perjudicado esté ligado contractualmente con el agente causante del daño. Dichas acciones conllevan el plazo de prescripción general de quince años de las acciones personales (artículo 1.964 C. C.), a partir de la entrega de la obra o de la aparición de defectos. También son reclamables a través de las reglas generales del cumplimiento de las obligaciones los vicios no ruinógenos⁸⁹ de las edificaciones sujetas al régimen del artículo 1591 C.C., a las que el Tribunal Supremo califica de diversas maneras, como son; cumplimiento defectuoso, cumplimiento inexacto, parcial cumplimiento, mal cumplimiento, prestación irregular desprovista de efectos liberatorios, etc..

783.- La doctrina⁹⁰ se muestra dividida en cuanto a la aplicación de la responsabilidad por incumplimiento más allá del plazo de garantía de los vicios y defectos de la edificación establecido por la LOE, durante el plazo de quince años (artículo 1964. CC), contados conforme el artículo 1969 CC.. Personalmente, considero que si procede su aplicación, solo que el perjudicado no dispondrá de un régimen de responsabilidad objetivizada, ni de la inversión de la carga de la prueba, debiendo regirse por las regla del artículo 1101 C. C., por

⁸⁸ RUÍZ-RICO RUIZ, J. M.. *Op. cit.* Pág. 339.
ÁLVAREZ OLALLA, P.. *Op. cit.* Págs. 140-1.

⁸⁹ ARNAU MOYA, F.. *Op. cit.* Pág. 52.

⁹⁰ A favor ARNAU MOYA, F. *Op. cit.* Págs. 280-1, RUÍZ-RICO RUIZ, J. M.. *Op. cit.* Págs. 335-43, quién manifiesta la poca coherencia que tendría otorgar plazos de garantía diferentes a hechos dañosos proveniente del mismo suceso, y ello aún a pesar de que se consideren excesivos los plazos de garantía del contrato de obra. ORTI VALLEJO, A. *Op. cit.* Págs. 1.178-85. En contra CABANILLA SÁNCHEZ, a. “La responsabilidad por vicios en la construcción en la LOE”. *ADC*, abril-junio, 2000. Págs. 504-5.

lo que no parece adecuado, que el comprador de un inmueble con defectos invoque a los artículos 1101 y 1124 durante el periodo de garantía para la subsanación de defectos⁹¹. Tampoco puede utilizar la acción resolutoria del artículo 1.124 C.C., el comprador que adquiere el inmueble de un vendedor no profesional, ya que éste cumple en el caso de compraventa específica con la entrega⁹², no siendo supuesto de incumplimiento el que presente vicios ocultos cuando la entrega del inmueble se realizó tal y como estaba, por lo que tendrá que recurrir a la acción redhibitoria del artículo 1.486 C.C. Si podrá utilizarla frente al vendedor profesional, por cuanto éste, debe de entregar la cosa apta para su uso⁹³.

784.- El deudor podrá oponer las excepciones de creación jurisprudencial *exceptio non adimpleti contractus* cuando el acreedor requiera al deudor su prestación sin que él haya cumplido, y la *exceptio non rite adimpleti contractus* cuando el acreedor le exija el cumplimiento de la obligación sin que él haya cumplido adecuadamente. Esta última, supone en los contratos bilaterales una facultad de denegar el pago del precio ante incumplimientos graves, hasta tanto, no se repare el defecto o se adecue la cosa entregada a lo pactado en el contrato⁹⁴, ya que el contrato de obra obliga al contratista a un resultado previamente convenido y en caso de no ser así, a la subsanación de las deficiencias sin abono de cantidad o a la disminución del precio en la parte proporcional, sin que pueda retenerse la totalidad de la prestación cuando la otra parte ha cumplido de modo defectuoso⁹⁵, sin que dicho defecto tenga la suficiente entidad en relación con lo ejecutado, para hablar de incumplimiento total.

⁹¹ RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M.. *Op. cit.*. Págs. 321-2.

⁹² RUIZ-RÍCO RUÍZ, J.M., *Op. cit.*. Págs. 309-14. En contra menciona a ORTI VALLEJO.

⁹³ ÁLVAREZ OLALLA, P.. *Op. cit.* Pág. 149.

⁹⁴ ORTI VALLEJO, A. *Op. cit.* Pág. 1.147.

⁹⁵ SSTS 13 de mayo de 1985 (RJ 1985\2388) y 27 de marzo de 1991 (RJ 1991\2451). SAP Madrid (Secc. 11ª.) de 27.12.2007, (JUR 2007\161656). TERCERO.- “En cuanto a la improcedencia de aplicar la excepción de defectuoso cumplimiento ha de señalarse que el contrato sobre el que se discute, según la doctrina jurisprudencial, es un contrato bilateral, que

produce para ambas partes obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, con los efectos propios y característicos de este tipo de obligaciones, en particular, el de que si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación al deudor sin que él haya cumplido, este deudor podrá oponer la llamada excepción "non adimpleti contractus", no regulada expresamente en el Código Civil, pero reiteradamente aplicada en la jurisprudencia diferenciándola de la "no rite adimpleti contractus" (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de Mayo de 1994, 8 de Junio de 1996, 22 de Octubre de 1997); en este sentido, el contrato de obra, obliga al contratista a la obtención de un resultado determinado y previamente convenido, esto es la ejecución eficaz de la obra, de tal manera que cuando la obra realizada no reúna las condiciones pactadas, tiene derecho el dueño de la obra a que se subsanen los defectos sin abono de cantidades complementarias o a la reducción del precio en la proporción adecuada, sin que la doctrina autorice a la retención de la integridad de la prestación cuando la otra parte ha cumplido de modo defectuoso y lo omitido o lo mal realizado carezca de suficiente entidad en relación con lo ejecutado para hablar de total incumplimiento, pues ello sería contrario al principio de buena fe en materia de contratos, y así tiene declarado nuestro Tribunal Supremo, que aún cuando el Código no determina cuales sean los derechos que asisten al dueño de la obra cuando la entregada no reúna las condiciones pactadas o las adecuadas a su finalidad, claramente se deduce de las normas generales sobre obligaciones y contratos que tiene derecho a la ya indicada subsanación de vicios o defectos, sin abono de sumas complementarias, o a la rebaja en el precio en proporción a dichas deficiencias, así como a pedir la nueva ejecución o en su caso, la resolución del contrato, cuando exista absoluta imposibilidad de reponer o por incompatibilidad, o esencial inadecuación al fin (Sentencias del T. Supremo de 13 de Mayo de 1985, 27 de Enero de 1992, 21 de Marzo de 1994), dándose en el presente caso la reducción de precio en función de no haberse conseguido la solución a los problemas para cuya corrección se abordó la obra.- Si bien es cierto que la "exceptio non rite adimpleti contractus", o excepción de contrato no cumplido adecuadamente, no puede justificar, según lo expuesto con anterioridad, el impago de la totalidad del precio de la obra, cuando se ha cumplido por el contratista, con defectos de cierta entidad con relación al total de lo ejecutado, que impide hablar de incumplimiento esencial en la ejecución, de tal cumplimiento incompleto o defectuoso deriva un conflicto de intereses que la doctrina suele resolver aplicando las normas peculiares de la acción redhibitoria o de reducción del precio como contraprestación: en el ámbito del contrato de obra y para el caso de ejecución parcialmente no acomodada a la "lex artis" o pericia profesional requerida, tal imperfección o cumplimiento defectuoso, no contemplado en el Código Civil, ya que el art. 1591, tan sólo se refiere al desistimiento del dueño de la obra debe determinar la correspondiente responsabilidad del contratista ante el dueño de la obra, por cumplimiento irregular o inexacto de la obligación, con derecho al consiguiente resarcimiento, que puede traducirse, bien en la reparación específica, realizando las obras correctoras precisas, a costa del contratista (art. 1091, 1098 CC.), bien en el cumplimiento por equivalencia (art. 1101 C. C.), por reducción en el precio, siempre que no se llegue a un grado de imperfección que permita la utilización de las acciones previstas en el art. 1.124 (Sentencias del T. Supremo de 15 de Marzo de 1979, o de Junio de 1996, 20 de Octubre de 1997)...”.

SAP de Tarragona (Secc. 3ª) de 19.01.2005. “**SEGUNDO.-** Tanto la exceptio non adimpleti contractus, como la non rite adimpleti contractus, no son creación del Derecho Romano, sino que deben su origen a los glosadores que, inspirándose en una fórmula romana y teniendo en cuenta los principios de Derecho Canónico respecto a la palabra dada y la buena fe, coordinaron frases dispares y dieron lugar al nacimiento de estas dos diferentes acciones: a) de contrato no cumplido, llamada non adimpleti contractus, y b) de contrato no cumplido adecuadamente - en cantidad, calidad, manera o tiempo - denominada exceptio non rite adimpleti contractus; y aunque nuestro ordenamiento legislativo no regula de manera expresa dichas excepciones, sin embargo de diferentes preceptos de él, se puede inducir que admite su existencia, que también ha sido sancionada por la jurisprudencia, así en cuanto a la primera, los artículos 1.466, 1.500, párrafo 2ª, 1.505, 1.100 y 1.124 del Código Civil, y respecto a la segunda de dichas

785.- También, se pueden ejercitar las acciones contractuales ex artículo 1.101 C. C. en los contratos de servicios⁹⁶ que ligan al promotor con el resto de agentes de la edificación, siendo necesario la exigencia de prueba, nexo causal y culpabilidad. Si en los contratos suscritos entre profesionales y promotor existen obligaciones de medios y de resultado, cada una de ellas se regirá por sus respectivas reglas.

3.6. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

786.- Los daños excluidos del artículo 17 LOE y del artículo 149 TRLGDCU⁹⁷ como son los daños morales⁹⁸ derivados de muerte, lesión personal o lesiones de

excepciones, los artículos 1.157, 1.100, apartado último, y 1.154, también del Código Civil. De forma más precisa se ha mantenido que la exceptio non adimpleti contractus es uno de los efectos de las obligaciones bilaterales o recíprocas previstos en el artículo 1.124 del CC., obligaciones que tienen por contenido un sinalagma doble: genético, en cuanto una atribución patrimonial debe su origen a la otra, y funcional, con el que se expresa precisamente la interdependencia que las dos atribuciones patrimoniales tienen entre sí en el sucesivo desarrollo de la relación contractual, cuyas consecuencias jurídicas recoge este artículo, regulando como efectos propios de estas obligaciones la exceptio non adimpleti contractus, la compensatio morae y la resolución del contrato en caso de incumplimiento por una de las partes. Y precisamente, por lo que se refiere a la resolución del contrato, la nueva doctrina jurisprudencial ha venido declarando que no se exige de forma rigurosa una voluntad deliberadamente rebelde, sino que se frustre el fin específico del contrato, declarando al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1.995 "que la doctrina consolidada de esta Sala, que es reiterada en exigir que se produzca la resolución de las relaciones contractuales privadas, no precisamente una voluntad decididamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo (Sentencias de 18 de noviembre de 1.983 y 18 de marzo de 1.991), sino la concurrencia de situación de frustración del contrato, sin que el posible incumplidor aporte explicación o justificación razonable alguna de su postura (Sentencias de 5 de septiembre y 18 de diciembre de 1991), por lo que basta que dé una conducta, no saneada por justa causa, obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó (Sentencias de 14 de febrero y 16 de mayo de 1991, y 17 de mayo y 12 de julio de 1994, entre otras muy numerosas)". (Vid. también las Sentencias de 25 de enero de 1991, 16 de julio de 1992, 28 de septiembre de 1992, 16 de noviembre de 1993 y 9 de mayo de 1996)...".

⁹⁶ ARNAU MOYA, F.. Op. cit.. Pág. 345.

⁹⁷ Personas distintas de los compradores y el comitente de la obra que sufran daños como consecuencia de vicios y defectos de una vivienda pueden obtener el resarcimiento de algunos de ellos con base en el art. 149 TRLCU, pero en todo caso pueden acudir a las acciones de responsabilidad extracontractual de los arts. 1902 CC y ss. CC, cuyo ejercicio el art. 128, 2º párrafo, TRLCU deja a salvo.

otros bienes, así como los daños materiales en bienes distintos a la propia vivienda, o destinados por el perjudicado a un uso profesional o empresarial, pueden reclamarse a través de la responsabilidad extracontractual, siempre y cuando, el sujeto perjudicado no esté vinculado contractualmente con el causante del daño. Esta responsabilidad ha de reunir para su imputación los requisitos de la existencia del daño, la acción u omisión del responsable, el nexo causal y la culpabilidad (artículo 1.902 C. C.). Las causas de exoneración son las generales del artículo 1.105 C. C., sin que pueda presumirse la solidaridad ni la responsabilidad de un agente por otro⁹⁹. El plazo de prescripción es el de un año (artículo 1.968.2 CC).

787.- El primer adquirente se encuentra ligado contractualmente con el promotor con el que le vincula una relación contractual, no así con el resto de los agentes, con quienes la relación es extracontractual¹⁰⁰. Cuando los damnificados son el primer y los sucesivos subadquirentes la responsabilidad será extracontractual.

788.- Tratándose de terceros ajenos a la propiedad de la edificación como sucede con los propietarios de los edificios colindantes, el fundamento de la acción¹⁰¹ de estos perjudicados se encuentra en el artículo 1.907 C. C. para los casos de ruina de un edificio por falta de mantenimiento, y en el 1.909 C. C. que excepciona la responsabilidad del propietario del edificio en ruina,

⁹⁸ SAP Almería de 19.02.01 (AC 2001\1140).

⁹⁹ ORTI VALLEJO, A.. *Op. cit.* Pág. 1.182.

¹⁰⁰ ORTI VALLEJO, A.. *Op. cit.* Pág. 1.183.

¹⁰¹ ARNAU MOYA, F.. *Op. cit.* Pág. 141.

ÁLVAREZ OLALLA, P.. *Op. cit.* Págs. 80-2.

SSTS de 22 de noviembre de 1999 y 21 de abril de 1993.

responsabilizando de ella al constructor y al arquitecto¹⁰² cuando se deba a defecto de construcción y esté dentro del tiempo legal de garantía.

4. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL. COBERTURA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL Y DECENAL DE LOS TÉCNICOS.

4.1. INTRODUCCIÓN.

789.- El aseguramiento de la responsabilidad civil de los técnicos y de las entidades y laboratorios de control de calidad, se lleva a cabo a través del seguro de responsabilidad civil profesional. Este seguro, aún siendo un seguro de responsabilidad civil, presenta connotaciones propias e independientes del seguro de responsabilidad civil general.

790.- La responsabilidad civil profesional¹⁰³, es aquella derivada de los daños y perjuicios causados a terceros por incumplimientos negligentes en el desarrollo de una actividad profesional. La LOE no ha incluido entre las obligaciones de los técnicos la contratación de un seguro, pero la Ley de Colegios Profesionales¹⁰⁴ si

¹⁰² SAP Toledo de 23 de marzo de 2007 (JUR 2007\263958).

¹⁰³ LOPEZ-COBO, C. I. *El seguro de responsabilidad civil. Fundamentos y modalidades*. Nacional de Reaseguros. Madrid. 1988. Pág. 330.

FUNDACIÓN MAPFRE ESTUDIOS. *Manual del seguro de responsabilidad civil*. Madrid 2004. Pág. 94.

PERAN ORTEGA, J.. *Op. cit.*. Págs. 315-316. Diferencia dentro del elemento culpabilístico entre culpa genérica del profesional, culpa específica del profesional, impericia profesional y negligencia profesional.

¹⁰⁴ Ley 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía. Art. 27. “Son deberes de los colegiados:...c) Tener cubierto mediante un seguro de riesgos la responsabilidad civil en que pueda incurrir como consecuencia del ejercicio profesional”.

impone a los colegiados la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil que garantice las indemnizaciones en que puedan incurrir como consecuencia de actuaciones negligentes en el desarrollo de su trabajo. Las entidades y laboratorios de control de calidad tienen la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil impuesto por la legislación¹⁰⁵ autonómica, cuyas coberturas vienen determinadas por la actividad que desarrollan. Al autopromotor le interesa que los agentes intervinientes en el proceso edificatorio contraten este seguro, ya que en caso de vicios ruinógenos del edificio podrá ir contra los aseguradores.

791.- Actualmente existen dos modalidades de seguro para garantizar la responsabilidad decenal. A través del seguro de responsabilidad civil profesional que obligatoriamente mantienen los técnicos, incorporándole la cobertura decenal y manteniéndolo vigente mediante renovaciones anuales durante dicho periodo, (normalmente la póliza de responsabilidad civil profesional incorpora tanto la cobertura ordinaria como la decenal), y el seguro de responsabilidad civil decenal que da cobertura a las responsabilidades y garantías de los artículos 17 y 19 LOE para cada obra.

792.- El objeto del seguro es garantizar al asegurado durante el periodo de cobertura el pago de las indemnizaciones a que da lugar la responsabilidad asegurada. Comprende honorarios de defensa jurídica, constitución de fianzas judiciales, reclamación de daños corporales, materiales, perjuicios económicos que sean consecuencia directa de tales daños y los daños patrimoniales puros causados a terceros derivados de cualquier actuación negligente, error u omisión,

¹⁰⁵ DECRETO 107/2005, de 3 de junio, del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba el sistema de acreditación de entidades de control y laboratorios de control de calidad de la edificación.

Comunidad Valenciana. Anexo, condición segunda, punto 1.5. “La entidad de control de calidad deberá suscribir una póliza de seguro de responsabilidad civil cuya cobertura será determinada para cada campo de acreditación, o la que exija la Generalitat cuando no existan disposiciones reguladoras específicas para campos de acreditación”.

cometido por el asegurado o por personas de las que legalmente debe responder en el ejercicio de su actividad profesional.

Si el asegurado desarrolla su actividad profesional como asalariado de una empresa, la responsabilidad por acto no doloso realizado dentro del ámbito de la dependencia laboral normalmente queda cubierta por la póliza de la empresa, garantizando la indemnización que tenga que abonar a un tercero por el daño que se le haya causado. La empresa no tiene la consideración de tercero a estos efectos.

793.- El objeto del seguro, en sentido estricto, difiere en función de la actividad que desempeñe el técnico, ya que éstos, en el desarrollo de su actividad, pueden asumir el cumplimiento de obligaciones de resultado (proyectista), u obligaciones de actividad o medios (director de obra, director de ejecución de obra y entidades y laboratorios de control de calidad), siendo los requisitos del cumplimiento de una y otra obligación diferentes, aunque, todos actúan en el campo de la *lex artis*, donde el cumplimiento de las obligaciones requiere de un grado de diligencia mayor que la prudencia exigida por el artículo 1.104 C. C.

794.- El asegurador puede adoptar la forma societaria o corporativa. Ha tenido bastante mayor desarrollo la segunda que la primera y ello por varios motivos, pero fundamentalmente, porque el vínculo existente entre las mutuas de seguros a prima fija creadas por los colegios profesionales para dar cobertura a sus miembros, lleva a que los seguros se adapten mejor a las necesidades de los asegurados con un coste menor, ya que en éstas no existe ánimo de lucro¹⁰⁶,

¹⁰⁶ Debido a la problemática que presenta el aseguramiento de la responsabilidad decenal de los técnicos por parte de las aseguradoras, en cuanto a los riesgos por los plazos tan dilatados, han llevado a los Colegios profesionales a crear sus propias mutuas a prima fija (tal es el caso de ASEMAS o de MUSAAT) con la finalidad de facilitarles a sus colegiados el aseguramiento de sus responsabilidades con dos ventajas fundamentales como son la reducción del coste del seguro y la adaptación del seguro de responsabilidad civil profesional a las necesidades de éstos. Las mutuas a prima fija vienen definidas en el R.D. de 6/2004 de 29 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, en su art. 9.1 como “entidades aseguradoras privadas sin ánimo de lucro que tienen por objeto la

mientras que, en las de tipo societario sí. Al técnico le une dos contratos con la mutua, el primero como mutualista y el segundo como asegurado.

795.- El tomador del seguro puede ser el técnico, contratándolo por cuenta propia, o el colegio profesional configurándose como un seguro por cuenta ajena, póliza a la que con posterioridad quedarán adheridos los colegiados.

796.- El asegurado es el técnico de la edificación, arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, siendo titular del interés asegurado, interés que se concreta en la indemnización a desembolsar a un tercero por los daños causados en el desarrollo de su actividad profesional. Las entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación utilizan la modalidad de seguro de responsabilidad civil individual por cuenta propia para asegurar su responsabilidad profesional.

797.- El tercero es la persona que soporta el daño. No tienen tal consideración, el tomador del seguro ni el propio asegurado, sus cónyuges respectivos, los familiares de ambos o cualquier otra persona que conviva con ellos, así como los

cobertura a sus socios, personas físicas o jurídicas, de los riesgos asegurados mediante una prima fija pagadera al comienzo del periodo riesgo”. Dichas entidades se caracterizan por una ausencia de ánimo de lucro.

En la relación que mantiene el mutualista con la mutua existen dos facetas, la mutualista y la de asegurado, las dos van unidas siendo inseparable una condición de la otra (art. 9.2.b.).

Su condición de mutualista da lugar a la correspondiente aportación al fondo social y a la correspondiente derrama activa respecto del excedente de primas no consumidas y de las que se acuerde su reparto, o pasivas, respecto a déficit. Dichas mutuas deberán estar autorizadas para operar en el ramo 13 (responsabilidad civil general, así como en el 17 de defensa jurídica). Los mutualistas no responden de las deudas sociales, limitándose su responsabilidad a la prima aportada anualmente, salvo que estatutariamente se haya establecido dicha responsabilidad (art. 9.2.d.).

Estas mutuas determinan su tarifa técnicamente, siendo provisional el precio establecido por la entidad aseguradora, y su valor definitivo el calculado al final del ejercicio, en base a las previsiones de éstas y el curso real de los acontecimientos, corrigiéndose las derramas activas y pasivas.

La finalidad que se persigue con el aseguramiento a través de la mutua es tanto un interés económico, como atención del siniestro, facilidad de comunicación, etc.

asalariados que de hecho o de derecho dependen de ellos en el desarrollo del desempeño de sus funciones.

798.- Las situaciones en que el profesional¹⁰⁷ presta sus servicios pueden ser: a) una relación de independencia frente al promotor y constructor; b) estar inmerso en una relación de dependencia laboral con el promotor, constructor y entidades y laboratorios de control de calidad; y c) prestar sus servicios de forma mixta.

En el primer caso, la cobertura de la póliza se ciñe a la responsabilidad del técnico. En el segundo caso, la cobertura ha de incorporarse a la póliza del seguro de responsabilidad civil de construcción (con lo que eso lleva consigo respecto a la contraposición de intereses en las coberturas) o a un seguro independiente de responsabilidad civil profesional¹⁰⁸. La tercera situación simultanea su actividad profesional, conjunta o separadamente, con otras actividades como son las de promotor, constructor, etc., situación que generalmente contempla la póliza como exclusión, a menos, que dichas reclamaciones se deriven de cualquier negligencia, error u omisión cometido en el ejercicio de la actividad profesional de técnico ajeno a las otras actividades.

799.- El periodo de vigencia de los seguros de responsabilidad civil profesional generalmente es de un año, pactándose la renovación automática, pero puede abarcar un periodo superior que ha de contemplarse de forma expresa en las condiciones particulares. Es necesaria la comunicación de la intención de no renovar por alguna de las partes, para lo cual el condicionado establece un

¹⁰⁷Entre los tipos de asegurado que se pueden encontrar en estas pólizas están: el asegurado activo, asegurado inactivo, sociedades, etc., y entre las modalidades de ejercicio profesional, la de libre ejerciente, libre ejerciente prevencionista, libre ejerciente singular, libre ejerciente recién licenciado, asalariado, funcionario, etc.

¹⁰⁸ LOPEZ-COBO, C. I. *Op. cit.*. Pág. 349.

periodo que generalmente suele ser de dos meses¹⁰⁹, conforme al artículo 22 LCSP.

En los siniestros profesionales es normal que no coincida el acto generador, la manifestación del daño y su reclamación en el periodo de cobertura (siniestros tardíos¹¹⁰), cosa habitual en la actividad edificatoria, donde la LOE ha establecido plazos de responsabilidad que alcanzan los diez años, con periodo de prescripción de dos años (artículo 18), plazo para el ejercicio de la acción de repetición de dos años, más el tiempo necesario de tramitación del procedimiento hasta que la sentencia devenga firme, plazo global que puede sobrepasar los quince años. Si se utiliza el criterio del primer párrafo del artículo 73 LCS, las aseguradoras quedan en una posición difícil en cuanto al control del riesgo, dado el tiempo tan dilatado en que éste puede manifestarse. Por ello, éstas recurren al segundo párrafo de dicho artículo, utilizando la cláusula *clame made* para atender las reclamaciones presentadas durante la vigencia de la póliza que tengan su causa en hechos generadores cubiertos por ésta, producidos durante su vigencia o en un plazo previamente determinado¹¹¹ con anterioridad o posterioridad a la fecha de inicio de la misma.

¹⁰⁹ Algunas pólizas reducen este periodo hasta fijarlo en quince.

¹¹⁰ PERÁN ORTEGA, J.. *Op. cit.* Págs. 187 y ss..

¹¹¹ MAPFRE INDUSTRIAL. Cláusula de delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil profesional. “La cobertura que otorga la presente póliza se limita a las reclamaciones presentadas contra el asegurado durante el periodo de vigencia de la póliza, siempre y cuando dichas reclamaciones tengan su fundamento en una acción u omisión (hecho generador) cubierta en esta póliza que se haya cometido durante la vigencia de la póliza o con anterioridad a la fecha de inicio de la misma siempre y cuando:

- a) La reclamación se dirija por primera vez al asegurado o al asegurador dentro del periodo de vigencia de la póliza.
- b) El asegurado no haya causado baja en la póliza en el momento de reclamación, salvo lo previsto para los asegurados inactivos.
- c) El asegurado, al ser suscrita la póliza, no tuviera conocimiento de que se le fueran a formular reclamaciones por errores o negligencias en el ejercicio de su actividad.
- d) La reclamación no tenga cobertura por una póliza de responsabilidad civil contratada por el asegurado o su colegio profesional con anterioridad a la fecha de inicio de la póliza.

800.- La LOE (artículo 17) ha venido a acentuar la responsabilidad de los técnicos¹¹² de la edificación en relación con el artículo 1.591 C. C., imponiendo una responsabilidad objetiva, y exigiéndole para su exoneración la acreditación de las circunstancias del artículo 17.8 LOE, caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o del propio perjudicado por el daño, atribuyéndoles frente al perjudicado la responsabilidad solidaria¹¹³ cuando la dirección se contrate conjuntamente con más de un técnico (artículo 17.7), respondiendo incluso por las deficiencias e imperfecciones del proyecto. Además de la responsabilidad objetiva, ha establecido una presunción de nexos, al considerar que cualquier defecto

En ningún caso serán objeto del seguro las reclamaciones derivadas de hechos circunstancias, acontecimiento o daños que el asegurado pudiera razonablemente haber conocido antes de la entrada en vigor del seguro. Asimismo no serán objeto de cobertura todas aquellas reclamaciones amparadas bajo una póliza anterior a la presente..”.

¹¹² SAP Alicante núm. 157/1998 (Sección 4ª), de 5 de marzo. “**TERCERO.-** Pasando a las obras de reparación necesarias, los tres recursos serán desestimados en lo tocante a la imputación de responsabilidades, por aplicación de reiterada jurisprudencia sobre el art. 1.591 del C. C., la cual establece como principios básicos en la materia la necesidad de apurar el deslinde de responsabilidades entre los partícipes en el proceso constructivo por su distinta intervención y naturaleza de los vicios o defectos ocasionados, con responsabilidad solidaria entre ellos en casos de imposible o difícil discriminación e inversión, en determinadas circunstancias, de la carga de la prueba de haber actuado con la debida diligencia en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones (SSTS 27 julio 1990 [RJ 1990\6182], 17 octubre 1990 [RJ 1990\7977], 31 octubre 1990 [RJ 1990\8276], 22 marzo 1991 [RJ 1991\2427] y 28 mayo 1991 [RJ 1991\3938], entre muchísimas otras), de manera que las consecuencias de la falta de prueba acerca del concreto origen de la ruina no recaen sobre el demandante, al que le basta con acreditar que la ruina existe y que se produjo o manifestó antes del plazo de diez años marcados por la Ley, sino sobre los demandados, cuya condena solidaria a la reparación deviene inexcusable, en los supuestos en que no se haya logrado establecer suficientemente la causa de los vicios (STS 3 abril 1995 [RJ 1995\2930])”.

SAP Toledo, núm. 196/2002 (Sección 1ª), de 20 de mayo. “**SEXTO.-**.....Debemos precisar que, por muy amplia que sea la interpretación de las funciones del arquitecto como director de la obra en su conjunto, conforme a la doctrina expuesta, no pueden entenderse de forma tan extensa que le conviertan en el garante supremo o incondicional de la edificación con un deber de vigilancia general sobre el comportamiento de todos los intervinientes en la ejecución de la obra, haciéndole responsable, por hecho ajeno, de todas las deficiencias constructivas que puedan surgir en el proceso constructivo. En este sentido, cuando partes específicas de la obra han sido proyectadas o dirigidas por técnicos especialistas, la responsabilidad ha de individualizarse con arreglo a cada proyecto parcial, según previene el art. 12.2 de la vigente LOE. de 5 de noviembre de 1999 (RCL 1999, 2799), y así lo ha estimado la jurisprudencia en algún supuesto semejante al aquí examinado (así, la STS. 5 octubre 1999 [RJ 1999, 7014])”.

¹¹³ RUÍZ-RICO RUIZ. *Op. Cit.*. Págs. 162 y ss.

constructivo que se manifieste en los respectivos plazos de garantía se presume producido también por los técnicos (no solo por el promotor y constructor). La regla de imputación de la LOE a los técnicos directores en las relaciones externa es la seguida por la jurisprudencia¹¹⁴, mediante la cual, la firma del certificado final de obra es criterio de imputación suficiente¹¹⁵. A mi juicio, el solo hecho de la emisión del certificado final de obra o de dirigir una obra de edificación no puede servir como criterios de imputación de responsabilidad a los directores si actuaron con diligencia, ya que si se previnieron estas contingencias, se detalló suficientemente el proyecto y se hicieron las oportunas anotaciones en el Libro de Ordenes, no deberían responder de la ruina causada por un tercero. Por el contrario, si no actuó con tal diligencia debe responder no solo de las decisiones inadecuadas, sino también de la falta de previsión.

801.- El periodo de comunicación del siniestro establecido en el artículo 16 LCS es de siete días. Algunas pólizas amplían dicho periodo a través de las condiciones particulares y otras solo admiten su ampliación en casos de fuerza mayor. El incumplimiento de dicho plazo por el asegurado puede dar lugar a la reclamación de daños y perjuicios por el asegurador.

802.- Los acaecimientos ocurridos con anterioridad a la fecha de efecto del seguro, están excluidos de la cobertura cuando el asegurado tenía conocimientos de éstos, al igual que cualquier reclamación que haya sido notificada bajo la vigencia de cualquier otra póliza con anterioridad a la fecha de efecto del seguro.

¹¹⁴ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO *Op. cit.*. Págs. 318 y ss.

¹¹⁵ Con anterioridad a la LOE había dos líneas jurisprudenciales la primera consideraba que los directores responden de cualquier defecto ruinógeno por el solo hecho de firmar el certificado final de la obra. La otra responderá solo cuando los defectos tienen su origen en su propia esfera de riesgo. El TS venía fallando en función de la importancia de los defectos imputándola al director cuando los defectos eran graves y diversos.

803.- La delimitación geográfica de las pólizas generalmente comprenden los trabajos realizados en la Unión Europea y las sentencias o resoluciones ejecutables de cualquier lugar del mundo excepto los EEUU y Canadá o territorios que estén bajo su jurisdicción, fundamentalmente por la rigidez del régimen de responsabilidad civil de dichos países.

804.- El objeto de cualquier seguro de responsabilidad civil es la indemnización del daño causado a terceros en la cuantía que quede determinado en su valoración, ya que lo que se pretende con el seguro es mantener integra la cuantía del patrimonio, tanto presente como futuro del asegurado. Dado que ésta puede llegar a ser excesiva, las dificultades que presenta la valoración del riesgo y la cuantificación de la prima, hace que dicha cantidad se establezca con criterios subjetivos y de forma consensual, corriendo el exceso a cargo del asegurado. A diferencia con el seguro de daños, no cabe el infraseguro ya que no existe un valor de referencia¹¹⁶ para la cuantificación del riesgo, por lo que se considera como seguro de daños a primer riesgo,

805.- Dicha suma hace referencia a la cantidad máxima por siniestro, pero pueden establecerse otros límites como es el límite anual, que se corresponde con la cantidad máxima a cargo del asegurador por cada periodo de seguro con independencia de que sea consumida en uno o varios siniestros¹¹⁷, el máximo en las coberturas complementarias y el máximo por víctima en el caso de daños corporales. La póliza debe contemplar la reinstalación de ésta hasta el vencimiento del seguro para el caso de agotamiento de la cobertura, así como el correspondiente pago de una prima complementaria.

¹¹⁶ ELENA MOLINA, I. *Ruina y seguro de responsabilidad decenal*. Comares. Granada, 1988. Págs. 555 y ss.

¹¹⁷ Departamento de responsabilidad civil de MAPFRE Industrial. *Op. cit.*. Págs. 29-30.

806.- En siniestros en los que intervengan varios arquitectos, la indemnización no excederá tal límite, aunque la suma de los límites del seguro básico de todos ellos exceda a ésta¹¹⁸. Cuando concurren varios asegurados con responsabilidad mancomunada, cada uno de ellos ha de hacer frente a una parte determinada de la indemnización.

807.- Para las coberturas complementarias por daños personales, el importe figurará separado en las condiciones particulares y su aplicación entrará en vigor una vez aplicada la cobertura básica que tendrá como destino prioritario la cobertura de daños materiales, y en caso de que no se produzcan éstos o de que exista excedente, los personales.

808.- Las pólizas contemplan la cobertura de ciertos gastos como son los de dirección jurídica, peritación y cualquier otro gasto de tramitación del siniestro. Cuando el importe de la indemnización supere la suma asegurada, la aseguradora soportará dichos gastos en proporción a la parte indemnizada por ella¹¹⁹.

809.- Generalmente incorporan la franquicia para influir en el comportamiento del asegurado respecto a la diligencia y cuidado, pero en caso de ocurrir el siniestro, lo normal es que la aseguradora haga frente al total de la indemnización y seguidamente repita contra el asegurado¹²⁰. El establecimiento de la franquicia se suele hacer mediante la deducción de una cuantía fija de la indemnización del siniestro, o de una cuantía variable que suele establecerse en un porcentaje de la cantidad a indemnizar.

¹¹⁸ Art. 2.2 ASEMAS.

¹¹⁹ Art. 2.4 ASEMAS.

¹²⁰ Departamento de responsabilidad civil de MAPFRE Industrial. *Op. cit.* Págs. 44-45.

4.2. RESPONSABILIDAD CIVIL.

4.2.1. El proyectista.

810.- El proyectista responde personal e individualmente de los daños que tengan su origen en el proyecto arquitectónico. FERNÁNDEZ COSTALES¹²¹ entiende por tales daños, los defectos técnicos de concepción, planificación, cálculo y disposición que supongan desviarse de las condiciones estipuladas en el contrato, de las reglas generales del arte de la construcción y de las obligaciones generales y específicas que incumben al arquitecto, que se deriven de los planos de la obra, de la memoria, del pliego de condiciones y del presupuesto. Tales vicios se distribuyen en dos grupos, los correspondientes al suelo¹²² causados por un conocimiento erróneo de sus características¹²³ y los correspondientes al proyecto que pueden manifestarse en una inadecuada cimentación, humedades, etc.

¹²¹ FERNÁNDEZ COSTALES, J. *El contrato del arquitecto en la edificación*. Editorial Revista de Derecho Privado. Jaén 1977. Págs. 259 y ss. Clasifica los vicios del proyecto de acuerdo con los documentos en que éste se divide, incluyendo en ellos los siguientes:

- a) Planos de la obra: vicios contra la estética, destino, comodidad o uso normal del edificio, reglas del arte de la construcción, normativa de la edificación, servidumbres convencionales, cálculo de superficies, ubicación.
- b) Memoria: Errores de cálculo en las proporciones de los cimientos, estructura, resistencia de muros, inadecuación de los materiales proyectados en cuanto a su naturaleza y calidad, deficientes indicaciones relativas a la ejecución de la obra, a la composición de morteros y a la evaluación detallada de los volúmenes y superficies de la obra proyectada, etc..
- c) Pliego de condiciones: Los vicios que se deduzcan de su contenido están incluidos en los vicios de la memoria al incluirse en éste las condiciones técnico-facultativas.
- d) Presupuesto: se centran fundamentalmente en los cálculos erróneos de los costos.

¹²² ARNAU MOYA, F.. *Los vicios de la construcción (Su régimen en el Código Civil y en la Ley de la Ordenación de la Edificación)*. Tirant lo Blanch. Valencia 2004. Págs. 153-154. El CC en el art. 1591, no menciona los vicios del proyecto, sin embargo la doctrina considera que los vicios del suelo son vicios del proyecto que no son otros que errores de concepción o de cálculo que violando la *lex artis* constructiva provocan corrimientos o deslizamientos del edificio, provocando grietas y afectando a la solidez y estabilidad del edificio.

¹²³ El CTE contempla incluir como anejo a la memoria la información geotécnica.

811.- Lo más normal es que la acción sea ejercida por el perjudicado de una manera indirecta ya que el artículo 17.7.2 LOE hace responder al director de obra por el proyectista, a pesar, de que el perjudicado puede ir directamente contra éste último¹²⁴ (artículo 17.1 LOE).

812.- Esta responsabilidad generalmente se deriva del incumplimiento de obligaciones que le vienen impuestas por la LOE en el artículo 10.2, y por el contrato, que según el artículo 1.258 del C. C. esta obligado a cumplir conforme a la buena fe, al uso y a la ley, aplicando la diligencia y pericia que impone la *lex artis* a los técnicos.

813.- El artículo 17.5.1 de la LOE¹²⁵ establece la responsabilidad solidaria de todos los proyectistas cuando son contratados conjuntamente¹²⁶, ya que impide advertir cierta individualidad en su actuación.

814.- El artículo 10 LOE contempla la contratación de colabores parciales en la confección del proyecto, contratación que se llevará a cabo previo acuerdo con el promotor (artículo 10.2.c LOE) excepto que su intervención sea impuesta por alguna disposición legal. En estos casos, los proyectistas son responsables¹²⁷ de forma personal e individualizada de los daños que tengan origen en dichos proyectos, ya que la responsabilidad por hecho ajeno del artículo 17.2 queda

¹²⁴ MARTINEZ ESCRIBANO, C.. *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*. Lex Nova. 2ª. edic.. Valladolid. 2005. Págs. 184 y ss.
ALVAREZ OLALLA, P. *La responsabilidad por defectos en la edificación*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2002. Págs. 107-10.

¹²⁵ Están excluidas del régimen de responsabilidad directa del proyectista del art. 17.5, párrafo 2º, de la Ley de Ordenación de la Edificación las responsabilidades en materia de Seguridad y Salud que se deduzcan del Estudio de Seguridad y Salud que forma parte del Proyecto de obra, en cuanto que son responsabilidades específicamente excluidas por el art. 1.2 de la LOE.

¹²⁶ El art. 44.3 del Anteproyecto de 1994, establecía que “si el proyecto ha sido encargado a más de un profesional, la responsabilidad será exigible a todos ellos de forma mancomunada”.

¹²⁷ MARTINEZ ESCRIBANO, C.. *Op. cit.*. Págs. 187 y ss.

restringida a los supuestos explicitados por la LOE. Igual sucederá si para la confección del proyecto el proyectista utiliza datos calculados por otros técnicos (artículo 17.5.2º LOE), contratados por el promotor que le son entregados en cumplimiento de las obligaciones de los artículos 9.2 de la LOE y 1.a.2 del Decreto 462/1971, y como consecuencia de ello, se originan daños por insuficiencia o inexactitud. No cabe la responsabilidad del proyectista, cuando no ha intervenido en la contratación de éstos¹²⁸.

815.- Cuando los defectos de la edificación sean causa de la mala coordinación de proyectos parciales con el proyecto principal, será responsable de forma personal e individualizada el proyectista de éste último. No se debe atribuir la culpa ajena al arquitecto principal por los defectos¹²⁹ de estudios, cálculos y dictámenes que realicen otros técnicos, cuando el proyectista principal ha redactado su proyecto conforme a éstos y con la diligencia debida de la *lex artis*, debiendo ser el autor quién soporte exclusivamente la responsabilidad.

816.- Si el proyectista parcial¹³⁰ es elegido por el proyectista principal sin la intervención del promotor (artículo 17.5 párrafo segundo), presentándose como autor del mismo, será el proyectista principal el responsable de los defectos que adolezcan dichos proyectos ante compradores y usuarios y resto de los agentes, pudiendo éste ejercitar la acción de repetición del artículo 18.2 LOE contra el autor del proyecto defectuoso. Estos colaboradores pueden tener o no la consideración de auxiliares¹³¹ conforme al artículo 1.596 C. C..

¹²⁸ MARTINEZ ESCRIBANO, C.. *Op. cit.*. Págs. 184-5.

¹²⁹ ESTRUCH ESTRUCH, J.. *Las responsabilidades en la construcción. Régimen Jurídico y jurisprudencia*. Civitas. Madrid, 2004. *Op. cit.* Pág. 652.

¹³⁰ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. Cit.* Pág. 322.

Art. 1.596 C. C..

SAP A Coruña (4ª) núm. 394/2008 de 19.09.08 (AC 2008\1955).

¹³¹ MARTINEZ ESCRIBANO, C.. *Op. cit.*. Pág. 189.

817.- Si el proyectista acepta la continuación de un proyecto iniciado por otro técnico, asume las responsabilidades y deficiencias del proyecto (artículo 17.7 LOE), pudiendo repetir frente al proyectista inicial¹³².

Cuando el proyectista principal y los proyectista parciales pertenecen a una persona jurídica la responsabilidad recaerá sobre los proyectistas¹³³ y la persona jurídica.

4.2.2. Responsabilidad civil de la dirección facultativa.

818.- La LOE (artículo 17) ha venido a acentuar la responsabilidad de los técnicos de la edificación en relación con el artículo 1.591 C. C., imponiendo una responsabilidad objetiva¹³⁴, no permitiendo la demostración de su comportamiento diligente, exigiéndoles para su exoneración la acreditación de las circunstancias del art. 17.8 LOE, caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño¹³⁵. También les ha impuesto la

¹³² ARNAU MOYA, F. *Op. cit.* Pág. 255.

¹³³ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. Cit.* Pág. 322.

FEMENÍA LÓPEZ P. J.. *La responsabilidad del arquitecto en la Ley de Ordenación de la Edificación*. Ed. Dykinson S.L.. Madrid, 2004.
Arts. 1.596 y 1.904. 2º C.C..

¹³⁴ OROZCO PARDO, G. “La responsabilidad civil de los técnicos: un ejemplo de la tendencia unificadora”. *Aranzadi Civil*, 2006. Págs. 43-63.

¹³⁵ SAP Alicante núm. 157/1998 (Sección 4ª), de 5 de marzo. “**TERCERO.-** Pasando a las obras de reparación necesarias, los tres recursos serán desestimados en lo tocante a la imputación de responsabilidades, por aplicación de reiterada jurisprudencia sobre el art. 1.591 del C. C., la cual establece como principios básicos en la materia la necesidad de apurar el deslinde de responsabilidades entre los partícipes en el proceso constructivo por su distinta intervención y naturaleza de los vicios o defectos ocasionados, con responsabilidad solidaria entre ellos en casos de imposible o difícil discriminación e inversión, en determinadas circunstancias, de la carga de la prueba de haber actuado con la debida diligencia en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones (SSTS 27 julio 1990 [RJ 1990\6182], 17 octubre 1990 [RJ 1990\7977], 31 octubre 1990 [RJ 1990\8276], 22 marzo 1991 [RJ 1991\2427] y 28 mayo 1991 [RJ 1991\3938], entre muchísimas otras), de manera que las consecuencias de la falta de prueba acerca del concreto origen de la ruina no recaen sobre el demandante, al que le basta con acreditar que la ruina existe y que se produjo o manifestó antes del plazo de diez años marcados por la Ley, sino sobre los demandados, cuya condena solidaria a la reparación deviene

responsabilidad solidaria¹³⁶ frente al perjudicado (artículo 17.7), incluso por las deficiencias e imperfecciones del proyecto, estableciendo además una presunción de nexos, ya que considera que cualquier defecto constructivo que se manifieste en los respectivos plazos de garantía, se presume producido también por los técnicos (no solo por el promotor y constructor). La regla de imputación de la LOE a los técnicos directores en las relaciones externa, es la seguida por la jurisprudencia, en la que la firma del certificado final de obra es criterio de imputación suficiente. Todo ello hace que los arquitectos directores de la obra sean los sujetos más demandados y frecuentemente condenados.

819.- La doctrina¹³⁷ ha cuestionado el establecimiento de la responsabilidad objetiva a los arquitectos directores de la obra, por cuanto éstos, se deben regir por las pautas de las obligaciones de medios, en las que es siempre es el actor quién debe de probar que no se observó la diligencia debida.

inexcusable, en los supuestos en que no se haya logrado establecer suficientemente la causa de los vicios (STS 3 abril 1995 [RJ 1995\2930])”.

SAP Toledo, núm. 196/2002 (Sección 1ª), de 20 de mayo. “SEXTO.-.....Debemos precisar que, por muy amplia que sea la interpretación de las funciones del arquitecto como director de la obra en su conjunto, conforme a la doctrina expuesta, no pueden entenderse de forma tan extensa que le conviertan en el garante supremo o incondicional de la edificación con un deber de vigilancia general sobre el comportamiento de todos los intervinientes en la ejecución de la obra, haciéndole responsable, por hecho ajeno, de todas las deficiencias constructivas que puedan surgir en el proceso constructivo. En este sentido, cuando partes específicas de la obra han sido proyectadas o dirigidas por técnicos especialistas, la responsabilidad ha de individualizarse con arreglo a cada proyecto parcial, según previene el art. 12.2 de la vigente LOE. de 5 de noviembre de 1999 (RCL 1999, 2799), y así lo ha estimado la jurisprudencia en algún supuesto semejante al aquí examinado (así, la STS. 5 octubre 1999 [RJ 1999, 7014])”.

¹³⁶ GARCIA ALGUALCIL, M^a. J.. *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*. Coord. RUIZ-RICO RUIZ y MORENO-TORRES HERRERA. Comares. Granada, 2002. Págs. 162 y ss.

¹³⁷ GARCIA ALGUALCIL, M^a. J.. *Op. cit.*. Pág. 173. Critica la postura del legislador al tomar como referencia la figura del promotor inmobiliario y constructor, considerando que la presencia de los técnicos no puede ser tan omnicompresiva o global, que no debe jugar la presunción de nexos causal, y los mecanismos para la imputación de la responsabilidad a los técnicos han de seguir las reglas generales sobre carga de la prueba, aunque no de la prueba de la culpa en el incumplimiento de la diligencia debida, al tratarse de una responsabilidad objetivada.

820.- En las relaciones internas los criterios de imputación de la responsabilidad establecidos por la LOE son poco precisos. El artículo 17.7 LOE establece que el director de obra y el director de ejecución de obra que suscriban el certificado final serán responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento, delimitando el criterio de imputación de los técnicos en relación a la fase de ejecución de la obra y no con respecto a la obra. Hay que recurrir a las obligaciones que la LOE les ha impuesto complementadas por el artículo 17 LOE y a los pactos establecidos en los contratos para ver si los vicios o defectos de la edificación se deben a la actuación de estos agentes. Para FERNANDEZ GONZALEZ¹³⁸ los criterios de imputación son los vicios de la ejecución técnica de la obra atribuibles al director de obra y al director de ejecución de obra, a diferencia de los de la ejecución material que son atribuibles al constructor. Los define como *los defectos técnicos que supongan toda desviación de las condiciones estipuladas en el contrato, de las reglas generales del arte de la construcción y de las obligaciones generales y específicas que incumben al arquitecto y que puedan resultar de la dirección de la obra, de su ordenación, vigilancia o inspección o, en fin, de la verificación de los trabajos y aprobación de cuentas.*

4.2.2.1 Responsabilidad del director de la obra.

821.- Responde de forma personal e individualizada de los vicios y defectos que tengan su origen en la dirección de la obra¹³⁹ y de la veracidad y exactitud del certificado final de la misma¹⁴⁰ (artículo 17.7 LOE). También, es responsable de

¹³⁸ FERNÁNDEZ COSTALES J.. *Op. cit.*. Págs. 278 y ss.

¹³⁹ RUIZ-RICO. *Op. cit.* Págs. 162 y ss.
ESTRUCH ESTRUCH, J.. *Op. cit.* Págs. 623 y ss.
MARTINEZ ESCRIBANO, C.. *Op. cit.*. Págs. 190-6.

¹⁴⁰ MILÁ RAFAEL, R.. “Comentario a la STS 26.5.2005”. *Indret*, Barcelona, 4/2006. En la jurisprudencia del TS, el técnico director de la obra en su calidad de supremo responsable acaba siendo, en muchas ocasiones, garante incondicional de la adecuación de la ejecución del proyecto respondiendo de los vicios o defectos imputables a otros agentes intervinientes en base a la culpa in vigilando (CARRASCO PERERA). Según CORDERO LOBATO en estos casos el

la adecuación de las instrucciones que imparte en base a la interpretación que haga del proyecto, del contrato y de la licencia, así como, de la ejecución de los imprevistos y modificaciones que puedan surgir conforme avanzan las obras, de los que deben quedar constancia en el Libro de Ordenes y Asistencia. Se le atribuye responsabilidad no solo por las decisiones inadecuadas, sino también, por la falta de previsión de todo aquello que fuera previsible¹⁴¹. Cuando la realización del proyecto y la dirección de la obra son llevados a cabo por el mismo técnico, éste asume la responsabilidad derivada de los defectos y deficiencias que éstos adolezcan.

822.- Si el director de la obra es contratado por la empresa constructora, el técnico asume su responsabilidad directa ante la promotora y compradores pero además, queda responsabilizada la constructora¹⁴² de la actuación del técnico como en cualquier subcontrata.

823.- En el caso de existir mala coordinación entre los diferentes técnicos cuando intervienen varios en la dirección, el director de obra encargado de coordinarlos responderá de los daños que tenga causa en ésta, pero no por los vicios o defectos de los proyectos parciales, ya que corresponde a los técnicos especialistas la responsabilidad individualizada y personal de éstos por no intervenir en su dirección ni obligarles la ley a supervisarlos.

Tribunal condena al director de la obra sin ningún tipo de argumentación. La responsabilidad del arquitecto ex artículo 1.591 C. C., es una responsabilidad civil por hecho propio, derivada de la vulneración de un deber contractual o de la infracción de su *lex artis* (art. 1.258 C. C.) y las reglas legales de responsabilidad por hecho ajeno de los arts. 1.903 o 1.596 C. C. están previstas respectivamente para la responsabilidad de los hechos por terceros dependientes o por los ocupados por el contratista en la obra. Esta línea jurisprudencial no encuentra fundamento en la LOE, que no contiene ninguna norma, análoga a la prevista por el promotor, que disponga expresamente la responsabilidad del técnico director por hecho ajeno.

¹⁴¹ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. cit.* Págs. 321-6. SSTS 26 de marzo de 1988 (RJ 1988/2478) y de 4 diciembre de 2008 (RJ 2008/6950).

¹⁴² ÁLVAREZ OLALLA. *Op. cit.* Págs. 110-116.

824.- También responde por hecho ajeno cuando acepte la dirección de una obra cuyo proyecto no haya elaborado él mismo (artículo 17.7 LOE). El director de la obra no debe limitarse solo a dirigir las obras sino que ha de comprobar si el proyecto es correcto, y en caso de que adolezca de deficiencias que solo puedan apreciarse cuando se inicien los trabajos sobre el terreno¹⁴³, proceder a la subsanación de éstas¹⁴⁴. Es probable, que dicha responsabilidad no solo se deba a hecho ajeno, sino que en muchos casos puede que se deba a hecho ajeno y a hecho propio, cuando los defectos se producen no solo por las deficiencias de las que adolezca el proyecto, sino también, porque el director de obra no advirtió o no realizó las rectificaciones oportunas¹⁴⁵.

825.- La responsabilidad puede ser exclusiva del director cuando estando correctamente redactado el proyecto, se apartó del mismo al interpretarlo. El hecho de que el arquitecto director de la obra, responda por hecho propio o por hecho ajeno, en nada afecta a los propietarios y terceros adquirentes, que podrán dirigirse para exigir la reparación de los mismos, indistintamente contra el proyectista o contra el director de la obra cuando es persona distinta del anterior, o contra ambos de modo conjunto, exigiendo la responsabilidad solidaria de los mismos.

826.- Cuando el director de la obra acuerde con el promotor una dirección parcial, es el técnico de dicha dirección, el responsable de los vicios o defectos que esta adolezca. El director de obra responde de forma solidaria cuando la obra

¹⁴³ STS núm. 1262/2006 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 14 diciembre de 2006.

¹⁴⁴ ESTRUCH ESTRUCH. *Op. cit.* Págs. 643-648.

¹⁴⁵ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. cit.* Pág. 321-6. El TS ha considerado que no es suficiente que el técnico haga constar las irregularidades que aprecia en el Libro de Ordenes, sino que debe comprobar su rectificación o subsanación antes de emitir la certificación (RJ 1988, 1609; RJ 1994 6505; RJ 1996 8276), por lo que en base a dicho certificado y también al hecho de dirigir la obra (culpa in vigilando, RJ 1991, 9715; RJ 1996, 7006, RJ 1994, 9394), consideraba la esfera de riesgo de toda la obra, criterio jurisprudencial del art. 1.591 C. C..

se contrate de manera conjunta a más de un técnico sin perjuicio de la distribución que entre ellos corresponda¹⁴⁶, pero no, cuando se encargue a cada técnico de manera separada. También existe responsabilidad solidaria con el director de ejecución de la obra, ya que concurren ambos en la obligación de suscribir el certificado final de obra.

827.- La diferenciación en la responsabilidad directa entre la responsabilidad por hecho propio y hecho ajeno tiene especial importancia en las relaciones internas, ya que el director de la obra (artículo 18.2 LOE) puede ejercitar la acción de repetición frente al responsable verdadero tras responder ante los propietarios y terceros adquirentes. Cuando se de concurrencia de culpas hay que tener en cuenta que parte de culpa es atribuible a cada uno, debiendo responder el resto de los agentes de la parte que le sea atribuida, situación que se presenta de existir vicios y defectos del proyecto que debieran haberse subsanado y rectificado durante la ejecución y no lo llevó.

828.- Puede exonerarse de responsabilidad cuando concurren una o varias de las causas establecidas en el artículo 17.8 LOE. OLALLA¹⁴⁷, considera que es posible la exoneración de la responsabilidad del director de la obra, cuando el proyecto erróneo proviene de técnicos con intervención preceptiva. La exoneración dependerá de hasta que punto dichas incorrecciones debían de haber sido detectadas y corregidas por el director de obra.

¹⁴⁶ STS 3 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7006).

¹⁴⁷ ALVAREZ OLALLA, P.. *Op. cit.* Pág. 114.

4.2.2.2. Responsabilidad del director de ejecución de obra.

829.- El director de ejecución de la obra es responsable personal e individual de los vicios y defectos de la ejecución de la obra¹⁴⁸, que sean causa, de un deficiente cumplimiento de las obligaciones que le atribuye el artículo 13 LOE y demás disposiciones que les sean aplicables.

830.- El artículo 17.7 LOE le imputa la responsabilidad de la no veracidad e inexactitud del certificado final de obra¹⁴⁹, que está obligado a suscribir por el artículo 13.2.e, junto con el director de la obra, debiendo responder de las desviaciones producidas respecto al proyecto y de las instrucciones dadas por el director de obra, ya que entre las obligaciones¹⁵⁰ impuestas por el artículo 13.2.c, se encuentra la de dirigir la ejecución material de la obra comprobando su correcta ejecución¹⁵¹ conforme al proyecto y a las instrucciones del director de la

¹⁴⁸ FEMENÍA LÓPEZ P. J.. *La responsabilidad del arquitecto en la Ley de Ordenación de la Edificación*. Editorial Dykinson S.L. 2004. Madrid. Págs. 227-8.

¹⁴⁹ LOPEZ RICHART, J. *Op. cit.*. Dykinson S.L. Madrid 2003.

¹⁵⁰ STS núm. 1312/2006 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 20 diciembre de 2006.

¹⁵¹ SAP de Pontevedra (Sección 1ª) núm. 205/2008 de 27.03.08, (JUR 2008\207092). La Sentencia del TS de 8 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6695) , se remite a la sentencia de 18 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 6596) «que resume la doctrina jurisprudencial al respecto y que ha señalado que "la responsabilidad decenal del Arquitecto Técnico o Aparejador por el incumplimiento de sus obligaciones profesionales y la normativa de sus cometidos y deberes, no sólo se encuentra en el Decreto de 19 de febrero de 1971 (RCL 1971, 338) , citado en el motivo, sino en el de 16 de julio de 1935 (RCL 1935, 1281) y constituyen ineludibles deberes profesionales de tales técnicos, la ejecución y vigilancia de las órdenes dadas por la dirección de la obra, procurando la perfecta realización de los trabajos y el empleo de los materiales adecuados -sentencia de 27 de enero de 1988 (RJ 1988, 150) -. Participa como técnico en la dirección de la obra y debe conocer las normas tecnológicas de la edificación y advertir al Arquitecto Superior del incumplimiento y vigilar asimismo que la realidad constructiva se ajuste a su *lex artis* -sentencia de 5 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7472) -. Le incumbe la inspección de los materiales empleados, proporciones y mezclas con la debida asiduidad -sentencias de 15 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7449) y 11 de julio de 1992 (RJ 1992, 6281) - así como la correcta ejecución de las actividades constructivas respondiendo de los resultados dañosos que se ocasionen debido a errores, defectos o vicios de las edificaciones en que intervienen -sentencias de 12 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9583) , 2 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9394) y 15 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4237) -"».

obra¹⁵², junto a la comprobación de los materiales (artículo 13.2.b) mediante la verificación de la recepción en obra de los productos de construcción y la realización de ensayos y pruebas precisas. El director de la ejecución de la obra como técnico más próximo a la obra, aparte de dar instrucciones que deben quedar reflejadas en el Libro de Ordenes y Asistencias, tiene que controlar¹⁵³ la ejecución¹⁵⁴ correcta, dando instrucciones al constructor para la rectificación de los defectos de ejecución y controlando la realización de dichas rectificaciones.

831.- La comprobación del artículo 13.2.c) LOE, es un control tanto cualitativo como cuantitativo. El primero comprende el control de la calidad, siendo responsable directo frente a los propietarios y adquirentes de los daños que tengan causa en la deficiente idoneidad de los materiales, aunque corresponde al director de obra pronunciarse sobre la idoneidad de éstos. Mientras que en el segundo, quedan incluidas las dimensiones establecidas en el proyecto y las características reales.

832.- Cuando la dirección de la obra y la dirección de la ejecución de la obra sean asumidas por la misma persona, ésta responderá ante propietarios y compradores de los daños que tengan causa en las deficientes direcciones. Si es llevada a cabo por personas diferentes y el director de la ejecución de la obra no actúa con la diligencia debida apreciando las instrucciones erróneas del director de obra, deberá responder aún cuando actúe siguiendo dichas órdenes.

¹⁵² MILÁ RAFAEL R.. “Comentario STS 15.12.2005”. *Indret*. Barcelona, 4/2006.

¹⁵³ SALA SÁNCHEZ, P (Coord). *Derecho de la edificación*. 2ª. edic.. Bosch. Barcelona, 2001. Págs. 281-6 y ss.

GUTIERREZ CAMACHO, M. E.. *La LOE vista por el arquitecto técnico*. Comares. Granada, 2001. Pág. 282.

MARTINEZ ESCRIBANO, C.. *Op. cit.*. Págs. 200-8.

833.- Si los materiales¹⁵⁵, no resultan idóneos o de una deficiente calidad para el fin a que deben ser destinados, tiene que ponerlo en conocimiento del director de la obra.

¹⁵⁵ SAP. Madrid núm. 730/2005 (Sección 14ª), de 25.10.05 (AC2005\2397). **OCTAVO** Los numerosos defectos en los elementos comunes a que se refiere el informe pericial judicial tienen su origen, fundamentalmente, en la mala ejecución de lo edificado, así, deficiente compactación en zona de relleno de gran extensión y deficiente colocación o utilización de los materiales - sobre la alegada falta de mantenimiento a cargo de la actora luego se hará mención-, luego ya se está constatando, por la multitud de defectos, que no concurrió el necesario control a cargo de los arquitectos directores de la misma, pues ese control debía ejercerse tanto para que la obra se ajustase a lo proyectado, como que su ejecución material resultase correcta y segura con arreglo a las normas de la buena construcción, dando los arquitectos superiores las órdenes e instrucciones precisas para solventar los problemas y dificultades que fueran surgiendo en el proceso constructivo, pues no cabe descargar toda la responsabilidad de la dirección de la obra en los arquitectos técnicos, aquí también condenados, porque los arquitectos directores de la obra han de ejercer el control mediato, correspondiendo a los arquitectos técnicos el inmediato. A los arquitectos técnicos corresponde funciones, entre otras, de inspeccionar los materiales, ordenar la realización de obra conforme al proyecto, efectuando las comprobaciones necesarias (sentencias de 28 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 10166] y 18 de septiembre de 2001 [RJ 2001, 6596]), siendo, como dicen las sentencias de 13 de febrero de 1984 (RJ 1984, 1143) y 5 de diciembre de 1998, ayudante de la obra o más propiamente coadyuvante y colaborador técnico para su correcta realización y solidez a fin de proporcionar el uso adecuado por los futuros adquirentes, pero ello no exime al arquitecto superior, que forma parte de la dirección facultativa y cobra honorarios por esa dirección, del control al que antes nos hemos referido, pues, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6587) : «La jurisprudencia de esta Sala de Casación Civil mantiene una línea jurisprudencial bien definida para delimitar las responsabilidades de los Arquitectos, teniendo en cuenta que aquí se trata de múltiples defectos externos perfectamente visibles y detectables y así se ha declarado que el Arquitecto no cumple por entero su misión con la redacción del proyecto de obra, sino que cuando asume su dirección se alinea como protagonista principal en el proceso material de su ejecución, lo que le impone modificar, corregir y cumplimentar el proyecto en aquellos aspectos que suponen omisiones, insuficiencias o incorrecciones y si alguna pauta constructiva quedase sin revisar debidamente en el proyecto deberá adoptar las previsiones necesarias que se adecuasen a la obra (Sentencia de 10-7-2001 [RJ 2001, 5151]), correspondiéndole también como función principal, al ser el encargado de la obra y por imperativo legal, la superior dirección y control de la misma y el deber de vigilar que su ejecución sea lo mas correcta posible (Sentencia 19-11-1996 [RJ 1996, 8276]), lo que no obsta el ejercicio de funciones convergentes atribuidas a los integrantes de otros cuerpos técnicos en las respectivas actividades que les incumben (Sentencia de 15-4-1991 [RJ 1991, 2691]), ya que los Arquitectos son responsables últimos como realizadores y directores del proyecto y por tal razón no basta con que se limiten a hacer constar en el Libro de Ordenes las imperfecciones que aprecien, pues se les impone un plus mayor en su gestión directora superior, ya que deben en todo momento comprobar las rectificaciones o subsanaciones ordenadas y antes de emitir el certificado final aprobatorio de la construcción, único medio de garantizar a los posteriores adquirentes que no resulten defraudados en sus aspiraciones a una habitabilidad posible, segura y cómoda, conforme a las directrices que sienta la sentencia de 12 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8296) , (que cita las de 16-3-1984 [RJ 1984, 1247] , 5-7-1986, 9-3-1988 [RJ 1988, 1609] , 7-11-1989 [RJ 1989, 7857] y 19-11-1996 [RJ 1996, 8276])».

834.- En la dirección conjunta, los daños que tengan causa en ella, darán lugar a responsabilidad solidaria frente a propietarios y terceros adquirentes, independientemente de que pueda ser individualizada en las relaciones internas, pudiendo resarcirse el agente perjudicado frente al verdadero responsable a través de la responsabilidad subjetiva.

También podrá exonerarse frente a propietarios y terceros adquirentes de dicha responsabilidad cuando concurren las circunstancias del artículo 17.8 LOE.

835.- La responsabilidad del director de la ejecución de la obra habrá de limitarse por tanto a los extremos a los que se refiere su actuación en el proceso edificatorio¹⁵⁶. En caso de que las deficiencias obedezcan a vicios del proyecto, por no ajustarse a las características del suelo, el arquitecto técnico no debe de responder de tales vicios.

836.- La LOE, no prevé de modo expreso las consecuencias que se puedan derivar del control cuantitativo, que generalmente darán lugar más que a defectos constructivos, a un incumplimiento contractual, al no ajustarse el edificio a las dimensiones pactadas.

4.2.3. Entidades y Laboratorios de control de calidad de la edificación.

837.- A las entidades y laboratorios de control de calidad le es aplicable el régimen de responsabilidad del artículo 17 LOE cuando su intervención en el proceso edificatorio da lugar a daños en la edificación¹⁵⁷, a pesar de que dicho

¹⁵⁶ STS de 3 de Diciembre de 2008 (RJ 2008\6946).

¹⁵⁷ GARCIA ALGUALCIL, M^a. J.. *Op. cit.*. Pág. 177. En contra ORTI VALLEJO, A. *Op. cit.* Pág. 1.166. Sostiene que la responsabilidad del art. 17 LOE no alcanza a estos organismos al no intervenir directamente ni indirectamente en la ejecución de la obra. Su responsabilidad solo existe frente a las personas que encargaron la verificación o el informe en base a las reglas del C.C. Para admitir la responsabilidad frente a los adquirentes, sería necesario demostrar que

artículo no los menciona como responsables, pudiendo propietarios y terceros adquirentes dirigir la reclamación directamente contra ellos.

838.- La relación de las entidades y laboratorios es de arrendamiento de servicios, pero se les hace responder de los vicios o defectos del proyecto y de la ejecución material. Creo que hubiera sido más conveniente que éstos respondieran solo ante quién los contrató y no ante los propietarios¹⁵⁸. El artículo 14.3.b LOE introduce el régimen del contrato civil de arrendamiento de obra, por entregar el resultado del trabajo no solo al agente que lo encargo, sino en “todo caso” al director de la ejecución de la obra, aunque éste no hubiese hecho el encargo, ya que tiene las obligaciones de verificar los productos a su recepción y de dirigir la obra, debiendo estar informado de esta actividad de asistencia técnica y de sus conclusiones¹⁵⁹.

839.- Estos agentes responden de los daños causados por vicios o defectos de aquellos aspectos de la edificación¹⁶⁰, cuya calidad o adecuación controlan, ya que el resto de los agentes adoptan sus decisiones en base a los informes que emiten.

840.- Dado que la responsabilidad por cuenta ajena solo existe en los casos en que la LOE los establece, ésta solo se dará, cuando el constructor antes de recibir los productos de construcción solicitó de alguna entidad o laboratorio que determine su nivel de calidad y actuó incorrectamente (artículo 17.6). En éste caso el constructor responderá, con derecho de repetición frente a la entidad o

compraron el edificio confiando en el informe que éstos emitieron, siendo su carácter extracontractual al no existir relación entre ellos.

¹⁵⁸ SEOANE PRADO, J., BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, A. COBO PLANA, J. J.. *Garantía y responsabilidad en la Ley de Ordenación de la edificación (Ley 38/1999)*. Sien. Madrid, 2000. Pág. 69.

¹⁵⁹ GARCÍA MACHO, R. (coord.). *Op. cit.*. Págs. 85-86.

¹⁶⁰ ÁLVAREZ OLALLA, C. *Op. cit.*. Pág. 121.

laboratorio¹⁶¹, correspondiendo dicha responsabilidad por hecho ajeno al constructor y no a las entidades y laboratorios.

841.- Generalmente la responsabilidad va a ser exigida a las entidades y laboratorios de control de calidad no de una forma directa sino a través de la acción de repetición o de la Disposición Adicional Séptima de la LOE, debido a la dificultad que en principio puedan tener los propietarios y terceros adquirentes en determinar su responsabilidad. La responsabilidad solidaria es muy fácil que se dé cuando incurren en responsabilidad estos agentes, ya que lo más normal es la concurrencia de culpas con la dirección de la obra cuando no pueda individualizarse la causa de los daños materiales.

842.- Estos agentes, como el resto de la legitimación pasiva, pueden exonerarse de su responsabilidad cuando prueben que las causas que intervinieron fueron las del art. 17.8, caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño.

4.3. COBERTURAS.

843.- Diferenciamos entre la responsabilidad por daños a terceros y a la propia obra, y en esta última, entre las fases de proyecto y ejecución, antes de la recepción definitiva por el promotor, y la responsabilidad cubierta con posterioridad a dicha recepción, que se corresponde con el periodo de garantía decenal, en el que fundamentalmente se garantiza las responsabilidades establecidas por el artículo 17 LOE.

¹⁶¹ MARTINEZ ESCRIBANO, C.. *Op. cit.* Pág. 238.

a. Cobertura de la responsabilidad por daños a terceros antes de la recepción de la obra.

844.- El seguro incluye el pago de las indemnizaciones a que de lugar la responsabilidad asegurada, las costas del reclamante a que sea condenado el asegurado, el pago de los honorarios y los gastos derivados de su defensa jurídica, así como, la constitución de fianzas judiciales civiles y penales, exigidas por los tribunales para garantizar su responsabilidad.

845.- Para la delimitación de dichas coberturas se contemplan fundamentalmente las siguientes exclusiones: 1º. La asunción de responsabilidades contractuales que sobrepasen la legal del asegurado. 2º. Las reclamaciones por responsabilidad civil patronal, excepto que dicha cobertura se haya contratado como complementaria, o esté incluida en la cobertura básica, como sucede en las pólizas de responsabilidad civil de laboratorios de ensayos de materiales para la construcción. 3º. Las reclamaciones derivadas de la responsabilidad civil de productos. No se considera fabricación, construcción, alteración, reparación, mantenimiento, tratamiento de mercancías o productos, la propia actividad profesional del técnico para la que está habilitada. 4º. La cobertura de responsabilidad civil de explotación¹⁶². 5º. Los actos intencionados dolosos¹⁶³ por incumplimiento de normas legales. 6º. Las reclamaciones derivadas de la quiebra del asegurado, así como daños punitivos de cualquier naturaleza (multas, penalizaciones, etc.). 7º. Las reclamaciones por errores en

¹⁶² Esta cobertura si queda incluida entre las cobertura básicas en las pólizas de responsabilidad civil de los laboratorios de ensayos de materiales para la construcción.

¹⁶³ GÓMEZ POMAR, F. y ARQUILLO COLET, B.. “Daños dolosos y seguro”. *Indret*, 3/2000. El tratamiento del aseguramiento del dolo plantea problemas en relación al art. 19 y 76 LCS. Desde la perspectiva de los seguros obligatorios y voluntarios la línea jurisprudencial mayoritaria a favor de la prohibición de asegurar el patrimonio contra las consecuencias negativas derivadas del dolo pero, por disposición expresa del art. 76 LCS, se obliga al asegurador a indemnizar si la persona que reclama es el tercero perjudicado, puesto que no puede oponerle el dolo del asegurado, sin perjuicio de que pueda ejercer posteriormente un derecho de regreso contra éste. El argumento se mantiene, incluso en el caso de que el dolo esté excluido de la cobertura de la póliza de seguro voluntario.

cálculos y mediciones que pueden dar lugar a variaciones de presupuestos que se deriven de un acto negligente, error u omisión que de otra forma, hubieran estado cubierto por la póliza. Esta exclusión no se considera como tal, cuando se pruebe fehacientemente que el cálculo defectuoso de mediciones o presupuestos está libre de cualquier engaño o conducta fraudulenta con la intención de que el asegurado obtenga cualquier negocio o contrato. 8º. Las reclamaciones derivadas de la actividad del asegurado como Técnico de Prevención de Riesgos Laborales. 9º. Las reclamaciones por daños propios de las sociedades por las que el asegurado desarrolla su actividad en dependencia laboral. 10º. La actividad del asegurado por funciones de administración de empresas como director, consejero, ejecutivo, así como la responsabilidad por actos administrativos en el caso de funcionarios. 11º. La parte de daño que corresponda proporcionalmente a la participación como socio del asegurado en sociedades, cooperativas y comunidades de propietarios. 12º. Las reclamaciones derivadas de la realización del control de proyectos y ejecución, utilizados por las aseguradoras para garantizar las coberturas básicas impuestas por la LOE. 13º. Las reclamaciones por retrasos en la iniciación, ejecución o terminación de los trabajos, así como, las derivadas de la paralización, a menos que sean consecuencia directa del error profesional o falta profesional amparado por la póliza (daños consecutivos).

b. Cobertura de daños a la obra antes de su recepción.

846.- La póliza de responsabilidad civil cubre la responsabilidad en que puede incurrir el técnico por daños a la propia obra, ya que el apartado de definiciones de las pólizas considera tercero a cualquier persona, física o jurídica, distinta del asegurado, del cónyuge, ascendiente o descendiente del asegurado hasta el segundo grado, y a las sociedades respecto de sus empleados, asegurados conforme con lo expresado en el objeto del seguro¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Definición de de la póliza de responsabilidad civil profesional de Mapfre Industrial.

La cobertura alcanza al daño directo e inmediato experimentado por las obras respecto de las que el asegurado haya ejercido su actividad profesional, quedando excluidos los perjuicios que vayan más allá de dicho daño.

c. Coberturas con posterioridad a la recepción de la obra.

847.- Las coberturas de la póliza con posterioridad a su recepción por el promotor, se centran fundamentalmente en la garantía decenal y trienal. Dichas coberturas, de carácter voluntario por parte del asegurado, pueden quedar incluidas en la póliza de responsabilidad civil de técnicos de diferentes maneras: 1ª) por no estar incluida entre sus exclusiones (es la forma utilizada con mayor frecuencia para incorporar la cobertura); 2ª) como cobertura opcional; 3ª) mediante la derogación de la exclusión correspondiente a través de la incorporación de una cláusula en las condiciones especiales o particulares de la póliza, o; 4ª) mediante su incorporación en las condiciones particulares o especiales, con cláusulas del tipo, “*queda entendido y acordado que la cobertura otorgada por la presente póliza incluye cualquier reclamación derivada de la responsabilidad del asegurado contemplada en el artículo 1.591 del Código Civil, así como las contempladas en la Ley de Ordenación de la Edificación 38/99 de 5 de noviembre, siempre que el asegurado actuase en el marco de sus competencias legalmente establecidas y que se reclame al asegurado por primera vez durante el periodo del seguro por hechos cometidos, según se establece en el apartado 4.3.1 a)*”¹⁶⁵ de las condiciones especiales de la póliza”

¹⁶⁶.

¹⁶⁵ MAPFRE INDUSTRIAL. *Seguro de Responsabilidad Civil Profesional*. Apartado 4.3.1.a) “La reclamación se dirija por primera vez al Asegurado o al Asegurador dentro del periodo de vigencia de la póliza”.

¹⁶⁶ MAPFRE INDUSTRIAL. Anexo II condicionado especial póliza de responsabilidad civil profesional del Colegio de Ingenieros.

848.- Para al régimen jurídico de la LOE las coberturas de riesgos y daños, son las establecidas en el artículo 17 LOE, que quedan reducidas a los daños materiales del edificio, incorporando las exclusiones¹⁶⁷ establecidas por el artículo 19 de la LOE.

849.- El primer párrafo del artículo 74, establece que salvo pacto en contrario *“el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador”*. El daño causado al perjudicado y atribuido al asegurado tiene que soportarlo el asegurador, por lo que éste tiene legítimo interés en intervenir en la reclamación judicial o extrajudicialmente formulada. En caso de conflicto de intereses entre asegurado y perjudicado cuando estén asegurados en la misma entidad, el segundo párrafo establece, que el asegurador comunicará dicha situación al asegurado sin que ello le exima de las diligencias urgentes para su defensa, pudiendo optar el asegurado entre mantener la dirección jurídica en su aseguradora o confiar su defensa a otra persona.

¹⁶⁷ Dichas exclusiones se incorporan en las pólizas de las siguientes formas:

- 1ª. Las pólizas de responsabilidad civil general¹⁶⁷ incorpora las exclusiones de las reclamaciones *“por la responsabilidad civil decenal regulada en el artículo 1.591 del Código Civil que directa, solidaria o subsidiariamente pudiera corresponderle por las obras en que participe el asegurado, independientemente del título que ostente en la misma, y la Responsabilidad Decenal y/o reclamaciones de daños producidos por vicios de construcción en los términos definidos por la Ley 38/1999 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación”*.
- 2ª. Las pólizas de responsabilidad civil de laboratorios de ensayos de materiales¹⁶⁷ para la construcción, contienen cláusulas de exclusión del tipo:
“El servicio contratado al asegurado para cumplir las misiones exigidas por la compañía de seguros para garantizar las coberturas básicas impuestas por la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999 u otras que tengan carácter complementario u optativo”.
“Actividad del asegurado como entidad de control de calidad de la edificación regulada en el art. 14.1 de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre, y legislación concordante”.

850.- Generalmente las pólizas reproducen el artículo 74 LCS en la cláusula correspondiente a la dirección jurídica del asegurador, añadiendo, que con independencia de cual fuere el fallo judicial el asegurador se reserva la decisión de ejercitar los recursos legales que proceda contra dicho fallo o conformarse con el mismo, siendo el asegurado, quién, en caso de no interponer del recurso el asegurador, lo interponga si lo considera necesario, y si prospera, exigir al asegurador los gastos judiciales de abogado y de procurador.

5. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE CONSTRUCCIÓN.

851.- Se trata de un seguro voluntario que tiene por objeto dar cobertura a la responsabilidad directa y a la subsidiaria, por daños corporales, materiales y perjuicios ocasionados a terceros, en la ejecución de obras o trabajos.

852.- La contratación de este seguro puede llevarse a cabo a través de póliza por obra, que garantiza la intervención del asegurado en una obra determinada, o mediante póliza abierta, que garantiza todas las obras que realice el asegurado a lo largo del año, regularizando la prima correspondiente al final del ejercicio, cuando se conozca la cifra de negocio real.

853.- El tomador del seguro es el constructor, el promotor-constructor, el promotor y otros activistas de la edificación.

854.- Al igual que en el seguro de responsabilidad civil profesional, la póliza cubre los daños ocurridos durante el periodo de vigencia, cuando el hecho generador ha tenido lugar después de la fecha de efecto del contrato y la reclamación es comunicada al asegurador en dicho periodo de vigencia o en un

plazo posterior que generalmente no suele exceder de uno o dos años, a partir de la fecha de extinción del contrato, conforme al artículo 73.2 LCS.

5.1. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PROMOTOR, CONSTRUCTOR Y SUBCONTRATISTA.

5.1.1. Responsabilidad del promotor.

855.- La responsabilidad en que puede incurrir el promotor por incumplimientos contractuales¹⁶⁸, se rige por las normas generales establecidas por el Código Civil (artículos 1.091, 1.101, 1.106, 1.107, 1.124 y 1.258), y por el régimen específico del contrato de compraventa (artículos 1.484 a 1.490 C. C.) que le vincula con el comprador¹⁶⁹.

856.- El promotor responde de los daños materiales causados en el edificio por los vicios o defectos causados por actos u omisiones propios (artículo 17.2 LOE) de forma individualizada. Dicho criterio de imputación es de escasa importancia en función de las obligaciones asumidas por su participación en el proceso de la edificación¹⁷⁰. El legislador lo ha constituido en garante¹⁷¹ (artículo 17.3 LOE) de

¹⁶⁸ STS núm. 654/2008 de 26 de junio (RJ 2008\4272).

¹⁶⁹ ESTRUCH ESTRUCH, J.. *Op. cit.* Págs. 712-733.

¹⁷⁰ ÁLVAREZ OLALLA, P.. *Op. cit.* Págs. 92-96.

¹⁷¹ La LOE ha mantenido el mismo criterio jurisprudencial que hasta ese momento venían aplicando los tribunales de incluir al promotor en el círculo de las personas responsables por los vicios o defectos graves de la edificación aunque no haya intervenido en ella.

ÁLVAREZ OLALLA, P.. *Op. cit.* Pág. 91.

ESTRUCH ESTRUCH, J.. *Op. cit.* Págs. 712-733.

RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M.. *Op. cit.* Págs. 138-156.

CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GÓNZALEZ CARRASCO. *Op. cit.* Págs. 329-30.

SSTS de 13 de enero de 2002 (RJ 2002, 5705), 13 de mayo de 2002 (RJ 2002, 5705) y 27 de febrero de 2008 (RJ 2008\2143). SAP Zaragoza núm. 373/2006 (Sección 2), de 11.07.06 (2006\216351).

los vicios y defectos de la edificación, haciéndolo responsable junto al resto de agentes, basándose en que el móvil que le lleva a acometer¹⁷² el proyecto es el lucro¹⁷³, exceptuando los casos de autopromotores, cooperativas¹⁷⁴ y comunidades. El último párrafo del artículo 17.3 LOE se refiere a la responsabilidad del promotor en los siguientes términos, “*en todo caso, el promotor responderá solidariamente¹⁷⁵ con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción*”. La LOE le responsabiliza¹⁷⁶ solidariamente con el resto de los agentes, a pesar de estar identificado el agente responsable¹⁷⁷, al no conocerse frecuentemente las causas de los daños, y por tanto, el causante, evitando de esa manera la indefensión del comprador¹⁷⁸.

¹⁷² GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Civitas Edición. 1ª. edic. Madrid 2000. Págs. 444-5. La jurisprudencia ha declarado responsable al promotor cuando se le puede atribuir una falta de diligencia a la hora de elegir a los profesionales de la ejecución o bien a la hora de regular la forma de ejecutarse las obras” (STS 20.11.98, Ar. 8413).

¹⁷³ Con independencia de que el promotor intervenga o no en la ejecución de la obra, mediante el contrato de administración el promotor puede reservarse algunos derechos en el contrato de obra cuyo ejercicio podría hacerle incurrir en responsabilidad,

¹⁷⁴ RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M.. *Op. cit.*. Págs. 138-156. Sostiene que los gestores, las cooperativas mismas y los cooperativistas no pueden tener la consideración de promotores y por tanto no podrán ser considerados sujetos pasivos de una acción de responsabilidad por defectos constructivos (STS 20.2.89, 6.3.90), pero sin que ello sea un obstáculo para la suscripción del seguro obligatorio por daños o defectos estructurales, aunque considera a dichos sujetos técnicamente como autopromotores, no obligados por tanto a suscribir el seguro, entiende que puede ser razonable que lo hagan desde el principio, dada la pluralidad de propietarios del edificio y la razonable probabilidad de enajenación por alguno de ellos de su vivienda o local o terceros en un breve lapso de tiempo.

¹⁷⁵ SAP. Granada de 5.04.03, (JUR 2003\200165).

¹⁷⁶ ARCO TORRES, M. A.: *Derecho de la Construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales)*. Comares. Granada 2003. Págs. 560-565.

¹⁷⁷ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZALEZ CARRASCO. *Op. Cit.* Págs. 203-4.

¹⁷⁸ MILÁ RAFAEL, R. “Comentario a la STS de 10.2.2004 (Sala Primera)”. *Indret*. Barcelona, 4/2006, "ante el silencio del art. 1.591 C. C., la jurisprudencia del TS (STS 7.11.2005) ha reconocido de forma reiterada la legitimación activa del promotor para reclamar la responsabilidad decenal frente al contratista y los técnicos, con independencia de que hubiese

857.- El seguro decenal de daños materiales a la edificación garantiza los daños materiales del artículo 19.1.c LOE, sin perjuicio, de que la aseguradora pueda ejercitar la acción de repetición contra el agente causante de los daños. El aseguramiento para las responsabilidades del artículo 17.1. b y de los defectos de terminación y acabado, no es exigible aún, excepto que voluntariamente se contrate su cobertura, tiene que ser el propietario quien vaya contra el promotor, y este último, quién llame al proceso al responsable de conformidad con la Disposición Adicional séptima de la LOE¹⁷⁹, o ejercite directamente la acción de repetición¹⁸⁰ contra éste (artículo 18 LOE).

transmitido las viviendas a terceros, en base a su interés contractual en el cumplimiento correcto del contrato de obra y a la posibilidad de ser demandado por los sucesivos adquirentes. La sentencia comentada no sigue la mencionada doctrina, coincidiendo con lo que sobre este punto da el art. 17.1.LOE, anteponiendo los intereses de los adquirentes del edificio a los del promotor a obtener la reparación de los mismos vicios constructivos, pues éste último perdió la condición de perjudicado cuando transmitidos los pisos no abonó o reparó los desperfectos”.

¹⁷⁹ SAP Burgos núm. 218/2006 (Sección 3ª), de 5 mayo, (2006\163452).TERCERO.- En base a esta cobertura normativa y datos de hecho, la llamada al proceso de la empresa constructora, provocada por la entidad demandada, al amparo del Art. 14-2 LEC, mediante escrito de fecha 17 de febrero de 2005, es pertinente, folios 119 y siguientes. La parte actora, contestando al traslado conferido al efecto, considera que no es necesaria su traída al proceso. No obstante, reconoce la posibilidad de notificar la demanda, de acuerdo con la D.A.S. Ley 38/1999, señalando que si "finalmente resultara absuelta por falta de responsabilidad", las costas del tercero habrían de ser impuestas a la Caja de Ahorros demandada. El Juzgado de Instancia, por Auto de 19 de marzo de 2005, acuerda el emplazamiento de la constructora en base a la disposición antes citada, no solo de contenido procesal sino material, pues la sentencia que se dicte es ejecutable frente al llamado, aun no compareciendo. La doctrina interpretativa de la D.A.S. Ley 38/1999 considera que la litisdenunciación que otorga al demandado tiene como finalidad la de provocar una acumulación subjetiva y forzosa de acciones contra otros agentes por las mismas causas de reclamación que consten en la demanda. Se arguye que el emplazamiento del tercero les atribuye la cualidad de demandados, con las mismas cargas, derechos y obligaciones procesales, cuyas consecuencias jurídico-materiales se determinan en el párrafo segundo:1) Si comparece puede defenderse activamente frente al demandante y codemandados respecto de los que tenga intereses contrapuestos, posibilitando la evitación de su condena; 2) Si no comparece, como demandado rebelde, le alcanza los posibles efectos condenatorios de la sentencia recaída en su contra. Solo si hay condena la sentencia puede ser oponible y ejecutable contra el tercero demandado, aun declarado en rebeldía, de manera que, con mayor razón, respecto de quien ha comparecido y se ha defendido y condenado en consecuencia. Considerar que, pese a la extensión de los efectos condenatorios de la sentencia, su efectividad requiera una posterior sentencia condenatoria en otro procedimiento, donde se reconozca este efecto legal, es sencillamente invalidar la disposición legal mencionada y superflua la intervención procesal, cuando las normas deben ser interpretadas de forma que produzcan un efecto útil, de acuerdo con su espíritu y finalidad - Art. 3-1 C. Civil -.La doctrina procesalista, al interpretar el Art. 14-2 LEC, considera que, emplazado el tercero, es parte para que contesta la demanda en la misma forma y en idénticos términos a los establecidos para el demandado, como un reflejo concreto de lo dispuesto por el Art. 13-3 LEC de atribuir al

5.1.2. Responsabilidad del constructor y del subcontratista.

858.- El constructor es responsable¹⁸¹ de los vicios y defectos de que adolezca la edificación en los plazos de garantía correspondientes¹⁸² de forma personal e individualizada¹⁸³ (artículo 17.2. LOE), tanto, por actos propios como de terceros de los que deba responder, quedando la responsabilidad solidaria¹⁸⁴ (artículo 17.3) para cuando no se pueda individualizar la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas, todo ello, al margen de sus responsabilidades contractuales¹⁸⁵ que deja a salvo el artículo 17.1 LOE. Sin perjuicio de la acción de repetición que le asiste (artículo 18.2 LOE) y de la llamada al proceso de la Disposición Adicional séptima de solicitud de notificación de la demanda a otros agentes. Para GARCÍA ALGUACIL¹⁸⁶,

interviniente como parte en el proceso a todos los efectos, defendiendo sus propios intereses - sus propias pretensiones y recursos contra las resoluciones perjudiciales a su interés, aunque los consienta su litisconsorte -.En el presente caso, la resolución judicial mediante la cual se acordó la intervención del tercero fue consentida, contestándose a la demanda e interviniendo en el procedimiento como una parte mas, asumiéndose esta condición como parte demandada, que, en virtud de la D.A.S. Ley 38/1999, le alcanza los efectos de la sentencia de instancia, de modo que debe ser absuelto o condenado. CUARTO.- En el supuesto enjuiciado, dada la naturaleza de los defectos constructivos constatados, procede la condena de la empresa constructora, aunque el demandante no ejercite una acción concreta contra la misma, pues la responsabilidad dirigida contra la entidad promotora se extiende a la constructora, por su llamada provocada al proceso y sus consecuencias jurídicas procesales y materiales legalmente previstas, evitándose un nuevo proceso mediante la extensión de la cosa juzgada, articulándose una acumulación subjetiva y forzosa de acciones.

¹⁸⁰ ESTRUCH ESTRUCH, J.. *Op. cit.*. Págs.. 712-733.

GÓMEZ PERALS, M.. *Responsabilidad del promotor por daños a la edificación*. Dykinson, 2004. Madrid. Págs. 326 y ss.

¹⁸² La LOE atribuye la responsabilidad al constructor durante un año por los daños materiales producidos por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras (arts. 17.1 y 6.5).

¹⁸³ SAP Madrid de 1.03.00. (AC 2000\1108).

¹⁸⁴ STS (Sala de lo Civil), de 18 junio 1990. (RJ 1990\4855). SAP Pontevedra núm. 340/2006 (Sección 3), de 20.07.06, (JUR 2006/224757). SAP Toledo núm. 233/2006 (Sección 1), de 18.09.06, (2006\251774).

¹⁸⁵ STS de 2 de julio 2008, (RJ 2008\4712).

¹⁸⁶ GARCÍA ALGUACIL, M^a. J.. *Op. cit.* Pág. 160.

dada la amplitud de las situaciones en que se puede imputar al constructor la responsabilidad y siendo el máximo responsable por hecho ajeno, plantea su proximidad a la figura del promotor, aunque dicha equiparación no sea total.

859.- El constructor y subcontratista responden por hechos propios de aquellos daños producidos por vicios o defectos de la construcción que se hayan ocasionado en la fase de ejecución material de la obra, que sean debidos a su actuación profesional¹⁸⁷. Fundamentalmente incurre en responsabilidad, cuando siendo el proyecto adecuado y la dirección técnica la correcta, se desvía en la ejecución material de las prescripciones de dichos técnicos. También puede proceder la responsabilidad del constructor, cuando los daños hayan sido causados por defectos del proyecto o de la dirección y fuesen tan manifiestos, que el constructor por su experiencia, hubiera debido detectarlos, a pesar, de no ser técnico.

860.- El criterio general para imputar la responsabilidad, es el seguido por el artículo 1.591 C. C., los vicios de la construcción. Esta responsabilidad puede modificarse ampliando o reduciendo su esfera de control, reducción que no operará respecto a los compradores y usuarios, pero si tendrá efecto dentro de las relaciones internas con el promotor, quién tendrá que demostrar la culpabilidad del constructor. Los daños reclamables son los del artículo 17.1 de la LOE que son fundamentalmente los generadores de ruina, a diferencia del régimen del artículo 1.591 C. C..

861.- El artículo 17.6 LOE, señala que el constructor responderá directamente por hechos ajenos¹⁸⁸ que causen daños materiales en el edificio por deficiencias

¹⁸⁷ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZALEZ CARRASCO. *Op. cit.*. Págs. 320-1 y 394.

DEL ARCO TORRES, M. A.. *Op. cit.* Págs. 565-577.

¹⁸⁸ ALVAREZ OLALLA, P. *Op. cit.*, Págs. 96-101. Si el constructor es promotor, tendrá además que asumir la función de garante que la Ley atribuye al promotor.

de los productos de construcción adquiridos o aceptados¹⁸⁹ por él, aunque los adquiriese otro participe, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar contra el arquitecto técnico o aparejador, a quién corresponde el control de los materiales empleados en la obra, el fabricante o suministrador, o contra todos ellos¹⁹⁰.

862.- También el artículo 17.6 LOE señala que el constructor *“responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio, por vicios o defectos derivados de la impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidas al jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan”*. Señala el precepto que, *“cuando el constructor subcontrate¹⁹¹ con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, será directamente responsable de los daños materiales por los vicios o defectos de su ejecución, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar”*. El fundamento de las responsabilidades por hecho ajeno, se encuentra en los conceptos de culpa in vigilando o in eligendo.

863.- El subcontratista¹⁹² responde frente a su contratante de los vicios y defectos de la obra que él ejecute¹⁹³. El contratista goza con carácter preventivo

¹⁸⁹ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. Cit.* Págs. 394-5.

¹⁹⁰ ESTRUCH ESTRUCH, J... *Op. cit...* Págs. 621-623.

¹⁹¹ Art. 1596 C. C.

¹⁹² LÓPEZ VILAS, R. *El subcontrato*. Tecnos, Madrid. 1973. Págs. 125 y ss.

¹⁹³ SAP Zaragoza núm. 512/1998 (Sección 5ª), de 16 septiembre. (AC 1998\6594).”**CUARTO.-** En el acto de la vista, sin embargo, la aseguradora pretende su absolució, de forma fundamental, en atención al hecho de que su asegurada no es responsable de los desperfectos reclamados en la demanda. Bien es cierto que la Jurisprudencia no es unánime en cuanto a la incardinación de la subcontratista en el contenido del art. 1.591 C. C.. Así, la STS 10 octubre 1994 (RJ 1994\7474) considera, en un breve razonamiento, que a aquélla no le alcanza la responsabilidad decenal. Sin embargo, la STS 22 junio 1990 (RJ 1990\4861)

de las acciones generales de incumplimiento contra el subcontratista. Si el contratista es demandado, por la promotora o por el adquirente al amparo de lo establecido en la LOE, tiene acción de regreso contra el subcontratista pudiendo traerlo al procedimiento, en virtud de lo establecido en la Disposición Adicional séptima de la LOE o ejercitando la acción de repetición del artículo 18 LOE. Además, el promotor o el adquirente tienen acción directa contra el subcontratista para exigir la reparación de los defectos, en los plazos establecidos en la LOE¹⁹⁴. A mi juicio, hubiera sido conveniente la incorporación en la LOE de la responsabilidad directa del subcontratista frente a terceros adquirentes.

elabora y recoge una corriente jurisprudencial que inserta a aquél en el meritado precepto. Así, dice que «...ya la S. 22 marzo 1986 (RJ 1986\1468) estableció que "la legitimación para reclamar por defectos de la construcción, en principio atribuida al promotor-constructor frente al subcontratista que realizó la obra, pasa a título derivativo a los adquirentes de los pisos y locales, o, lo que es igual, si bien cabría que los compradores dirigieran su acción contra el primero por su cualidad del originario constructor (S. 1 marzo 1984 [RJ 1984\1194]), nada impide que lo hagan contra quien subcontrató la parte principal de la obra, y la ejecutó vulnerando la 'lex artis', que es lo tenido en cuenta por el Juzgado y Audiencia, tal y como aparece reseñado en el fundamento anterior; y aún, cabe citar la S. 14 noviembre 1988 (RJ 1988\8444), por referirse a que "si hay culpa o negligencia y mala ejecución por parte del subcontratista, la hay también de éste y de ambos (contratista, subcontratista) en cuanto que la subcontrata fue conocida y consentida por la propiedad y por el arquitecto, y también de éste que no se opuso a ella, ni salvó su responsabilidad para el supuesto de mala ejecución, ni vigiló, ni comprobó ésta"; por otra parte, es doctrina reiterada y constante que son compatibles la responsabilidad basada en el art. 1.591 y la aquiliana, refiriéndose la sentencia últimamente citada a la de 23 noviembre 1985 (RJ 1985\5634), que desestimó la casación contra la sentencia en la que se condenaba al subcontratista, que recurrió alegando infracción del art. 1.257 C. C.; es decir, falta de vinculación contractual con los actores, diciendo que "aun cuando pudiera admitirse que la responsabilidad viene atribuida por el art. 1.591, únicamente al constructor por los vicios de la construcción generantes de ruina, y que el subcontratista no tiene relación contractual directa con los adquirentes de los pisos demandantes lo cierto es que éstos han sufrido unos perjuicios, en cuya causación tiene participación, aunque en grado no determinado, la impugnante, a cuyo abono indudablemente ha de contribuir en la forma solidaria establecida, por aplicación del art. 1.902 C. C." que, aun no alegado en el caso que nos ocupa, respetaría la sustancia de lo pedido y el principio "iura novit curia". Por último, y para no hacer interminable la cita, Sentencias como las de 14 noviembre 1984 (RJ 1984\5552) y 1 junio 1985 (RJ 1985\3620) establecieron que las responsabilidades contempladas por el art. 1.591 C. C., son independientes y se desenvuelven al margen de todo vínculo contractual, aunque sin estorbar las de este origen, que pueden coexistir con las exigidas al amparo del mencionado precepto, de lo que también ha de concluirse que la situación del subcontratista no es de necesaria incardinación en el art. 1.596 del Código Civil».

¹⁹⁴ SSTs de 23 de diciembre de 1.999 y 16 de marzo de 1.998.

864.- El constructor responde solidariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas por el subcontratista durante el periodo de vigencia de la contrata, como si se tratase de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo, responsabilidad que puede llegar al promotor o dueño de la obra si el constructor fuera declarado insolvente (artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 127 de la Ley General de la Seguridad Social).

5.2. COBERTURA Y EXCLUSIONES.

a) Cobertura básica.

865.- La cobertura¹⁹⁵ básica de este seguro la constituye la responsabilidad en que puede incurrir el constructor por el desarrollo de la actividad declarada. Esta cobertura contempla una serie de riesgos que quedan descritos en el objeto y alcance del seguro, pudiendo ser más o menos extensa dependiendo de la propia configuración de la póliza,

866.- Además de las coberturas y exclusiones de la póliza de responsabilidad civil general, contemplan las siguientes: 1º) daños causados a terceros por el asegurado durante la ejecución de obras¹⁹⁶, tanto por los actos u omisiones propios como de sus empleados, incluidos los técnicos y las personas por las que

¹⁹⁵ PACHECO JIMÉNES, M^a. N.. *Op. cit.*. Págs. 653-4. “La póliza de responsabilidad civil para promotores se centra en los siguientes extremos: 1) Responsabilidad civil como propietario o promotor de la edificación. 2) Responsabilidad civil in eligendo por haber encomendado a terceros el proyecto, la dirección y la ejecución de la obra. 3) Responsabilidad civil in vigilando por incumplir su deber de vigilancia sobre técnicos y contratistas. 4) Responsabilidad civil por la infracción en la adopción de medidas de seguridad sobre el solar de su propiedad (v. gr., señalización, protecciones de zanjás, iluminación).

Las pólizas de responsabilidad civil para constructores incide en los siguientes aspectos: 1) Daños a terceros por el uso o utilización de maquinaria. 2) Daños a conducciones subterráneas. 3) Daños a colindantes. 4) Daños por transporte de materiales, incluyendo operaciones de carga y descarga. 5) Responsabilidad civil de la empresa por actuaciones profesionales de técnicos. 6) Responsabilidad civil subsidiaria de contratista y subcontratista”.

¹⁹⁶ SAP Asturias núm. 56/2003 (Sección 4^a), de 7.02.03, (JUR 2003\135028).

legalmente deba responder, aún a pesar, de no mantener relación de dependencia laboral; 2º) daños causados a terceras personas que ocasionalmente se encuentren en los recintos de la obra y que no dependan de hecho o de derecho del asegurado; 3º) daños causados por el desarrollo de las operaciones normales de la actividad, carga, descarga, transporte de materiales y empleo de maquinaria; 4º) daños causados a partes del inmueble que no queden afectadas directamente por dichas obras o trabajos, y; 5º) de formar parte de una Unión Temporal de Empresa, en la que su función quede determinada de forma precisa, cubrirá dicha responsabilidad si fuera notablemente imputable al asegurado, y en caso de que la UTM sea la que se constituya en asegurado principal, quedan excluidos los daños causados recíprocamente entre la UTM y los partícipes.

867.- En cuanto a las exclusiones específicas del seguro de responsabilidad civil de construcción, podemos destacar: 1ª) los daños materiales sufridos por el personal al servicio del asegurado, contratista y subcontratistas, propietario de las obras y personal de todos ellos; 2ª) Los daños sufridos por las obras y trabajos ejecutados por el asegurado o sus subcontratistas, así como los causados a los aparatos, equipos y materiales utilizados (propios o de terceros); 3ª) La responsabilidad que pudiera corresponder directamente a otros contratistas, subcontratistas, promotores, técnicos y demás personas sin relación de dependencia laboral con el asegurado; 4ª) La confección de proyectos y la supervisión o dirección técnicas de obras que no sean ejecutadas por el asegurado, y; 5ª) Daños causados a construcciones o canalizaciones subterráneas cuando el asegurado haya solicitado los planos antes de la iniciación de la obra y no se le hubiesen entregado.

a.1. Daños a la propia obra durante su ejecución..

a.1.1. Por actos propios antes de la recepción:

868.- Los daños materiales que sufra la obra en la fase previa a la recepción se encuentran asegurados por el seguro todo riesgo construcción, pero si el causante de los daños es el constructor¹⁹⁷, le asiste a la aseguradora la acción de repetición contra éste, por actuación negligente en la ejecución. El seguro de responsabilidad civil del constructor debe incluir la cobertura de los daños que sufra la obra durante el periodo de ejecución, o quedar cubierto por el seguro todo riesgo construcción.

869.- Esta cobertura solo ampara aquella parte de la responsabilidad referida a los defectos de la edificación por error o culpa en la actividad desarrollada por el constructor en la ejecución de la obra. No incluirá otros tipos de incumplimientos como puede ser el retraso, la mora, el incumplimiento parcial o definitivo, pero si el defectuoso en lo referente a su actuación negligente.

a.1.2. Por actos de terceros de los que deba responder antes de la recepción de la obra.

870.- La cobertura de daños a la obra, debe incluir los daños originados por las personas de las que deba responder el constructor, tanto de una forma directa como de una forma subsidiaria. Nos encontramos, con daños de los propios operarios del constructor con los que mantiene una relación de dependencia laboral y que por tanto pertenecen a su propia esfera de riesgo; daños de los subcontratista que mantienen su propia autonomía en cuanto a la aportación y

¹⁹⁷ Aunque habrá que estar a lo estipulado en la póliza. La póliza todo riesgo construcción de Winterthur, incluye entre sus exclusiones la siguiente cláusula:

“1) Esta póliza no ampara ningún siniestro que bajo los términos del contrato de ejecución de la obra garantizada, no resultare a cargo del tomador del seguro y, por tanto, éste no tenga la obligación de indemnizar a la otra parte contratante que en el referido contrato los asume”.

organización de recursos para la ejecución del trabajo, dentro de los límites del contrato y de la legalidad vigente que le afecte, pudiendo tener éstos su propia póliza, aunque siempre operará la responsabilidad subsidiaria del constructor principal respecto de éstos, debiendo quedar incluida dicha responsabilidad dentro de la cobertura de daños a la obra.

a.2. Resto de coberturas que operan durante la vigencia de la póliza.

871.- Entre las coberturas opcionales hay que destacar la responsabilidad civil post-trabajos y a la responsabilidad cruzada:

a.2.1. La responsabilidad civil post-trabajos.

872.- Esta cobertura tiene por objeto garantizar la responsabilidad civil en que pueda incurrir el asegurado por los daños causados por obras, montajes o trabajos que realice, después de la recepción por el destinatario, generalmente durante el plazo de un año. Entre las exclusiones hay que mencionar los daños que sufra la propia obra o trabajos, así como los de naturaleza decenal, tanto del artículo 1.591 C. C., como del artículo 17 LOE. También quedan excluidos, los perjuicios resultantes por el hecho de que las obras o trabajos no puedan desempeñar la función para la que estén destinados, o no respondan a las cualidades o características anunciadas. Si quedan incluidos en la cobertura los daños y perjuicios consecuencia directa de un daño causado por las citadas obras, trabajos o servicios.

a.2.2. Responsabilidad civil cruzada.

873.- Cubre la responsabilidad que se pueda generar como consecuencia de la concurrencia de distintos intervinientes que pueden causarse daños entre sí. La

cobertura alcanza a los daños personales causados por el asegurado a empleados de los contratistas, subcontratistas y o personal autónomo que intervenga en la realización de las obras, así como, a los daños personales causados entre los subcontratistas del asegurado durante la ejecución de los trabajos, siempre que se declare por sentencia judicial firme la responsabilidad subsidiaria o solidaria del asegurado. También, cabe la posibilidad de cubrir los daños materiales causados por el asegurado a intervinientes que no guarden con él ninguna relación contractual, y a los contratistas y subcontratistas dependientes de dichos intervinientes.

874.- Entre las exclusiones de esta cobertura caben destacar, los daños y las consecuencias de dichos daños a las obras efectuadas por el asegurado, contratistas y subcontratistas relacionados contractualmente con él, así como por los subcontratistas dependientes de estos últimos.

a.2.3. Responsabilidad civil patronal.

875.- Esta garantía cubre el pago de las indemnizaciones derivadas de cualquier responsabilidad civil que pudiera ser exigida al asegurado, como consecuencia, de reclamaciones presentadas por sus trabajadores o sus causahabientes por daños corporales o muerte sufridos con ocasión de accidente laboral.

a.2.4. Defensa y fianzas civiles y penales.

876.- Cubre los gastos judiciales o extrajudiciales, derivados de procesos civiles y penales, consecuencia de reclamaciones cubiertas por la póliza.

b) Responsabilidad con posterioridad a la recepción de la obra.

877.- Una vez recepcionada la obra por el promotor, comienzan las responsabilidades decenal, trienal y anual establecidas en el artículo 17 de la LOE. Dichas responsabilidades no quedan incluidas en las coberturas básicas de este seguro. Tampoco las responsabilidades trienal y anual quedan cubiertas por el seguro decenal. Si la aseguradora del seguro decenal tiene que indemnizar por siniestro del que sea legalmente responsable directo el constructor por acto propio o subsidiario, podrá ejercitar su acción de regreso contra éste, salvo que el seguro decenal incluya la responsabilidad de éstos. El constructor debe contratar una cobertura opcional para dichos riesgos, lo que llevaría consigo la necesidad de la aseguradora de recabar información de las entidades y laboratorios de control de la calidad, cuando ésta sea distinta a la del seguro decenal.

5.3. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS SUMINISTRADORES.

878.- El suministrador¹⁹⁸ responde de forma individualizada y solidaria¹⁹⁹ conforme al artículo 17 LOE de las deficiencias de los productos²⁰⁰ de construcción suministrados. La responsabilidad directa opera fundamentalmente dentro de las relaciones internas ya que en las externas dicha responsabilidad se le atribuye al constructor.

879.- El último párrafo del artículo 17.6 establece que *“asimismo, el constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por las*

¹⁹⁸ GUTIERREZ SANTIAGO, P.. *Responsabilidad civil por productos defectuosos*: Cuestiones prácticas. 2ª. edic.. Comares. Granada, 2006. Págs. 455 y ss.

¹⁹⁹ Art. 7 de la Ley de Responsabilidad por los Daños Causados por Productos Defectuosos. Ley 22/1994.

STS N°. 993/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única), de 29 de octubre. SAP Zaragoza núm. 594/2003 (Sección 4ª), de 4.11.03, (JUR 2003\277431).

²⁰⁰ SAP de Madrid de 6.03.08 (JUR 2008\198657).

*deficiencias*²⁰¹ de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar”. Se trata de una responsabilidad directa del constructor²⁰² por culpa “*in eligendo*”. El suministrador debe responder de una manera directa frente al resto de los agentes por la entrega de los productos, sus especificaciones, origen, identidad, calidad y exigencias de la normativa técnica aplicable, garantizando la calidad correspondiente. No se trata por tanto de un responsable directo frente a los propietarios y terceros adquirentes, ni de una responsabilidad solidaria con el suministrador, ni subsidiaria de la de éste.

880.- El artículo 13.2.b LOE impone al director de la ejecución de la obra la obligación de verificar la recepción de los productos de construcción en la obra, ordenando la realización de los ensayos y las pruebas precisas. para acreditar la idoneidad de los materiales (artículo 14.3, a y b LOE), por lo que ambos pueden resultar responsables solidarios con los otros agentes.

881.- El hecho de que la LOE haya considerado al constructor responsable directo frente a los compradores de los daños causados a la edificación por los materiales defectuosos, se debe a que es la persona que generalmente los aporta, que elige al suministrador y al que se le presume tener conocimiento sobre la idoneidad de éstos. Al ser el promotor responsable solidario frente al resto de los agentes, en caso de daños causados por defectos de los materiales, los compradores podrán ejercitar la acción del artículo 17.6 LOE frente a él y al constructor. A su vez los agentes que en primera instancia resultaren responsables directos o solidarios (constructor, director de la ejecución de la obra y promotor), podrán ejercitar la acción de repetición contra el suministrador.

²⁰¹ Art. 3.1 LPD. Considera producto defectuoso a aquel que “no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente su presentación, el uso razonable del mismo, y el momento de su puesta en circulación”.

²⁰² STS de 28 de octubre de 1991.

882.- Los presupuestos de la responsabilidad en las relaciones internas son diferentes²⁰³ ya que opera el principio de responsabilidad por culpa²⁰⁴ y no el de responsabilidad objetiva del artículo 17.1 LOE.

²⁰³ GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.. *La responsabilidad civil de los promotores, constructores, y técnicos por los defectos de construcción*. Bosch, Barcelona, 1990. Págs.. 173 y ss. GUTIÉRREZ CAMACHO, M. E.. *Op. cit.*. Págs. 283-284.

²⁰⁴ ASOCIACIÓN ICEA. *La responsabilidad del suministrador de productos en el marco de la LOE*. Madrid, 2001. Págs. 37-50.

SAP Granada, 10.12.2004. "TERCERO.- Respecto de la responsabilidad, ya no del suministrador de los materiales, sino del fabricante de los mismos, como declara el Tribunal Supremo entre otros muchas, en Sentencia de 29 de octubre de 2003, "la sentencia de 10 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9902) proclama que <. El fabricante de los materiales, por tanto, no se encuentra incluido entre los legitimados pasivamente en el art. 1.591 del Código Civil, siendo condenado en base a los arts. 1 y ss. de la Ley 22/1994, de 6 de Julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos. Tal y como tiene declarado el T.S., entre otras en Sentencia de 13 de Mayo de 2002, Sala 1ª, la doctrina de esta Sala, viene declarando que los Tribunales deben atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes le hayan sometido, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones, que son los rectores del proceso. Así lo exigen los principios de rogación (sentencias de 15 de diciembre de 1984, 4 de julio de 1986, 14 de mayo de 1987, 18 de Mayo y 20 de septiembre de 1996, 11 de Junio de 1997), y de contradicción (sentencias de 30 de enero de 1990 y 15 de abril de 1991), por lo que el fallo ha de adecuarse a las pretensiones y planteamientos de las partes, de conformidad con la regla "iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium" (sentencias de 19 de octubre de 1981 y 28 de abril de 1990), sin que quepa modificar los términos de la demanda (prohibición de la "mutatio libelli", sentencia de 26 de diciembre de 1997), ni cambiar el objeto del pleito en la segunda instancia ("pendente appellatione nihil innovetur", sentencias de 19 de julio de 1989, 21 de abril de 1992 y 9 de junio de 1997). La alteración de los términos objetivos del proceso genera una mutación de la "causa petendi", y determina incongruencia "extra petita" (que en el caso absorbe la omisiva de falta de pronunciamiento sobre el tema realmente planteado), todo ello de conformidad con la doctrina jurisprudencial que veda, en aplicación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resolver planteamientos no efectuados (sentencias de 8 de junio de 1993, 26 de enero, 21 de mayo y 3 de diciembre de 1994, 9 de marzo de 1995, 2 de abril de 1996, 19 de diciembre de 1997 y 21 de diciembre de 1998), sin que quepa objetar la aplicación del principio "iura novit curia", cuyos márgenes no permiten la mutación del objeto del proceso, o la extralimitación en la causa de pedir (sentencias de 8 de junio de 1993, 7 de octubre de 1994, 24 de octubre de 1995 y 3 de noviembre de 1998, ni en definitiva autoriza, como dice la sentencia 25 de mayo de 1995, la resolución de problemas distintos de los propiamente controvertidos. Es claro, por tanto, que se ha ejercitado una acción improcedente, cual es la nacida de la responsabilidad decenal, comprendida (la acción) en el art. 1.591 del Código Civil, suponiendo la estimación de la demanda, en base a distintos preceptos un cambio de la acción ejercitada que vicia de incongruencia la sentencia dictada, al no estar amparada tal mutación por la facultad de elección del derecho aplicable que reconoce al Juzgador el principio "iura novit curia", al alterarse la "causa petendi" (Sentencias del T.S. de 8-Junio-1993 y 7-Octubre-1994, entre otras muchas), deviniendo la desestimación de la demanda, en cuanto a dicha acción concierne".

5.4. COBERTURAS Y EXCLUSIONES.

883.- El seguro de responsabilidad civil de productos después de la entrega, garantiza el pago de las indemnizaciones correspondientes por los daños causados por productos de construcción defectuosos a la edificación antes de su recepción por el promotor, cuando se manifiesten con posterioridad a la misma y los asegurados sean declarados civilmente responsables.

884.- La delimitación precisa de la cobertura de los daños en las pólizas es de gran importancia, por cuanto, en la producción industrial impera la producción y distribución en masa, pudiendo el siniestro alcanzar dimensiones catastróficas, lo que hace que el asegurador asuma importantes riesgos.

885.- Con anterioridad a la entrega hay que diferenciar entre la responsabilidad civil por trabajos acabados y la responsabilidad civil por productos²⁰⁵ defectuosos. En el primero caso, se cubre la responsabilidad en que pueda incurrir el asegurado por los trabajos efectuados con posterioridad a su realización. En el segundo, se da cobertura a las responsabilidades en que puedan incurrir los suministradores de los productos de construcción por daños causados por los defectos de los que éstos puedan adolecer. Es frecuente que el fabricante o vendedor de los productos no solo se limite a vender, sino que además instale dichos productos, en ese caso, la póliza deberá contemplar también dicha cobertura.

886.- La entrega es de crucial importancia en este seguro por cuanto sirve de separación de la responsabilidad civil de explotación y la responsabilidad civil

²⁰⁵ CHAUMET, F.. *El seguro de responsabilidad civil de productos*. Editorial Mapfre. Madrid 1982. Págs. 2-12. Distingue entre la responsabilidad civil después de la entrega en materia de productos y la responsabilidad civil después de la entrega, diferenciando la primera de la segunda en que la primera se refiere a productos que tienen por destino su aplicación a las personas de los demás. Aunque también se utiliza la responsabilidad por productos para hablar de la garantía de daños al producto en si mismo después de la entrega.

después de la entrega. Las pólizas no suelen incluir entre sus definiciones el concepto de entrega, sino que hace referencia a ella para delimitar el periodo de cobertura de la póliza. Para CHAUMET²⁰⁶, la entrega es la dación material efectiva a otro de un producto o mercancía, dejando de estar el asegurado en situación de ejercer un control sobre las condiciones de su utilización. Con la entrega no necesariamente se transmite la propiedad, sino solo la posesión.

887.- El seguro de responsabilidad civil de productos defectuosos es un seguro voluntario cuya contratación es conveniente para el suministrador en previsión de las posibles responsabilidades en que pudiera incurrir por los defectos de los que adolezcan sus productos. Generalmente se presenta como una cobertura opcional en el seguro de protección integral de industrias o empresas, dentro de los riesgos de daños a terceros, por lo que para gozar de la cobertura se tendrá que hacer mención de su inclusión en las condiciones particulares.

888.- El artículo 15 LOE, considera suministrador a los fabricantes, almacenistas, importadores o vendedores de los productos. Es decir, cualquier persona que intervenga en el proceso de fabricación y distribución del producto de construcción, susceptible de incurrir en responsabilidad por los daños que tengan su origen en los defectos que éstos adolezcan. La póliza también puede contemplar el abandono al recurso por parte del asegurador ante cualquier suministrador previo que forme parte de dicha cadena, aunque su uso se hace de una forma restrictiva. El asegurado suele coincidir con el tomador del seguro, aunque se puede configurar como un seguro por cuenta ajena. El perjudicado generalmente coincidirá con el propietario del inmueble, aunque también comprende daños a terceros.

889.- La suma asegurada se fija mediante una cantidad concreta que servirá como límite máximo para el cálculo de la indemnización, pudiendo establecerse

²⁰⁶ CHAUMET F.. *Op. cit.*. Págs. 19 y 26.

sublímites para los distintos riesgos por periodos y por zonas geográficas. Dicha cantidad, está liberada de gastos judiciales en caso de que la indemnización exceda el límite por siniestro, no así, para el caso en que se suscriba la cobertura ampliada del ámbito territorial y las acciones se lleven a cabo ante tribunales extranjeros, quedando éstos incluidos en las sumas aseguradas por siniestro.

890.- Los plazos de las responsabilidades en que incurre el suministrador bajo el régimen de responsabilidad de la LOE son de diez, tres y un año. Estos son los periodos en que pueden manifestarse los daños que tengan su origen en los productos defectuosos, debido a lo dilatado de dichos plazos, se hace necesario que el asegurador cuente con acreditaciones a través de informes técnicos de los laboratorios de materiales sobre la calidad de los mismos y la comunicación a la aseguradora del inicio y recepción de la obra por parte del promotor, a efectos de la entrada en vigor de la cobertura. Este tipo de seguro se contrata generalmente por periodos anuales con renovaciones automáticas, lo que puede producir vacíos de coberturas a causa del periodo tan dilatado de responsabilidad de los suministradores y a las cláusulas de delimitación temporal contempladas en las pólizas. Estas cláusulas son del tipo *“esta garantía ampara exclusivamente las reclamaciones fehacientes formuladas al asegurado durante el periodo de vigencia temporal de la póliza, durante el plazo de dos años posterior a la pérdida de vigencia de la misma, por daños ocasionados por productos entregados o por trabajos terminados o entregados mientras la póliza esté en vigor”*.

891.- Para que el daño ocasionado por los productos tenga la consideración de siniestro²⁰⁷, es necesario, que la póliza este vigente cuando se entregue el producto, que el daño sobrevenga durante la vigencia del seguro o en el periodo post-*contractum* y que la reclamación se produzca durante la vigencia de la póliza, sus prórrogas sucesivas, o el del periodo de cobertura pactado

²⁰⁷ PERÁN ORTEGA, J.. *Op. cit.*. Pág.. 301.

subsiguiente a la finalización de la póliza. También puede pactarse la cobertura de daños causados por productos entregados con anterioridad a la entrada en vigor del seguro. De producirse un cambio de asegurador sin que éste cubra los riesgos asumidos por el suministrador con anterioridad a la contratación de la póliza, se produciría un vacío en la cobertura con respecto al anterior seguro.

892.- La delimitación territorial de la cobertura, opera solo para la cobertura de daños de los productos entregados en nuestro país, sin perjuicio de que previo acuerdo y estipulación en las condiciones particulares, éstas se extiendan a otros países del mundo, especialmente comunitarios, quedando generalmente excluidos Canadá y Estados Unidos, debido al rígido régimen de responsabilidad civil que tienen establecido en esta materia.

893.- El concepto de producto en el seguro de responsabilidad civil es bastante genérico, ya que al margen de los productos materiales, incluye obras, trabajos y servicios, todos ellos susceptibles de causar daños por los defectos que adolezcan o por su mala ejecución. La cobertura generalmente queda incorporada a la póliza por derogación de exclusiones de las condiciones generales o por inclusión de la cobertura complementaria de responsabilidad civil por productos²⁰⁸, la cual, en relación con el régimen de responsabilidad de la LOE solo cubre daños materiales de la propia edificación, el resto de reclamaciones por daños corporales, morales y perjuicios podrá realizarse ejercitando las acciones de los artículos. 136, 137, 138 y 149 TRLGDCU y las generales de responsabilidad civil.

²⁰⁸ Podrán ejercitar los propietarios directamente contra el suministrador para el resto de daños la acción de responsabilidad extracontractual del art. 1.902 C. C.. en base a los presupuesto de la responsabilidad extracontractual, acción u omisión, daño, nexo causal y culpabilidad, correspondiendo al constructor la carga de la prueba de la responsabilidad o negligencia. También la acción de responsabilidad contractual (art. 1.101 C. C.) respecto al contrato de compraventa o de suministro, correspondiéndole también la carga de la prueba del incumplimiento de la obligación. La acción contempla el principio de responsabilidad objetiva, pero se tiene que probar el daño y la relación de causalidad entre el defecto y el daño.

894.- Las exclusiones contenidas en este seguro, al margen de las comunes a todas las coberturas del seguro de responsabilidad civil, son:

a) Los daños o defectos de los propios productos del asegurado, los gastos de retirada provisional o definitiva y la sustitución o destrucción de los productos. Este seguro no da cobertura por la utilización o uso del producto a los daños corporales, materiales y perjuicios consecutivos a terceros, lo que hace necesario recurrir a otras alternativas para el aseguramiento de los mismos, entre las que se encuentran la retención por parte del constructor de un porcentaje del precio o la acreditación mediante certificados de calidad del material suministrado.

b) La falta de funcionamiento adecuado del producto, que debe ser asumida por la propia garantía del producto.

c) Las reclamaciones ocasionadas por falta de idoneidad del producto, debida a errores de cálculo o proyecto, que deberán ser asumidos por la dirección técnica o el proyectista. El alcance de esta exclusión hay que entenderla según las consecuencias subsiguientes al funcionamiento del producto y solo si existe daño físico²⁰⁹.

d) Reclamaciones por daños o productos ajenos elaborados o fabricados mediante la unión o mezcla, o la transformación de los productos del asegurado. En la actividad edificatoria es muy frecuente el empleo de productos obtenidos por la transformación o mezcla de otros productos, quedando excluidos de la cobertura los daños causados por el producto final.

e) Los daños y perjuicios ocasionados por los productos como consecuencia del incumplimiento por el asegurado de normas específicas, así como los ocasionados por productos no experimentados para el fin al que se destinen o que se hallen en fase de ensayo o experimentación. Dichas normas son establecidas por la autoridad competente y se acreditarán mediante sellos,

²⁰⁹ PAVELEK, E., . “El seguro de responsabilidad civil de productos (I)”. *RES.* Abril-Junio 2000. Nº. 102. Pág. 322.

signos distintivos o a través de los organismos de control técnico y laboratorios de la calidad.

895.- Este seguro puede contemplar otras garantías complementarias²¹⁰. Entre éstas se encuentran:

a) La unión, mezcla, transformación y sustitución. Esta cobertura adicional garantiza dichas reclamaciones, pero excluye el coste del producto del asegurado, siendo por tanto los daños indemnizables el valor añadido al producto del asegurado por el fabricante final. Se trata de garantías que tienen como destinatarios a fabricantes de productos intermedios más que al consumidor final.

b) Retirada del producto. Garantiza los gastos de retirada del mercado de los productos defectuosos, pero no incluyen el coste de reposición del nuevo producto.

c) Sustitución, reembalaje y etiquetaje. Cubren los gastos de retirada del producto defectuoso para su sustitución pero no su coste.

d) Perjuicios patrimoniales puros. Mediante esta cobertura se garantizan los perjuicios patrimoniales puros, entendiendo por éstos las pérdidas económicas que no deriven de un daño material o corporal.

896.- Son varias las formas en que los daños pueden manifestarse en el siniestro²¹¹. Según el criterio de los hechos generadores²¹² nos encontramos con los errores de concepción, los defectos de construcción, fallos o defectos de fabricación, faltas e instrucciones en el uso del producto, fallos de observación del producto y faltas atribuibles al desarrollo del mismo. Para que opere la cobertura del seguro, es necesario que se produzcan los daños, que bajo el régimen de responsabilidad de la LOE, solo son los materiales del edificio, no

²¹⁰ FUNDACIÓN MAPFRE ESTUDIOS. *Manual del seguro de responsabilidad civil*. Madrid, 2004. Págs. 91-92.

²¹¹ SSTS 14 de noviembre de 1984; 25 de marzo de 1991; 3 de octubre de 1991; y 29 de mayo de 1993.

²¹² PERAN ORTEGA, J.. *Op. cit.*. Págs. 287 y ss.

siendo suficiente el hecho de que el producto no sea adecuado para al fin perseguido.

897.- En este tipo de seguros adquiere especial importancia el *“siniestro en serie, considerándose como tal, las reclamaciones debidas a daños provenientes de una misma causa, aún si los mismos se han producido a través de distintos productos o trabajos. A estos efectos, todos los daños imputados a la misma causa serán considerados como integrantes de un único siniestro, con independencia de la fecha en que los distintos daños tengan lugar y del número de reclamantes o reclamaciones formuladas”*. A través de la cláusula de unidad de siniestro, el asegurador establece que todos los siniestros incluidos en el considerado siniestro en serie, estén cubiertos por un límite máximo de indemnización que se corresponde con el capital máximo asegurado por siniestro en la póliza.

CAPÍTULO XV. EL SEGURO DE CAUCIÓN.

SUMARIO: **1. INTRODUCCIÓN:** 1.1. Delimitación del riesgo. 1.2. La póliza y el certificado individual. 1.3. El derecho de reembolso del asegurador frente al tomador del seguro. 1.4. Contragarantías. **2. EL SEGURO DE AFIANZAMIENTO DE ANTICIPO DE VIVIENDAS:** 2.1. Régimen jurídico. 2.2. Objeto del seguro. 2.3. Sujetos. 2.4. Delimitación temporal. 2.5. Suma asegurada. La prima. 2.6. Riesgos y exclusiones. 2.7. Póliza. 2.8. Certificados individuales. 2.9. La cuenta especial. Anticipos. 2.10. Siniestro. 2.11. Ejecutividad de la garantía. 2.12. Sanciones administrativas y penales. **3. LAS GARANTÍAS ESTABLECIDAS EN LA LOE:** 3.1. Introducción. 3.2. Cláusula a primer requerimiento. 3.3. Inoponibilidad de excepciones. 3.4. Inconvenientes respecto del seguro de daños materiales. **4. EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO GARANTÍA ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LICITACIONES Y DE CONTRATOS DE OBRA.**

1. INTRODUCCIÓN.

898.- El seguro de caución garantiza el cumplimiento de obligaciones legales y contractuales asumidas por los agentes que intervienen en el proceso edificatorio, sustituyendo la caución por la garantía personal²¹³ de una compañía aseguradora.

²¹³ La naturaleza jurídica del seguro de caución es una cuestión muy controvertida que excede los límites de este trabajo. Ha sido ampliamente tratada por la doctrina, versando fundamentalmente sobre su naturaleza fideiusoria (garantía) o aseguradora (indemnizatoria). Entre los autores que la han tratado se encuentran:

a) CAMACHO DE LOS RIOS, J.. *El seguro de caución. Estudio crítico*. Mapfre. Madrid, 1994. Págs. 51-52. Este autor ha estudiado ampliamente el posicionamiento de la doctrina acerca de la función y naturaleza del seguro de caución, concluyendo que “ha de afirmarse la función caucional del seguro de caución, dado que la razón de su nacimiento es, precisamente, sustituir la caución que, en ciertos casos, debe ser prestada por determinadas personas y ello ya que, cualquiera que sea la amplitud que quiera dársele a la noción de caución, lo que parece claro es, que el seguro de caución, al ser concertado con una entidad aseguradora -que habrá de reunir ciertos requisitos en cuanto a capital social, reservas- se considera como fianza suficiente, susceptible de sustituir la prestación de una caución. De este modo, la póliza de caución se configura como un medio de instrumentar la caución que, con motivo de la realización de ciertas operaciones ha de ser prestada..”

“El seguro de caución como garantía personal” en *Tratado de garantías en la contratación mercantil. Tomo I, Parte General y Garantías Personales* (Coord. NIETO CAROL U. y BONER SÁNCHEZ, J. I.). Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. Madrid, 1996. Pág. 774 y ss.. El seguro de caución sustituye a la caución pasando a cumplir la función de ésta, de garantizar a la obligación principal, lo que le hace asemejarse a la fianza, convirtiéndose una garantía real en una personal. Para dicho autor la mayoría de la doctrina extranjera y española, considera en base a su aspecto causal su carácter fideiusorio (cita a Bonvicini, Donati, Fragali, Geri, entre otros), ya que el fin del contrato de seguro se identifica con la fianza, aunque también existen opiniones doctrinales que consideran su naturaleza aseguradora (cita a Hipólito), basándose en que es un negocio autónomo y que el riesgo cubierto por el asegurador es el daño causado como consecuencia del incumplimiento de la obligación del tomador.

b) EMBID IRUJO, J. M.. “El seguro de caución”. *Derecho del mercado financiero II. Operaciones bancarias de gestión de garantías operaciones bursátiles*. Vol. II. Dir. Alonso Ureba, Martínez-Simancas y Sánchez. Madrid 1994. Pág. 302. Considera serias reservas en el seguro de caución como una verdadera modalidad aseguradora, ya que el clausulado de la póliza permite confirmar el carácter de auténtica garantía que el seguro de caución muestra en sus diferentes variedades.

c) CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ. *Tratado de los derechos de Garantía*. 2ª edic. Aranzadi. Gizur Menor (Navarra). 2008. Pág. 657. Se cuestiona si tiene sentido la separación entre función indemnizatoria y de garantía al carecer de utilidad, considerando que el ámbito de lo que sea una obligación fideiusoria

Tiene por objeto proteger al asegurado de los daños que pueda ocasionarle el tomador por incumplimiento de sus obligaciones²¹⁴, las cuales se concretan en la edificación en alguna de las siguientes:

a) La devolución de cantidades anticipadas por el comprador en la compra de la vivienda cuando no sea entregada en el plazo fijado en el contrato.

b) La reparación de los daños que tengan causa en los vicios o defectos de que adolezca la edificación, debidos a inobservancia de la *lex artis* en la ejecución.

c) Las derivadas de compromisos asumidos en licitaciones, contratos de ejecución de obra, suministro y gestión.

899.- Para CAMACHO DE LOS RIOS²¹⁵, el seguro de caución comprende, todas las garantías que han de prestarse mediante caución para garantizar el cumplimiento de obligaciones legales y contractuales, quedando éstas sustituidas por una póliza de seguros. Se trata de un seguro por cuenta ajena, donde las obligaciones y los deberes del contrato corresponden al tomador del seguro²¹⁶,

es más amplio que el del contrato de fianza, dentro del cual se encuentra el seguro de caución.

d) Respecto al Tribunal Supremo son innumerables las sentencias en que se pronuncia a favor de la naturaleza jurídica indemnizatoria del seguro de caución, basándose en el distinto carácter de las obligaciones asumidas por el fiador y la entidad aseguradora (RJ 1990\3741, RJ 1992\3031, RJ 1992\5002, RJ 2003\2572; aunque también se ha pronunciado a favor de la fianza (STS d 16 de julio de 2002, de 26 de Enero de 1995). CAMACHO DE LOS RIOS, J.. *Op. cit. El seguro de caución. Estudio..* Pág. 55 y ss. STS 19 de mayo de 1990, tras criticar el criterio seguido por el Tribunal Supremo para diferenciar el seguro de caución y la fianza, considera que éste ha sido superado ya que un sector doctrinal entiende que el seguro de caución tiene una finalidad de garantía más que indemnizatoria.

²¹⁴ SAP Navarra de 18.12.00.

²¹⁵ *Op. cit.* Pág. 769.

²¹⁶ OLIVENCIA RUÍZ, M.. *Comentarios a la LCS. (Tomo I)*. Dir. VERDERA TUELLS, E.. Estudios Empresariales y Financieros. Pág. 880. Considera que se tratará siempre de un seguro por cuenta ajena y en contra de lo que establece el art. 7 LCS, el tomador del seguro no podrá contratarlo por cuenta propia, entendiéndose que no existe ningún obstáculo en que el acreedor concluya como tomador un contrato de seguro de caución en su propio beneficio y contra el riesgo de incumplimiento de su deudor.

excepto, las que por su naturaleza deban ser cumplidas por el asegurado²¹⁷, al que garantiza el resarcimiento de los daños que pueda provocarle el incumplimiento de una obligación, no directamente dineraria.

900.- Su régimen jurídico está regulado en el artículo 68, sección 6ª, Título II de la LCS²¹⁸, dentro de los seguros de daños²¹⁹. Cubre riesgos jurídicos²²⁰, no económicos o naturales, ya que el asegurador paga subsidiariamente por el deudor. El legislador le confiere un amplio juego a la autonomía de la voluntad de las partes al tratarse de un seguro de grandes riesgos²²¹, no operando la aplicación del artículo 2 de la LCS²²².

²¹⁷ EMBID IRUJO, J. M.. *Op. cit.* Pág. 295.

BROSETA PONT. *Manual de Derecho Mercantil. Madrid, 1991. Pag. 573.*

²¹⁸ “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 particulares 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”.

Dada la sobriedad normativa de la regulación de dicho seguro, se hace necesario acudir tanto a la regulación genérica del contrato del seguro del Título I, así como a las cláusulas concretas establecidas en las pólizas de las diferentes modalidades que adquieren especial relevancia.

²¹⁹ El R.D.L. 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados en el apartado 15 de su art. 6.a) contempla la caución como ramo de seguro distinto del seguro de vida.

²²⁰ STS (Civil) de 13 de Diciembre de 2000 (RJ 2000\10438).

PACHECO JIMÉNEZ, Mª. N.. *Los seguros en el proceso de la edificación.* La Ley. Madrid, 2008. Págs. 518-9. En la praxis aseguradora no constituye esta institución un seguro de este tipo, ya que el asegurador no indemniza el daño sino que paga subsidiariamente por el deudor, no teniendo que probar el acreedor nada más que el incumplimiento y no los daños efectivamente causados.

²²¹ Art. 107.2: “En los contratos de seguro por grandes riesgos las partes tendrán libre elección de la ley aplicable.

Se consideran grandes riesgos los siguientes:

....

b) Los de crédito y caución cuando el tomador ejerza a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad.

....”.

²²² TIRADO SUÁREZ, F. J. *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones.* Aranzadi. Navarra 1998. Pág. 1.111. “ya que las razones socioeconómicas que justifican la protección a ultranza del consumidor de seguros desaparece

901.- El artículo 68 LCS lo define de siguiente manera “*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*”. Dada la parquedad de dicho artículo, la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en la póliza, pasa a ser la principal fuente reguladora del seguro.

902.- Mediante el seguro de caución se evitan inmovilizaciones financieras innecesarias²²³, tiene un coste asequible, fácil tramitación y no computa ningún riesgo para cubrir otras necesidades.

1.1. DELIMITACIÓN DEL RIESGO.

903.- El seguro da cobertura al incumplimiento de obligaciones²²⁴ por parte del asegurado, generalmente del tipo de hacer, aunque también existen coberturas referidas a obligaciones de dar o de no hacer, con independencia de su responsabilidad en el mismo²²⁵. El incumplimiento²²⁶ puede originarse por un hecho no imputable al deudor, caso fortuito o fuerza mayor, riesgos excluidos de

aquí al tratarse de un riesgo comercial o industrial, en que el asegurado asume normalmente la calificación de empresario o profesional”.

²²³ PACHECO JIMÉNEZ, M^a. N.. *Op. cit.*. La Ley. Madrid, 2008. Págs. 516-7.

²²⁴ BARRES BENLLOCH, M^a. P.. *Régimen Jurídico del Seguro de Caución*. Aranzadi, Pamplona, 1996. Págs. 199-200.

²²⁵ OLIVENCIA RUÍZ. *Op. cit.* Pág. 881.

²²⁶ TIRADO SUÁREZ, F. J.. *Op. cit.* Pág. 1.113.

las coberturas²²⁷, por cuanto su aseguramiento agrava la responsabilidad del deudor, al poder exigirla el asegurador ejercitando la acción de regreso.

904.- El artículo 68 LCS no precisa el tipo de incumplimiento, su determinación habrá de realizarse mediante pacto²²⁸. Dado que existen diferentes grados, retraso, mora, prestación incompleta, prestación defectuosa, posibles combinaciones de ellas, y falta absoluta y definitiva de la prestación, se hace necesario su especificación²²⁹.

905.- El tomador debe comunicar al asegurador garante las variaciones producidas en el riesgo delimitado, mediante el envío de información financiera acerca de su situación patrimonial (balance, cuenta de pérdidas y ganancias, memoria, etc.), para prevenir posibles alteraciones.

906.- El asegurador puede excepcionar frente a la reclamación del asegurado, los impedimentos de la constitución válida del seguro, las excepciones personales del asegurado²³⁰ (no las del tomador), las que deriven del contrato, y la falta de pago de la prima por el tomador del seguro (artículo 15 LCS), excepto que se haya pactado la exclusión de dicha posibilidad²³¹.

²²⁷ EMBID IRUJO. *Op. cit.* Pág. 296.

BENAVENTE SOGORB, R.. “Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura”. *RGD*. Diciembre 1998, Nº. 651. Págs. 14.643-4. En un principio el seguro estaba dirigido a proporcionar la cobertura de la incertidumbre respecto de la producción de eventos dañosos cuya causa nunca estaba relacionada con una voluntad humana intencionada, aunque la evolución sistemática de la figura ha llevado a asumir el riesgo derivado del incumplimiento doloso del tomador. Art. 1105 C. C.

²²⁸ OLIVENCIA RUÍZ, M.. *Op. cit.*. Pág. 876.

²²⁹ BENAVENTE SOGORB, R. ”Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda”. *Revista General de Derecho*. Diciembre 1998, Nº 651. Págs. 14.640-1.

²³⁰ SAP Madrid de 31.10.86.

²³¹ EMBID IRUJO, J. M.. “El seguro de caución: régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Nº. 2, 1986. Pág. 1.068.

1.2. LA PÓLIZA Y EL CERTIFICADO INDIVIDUAL.

907.- Al tratarse de un seguro por cuenta ajena, la contratación se realiza por el asegurador y el tomador (promotor o gestor), siendo los beneficiarios terceras personas ajenas a la contratación. Una vez aceptada la propuesta por el solicitante, queda perfeccionado el seguro, restando su formalización mediante la emisión de la correspondiente póliza. Existen dos tipos de pólizas en este seguro, la póliza colectiva y la póliza individual. La primera, establece el marco para la posterior emisión de las segundas, sin que ésta tenga valor de garantía, son las segundas, las que particularizan el seguro para cada comprador o adherente, desplegando los efectos de la garantía, ya que sin la emisión de la póliza individual no hay cobertura, a pesar de existir la póliza colectiva.

908.- La emisión de la póliza colectiva no supone la aprobación y emisión de las pólizas individuales. Para la emisión de las pólizas individuales el tomador del seguro deberá reunir los requisitos que fije la compañía, además, éste podrá dejar de emitir pólizas individuales en caso de que existan circunstancias que agraven el riesgo objeto del seguro.

909.- La póliza individual debe contener las estipulaciones de la póliza colectiva, y además, con carácter de mínimo los datos personales relativos al asegurado o beneficiario y los relativos a la obligación a cuyo incumplimiento da cobertura (vivienda cuyos anticipos se afianzan, contrato de obra, edificio cuya garantía decenal se cubre, etc.).

STS 30 de junio de 1990 (RJ 1990\4949).

SAP Granada (Sección 4ª), de 2 de noviembre (AC 1998\7675): F. 1º: ...”Que no es válido aducir la falta de pago de la prima por parte del tomador, del seguro. Esto frente a terceros carece de fuerza, y ello porque: al estar el asegurado en posesión del aval, produjo en éste (en el tercero) la certeza del pago de la prima, con lo que surge el art. 1.258 del Código Civil (el principio de acción de buena fe que contiene), que obliga; y lo hace no solo en los términos estrictamente pactados (acción de “derecho estricto” sino que alcanza también a todas las consecuencias que, de acuerdo con la naturaleza del contrato, sean conforme a la buena fe, al uso y a la Ley”.

Está muy extendida la idea de que la póliza individual es un contrato independiente de la póliza colectiva, al ser la primera, la que regula la relación entre el asegurador y el asegurado. Como acertadamente expone CAMACHO DE LOS RIOS²³², el hecho de que el asegurador emita otros documentos diferentes (póliza individual o aval) a la póliza colectiva, no quiere decir, que la garantía quede constituida en ésta, ni que sea diferente, opinión que comparte ENMBID IRUJO²³³ para quién el aval es un elemento más del contrato de seguro de caución, sin que tenga sustantividad propia²³⁴.

La doctrina del Tribunal Supremo se ha pronunciado en los dos sentidos, en él de que el documento de aval no tiene sustantividad propia²³⁵ y en él de que el aval es independientemente de la póliza²³⁶. El criterio finalmente impuesto por el TS ha sido que los avales son documentos que se insertan en el contrato del seguro sin que puedan concebirse aisladamente.

²³² CAMACHO DE LOS RIOS, J.. *Op. cit.*. Pág. 43.

²³³ EMBID IRUJO, J. M.. "Problemas actuales del seguro de caución". *RES* 121. Enero-Marzo 2005. Pág. 23.

²³⁴ STS de 5 de junio de 1992.

²³⁵ STS de 30 de julio de 1991.

²³⁶ SAP Vizcaya (Sec. 5ª) de 21 de enero de 2000 (AC 2000\365). F.2º. "Definición de que la doctrina deduce que estamos ante un contrato consensual, bilateral, oneroso y aleatorio, dándose un paso más cuando por establecerse en el artículo 5 del citado texto legal que el mismo y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito, destacándose la importancia y relevancia de la póliza en su artículo 8, ello, ha llevado a la doctrina a calificarlo también como un contrato formal; más, aunque sea lícito reconocer que la póliza constituye la fuente de sus derechos y obligaciones (TS 1ª 18 de septiembre de 1986 [RJ 1986\4682], 1 de junio de 1987 [1987\4069] y 29 de octubre de 1997 [RJ 1997\7342], entre otras), no es menos cierto, que aún no emitida el mismo despliega, como fruto de su carácter consensual, sus efectos (proposición de seguro frente a solicitud, art. 6 LCS; documento de cobertura provisional art. 5 LCS), y aún después, aunque la misma no conste o no esté firmada, pues puede acreditarse la existencia cierta y real del seguro, mediante otros hechos que así lo evidencien (pago de la prima, actos propios reconocedores del seguro, TS la S. 16 de febrero de 1994 [RJ 1994\1617], 20 de febrero y 22 de diciembre de 1995 [RJ 1995\883], entre otras)".

1.3. EL DERECHO DE REEMBOLSO DEL ASEGURADOR FRENTE AL TOMADOR DEL SEGURO.

910.- El artículo 68 LCS contempla una acción de reembolso²³⁷ diferente a la acción subrogatoria²³⁸ del art. 43 LCS. En ella se establece, que *todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro*. Esta acción tiene por finalidad, recuperar del tomador el desembolso efectuado por su incumplimiento. Se diferencia de la del artículo 43, en que en ésta última, el asegurador es quién se subroga en los derechos del asegurado frente a los responsables del daño provocado hasta el límite de la indemnización. La diferencia fundamental²³⁹ radica en el distinto grado de obligación que genera una y otra, los plazos de prescripción, así como, los intereses del deudor responsable del cumplimiento, ya que el derecho del artículo 43 LCS, es un derecho que le corresponde al asegurador, tratándose por tanto de una facultad que incumbe a éste, en cambio, el artículo 68 supone una obligación imperativa para el tomador, no pudiendo ser excluida mediante pacto.

²³⁷ Art. 43 LCS: “El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización”.

BARRES BENLLOCH, M^a. PILAR *Op. cit.*. Págs. 206-208. Denominado también “derecho de recobro” y “acción de regreso”. Cita a SÁNCHEZ CALERO, en las razones que justifican la norma, como son:

- a) Evitar el enriquecimiento del asegurado que, en otro caso, podrá disponer de dos derechos de crédito para resarcirse del daño sufrido, el que le corresponde en general contra el causante del daño, más el derivado del seguro.
- b) Que el tercero responsable del daño no quede absuelto de su responsabilidad civil general por el hecho, contingente, de que hubiera un seguro contratado que cubra la responsabilidad por ese daño.
- c) Con la subrogación se consigue que la empresa de seguros pueda obtener recursos para la explotación de su negocio para recuperar de algún modo el desembolso que supone la indemnización pagada.

²³⁸ OLIVENCIA RUÍZ. *Op. cit.* Pág. 883.

²³⁹ BARRES BENLLOCH, M^a. P.. *Op. cit.*. Págs. 208-9. La indemnización no cubre los intereses del deudor como responsable del cumplimiento al modo de los seguros de responsabilidad civil, solo cubre los intereses del sujeto que ha dejado de percibir ese cumplimiento, lo que permite distinguir el diferente interés asegurado por uno y otro ramo.

911.- El hecho de que el asegurador pueda ejercitar esta acción²⁴⁰ ha llevado a la doctrina a negar el carácter asegurador del seguro de caución, por cuanto puede recuperar en vía de regreso la suma pagada, perdiendo de esa manera el seguro la aleatoriedad que le caracteriza, ya que la transferencia de riesgos es mínima al transferirse únicamente el riesgo de insolvencia del tomador, por disponer el asegurador siempre de la acción de reembolso, la cual puede ejercitar incluso sin que haya incurrido en responsabilidad el tomador, a quién le asisten las acciones que le puedan corresponder contra el responsable. para evitar el enriquecimiento injusto del asegurado²⁴¹, imperando siempre con independencia²⁴² del hecho que origine el siniestro²⁴².

²⁴⁰ Generalmente las pólizas establecen pactos en los que todo pago hecho por el asegurador a los asegurados deberá serle reembolsado en el domicilio de éste por el tomador o derechohabientes, incrementado con los gastos habidos más un interés anual igual al legal incrementado en dos puntos, en un plazo no superior a los siete días siguientes a la fecha en que fuera requerido en tal sentido por la aseguradora y aún cuando dicho pago hubiera sido hecho sin mediar demanda judicial por parte del asegurado. El tomador, una vez que haya reembolsado a la aseguradora las correspondientes cantidades, quedará en libertad para reclamar al asegurado, por su propia cuenta, la restitución de las cantidades que considere indebidamente pagadas.

²⁴¹ TIRADO SUAREZ, F. J.. *Op. cit.* Págs. 1130-2.

EMBID IRUJO, J. M.. *Op. Cit.*. Pág. 300. Critica el hecho de que por disposición legal el tomador del seguro no pueda oponer las excepciones derivadas del contrato del seguro al asegurador.

²⁴² GARCÍA CONESA, A.. *Derecho de la Construcción*. Bosch. Barcelona, 1996. Págs. 677-8. El art. 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre (LCS), reconoce a la aseguradora, por vía de subrogación, una acción genérica de regreso contra el causante del daño excluyendo de la legitimación pasiva, al asegurado y a sus parientes próximos, que, salvo, conducta dolosa, no serán demandados. Dicha acción hace desaparecer del seguro su componente aleatorio, convirtiéndolo así, en una pura y mera garantía personal. El art. 68 LCS concede al asegurador contra el tomador, una específica acción de regreso, sin los límites personales del art. 43 LCS. Por último el art. 76 LCS, en el seguro de responsabilidad civil se concede al asegurador una acción para repetir contra el asegurado, en el supuesto de que el daño sea debido por conducta dolosa de éste, siendo ejercitable no solo contra el asegurado, sino también contra todos aquellos respecto de quién este último tuviera acción de daños (STS, de 25 de mayo de 1990, respecto de varios arquitectos, contratistas y codeudores). La doctrina no es pacífica en cuanto a si la acción del art. 68 es un derecho nuevo y propio o bien es una subrogación de otro preexistente, existen opiniones diferentes a favor de uno u otro criterio basadas en los arts. 1838 y 1839 C. C. y en el plazo de prescripción de la acción.

1.4. CONTRAGARANTÍAS.

912.- Ante el previsible ejercicio de la acción de reembolso contra el tomador, la aseguradora procederá previamente a la formalización del seguro, a analizar su solvencia²⁴³, de cara a tener seguridad en la recuperación del desembolso efectuado, en caso de que se produzca el siniestro.

La forma de acreditar la solvencia económica del tomador, sea persona física o persona jurídica, es mediante la presentación de declaraciones fiscales, estados financieros y certificaciones registrales de bienes. La acreditación de la experiencia se realizará mediante la presentación de la memoria de actividades o de un resumen de las promociones realizadas en los últimos años, explicitando los gestores, socios o empresas del grupo a que pertenezca.

En caso de que la aseguradora considere insuficiente la solvencia o la experiencia de la tomadora, ésta, exigirá la constitución de contragarantías²⁴⁴, que previo estudio de las mismas y en el caso de considerar suficientes, procederá a incluir en la póliza. Estas garantías pueden ser de naturaleza personal o real, pudiendo ser intervenidas por fedatario público. De no aportarse garantías suficientes por el tomador, se podrán tomar otro tipo de medidas para garantizar el buen fin de la operación, como son la intervención o bloqueo de una cuenta especial o de las disposiciones del préstamo hipotecario.

Esta garantía emitida en carta anexa a la póliza se suele pactar a primer requerimiento²⁴⁵, tratándose generalmente de una garantía independiente²⁴⁶.

²⁴³ *Manual del producto del Seguro de Entrega de Vivienda*. ACC Seguros. Págs. 10-11.

²⁴⁴ STS (1ª) de 29 de abril de 2008 (RJ 2008\3525).

²⁴⁵ VÁZQUEZ GARCÍA, R. J. “La póliza de contragarantía”. *Tratado de garantías de la contratación mercantil (Tomo I. Parte general y garantías personales)*. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. Civitas. Madrid 1996. Págs. 472-499.

Comprende la suma total del capital garantizado más los intereses, gastos, costes, y los daños y perjuicios causados.

2. EL SEGURO DE AFIANZAMIENTO DE ANTICIPOS DE VIVIENDAS.

913.- En la promoción inmobiliaria²⁴⁷ es normal que los promotores perciban cantidades anticipadas de los adquirentes de viviendas a cuenta del precio de las mismas, obteniendo de esa manera, financiación sin costes explícitos para el proyecto, lo que puede poner a los compradores en situaciones comprometidas, cuando los promotores²⁴⁸ atraviesan dificultades financieras, los apliquen a otros

²⁴⁶La carta de garantía generalmente incluye la siguiente cláusula: “Esta garantía esta condicionada y será efectiva a primer requerimiento de la citada compañía sin retraso, excusa o dilación alguna y sin necesidad de justificación de ningún tipo, ya sea por medio de documentos, ya sea de cualquier otro tipo, bastando al efecto la simple solicitud de pago del acreedor.

Igualmente renunciamos a la necesidad de notificación por parte de la compañía la ausencia del pago por parte del deudor, como también a cualquier tipo de acciones o excepciones que pudiesen derivarse de la relación comercial existente entre los beneficiarios de las pólizas individuales y la sociedad, por una parte y la compañía por la otra, autorizando desde ahora cualquier prorrogas que esta pudiese conceder”.

²⁴⁷ MUÑOZ DE DIOS, G.. “El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas”. *Revista de Derecho Privado*. 1981, II. Págs. 1.064-5. En la práctica negocial es usual que muchos compradores, individualmente, adquieran de un mismo vendedor pisos, de los que solo existe un proyecto con un solar (en el mejor de los casos) de su propiedad, o a lo sumo una construcción incipiente, otorgándose un documento privado en el que por la libertad de pacto y forma que preside nuestro Derecho, se reserva el transmitente todas las facultades y derechos que cree oportunos, hipotecar, constituir la Propiedad Horizontal, reducir o ampliar las superficies del piso por razones arquitectónicas, etc., convirtiéndole en un contrato, título de compraventa, opción o promesa, en el que el comprador solo adquiere el derecho a que se entregue un piso el día que se construya, con las dimensiones, forma y calidades que determine el vendedor, pero él, si da ya en ese acto una cantidad en metálico y acepta una serie de letras con vencimiento cierto, que no variará aunque se retrase la entrega de la vivienda.

SAP Asturias de 15.09.2009.

²⁴⁸ CHAMORRO POSADA, M., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. 2000, Diciembre. Nº. 182. Págs. 1.547 y 1557.

finés ajenos a la obra o cuando incumplan con sus obligaciones de entregar la vivienda²⁴⁹.

914.- Esta situación generaba un desequilibrio social y económico a los compradores frente al promotor-vendedor, al no disponer generalmente de garantía²⁵⁰ convencional o legal que garantizará dichas cantidades. El legislador intervino a través de la Ley 57/1968²⁵¹, regulando el destino de dichos anticipos y asegurando su devolución, en caso, de no realizarse la edificación o de no recibirse en el plazo pactado en el contrato de compraventa o de adhesión, estableciendo como instrumentos para dicha garantía²⁵² el seguro de caución²⁵³ y el aval bancario.

La Ley 18/2007 de 28 de diciembre, de derecho a la vivienda de la Generalitat de Cataluña contempla en su artículo 50.2.e la doble venta o la transmisión a terceros protegidos por la publicidad registral.

²⁴⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.. “Apropiación indebida de percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”. *RGD*. Nº. 604-5.1995, Enero-Febrero. Págs. 138-140.

GARCÍA ARANCO Y DÍAZ SAAVEDRA. “La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción”. *RCDI*. 1982, Julio-Agosto, Nº. 551. Págs. 927-8.

²⁵⁰ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO. *Derecho de la Construcción y la Vivienda. Edificación*. 5ª edic. DILEX S. L.. Págs. 523 y ss.

²⁵¹ MERCHÁN GABALDÓN, F. . *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (L.O.E.)*. CIE Dossat 2000. Págs. 219 y ss..

²⁵² GARCÍA MEDINA, J.. ”Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas. Sistema de protección en Andalucía”. BIB 2006/873. Editorial Aranzadi S.A.. Pamplona, 2006. “Antes de la vigencia de la Ley el régimen jurídico de las compraventas de viviendas en construcción con precio entregado anticipadamente, se regulaba únicamente por el sistema genérico de la compraventa de cosa futura (STS de 17.2.1967; RJ 1967\735) que parte del contenido del art. 1.271 del C. C.”.

²⁵³ El seguro de caución en su modalidad de afianzamiento de cantidades anticipadas presenta ciertas ventajas respecto al aval bancario entre las que se pueden citar:

- a) Menor coste, ya que el aval ha de ser intervenido por el fedatario público con el correspondiente coste.
- b) La prima del seguro es inferior a la comisión del aval bancario.
- c) El seguro se cobra por tiempo real.
- d) La prima se calcula sobre el capital asegurado sin que se apliquen gastos adicionales por estudios de apertura.

915.- La Ley padece grandes carencias²⁵⁴. Entre ellas hay que destacar: a) la búsqueda de la garantía a través de la interposición de un tercero en vez de exigir condiciones financieras consistentes a los promotores; b) no exige el otorgamiento previo del título de división horizontal; c) el adquirente no se convierte en propietario al no existir la traditio; d) el adquirente a través de permuta queda excluido del ámbito de la ley, y; e) el incumplimiento generalizado de la norma, tanto en lo que respecta a la existencia de la póliza emitida por el asegurador, como a la emisión de las pólizas individuales, debido a la ignorancia del adquirente y a la inobservancia del promotor cuando no comunica al asegurador cada uno de los contratos de venta. Circunstancias que hacen que sea poco efectivo el cumplimiento del deber de garantía.

2.1. RÉGIMEN JURÍDICO.

916.- Fue el Decreto de 3 de enero de 1963, núm. 9/63²⁵⁵, el que estableció por vez primera, que las cantidades percibidas por los promotores a cuenta del precio de la vivienda con antelación a su entrega se garantizasen mediante seguro o

-
- e) La empresa incrementa su capacidad crediticia al no consumir su crédito en la entidad bancaria.
 - f) Incide incrementando el coste global de la financiación contribuyendo a su encarecimiento.

²⁵⁴ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. cit.* Pág. 585 y ss.

BENAVENTE SOGORB, R. J.. “El seguro de caución para devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura, establecido y regulado por la Ley 57/1968, de 27 de julio, tras la entrada en vigor de la LOE”. *Cuestiones actuales del Derecho de Seguros*. Coord. ÁNGULO RODRIGUEZ, L. y CAMACHO DE LOS RIOS, J.. Atelier. Barcelona, 2002. Pág. 304.

²⁵⁵ M^o. Vivienda. Viviendas de renta limitada. Percibo de cantidades a cuenta antes de la calificación definitiva.

aval bancario. Dicho Decreto fue derogado por la Ley 57/1968²⁵⁶, de 27 de Julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Ésta, junto con su normativa de desarrollo Decreto 2114/1968 de 24 de Julio, 3114/1968, y 3115/1968 ambos de 12 de Diciembre, Orden de 29 de Noviembre de 1968 del Mº. de Hacienda, Real Decreto 515/1989, de 21 de abril sobre la protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas²⁵⁷ dictado en aplicación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, las modificaciones introducidas por la LOE en su disposición adicional primera y la LCSP como supletoria, junto con la legislación autonómica, constituyen el marco jurídico de esta garantía.

917.- Con la publicación de la Ley 57/1968²⁵⁸ de 27 de julio, se extendía dicha protección a las viviendas libres, destinadas a residencia o domicilio familiar con carácter permanente o temporal, quedando fuera ciertos organismos que por su carácter oficial no presentan problemas de garantía. Se trata de un seguro de origen legal.

²⁵⁶ La vigencia de esta Ley fue ratificada por la disposición derogatoria de la Ley 33/1984 de 2 de agosto de Ordenación del Seguro Privado, que la mencionaba expresamente en el párrafo 2, apartado h), la Ley de Ordenación de los Seguros Privados de noviembre de 1995, tácitamente la mantiene en vigor. La disposición adicional de la Ley 57/1968 de 27 de Julio autorizaba al gobierno para que adoptara los principios de la misma a la aplicación de comunidades y cooperativas de viviendas. Consecuencia de ello fue el Decreto 3114/1968 de 12 de diciembre por el que se someten a las Comunidades y Cooperativas a las normas de garantía de la citada Ley. Para las VPO, el régimen de garantías se contiene en el art. 114 D2114/1968 y en el RD 2028/1995 cuando la actividad promotora se realice a través de comunidades de propietarios o cooperativas de viviendas.

²⁵⁷ Art. 7. “En el caso de que la vivienda no se encuentre totalmente terminada se deberá tener a disposición del público y de las autoridades competentes copia del documento o documentos en los que se formalizan las garantías entregadas a cuenta, según la Ley 57/1968, de 27 de Julio”.

²⁵⁸ Se trata de una norma de derecho necesario, ya que en su art. 7 establece que “los derechos que la presente Ley otorga a los cesionarios tendrá el carácter de irrenunciables”.

918.- La Disposición Adicional primera de la LOE²⁵⁹ establece que la percepción de cantidades anticipadas en la edificación se cubrirán mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato de forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, a la vez que modifica a ésta: a) extendiendo dichas garantías a los anticipos realizados a los promotores y gestores mediante efectos cambiarios; b) actualizando el tipo de interés al legal del dinero en el momento de la devolución; c) estableciendo un sistema sancionatorio por incumplimiento, basado en la imposición de multas por las comunidades autónomas, y fijando una sanción subsidiaria para el caso de ausencia de norma autonómica específica del 25 % de las cantidades cuya devolución deba de ser prestada, y; d) dotando de rango legal lo dispuesto por delegación legislativa en el Decreto 3114/68.

2.2. OBJETO DEL SEGURO.

919.- El seguro de entrega de vivienda o seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas, garantiza al comprador la devolución de las cantidades que anticipa al promotor a cuenta del precio en la compra de viviendas, incrementadas en los intereses correspondientes, en caso de que no efectúe la entrega, no se terminen las obras dentro del plazo fijado en la calificación provisional o en la prórroga reglamentaria concedida, o, no se obtenga la correspondiente cédula de primera ocupación, de habitabilidad, calificación definitiva o documento equivalente. La obligación de contratar este seguro nace del acto de promover viviendas para su venta²⁶⁰.

²⁵⁹ CHAMORRO POSADA, M.. *Op. cit.* Págs. 163 y ss..

²⁶⁰ SAP Cantabria de 8.5.00. Establece que la permuta de piso por edificación futura n constituye objeto de este seguro.

920.- El artículo 1º. de la Ley 57/1968 en sus apartados primero y segundo establece las obligaciones²⁶¹ que deben cumplir los promotores que pretendan obtener de los compradores anticipos antes de la entrega de la vivienda. Son:

a) Garantizar la devolución de las cantidades entregadas por los compradores más sus intereses legales, mediante contrato de seguro o aval, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

b) Depositar dichos anticipos en cuenta especial abierta en entidad bancaria o caja de ahorros, separados del resto del patrimonio del promotor, teniendo sus disposiciones como uso exclusivo las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. La aseguradora tendrá que observar a la hora de emitir los certificados de garantía que dichos ingresos se han efectuado en la cuenta abierta al efecto.

921.- El artículo 2 de la Ley 57/1968, establece la obligación de hacer constar expresamente en los contratos de cesión de viviendas que contemplen la entrega de cantidades anticipadas, la devolución de dichas cantidades con sus intereses correspondientes en caso de incumplimiento, el contrato de seguro o aval con indicación de la entidad avalista o aseguradora y la cuenta en la que deben ingresarse las entregas.

²⁶¹ GARCÍA MEDINA, J..*Op. cit.*. BIB 2006\873. editorial Aranzadi S.A.. Pamplona, 2006. En realidad los mecanismos conjuntos del sistema de protección son tres:

1. El aval solidario, o el seguro de caución.
2. La cuenta especial separada y finalista y,
3. La responsabilidad subsidiaria de la entidad de crédito depositaria.

2.3. SUJETOS.

922.- Los sujetos que integran el elemento personal de este seguro son los contratantes de la vivienda y el asegurador²⁶². Se caracteriza fundamentalmente por ser un contrato de seguro por cuenta ajena²⁶³. El asegurador debe reunir las condiciones generales de acceso a la actividad y estar debidamente autorizado para operar en el ramo. Los sujetos contratantes de la vivienda son el promotor (tomador) y el comprador (asegurado). El tomador podrá revestir la forma de persona física o jurídica, incluidas las cooperativas y comunidades. El asegurado es el acreedor de la obligación, la persona que realiza la entrega a cuenta del precio de la vivienda y normalmente no va a tener relación directa con el asegurador que se entiende con el tomador del seguro. Este seguro se diferencia respecto de otras modalidades de seguro en que en éstos últimos, el tomador no es nunca el asegurado de la póliza.

923.- El artículo 1 de la Ley 57/68 de 27 de Julio, norma desarrollada por la Orden de 29 de Noviembre de 1968, dispone que las personas físicas o jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial deberán garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el interés legal del dinero. Igualmente, el Decreto 2114/68 de 24 de julio por el que se aprobó el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, introduce dicha obligación en su artículo 114 para las viviendas que tuvieran este régimen de protección, y el

²⁶² BARRES BENLLOCH, M^a. P.. *Op. cit.*. Págs. 160-174. Destaca tres aspectos de especial relevancia respecto al asegurado: a) con carácter previo a la celebración del contrato de seguro debe existir una relación jurídica que ligue a tomador y asegurado, ajena en principio al seguro contratado, que sin embargo va a ser el núcleo del interés asegurado, siendo el asegurado el verdadero titular de dicho interés; b) el asegurado como consumidor goza de una protección doble, por un lado la general del la LCS y LOSSP y por otro el TRLGDCU, y; c) a tenor del artículo 68 LCS, el asegurado del contrato de caución no puede coincidir con el tomador del seguro, a salvo la situación extraordinaria de un autocontrato.

²⁶³ SAP Valencia de 24.04.98 (AC 1998\764).

Decreto 12 de Diciembre de 1968, núm. 3114/68, obliga a las comunidades de propietarios y a las cooperativas a constituir las garantías.

2.4. DELIMITACIÓN TEMPORAL.

924.- La Ley establece que, previamente a todo contrato de venta, se realice el contrato de aval bancario solidario o de seguro de caución y la apertura de la cuenta corriente especial para el depósito de los anticipos (artículo 1.2ª Ley en relación con sus artículos 1,2 y 5).

925.- La duración del contrato de seguro colectivo²⁶⁴ será la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas. Su vigencia debe comenzar en la fecha de apertura de la cuenta especial, concluyendo en el momento en que lo pactado llegue a buen fin conforme a los términos del contrato, conforme al texto de la Ley 57/1968.

926.- La cobertura abarca desde la fecha de ingreso en la cuenta especial, hasta la fecha de entrega de las viviendas²⁶⁵, una vez expedidas la correspondiente

²⁶⁴ El art. 4º c.) de la Orden de 29 de noviembre de 1968.

Las pólizas al uso determinan dicho plazo de forma diferente según se trate de edificaciones sujetas a protección oficial o no. Así, en el primer caso, la póliza de Crédito y Caución en su art. 2 establece “el presente contrato de Seguro Colectivo tendrá como duración la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas, tomando efecto desde la fecha en que se obtenga el Visado Oficial a que se refiere el Artículo 116 del Reglamento de 24 de julio de 1968 y concluye con la entrega de las viviendas o, en su lugar, la devolución de los anticipos realizados más los intereses legales correspondientes”.

Para el caso de viviendas libres, la póliza de Asefa establece en su art. 4 “la presente Póliza Colectiva tendrá como duración la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas, locales o plazas de garaje, tomando efecto desde la fecha de ingreso de cada una de las cantidades anticipadas en la Cuenta Especial a la que se refiere la condición segunda del artículo 1º de la Ley 57, de 27 de julio de 1968, y concluyendo con la entrega de las viviendas, locales o plazas de garaje o una vez expedidas las correspondientes Cédulas de Habitabilidad o Licencia de Primera Ocupación, o, en su caso, la devolución de los anticipos entregados, más el interés legal, siempre y cuando se hayan emitido por el Asegurador las correspondientes Pólizas Individuales al amparo de esta Póliza Colectiva...”.

²⁶⁵ BENAVENTE SOGORB, R.. ”Reflexiones sobre el riesgo...” *Op. cit.* Pág. 14.657.

cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación. En caso de no entregarse las viviendas en el momento pactado, los adquirentes asegurados pueden conceder una prórroga²⁶⁶ al promotor para efectuar la entrega²⁶⁷ (art. 3.1º de la Ley 57/1968). Para conceder dicha prórroga deben tener autorización del asegurador, ya que de otro modo, éste puede exonerarse de su garantía por el tiempo que exceda el plazo inicialmente pactado, en caso de considerar que la prórroga supone una agravación del riesgo (artículos. 11 y 12 LCS y 1.851 C.C.).

927.- Los plazos están determinados en la póliza colectiva y en la póliza individual, pudiendo reclamar el asegurado al asegurador la devolución de los anticipos y sus correspondientes intereses el último día de expiración del plazo de entrega. CARRASCO, CORDERO y GONZÁLEZ²⁶⁸, destacan la contradicción existente entre el artículo 4.c y el artículo 4.f de la Orden de 29 de noviembre, ya que según el primero, el último día de cobertura del seguro sería precisamente el día en que deberían entregarse las viviendas conforme al contrato, en cambio, el segundo establece, que el siniestro se produce cuando no entregada la vivienda, el asegurado ha requerido infructuosamente de pago al promotor. Dado que el periodo de cobertura no puede ser inferior al tiempo en que necesariamente ha de producirse el siniestro, pues de la otra forma el contrato sería nulo por inexistencia de riesgo, el plazo es el determinado en el art. 4.f.

²⁶⁶ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, y GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. cit. Derecho de la Construcción....* Págs. 591 y ss.

²⁶⁷ Las pólizas contemplan el caso de prórroga de la forma siguiente, “si expirado el plazo de entrega sin que la misma hubiera tenido lugar, se pactase una prórroga para dicha entrega entre los Asegurados y el Tomador, las Pólizas Individuales podrán asimismo prorrogarse, mediante suplemento, respecto de aquellos Asegurados para los que dicha ampliación se solicite, y previa conformidad del Asegurador sobre las condiciones y prima a aplicar por el periodo de dicha ampliación o prórroga”. Si no concede un nuevo plazo al promotor, el comprador podrá rescindir el contrato y pedir la devolución del dinero anticipado.

²⁶⁸ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, y GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. cit..* Pág. 599.

928.- Las garantías prestadas se cancelarán cuando se otorgue la cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación en las viviendas libres, la calificación definitiva en las viviendas de protección oficial, y se entregue la vivienda (artículo 4 Ley 57/1968). Puede que la entrega de las viviendas se realice antes de la expiración del plazo establecido en la póliza.

2.5. SUMA ASEGURADA. LA PRIMA.

929.- La Ley 57/1968, dispone en su artículo 1º.1ª que las cantidades a garantizar son las anticipadas por el comprador²⁶⁹ al promotor más el interés del dinero (entonces fijado en el 6%, y posteriormente modificado al interés legal del dinero por la D. A. 1ª.c, de la LOE) hasta el momento en que se haga efectiva las devoluciones de las pólizas individuales que se emitan. Se trata de una póliza estimada²⁷⁰ en la que la indemnización queda determinada en el momento de la emisión de la póliza colectiva, aunque la cuantía de la misma puede variar en la medida en que varíen los anticipos que son objeto de la garantía, junto con sus intereses legales.

930.- El artículo 4º.e) de la Orden de 28 de Noviembre de 1968, establece que la prima del seguro corresponde al contratante del seguro y que las pólizas individuales serán liberadas sin pago alguno por parte de los asegurados. La prima de la póliza colectiva tiene carácter de mínimo, correspondiéndose generalmente con una mensualidad de la prima calculada a la tasa anual indicada en las condiciones particulares, sobre el total de los anticipos que se han previsto

²⁶⁹ TIRADO SUAREZ, F. J.. *Op. cit.* Pág. 1.119. Se refiere a los seguros de patrimonio en la doctrina aseguradora germánica que tienen como característica la peculiar relación entre la suma asegurada y el valor del interés, que impide la existencia de situaciones de infraseguro y de sobreseguro.

²⁷⁰ PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L. *La póliza y la documentación del contrato del seguro.* Comares. Granada, 2003. Pág. 190. Art. 27 y 28 LCS.

percibir, incrementados en el interés legal. Se trata de una prima en depósito que se regularizará a la cancelación del riesgo²⁷¹. Esta prima, es retenida por el asegurador hasta la finalización del periodo de cobertura, en cuyo momento, se reintegrará al tomador si el conjunto de las primas pagadas por las pólizas individuales emitidas suman el importe estipulado. Para el caso de que importe de las primas de las pólizas no alcance dicha cantidad, se puede pactar una indemnización por el importe total o parcial de la prima colectiva.

931.- La prima de las pólizas individuales se calcula aplicando la tasa de prima estipulada en las condiciones particulares de la póliza colectiva al importe de cada anticipo más sus intereses legales correspondiente, por el plazo de duración comprendido desde la fecha de percepción de cada anticipo hasta la fecha prevista para la obtención de la cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación, de acuerdo con los datos que consten en las condiciones particulares de cada póliza individual.

932.- Según el artículo 15 de la LCSP el impago de la prima supone la liberación del pago de la indemnización, si no se ha pactado lo contrario²⁷², siendo causa de resolución del contrato de seguro. Ahora bien, el artículo 4º.g) de la Orden de 28 de noviembre de 1968, establece que frente al tenedor de la póliza individual el asegurador no podrá alegar falta de pago de la prima del seguro, y en caso de resolución del contrato colectivo con la no emisión de nuevas pólizas individuales, no afectará a las ya emitidas²⁷³.

²⁷¹ PACHECO JIMÉNEZ, M^a. NIEVES. *Los seguros en el proceso de la edificación*. La Ley. Madrid, 2008. Pág. 547.

²⁷² TIRADO SUAREZ, F. J.. *Op. cit.*. Págs. 1.037-38. SAP Madrid 27.02.08 (AC 2008\896).

²⁷³ CAMACHO DE LOS RIOS, J.. *Op. cit.*. Págs. 803-4.

933.- Cuando el tomador demore el pago de las primas o de los impuestos y recargos legalmente repercutibles, el asegurador tendrá acción ejecutiva²⁷⁴ para exigir el pago, sin otro requisito que el reconocimiento de la firma de la póliza colectiva o de las pólizas individuales emitidas.

934.- En caso de que las cancelaciones de la póliza colectiva y de las pólizas individuales sean anteriores a las fecha de vencimiento se produce el extorno de la parte de la prima no consumida de las pólizas individuales. De prorrogarse el plazo de vencimiento de la póliza, se procederá a la emisión del suplemento de la prima correspondiente a la ampliación de la póliza colectiva y de todas las pólizas individuales emitidas. También procede la modificación de la prima en el caso de que se produzcan bajas por rescisiones de contratos antes de la finalización de las viviendas.

2.6. RIESGOS Y EXCLUSIONES.

935.- Al tomador del seguro y al asegurado les vincula una relación jurídica²⁷⁵ que puede materializarse en un contrato de reserva, arras, opción de compra, contrato de compraventa, etc., pero que lleva consigo la entrega de cantidades a cuenta.

936.- El riesgo²⁷⁶ cubierto por la póliza es la devolución de las cantidades anticipadas por el comprador durante la fase de construcción incrementadas en el interés legal del dinero, siempre y cuando el comprador opte por la rescisión del

²⁷⁴ Art. 15 LCS.

²⁷⁵ CHAMORRO POSADA, M.. *Op. Cit.*. Pág. 1.547.

²⁷⁶ BENAVENTE SOGORB, R.. *Op. cit.*. Págs. 1.4653-4. Existe una cierta desconexión entre el riesgo asegurable establecido por la Ley 57/1968 y el de la Orden de 26 de Noviembre de 1968, transmitida a las pólizas al uso en las que se eleva el incumplimiento de la obligación de entrega a riesgo asegurado conjuntamente con la falta de devolución de los anticipos.

contrato y no por conceder una prórroga para hacer efectiva la entrega. A mi juicio, el tipo de interés legal como tipo indemnizatorio es insuficiente en épocas como las vividas no hace mucho, caracterizadas por una fuerte especulación. Sería conveniente el establecimiento de un tipo de interés referenciado al índice de incremento de precios de la vivienda²⁷⁷ elaborado por el INE.

937.- La garantía del seguro no es la obligación incumplida²⁷⁸ por el promotor, no entregar la edificación en los plazos y términos pactados, sino, la no devolución por parte del promotor de las cantidades anticipadas por el comprador más el interés legal del dinero²⁷⁹, cuando llegada la fecha de entrega de la vivienda ésta no se efectúa, y cuando requerido el promotor por el adquirente para que haga efectiva la devolución, no la lleva a efecto (artículo 3 Ley 57/1968).

2.7. PÓLIZA.

938.- En este seguro se emiten dos tipos de pólizas, la colectiva y la individual. La primera no tiene valor de garantía, establece el marco para la posterior emisión de las pólizas individuales, siendo estas últimas, las que particularizan el seguro para cada comprador o adherente y desempeñan la función de garantía. La

²⁷⁷ Según la Asociación Hipotecaria de España el incremento medio del precio de la vivienda en el periodo 2002-2006 ha sido superior al 15%.

²⁷⁸ CHAMORRO POSADA, M.. *Op. cit.*. Pág. 1.555. En la LOE la referencia al “contrato” cuyo incumplimiento se trata de garantizar, aunque no se diga debe referirse al de compraventa, que no parece atreverse a mencionar el legislador de 1999 quizá frenado por la reticente mención de “cesión, cedente y cesionario” de la Ley 57/1968.

²⁷⁹ BENAVENTE SOGORB, R. *Op. cit.* Pág. 14.649. Considera que los pronunciamientos hechos por nuestros tribunales sobre el riesgo en el seguro de caución de afianzamiento de anticipos de viviendas no son muy acertados, ya que la referencia a éste, simplemente se refiere a la finalidad del seguro en la Ley 57/1968. Cita SSTs 22 de octubre de 1985, 23 de marzo de 1990, 26 de enero de 1985, SAP Toledo de 8.6.93, SSAP de las Palmas de 18.10.93 y 4.11.93.

formalización²⁸⁰ del seguro se lleva a cabo mediante la expedición de la póliza colectiva firmada por el tomador y el asegurador, mientras que al beneficiario se le va a extender la póliza individual correspondiente (aval) en base a las condiciones pactadas en la póliza colectiva.

939.- La Orden de 29 de noviembre de 1968, regula el condicionado general mínimo de la póliza colectiva²⁸¹, condicionado que es ampliado por las aseguradoras con el fin de que el contrato quede más explicitado. Es normal encontrar en las pólizas entre las obligaciones asumidas por el tomador frente al asegurador, la de facilitarle información contable de la empresa, técnica de la obra, contratar un seguro de daños decenales, entregar la prima provisional mínima, facilitar la inspección de la obra, etc., siendo cada aseguradora la que respetando las normas imperativas del régimen jurídico del contrato del seguro y del afianzamiento de viviendas la que establezca dicho condicionado. Se trata de un contrato de adhesión, y por tanto, hay que considerar la LCGC y el TRLGDCU.

940.- El condicionado particular del seguro colectivo contiene a parte de los datos personales del tomador y el concepto de su intervención contractual, el

²⁸⁰ Hoy en día las pólizas del seguro de caución se encuentran totalmente liberadas del control administrativo, art. 24.2 LOSSP.

²⁸¹ El art. 4º de dicha Orden establece las condiciones refiriéndose a la redacción de los contratos de cesión de vivienda y sus modificaciones posteriores, que previamente habrían de ser sometidas a la aprobación del asegurador (a); el control de la cuenta especial de los ingresos de los anticipos y documentación en poder del tomador en relación con las obligaciones contraídas frente al asegurador (b); la duración del contrato de seguro (c); el supuesto de prórroga del plazo (d); el pago de la prima (e); requisitos para la entrada en vigor de la garantía en caso de incumplimiento del tomador (f); no alegación de la falta de pago de la prima por el tomador ante el asegurado (g); la reclamación del asegurador al tomador en el caso de que la garantía se realice (h); la forma de pago de los siniestros (i); potestad de la aseguradora para la emisión de nuevas pólizas individuales en caso de incumplimiento de lo dispuesto en la Ley 57/68 por parte del tomador del seguro(j).

CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO. *Comentario a la Ley de Ordenación de la Edificación*. 3ª edic.. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) Madrid, 2005. Pág. 474.

STS de 5 de abril de 1995 y SAP Asturias de 22.11.05.

importe de la garantía, el plazo de vigencia de la misma, la tarifa a aplicar, la prima, la descripción de la obra, la identificación de la vivienda, la cuenta especial donde se efectuarán los ingresos de los anticipos, y la documentación que deberá facilitar el tomador del seguro al asegurador para el estudio previo a la emisión de las pólizas individuales. Esta póliza no tiene validez ninguna como garantía pero su existencia y número debe constar en los contratos de compraventa²⁸².

941.- La entrada en vigor del R.D. 515/1989 de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, motivado por la necesidad de regular de forma sistemática un aspecto de especial trascendencia para el consumidor o usuario como es la información que ha de serle suministrada en la adquisición o arrendamiento de una vivienda, establece que *en el caso de que la vivienda no se encuentre totalmente terminada se deberá tener a disposición del público y de las autoridades competentes copia del documento o documentos en los que se formalizan las garantías de las cantidades entregadas a cuenta según la Ley 57/1968, de 27 de julio.*

2.8. CERTIFICADOS INDIVIDUALES.

942.- El segundo párrafo del artículo 2º.c) de la Ley 57/1968 dispone, la obligación del cedente de entregar al cesionario la póliza individual que acredite la garantía de las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio, y el art. 5º de la Orden de 29 de noviembre de 1968, la emisión de las pólizas individuales a medida que se vayan incorporando anticipos al contrato de seguro. Estas últimas, garantizan a cada socio la devolución de las cantidades anticipadas

²⁸² Ley 57/1968. Art. 2.b). "Referencia al aval o contrato de seguro especificados en la condición primera del artículo anterior, con indicación de la Entidad avalista o aseguradora".

más los intereses correspondientes en caso de incumplimiento del tomador. Son las únicas que dan cobertura a los compradores, sin ellas no estarán asegurados a pesar de que exista la póliza colectiva. Deben contener las estipulaciones contenidas en la póliza colectiva, los datos personales relativos al asegurado o beneficiario, las fechas señaladas para el ingreso de las cantidades anticipadas, la fecha para la entrega de la vivienda, la vivienda objeto de compraventa o de adjudicación al comunero o socio, el total capital asegurado compuesto por las cantidades anticipadas y los intereses asegurados, y el importe de la prima.

943.- La póliza individual²⁸³ indicará la cantidad máxima a cuya restitución se compromete el garante. Dicha cantidad debe coincidir con el importe de las cantidades que se prevén anticipar, en caso contrario, el comprador podrá exigir del promotor la entrega de una garantía suplementaria, pudiendo suspender los pagos mientras no le sea entregada. En tanto el promotor no aporte la garantía correspondiente, no podrá resolver el contrato por incumplimiento de la obligación de pago del precio.

2.9. LA CUENTA ESPECIAL. ANTICIPOS.

944.- El artículo 1.2ª de la Ley 57/1968 establece la obligación de los promotores de viviendas de *percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad Bancaria o Caja de Ahorros, en las que habrán de depositarse en una cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas.* Por

²⁸³ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. cit.*. Págs. 533-4. Sostiene el autor que basta que el documento de aval se entregue al comprador. Si ello tiene lugar, será indiferente que la referencia a este aval no se realice en el documento contractual. En VPO el aval o seguro deberán ser aportados con la solicitud de autorización para cobrar anticipadamente. Pero no parece que esta disposición del art. 114 D 2114/1968 excluya la obligación de suministrar individualmente el documento de aval o seguro a cada adquirente.

su parte, el artículo 2º.c) dispone la obligación de hacer constar en los contratos de cesión de viviendas que se pacte la entrega de cantidades anticipadas al promotor la *designación de la Entidad Bancaria o Caja de Ahorros y de la cuenta a través de la cual se ha de hacer la entrega por el adquirente de las cantidades que se hubiese comprometido anticipar como consecuencia del contrato celebrado*. Para la apertura de esta cuenta o depósito, la entidad financiera debe exigir dichas garantía.

945.- Por su parte la Orden de 28 de noviembre de 1968, en su artículo 4º.f.1., exige para que entre en juego la garantía del asegurador, el cumplimiento del requisito de que las cantidades entregadas a cuenta de la vivienda lo hayan sido mediante ingreso en la cuenta especial a que se refiere el artículo anterior²⁸⁴. Coincido con CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO²⁸⁵ que se trata de una garantía poco consistente ya que no evita la mala gestión del promotor, tratándose solo de un patrimonio relativamente separado contra el que se podrán hacer efectivos los créditos derivados de la construcción.

946.- El ingreso es una obligación del vendedor, los compradores cumplen con anticipar dichas cantidades, por lo que el asegurador no podrá oponer dicha excepción, según criterio del T. S.²⁸⁶. A medida que se vayan efectuando los ingresos de los anticipos en la cuenta especial, el tomador entregará al asegurado los certificados individuales del seguro.

²⁸⁴ BENAVENTE SOGORB, R.. *Op. cit.*. Pág. 14.654.

²⁸⁵ *Op. cit.*. Pág. 535.

²⁸⁶ STS (Civil), 8 de marzo de 2001, 22 de septiembre de 1997 y 30 de diciembre de 1998. SSAP Valencia de 17.04. 98 y 11.07.98 (AC 1998\1356)

947.- Es normal en las pólizas de seguro de afianzamiento que la disposición²⁸⁷ de los fondos depositados en la cuenta especial²⁸⁸ se condicione a la intervención de la aseguradora, especialmente cuando la solvencia del promotor no esté suficientemente acreditada, por lo que para la emisión de la póliza exigirá un certificado emitido por la entidad financiera de la cuenta corriente especial, en el que conste las condiciones de disponibilidad de la misma. En dicha cuenta, constarán como autorizados los apoderados de la aseguradora, que serán los que autoricen la disposición de los fondos mediante escrito dirigido a la entidad financiera²⁸⁹. Para la autorización, la aseguradora exigirá los justificantes de los pagos, con el fin de comprobar que los importes, destinatarios y conceptos corresponden a gastos de la promoción. Estas operaciones originen gastos de gestión a cargo del promotor y a favor de una entidad especializada homologada por la aseguradora que se ocupe del seguimiento de las disposiciones de fondos y de los movimientos de la cuenta intervenida. Estos honorarios del control se comunican con la aprobación de la póliza colectiva.

²⁸⁷ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. cit.*. Págs. 599-600.

²⁸⁸ CHAMORRO POSADA, M.. *Op. cit.*. Pág. 1.553.

²⁸⁹ La compañía se reserva el derecho de solicitar la intervención de la cuenta especial, que será habitual en promociones en régimen de comunidad o cooperativas o para realizar operaciones cuando la solvencia del promotor no esté suficientemente acreditada. La compañía tiene preparado un modelo de certificado de acuerdo con la norma, aunque hay que destacar que las entidades financieras en los últimos tiempos son muy reacias a emitir dichos certificados, por lo que suelen admitir otros certificados bancarios que, aunque no siguen exactamente dicha redacción si especifican que está abierta la cuenta para el ingreso de las cantidades anticipadas por los compradores de viviendas de la promoción de que se trate. Una vez recibido el certificado, comprobarán, que el banco controla los fondos que en ella han sido depositados y que son destinados a pagar los gastos de la promoción, así como que el promotor ingresa en ella todas las cantidades recibidas de los compradores.

948.- Los ingresos en la cuenta especial pueden proceder de diferentes fuentes²⁹⁰. La primera y más usual es el ingreso en efectivo o por transferencia del comprador, lo cual queda dentro del supuesto de hecho de la Ley 57/68. También puede efectuarse mediante la emisión de recibos periódicos y la aceptación de pagarés o de efectos bancarios²⁹¹ que el promotor procederá a su negociación con el fin de convertirlos en liquidez. El importe de su negociación deberá abonarse en la cuenta especial.

949.- El artículo 1.2ª Ley 57/1968 impone una genérica responsabilidad a la entidad bancaria receptora de las mismas, que queda sujeta a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Las pólizas individuales hacen constar en su clausulado que el asegurado se obliga a poner los medios necesarios al efecto para que los anticipos que efectúe queden ingresados en la cuenta especial, así como, a que los efectos cambiarios que acepte tengan su abono en ésta, tomando conocimiento mediante la firma de la póliza individual.

950.- La cancelación de la cuenta especial se puede producir de dos modos, uno anormal o de oficio por la entidad bancaria, ante la cancelación del aval o seguro que garantiza las cantidades recibidas, ya que mantenerla podría inducir a engaño a los adquirentes, y; otro normal o a instancia del depositante, cuando se hayan terminado las viviendas y hayan sido entregadas a los compradores.

²⁹⁰ Otra situación que puede presentarse en la protección del adquirente de vivienda proviene cuando las entregas anticipadas son consecuencia de la permuta de solar por edificación futura. En este caso, el transmitente debe buscar su protección por otros medios al no entrar dicha situación dentro del supuesto de hecho de Ley 57/68, ya que la entrega tiene trascendencia real (reforma del art. 13 del reglamento hipotecario), y por tanto se deberá hacer constar en el registro de la propiedad, mientras que el compromiso asumido por el promotor tiene trascendencia obligacional, que se podrá garantizar mediante aval bancario, condición resolutoria o seguro de caución.

²⁹¹ El control del ingreso de las cantidades anticipadas en la cuenta especial resulta dificultoso cuando dichas cantidades se documentan en títulos cambiarios, dado que al tratarse de documentos autónomos y transmisibles mediante endoso no existe ningún control por parte del librado, ya que el banco una vez los descuenta los abonará en la cuenta del cedente, por lo que éste deberá evitar el anticipo de cantidades mediante dichos efectos, utilizando para el ingreso en la cuenta especial las transferencias.

2.10. SINIESTRO.

951.- El incumplimiento se produce por el transcurso del plazo sin haber llevado a cabo la edificación convenida. También por una serie de hechos cuya producción desencadena el mecanismo de cobertura patrimonial, aún a pesar, de no haber transcurrido el plazo establecido²⁹², como puede ser la declaración concursal.

952.- El artículo 4.f) de la Orden de 29 de Noviembre de 1968 dispone que en caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido entrará en juego la garantía del asegurador, siempre que se hayan cumplido los siguientes requisitos:

1º. Las cantidades entregadas a cuenta de la vivienda lo hayan sido mediante ingreso en la cuenta especial a que se refiere el apartado 2º del artículo 1º de la Ley de 27 de julio de 1968.

2º. Se haya requerido notarialmente o de otra manera indubitada al contratante y éste no haya devuelto las cantidades entregadas a cuenta de la vivienda más sus intereses.

El asegurador debe indemnizar al asegurado en un plazo de treinta días, contados desde que se le formule la reclamación a la que se acompañe copia del mencionado requerimiento.

953.- Según el artículo 3. de la Ley 57/68 el incumplimiento del promotor se produce cuando expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda, ésta no se ha producido, pudiendo el cesionario rescindir el contrato.

²⁹² EMBID IRUJO, J. M.. *Op. cit.*. Págs. 295-6.
STS de 19 de julio de 2004 (RJ 2004\4386).

Este incumplimiento está referido a la obligación principal. Para que el incumplimiento de la obligación de garantía se dé, es necesario que además del incumplimiento de la obligación principal se den los requisitos de la Orden de 29 de noviembre de 1968 establecidos en su artículo 4º, f), de que las cantidades entregadas a cuenta de la vivienda lo hayan sido mediante ingreso en la cuenta especial y que se haya requerido notarialmente o de manera indubitada al contratante, sin que éste haya devuelto las cantidades anticipadas con los correspondientes intereses²⁹³.

954.- Las pólizas suelen ser más precisas a la hora de concretar el incumplimiento del promotor, explicitando las diversas causas que pueden originarlo y los diferentes tipos que se pueden presentar. Consideran como tales, la no expedición, imputable al promotor, de la licencia de primera ocupación o cédula de habitabilidad en los plazos convenidos, la concurrencia de fuerza mayor y del hecho fortuito²⁹⁴. Tratándose de un incumplimiento doloso del tomador, la propia Ley 57/1968 expone que fueron los frecuentes abusos de los promotores ante los compradores los que dieron lugar a la promulgación de dicha Ley, motivo por el cual el legislador quiso proteger al comprador de dichas actuaciones.

955.- Lo que el legislador pretende con la exigencia del requerimiento notarial o exigencia indubitada es que haya constancia del incumplimiento por parte del promotor²⁹⁵. El requisito de la cuenta especial es algo totalmente ajeno al riesgo, ya que es el propio promotor quién debe de efectuar los ingresos, no afectando esta obligación al asegurado. El aval o seguro con el documento fehaciente en el

²⁹³ STS de 27 de mayo de 2004 (RJ, 2004\4264).

²⁹⁴ BENAVENTE SOGORB, R.. *Op. cit.*. Pág. 14.664: La falta de devolución por causa de hecho fortuito o de fuerza mayor, aunque solo sea a título temporal, implica la producción del siniestro.

²⁹⁵ BENAVENTE SOGORB, R.. *Op. cit.*. Pág. 14.654.

que se acredite la no iniciación de las obras o la entrega de las viviendas es título ejecutivo a efectos del artículo 517 LEC. Si la garantía se ha otorgado a primer requerimiento no es necesario probar la veracidad de los hechos. Tratándose de VPO, el seguro o aval garantiza la restitución de las cantidades más el interés legal cuando no se obtenga la calificación definitiva, o no se terminen las obras en el plazo señalado en la calificación provisional o en la prórroga reglamentariamente concedida.

956.- El condicionado general de las pólizas de afianzamiento de vivienda no incluye la cláusula a primer requerimiento²⁹⁶. Para que se entienda producido el siniestro, habrá que estar a lo dispuesto en la Ley 57/68 y en la Orden de 29 de noviembre de 1968, no obstante, tomador y asegurador pueden pactar el pago de la indemnización a primer requerimiento. A mi juicio, la garantía debería contener dicha cláusula para darle mayor consistencia, debiendo ser el promotor quién acredite la puesta a disposición de la vivienda ante el comprador para probar su cumplimiento, criterio seguido por las garantías del artículo 19 LOE y por la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores.

²⁹⁶ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, y GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. cit.*. Págs. 596 y ss..

BARRES BENLLOCH, M^a. P.. *Op. cit.* Pág. 56.

RODRIGUEZ DÍAZ, I.. “En torno a la garantía a primera demanda”. *Revista de Derecho Bancario y bursátil*. Abril-Junio 2003. Págs. 422-3.

SERRANO CHAMORRO, M^a. E.. “El seguro de caución especial referencia al contrato de obra”. *RDPrivado*, Octubre/1998. Págs. 744-5.

CAMACHO DE LOS RIOS, J.. *Op. cit.*. Pág. 802.

STS (Civil), 12 de julio de 2001.

2.11. EJECUTIVIDAD DE LA GARANTÍA.

957.- La Ley 57/1968 en su art. 3 párrafo segundo establece, que el contrato de seguro o aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de la obras o entrega de la vivienda tiene carácter ejecutivo²⁹⁷ para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tenga derecho, de acuerdo con lo establecido en la Ley. El requisito de la fehaciencia no se refiere a la prueba del incumplimiento, sino al requerimiento hecho al deudor, constituyendo el título ejecutivo la póliza y el acta notarial de la reclamación²⁹⁸.

La Orden de 29 de Noviembre de 1968 exige el ingreso de las cantidades anticipadas en la cuenta especial para proceder contra el garante²⁹⁹, pero el Tribunal Supremo, se ha pronunciado en contra de que el garante oponga el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial, en razón de sus facultades de comprobación de los movimientos de la cuenta (artículo 2 L. 57/1968 y 4 O. 29.11.68). El plazo para el ejercicio de las acciones prescribe a los dos años a contar desde la fecha en que se puedan ejercitar.

958.- El artículo 4.g) de la Orden de 22 de noviembre de 1968, establece la inoponibilidad del impago de la prima³⁰⁰, ya que tratándose de un seguro por

²⁹⁷ TIRADO SUAREZ, F. J.. “Estudio sobre el carácter ejecutivo de la póliza de seguros de caución de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas”. *Revista General de Derecho*. Septiembre, 1986. Nº. 504. Págs. 3.884-5.

²⁹⁸ STS de 27 de Mayo de 2004.

²⁹⁹ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. cit.*. Pág. 604.

³⁰⁰ CAMACHO DE LOS RÍOS, J.. *Op. cit.*. Págs. 804-6. El citado autor realiza una reflexión sobre la inconveniencia de la negativa del asegurador al pago de la indemnización al asegurado excepcionando el impago de la prima por el tomador y partiendo de que el seguro de caución cumple una función de garantía, la eficacia de dicha garantía decaería ante el asegurado quién se encontraría al arbitrio de dicho tomador. También se vería perjudicado el asegurador por cuanto

cuenta ajena, el asegurado es siempre un particular y en el caso de que se rescinda la póliza colectiva no debe afectar a las pólizas individuales emitidas.

959.- El asegurador tiene un plazo de treinta días, desde que se le formule la reclamación acompañada de copia del requerimiento de pago al promotor (artículo 4º f. de la Orden 29 de noviembre de 1968) para el pago de las indemnizaciones. En caso de incumplimiento, el beneficiario podrá acudir a la vía judicial, siendo éste quien tiene que probar que el tomador del seguro no ha cumplido ante la exigencia de la devolución de las cantidades anticipadas más los intereses correspondientes.

960.- Cabe ejercitar la garantía contra el tercero sin necesidad de ejercitar previamente o simultáneamente la resolución por incumplimiento del promotor³⁰¹, la cual, solo será necesaria cuando la devolución de los anticipos e intereses se pretenda del promotor y no del garante.

961.- En el supuesto de que el asegurador no desembolse el importe de la indemnización, dentro de los cuarenta días siguientes a la reclamación, se constituirá en mora, sin que sea necesario esperar al plazo de los tres meses del artículo 20 de la LCS, incrementándose el tipo de interés en un cincuenta por ciento. Una vez presentada la reclamación, habrá que añadirle a la cantidad reclamada, integrada por los anticipos y los intereses remuneratorios al tipo de interés legal del dinero desde la fecha en los mismos se realizaron, los intereses moratorios vencidos y los que puedan devengarse durante la ejecución (artículo 575 L.E.C.).

el producto perdería su credibilidad, y el tomador también se vería perjudicado en tanto en cuanto no podría garantizar sus obligaciones con dicho producto.

³⁰¹ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, y GONZÁLEZ CARRASCO *Op. cit.* Págs. 536-7.

SAP Valencia 17.4.1998, (AC 4642).

962.- Realizada la indemnización por el asegurador, éste, podrá ejercitar la acción de reembolso del artículo 68 LCS respecto al promotor, y las subrogaciones que le asistan en la acción de regreso frente a las personas responsables del siniestro hasta el límite de la indemnización (artículo 43.1 LCS).

2.12. SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENALES.

963.- En materia administrativa³⁰² corresponde la competencia sancionadora a las CC. AA., por disponer de competencia normativa plena. La DA 1º de la LOE, no tiene eficacia supletoria, al no tener una regulación detallada de los criterios ni de las cuantías para la graduación de la infracción. El cobro de cantidades a cuenta durante el periodo de construcción sin el aseguramiento preceptivo constituye infracción administrativa de vivienda, calificada como muy grave³⁰³ por la legislación autonómica específica, siempre que no estén autorizadas o incumplan las obligaciones impuestas en la norma aplicable.

964.- A nivel estatal, la única previsión sancionadora es la específica de VPO, que, siendo preconstitucional, sigue manteniendo eficacia supletoria en las CCAA. que no dispongan de normativa propia. Según el artículo 153 del D 2114/1968, si las viviendas son de protección oficial, y el promotor no ha obtenido la autorización pertinente para el cobro de las cantidades, incurrirá en infracción muy grave (artículo 153.C.2. del D. 2114/1968).

³⁰² CHAMORRO POSADAS M.. *Op. cit.* Pág. 1.551.
STS de 14 de mayo de 1998.

³⁰³ Ley 24/1991, de Cataluña; 6.1.c. Ley 3/1995, de Asturias; 6.1 d) y 58.4 c) Ley 24/1995, de Asturias; 6.1 d) y 58.4 c) Ley 13/1996, de Galicia; 6.7 Ley 1/1997, de Valencia; 27.1 j) Ley 2/1999 de Madrid, entre otras.

965.- En el caso de percibir las cantidades correctamente y con el seguro de garantía de restitución vigente, no queda exonerado de un posible delito³⁰⁴ si las cantidades recibidas las aplica a fines distintos de los de la construcción. El delito³⁰⁵ que puede ser imputado es el de apropiación indebida³⁰⁶ cuando dichas cantidades se distraigan para otros fines (artículo 252 C. P.), o de estafa, cuando en la recepción de las cantidades medie engaño (artículo 248 C. P.).

966.- Dadas las innumerables sentencias que se vienen produciendo por incumplimientos del promotor en la constitución de dichas garantías, creo necesario el establecimiento de controles que verifiquen la existencia de las mismas, entre los que se podría encontrar, la acreditación de las mismas ante la entidad financiera, previa al desembolso de la parte correspondiente a ventas del préstamo hipotecario.

3. LAS GARANTÍAS ESTABLECIDAS EN LA LOE.

3.1. INTRODUCCIÓN.

967.- El artículo 19 LOE ha establecido la obligación de que promotores y constructores contraten determinadas garantías para proteger a compradores y usuarios de los vicios y defectos que adolezca la edificación. Dichas garantías están referidas a la obra fundamental, la habitabilidad y la terminación o acabado

³⁰⁴ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. cit.*. Págs. 578-9. y 604.

STS de 29 de abril de 2008 (RJ 2008\2184) y SAP Islas Baleares de 20.02.07 (ARP 2007\225).

³⁰⁵ STS 22 de junio de 1984 (RJ 1984\3603) y SAP ALICANTE de 4.2.2000.

³⁰⁶ STS de 5 de Abril de 1995 (RJ 1995\2816).

del edificio, pudiendo instrumentarse mediante seguros de daños materiales o seguros de caución.

968.- El seguro de caución³⁰⁷ nunca se había utilizado para garantizar responsabilidades de los agentes de la edificación, por vicios y defectos que adolezca el edificio y que les sean imputables por su intervención en el proceso edificatorio. Hasta la entrada en vigor de la LOE, el promotor no era legalmente responsable solidario con el resto de los agentes, aunque la jurisprudencia lo venía entendiendo así, por considerar que la finalidad que perseguía con la realización del proyecto inmobiliario era lucrativa, a pesar, de no intervenir de un modo directo en la ejecución material de la obra.

969.- Ha sido la LOE la que ha establecido en el artículo 19 la utilización del seguro de caución a primer requerimiento como instrumento de garantía, junto al seguro de daños materiales. Surge como consecuencia del establecimiento de una obligación de tipo legal, cuya elección es una figura cercana a las denominadas garantías independientes, que se caracteriza por abstraer la obligación del garante (asegurador) de las vicisitudes de la obligación garantizada, quién prácticamente queda obligado siempre a pagar, dándole una mayor protección al asegurado (comprador), al no poder oponer al asegurado las excepciones que pudieran corresponderle contra el tomador

970.- La LOE establece quienes son los tomadores de los seguros establecidos en el artículo 19, sin embargo, los seguros de daños materiales y de caución tienen estructura y complejidad diferentes³⁰⁸. Para el resarcimiento de los daños causados por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado, tiene la consideración de tomador el constructor, y de

³⁰⁷ PEÑAS MOYANO, M. J.. “Edificación y Seguro: Modalidades contractuales exigidas como garantía en la LOE”. *RES.* 2002, Abril-Junio. Págs. 177-179

³⁰⁸ PEÑAS MOYANO, M. J. *Op. cit.*. Pág. 164.

asegurado el promotor junto con los sucesivos adquirentes del edificio o parte del mismo, por lo que estaremos siempre ante un seguro por cuenta ajena. En el caso de los seguros decenal y trienal, aunque los tomadores sean el mismo en ambos tipos de seguros, en el seguro de daños materiales el asegurado es el promotor y los terceros adquirentes³⁰⁹, mientras que en el seguro de caución³¹⁰ son siempre los posibles adquirentes del mismo o de partes de éste³¹¹, pasando el seguro de daños materiales de un seguro por cuenta propia a un seguro por cuenta ajena cuando se transmite el edificio o parte del él, mientras que en el seguro de caución siempre será un seguro por cuenta ajena. La LOE ha previsto en su artículo 19.2.a) que el promotor pacte con el constructor, que sea éste el tomador del seguro por cuenta del primero, de esta manera los beneficiarios del seguro de caución podrían ser tanto el promotor, como el comprador³¹², como los terceros adquirentes.

971.- La intervención del legislador estableciendo obligatoriamente los diferentes elementos contractuales (artículo 19.3 LOE), otorga una especial protección a los asegurados, dada la libertad contractual que este seguro conlleva al tratarse de un seguro de grandes riesgos.

972.- El interés asegurado³¹³ en la póliza de caución lo constituye la obligación de indemnizar los daños causados, al no ser debidamente satisfecho el crédito

³⁰⁹ BOLDÓ RODA, C.. “Régimen de garantías por daños materiales ocasionados por vicios o defectos en la construcción. *RES*. Aida, Madrid. 2000, Julio-Septiembre. Pág. 547.

³¹⁰ BOLDÓ RODA, C.. *Op. cit.* Pág. 546. Se ha destacado el interés que presenta el estudio de los elementos personales del seguro de caución debido a la quiebra que suponen del principio de relatividad del contrato previsto en el art. 1.257 C. C., los derechos y obligaciones derivados del contrato afectan al sujeto que no es parte en el negocio bilateral celebrado entre el tomador y el asegurador.

³¹¹ TIRADO SUAREZ, F. J.. *Op. cit.* Pág. 1.122.

³¹² PEÑAS MOYANO, M. J. *Op. cit.* Págs. 177-8.

³¹³ BOLDÓ RODA, C.. *Op. cit.* Pág. 546.

asumido por el asegurador objeto del seguro, con independencia del ejercicio posterior de la acción de reembolso que le asiste hacia el tomador, a tenor de lo dispuesto en el artículo 68 LCS, pudiendo aplicar también el artículo 43 LCS para subrogarse en los derechos y acciones que correspondan a los terceros adquirentes contra los autores responsables de los vicios causantes de los daños³¹⁴.

973.- El riesgo cubierto, esta referido a los daños materiales de la edificación, quedando exonerado el promotor o constructor de aquellos daños que tengan su origen en el caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño (artículo 19.9 LOE).

974.- En la contratación de las garantías del artículo 19 LOE, el seguro de caución se encuentra en seria desventaja con el seguro de daños materiales, lo que le ha supuesto su desplazamiento, fundamentalmente por las siguientes razones: a) el artículo 19.3.b. LOE establece la modalidad de primer requerimiento en el seguro de caución, lo que implica el pago inmediato a la reclamación; b) la dificultad en cuanto al control requerido por las aseguradoras respecto de la calidad de la edificación para la evaluación de los riesgos, a través de los informes emitidos previamente por los organismos de control de calidad de la edificación; c) la necesidad de acreditar la constitución de las garantías del artículo 19 para la escrituración e inscripción de las declaraciones de obra nueva; d) el mayor coste que supone estos seguros respecto a los de daños; e) ser un seguro de grandes daños, por lo que deja de serle de aplicación el carácter imperativo de la mayor parte de la LCS, con un amplio juego de la autonomía de la voluntad, contrario al carácter imperativo de la LOE; y f) presentarse como una alternativa frente al seguro de daños.

³¹⁴ PACHECO JIMÉNEZ, M^a. N.. *Op. cit.*. Pág. 529.

3.2. CLÁUSULA A PRIMER REQUERIMIENTO.

975.- El artículo 19.3.b) de la LOE, establece que el seguro de caución debe incorporar la cláusula a primer requerimiento, teniendo por objeto el reforzamiento del crédito³¹⁵. Dicha cláusula es interpretada por la doctrina mayoritaria³¹⁶ en el sentido de que el asegurador no solo no puede exigir la prueba del incumplimiento, sino que no puede oponer al acreedor ninguna excepción, ni siquiera las derivadas del propio contrato de seguro. Sin embargo, existen desavenencias en la doctrina en cuanto al significado de la cláusula a primer requerimiento, ya que ésta puede desarrollar diferentes funciones³¹⁷.

976.- Para algunos autores³¹⁸ la inversión de la carga de la prueba a favor del asegurado³¹⁹ supondría una presunción iuris tantum de que el deudor ha incumplido, dicha presunción podrá destruirse mediante prueba en contrario a través de la oposición de excepciones que se refieran a la nulidad de los elementos del contrato (inexistencia de riesgo, de causa o actuación dolosa del asegurado³²⁰). La razón de la incorporación de la cláusula a primer requerimiento está en que el asegurador puede recabar del tomador la información necesaria para comprobar la pretensión del asegurado, mientras que para este último, es

³¹⁵ PEÑAS MOYANO, M^a. J.. “Edificación y seguro: Modalidades contractuales exigidas como garantía en la LOE”. *Revista Española de Seguros*. 2002. Abril-Junio. Pág. 179.

³¹⁶ SERRANO CHAMORRO, M^a. E.. “El seguro de caución: especial referencia al contrato de obra”. *Revista de Derecho Privado*. 1998, Octubre. Pág. 744.

³¹⁷ INFANTE RUÍZ, F. J.. Las garantías personales y su causa. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. Págs. 558-9. “Valor de la cláusula de pago a primer requerimiento o a primera demanda”. *Revista Derecho Patrimonial*. 200-1, numero 4. Pág. 160.

ALBADALEJO, M.. *Op. cit.*. Pág. 890.

FERNANDEZ-TRESGUERRES GARCIA A.. “Problemática actual de las garantías personales en el Derecho español” AC. 1997-2. Pág. 549.

³¹⁸ BOLDÓ RODA, C.. *Op. cit.* Págs.550-1.

³¹⁹ STS de 27 de septiembre de 2005.

³²⁰ INFANTE RUÍZ. *Op. cit.*. Págs. 558-9.

difícil dicha acreditación, de tal manera, que el pago no queda subordinado a la prueba del incumplimiento. Para otros autores, la función solve y repete pospone las excepciones a la vía del cobro de lo indebido³²¹ por el garante con posterioridad al pago³²². Sin embargo, la doctrina dominante³²³ se inclina a favor de que el asegurador no puede oponer al asegurado ninguna excepción³²⁴, ni siquiera las derivadas del contrato del seguro³²⁵, correspondiendo al asegurador ejercitar la acción de reembolso contra el deudor, y a este último, la acción de enriquecimiento injusto frente al asegurado. Esta última posibilidad hay que entenderla con carácter restrictivo cuando resulte claramente de la voluntad de los contratantes, y en caso contrario, únicamente como una inversión de la carga de la prueba a favor del asegurado.

977.- El Tribunal Supremo³²⁶ viene considerando la incorporación de la cláusula de pago a primer requerimiento *como generadoras de garantías*

³²¹ CAMACHO DE LOS RIOS, J.. *Op. cit.*. Págs. 134-5.

³²² BOLDÓ RODA, C.. *Op. cit.* Pág. 550.
SSTS de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992\8586); de 30 de marzo de 2000 (RJ 2000\2314) y de 13 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10438).

³²³ BOLDÓ RODA, C.. *Op. cit.* Pág. 551.

³²⁴ EMBID IRUJO.. “El seguro de caución”. *Op. cit.*. Pág. 299.

³²⁵ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ . *Tratado de Garantías de la contratación mercantil. Parte General y Garantías Personales*. T. I. Civitas. Madrid, 1996. Pág. 699. El autor manifiesta que a pesar de la inoponibilidad de excepciones, tanto el asegurador como el tomador pueden oponerse al pago cuando la reclamación del beneficiario es fraudulenta o abusiva, en base al art. 7 C. C., debido al riesgo de abuso en este tipo de garantías. Para este autor el problema está en determinar el criterio de interpretación de fraude y abuso que viene haciendo la doctrina y la jurisprudencia.

³²⁶ SSTS de 114 de noviembre de 1989, de 30 de marzo de 2000 y de 29 de abril de 2002.
STSS 27 de octubre de 1992 y de 30 de marzo de 2000. F.2º.- “...es una garantía personal atípica, producto de la autonomía de la voluntad proclamada por el artículo 1.255 del Código civil, que es distinta del contrato de fianza y del contrato de seguro de caución, no es accesoria y el garante no puede conocer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma. El efecto, por tanto se produce por la reclamación de tal beneficiario, lo que supone que el obligado garantizado no ha cumplido; tan solo si el garante prueba que si ha cumplido (inversión, por tanto, de la carga de la prueba) puede evitar el pago.

*independientes*³²⁷, otorgándole un significado que va más allá del estrictamente procesal, sin embargo permite la excepción de cumplimiento del deudor en aras de la buena fe contractual en evitación del enriquecimiento injusto del asegurado.

El efecto último es, pues, que el beneficiario tiene un claro derecho a exigir el pago, siendo la obligación del garante independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía”.

³²⁷ CAMACHO DE LOS RIOS. *Op. cit.* Págs. 136-140. Critica la postura del T.S., en base a tres razones:

- a) La falta en la doctrina y en la jurisprudencia española de criterios que permitan una correcta interpretación de las cláusulas a primer requerimiento, así como la variedad de éstas y la diversidad de redacciones dadas.
- b) La equiparación que las citadas cláusulas hacen, en ocasiones, entre requerimiento del asegurado y siniestro, plantea el problema de hasta qué punto es admisible, según los principios asegurativos, una configuración similar del mismo.
- c) La comprometida situación en que queda el tomador del seguro, sobre el que repetirá el asegurador.

STS, 29 de Abril de 2002. “QUINTO.- Para decidir acerca de lo alegado por "ACC" en los motivos cuyo contenido acaba de exponerse ha de tenerse en cuenta que las entidades demandadas, como ya se indicó han celebrado un seguro de caución con cláusula anexa de aval a primera solicitud, operación respecto a cuyo contenido y efectos existe una consolidada doctrina de esta Sala (sentencias de 3 de Mayo y 10 de Noviembre de 1999; 17 de Febrero, 30 de Marzo, 5 de Julio y 13 de Diciembre de 2000, y 12 de Julio de 2001, por citar solo las más recientes) que puede resumirse en la siguiente forma:

- 1) Aunque la naturaleza jurídica de las operaciones del tipo de la de autos sea discutida y las denominaciones que se les atribuyen sean diversas, los avales a primer requerimiento están plenamente admitidos, por constituir garantías de carácter personal atípicas que se establecen al amparo del principio de autonomía de la voluntad, cuya vigencia en el ámbito de la contratación reconoce el artículo 1.255 del Código Civil.
- 2) Dichas garantías no pueden calificarse de accesorias de otro contrato principal, ya que al garante no le es permitido oponer al asegurado o beneficiario otras excepciones que las que derivan del aval mismo.
- 3) La obligación que asume el garante es, además, absolutamente independiente de las contraídas en virtud de otro contrato por el Tomador al que presta su aval. Ello, sin perjuicio de las acciones que eventualmente surjan a favor de dicho garante, como consecuencia de los pagos que se vea precisado a realizar.
- 4) En consecuencia, la obligación de pago de la aseguradora que ha formalizado uno de estos contratos surge de forma casi automática ante el simple requerimiento del asegurado, quien no precisa acompañar justificación alguna del Tomador del Seguro. Tampoco es necesario recabar la conformidad expresa o tácita de éste.
- 5) Únicamente se permite al garante, en aras de la buena fe contractual y en evitación de cualquier enriquecimiento injusto del asegurado, acreditar que el deudor principal ha cumplido su obligación, produciéndose una inversión de la carga de la prueba en cuanto a la demostración de este particular”.

STS, 12 de julio de 2001. “SEXTO: La respuesta al Motivo, requiere, en razón a los hechos base, emitir una línea doctrinal del siguiente tenor, sobre la denominada garantía "a primer requerimiento":

"...Cuyo concepto de aval a primer requerimiento lo expone con claridad la sentencia de 27 de octubre de 1992 que se reitera en la presente: es una garantía personal atípica, producto de la

La función desarrollada por la cláusula de pago a primer requerimiento incorporada al seguro de caución en las garantías del artículo 19 LOE, es meramente procesal invirtiendo la carga de la prueba, ya que la garantía mantiene su accesoriadad respecto a la obligación principal, pudiendo excepcionar el asegurador ante el requerimiento del pago del asegurado, el caso fortuito, fuerza mayor y el acto de tercero o del propio perjudicado (artículo 17.8 LOE).

autonomía de la voluntad proclamada por el artículo 1.255 del Código civil, que es distinta del contrato de fianza y del contrato de seguro de caución, no es accesoria y el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma. El efecto, por tanto, se produce por la reclamación de tal beneficiario, lo que supone que el obligado garantizado no ha cumplido; tan solo si el garante prueba que sí ha cumplido (inversión, por tanto, de la carga de la prueba) puede evitar el pago. El efecto último es, pues, que el beneficiario tiene un claro derecho a exigir el pago, siendo la obligación del garante independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial, sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía." (STS. 30-3-2000).

"...Los avales a primer requerimiento o a primera solicitud (conocidos con diversas denominaciones) están plenamente admitidos por la doctrina jurisprudencia (Sentencias, entre otras, 11 julio 1983, 14 noviembre 1989, 2 octubre 1990, 27 octubre 1992, 3 mayo y 10 noviembre 1999, y las muy recientes de 17 de febrero, 30 de marzo y 5 de julio de 2000), que reconoce su función garantizadora y su operatividad independiente del contrato que garantiza, de tal modo que aquella surte efectos mediante el primer requerimiento practicado en forma legal, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido (Sentencias, 27 octubre 1992, 10 noviembre 1999, 17 febrero y 5 julio 2000), y sin que el garante pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que se derivan de la garantía misma. La inserción de una cláusula de aval a primera demanda, a modo de complemento de la póliza suscrita, no desnaturaliza el contrato de seguro de caución transformándolo en un contrato autónomo de garantía, a pesar de acentuar esta función causal, sino simplemente que la cláusula, como dice la doctrina, ha de ser valorada en su perspectiva propia, lo que va a suponer tomar en cuenta su autonomía y singular operatividad. La posibilidad de inserción de esta cláusula en los contratos de seguro de caución y de fianza ha sido reconocida por la Jurisprudencia (Sentencias 16 febrero 1983, 2 octubre 1990, 15 junio 1991, 30 marzo 2000; en sentido distinto 14 noviembre 1989). ...Ciertamente la Jurisprudencia ha mitigado la doctrina anterior, en aras de la buena fe contractual -art. 1.258 CC- (SS. 10 noviembre 1999 y 17 febrero 2000), y a fin de evitar el enriquecimiento injusto, permitiendo al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión de la carga de la prueba, ya que no puede exigirse -como ya se dijo- al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal (Sentencias 27 octubre 1992, 10 noviembre 1999, 17 febrero, 30 marzo y 5 julio 1992)...". (S. 13-12-2000)".

STS (Civil) 27 de Septiembre de 1995.

3.3. INOPONIBILIDAD DE EXCEPCIONES.

978.- Tratándose de una obligación legal, impuesta por el artículo 19 LOE, hay que recurrir a dicho régimen para ver si la garantía es accesoria respecto del contrato garantizado, así como, las excepciones que corresponde oponer al asegurador antes de la reclamación del pago del asegurado y con posterioridad por el cobro de lo indebido, o si por el contrario, se ha pactado la inoponibilidad de excepciones convirtiendo el seguro de caución en una garantía autónoma en el que el asegurador viene obligado al pago cuando el asegurado se lo reclame pura y simplemente.

979.- El seguro de caución establecido en la LOE supone un caso especial³²⁸ por cuanto, por un lado el legislador ha querido dotarle de abstracción respecto del contrato principal lo que caracteriza a las garantías independientes, ya que el artículo 19.3.c LOE establece que el asegurador no puede oponer al asegurado las excepciones que pudiera corresponderle contra el tomador del seguro (artículo 19.3.c, nulidad de los elementos del contrato), pero sin embargo, si podrá oponerle los daños ocasionados por mal uso, falta de mantenimiento adecuado del edificio (artículo 19.9.e) o por el propio perjudicado (artículo 19.9.h). Por tanto, la función que cumple la cláusula a primer requerimiento del artículo 19.3.b) LOE, es estrictamente procesal³²⁹, por cuanto permite al asegurador negar el pago de los daños que tengan causa en el artículo 19.9.e) y h), configurándose como una garantía a primera demanda que desplaza la carga de la prueba del incumplimiento, estableciendo la presunción a favor del

³²⁸ BOLDÓ RODA. C.. *Op. cit.*. Págs. 552-3.

³²⁹ INFANTE RUÍZ, F. J.. Las garantías personales y su causa. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. Págs. 558-9. “Valor de la cláusula de pago a primer requerimiento o a primera demanda”. *Revista Derecho Patrimonial*. 200-1, numero 4. Pág. 160.
ALBADALEJO, M.. *Op. cit.*. Pág. 890.
FERNANDEZ-TRESGUERRES GARCIA A.. “Problemática actual de las garantías personales en el Derecho español” *AC*. 1997-2. Pág. 549.

asegurado de que el deudor ha incumplido, siendo el garante quién tenga que aportarla ante la pretensión del asegurado, y sin que ésta desvirtúe la naturaleza jurídica del seguro de caución.

3.4. INCONVENIENTES RESPECTO DEL SEGURO DE DAÑOS MATERIALES.

980.- Este seguro ha de ser contratado con anterioridad al periodo de cobertura, que comienza con la recepción definitiva de la obra, debido al control ejercitado sobre la existencia de las garantías por notarios y registradores y a la intervención de los OCTs, impuesta por las aseguradoras para el afianzamiento de la calidad de la edificación. Hay que preguntarse, si en caso de optar por la contratación de un seguro de caución, podría relegarse el control de la calidad por cuanto va a tener el asegurador siempre la posibilidad de ejercitar la opción de reembolso, habiendo analizado previamente la solvencia del tomador. Personalmente creo que no, ya que el asegurador siempre va a preferir la intervención de los OCTs, debido al plazo tan dilatado de las garantías

981.- La realidad es que la utilización de esta modalidad de seguro para la cobertura de las garantías del artículo 19 LOE, es nula³³⁰, fundamentalmente por dos razones. La primera porque con el seguro de daños se evita la retrocesión ante el promotor en caso de producirse el siniestro, y la segunda, porque se evita la indemnización a primer requerimiento del asegurador. Ambas razones hacen que promotores, constructores y aseguradores se inclinen por la contratación de un seguro de daños³³¹.

³³⁰ MERCHÁN GABALDÓN, F.. *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (L.O.E.)*. Cie Dossat 2000. Madrid, 2000. Pág. 219.

³³¹ PEÑAS MOYANO, M^a. J.. *Op. cit.*. Pág. 180.

4. EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO GARANTÍA ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LICITACIONES Y DE CONTRATOS DE OBRA.

982.- Otras aplicaciones del seguro de caución en la edificación las constituyen el aseguramiento de compromisos de seriedad de oferta (licitaciones), de ejecución de contratos de obra y suministro³³², de subvenciones recibidas por los compradores en la compra de viviendas de protección oficial y en garantía de aportación de solar a cambio de edificación futura³³³. Me centraré en el segundo por su similitud con los restantes, ya que el primero una vez adjudicado el contrato esta llamado a transformarse de forma automática o mediante otro contrato en este tipo³³⁴.

983.- En el seguro de caución en garantía de ejecución de contratos de obra, el asegurador ante el eventual incumplimiento del tomador (obligado del contrato) garantiza una indemnización para cubrir posibles inejecuciones respecto de los términos estipulados³³⁵. El riesgo lo predetermina tomador y asegurado y lo concierne el tomador con el asegurador. El tomador del seguro recae en la persona del contratista, subcontratista o técnico, que son las personas obligadas a cumplir el contrato, cuyo incumplimiento constituye el riesgo asegurado, siendo

³³² Art. 57 RD 22005/2001, Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

³³³ STS 26 de Febrero de 2000.

³³⁴ GUTIERREZ SÁNCHEZ, F. J.. “El seguro de garantía de obligaciones contractuales”. *Gerencia de riesgos*. Madrid. 1986, 4º trim... Nº. 3. Págs. 35-42. El dicho artículo el autor diferencia entre las fianzas de indemnización y las fianzas de cumplimiento como forma de cobertura de las posibles pérdidas en que pueda incurrir por el incumplimiento de personas que han contratado con el comitente la realización de una obra, un suministro o gestión determinada. El primer tipo de fianza es el más general y extendido y consiste en la asunción por parte de la entidad garante de indemnizar al garantizado con una cantidad de dinero previamente señalada, para compensarle de dichas pérdidas. El segundo tipo consiste en la obligación, por parte de la garantizadora, de terminar por su cuenta la obra o suministro no realizados por el obligado a hacerlo.

³³⁵ GARCÍA CONES, A. *Op. cit.*. Pág. 665.

el comitente el asegurado, titular del interés cubierto por el contrato y parte activa de la prestación garantizada. El asegurador asume el riesgo de tener que indemnizar al comitente en caso de incumplimiento del contratista.

984.- El pago que recibe el asegurado como consecuencia del siniestro, es a título de resarcimiento o penalidad por los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato de obra o suministro en los supuestos contemplados en las condiciones particulares de la póliza. Es el contenido del contrato garantizado el que delimita los riesgos dentro de los límites pactados, incorporándose a la póliza como parte integrante de la misma, siendo un elemento esencial del contrato de seguro. El contrato de seguro abarca desde que se suscribe la póliza hasta la fecha de finalización establecida en el contrato de obra.

985.- El daño suele sujetarse a un análisis previo del contrato³³⁶, ya que el riesgo debe quedar individualizado y delimitado, evaluando la entidad aseguradora el nivel en que se presenta. Ello se lleva a cabo analizando la obra a ejecutar a través de los planos, los materiales a utilizar y los sistemas de ejecución. En base a estos últimos, se pueden calificar de obras tradicionales o de obras no tradicionales, éstas últimas, con un mayor nivel de riesgo por su novedad.

986.- El incumplimiento en el contrato de ejecución de obra se traduce en la no ejecución del contratista de la obra conforme a lo pactado y a *lex artis*. A pesar de que la ejecución se realice conforme a lo pactado y a la *lex artis*, casi siempre se producen incumplimientos por la complejidad que lleva consigo la ejecución de este tipo de contrato³³⁷. El incumplimiento del contrato puede ser definitivo e

³³⁶ STS de 20 de Diciembre de 1999.

³³⁷ MARTÍNEZ MÁS, F.. *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*. Editorial CISS. Valencia. 2000. Págs. 113y ss.. El Tribunal Supremo ha estimado como causas

inexacto o defectuoso. El definitivo se produce cuando existe un incumplimiento esencial del contrato, originando una insatisfacción total para una de las partes contratantes. El inexacto o defectuoso se produce cuando la prestación realizada por el constructor no es correcta, dándose una desviación respecto de las condiciones estipuladas en el contrato o de la *lex artis*. El retraso no produce por sí solo efectos jurídicos, puesto que no impide que el contratista continúe con la ejecución de la obra, a pesar de que *implique una situación objetiva de quebranto o inobservancia contractual*³³⁸. La mora tiene implicaciones distintas, para que el retraso se convierta en mora se exige como regla general la reclamación por parte del acreedor³³⁹ (mora solvendi), siendo éste imputable al deudor, pero existiendo posibilidad de su cumplimiento. El T.S.³⁴⁰ suele concebir la mora como un cumplimiento tardío.

987.- La obligación garantizada la constituye la ejecución del contrato de obra que determina los términos en que se ha de realizar la contratación del seguro. La cantidad asegurada la establece el tomador y el asegurado, no siendo uniforme su criterio de fijación, pudiendo establecerse desde una cantidad porcentual del importe del contrato, hasta una cantidad fija, que puede reducirse progresivamente conforme avance la ejecución del contrato, ya que según el principio indemnizatorio el seguro no debe producir beneficio al asegurado, solo

de resolución del contrato de obra, entre otras, las siguientes: 1º) no finalizar las obras dentro del plazo pactado, siendo la fecha de terminación “término esencial del contrato”, de tal forma que frustra el fin del mismo”(STS de 10 de junio de 1996); 2º) la existencia de múltiples vicios o defectos de construcción que hace imposible la normal utilización de la obra, produciéndose una insatisfacción del interés del comitente (SSTS 15 de marzo de 1979, 3 de octubre de 1979, 18 de abril de 1995); 3º) la imposibilidad absoluta de subsanar o reparar los vicios o defectos constructivos existentes (SSTS de 27 de enero de 1992 y 8 de junio de 1996), y; 4º) cuando se entrega cosa distinta a la pactada *aliud pro alio* (SSTS 1 de diciembre de 1997, 4 de julio de 1997 y 23 de diciembre de 1996).

Como causas de este tipo de incumplimiento la doctrina suele señalar: 1º) la obra no se ajusta a lo convenido, ya sea en calidad o en cantidad, y; 2º) la obra adolece de vicios o defectos de construcción.

³³⁸ GARCÍA CONESA, A.. *Op. cit.*. Pág. 569.

³³⁹ Art. 1100 C. C.

³⁴⁰ STS 30 de junio de 1971.

reemplazar el valor de la pérdida sufrida, pérdida no conocida con anterioridad a su producción pero de la que habrá que estimarse su valor máximo y sobre el que se calculará la prima. Lo que pretende el asegurado es cubrirse hasta cierto límite de los perjuicios que le origine el incumplimiento, que generalmente va a ser parcial o defectuoso, cuando no se realiza de forma íntegra y perfecta la prestación.

988.- Es frecuente la modificación de los proyectos en la ejecución de la obra, bien a propuesta de la dirección técnica o del propio asegurado. Dichas modificaciones implican alteraciones en los condicionados de los contratos, con la consiguiente repercusión en el nivel de riesgo asumido por el asegurador a la hora de contratar el seguro. Es por ello, que tales modificaciones deberán comunicarse a la aseguradora, reservándose ésta, la facultad de mantenerlo vigente o de resolverlo. El riesgo no puede ser unilateralmente delimitado por la sociedad aseguradora, puesto que contrariaría el tenor del artículo 1.256 C. C..

989.- Este tipo de póliza³⁴¹ incorpora en su condicionado como exclusiones los riesgos extraordinarios, que tampoco son cubiertos por el Consorcio de Compensación de Seguros.

³⁴¹ La resolución de la DGS de 17 de mayo de 1981 (RCL 1981, 829) que aprobaba el condicionado general del modelo uniforme de las pólizas en garantía de ejecución de contratos de obra o suministro ya derogada (Derecho español de Seguro Tomo II pág. 284), solo conserva valor en cuanto criterios administrativos a la hora de la posible suspensión o prohibición de los modelos de condiciones generales, sin embargo, dada la mayor liberalización propiciada por la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, el valor de las citadas condiciones carece de relevancia, aunque están muy extendidas en el sector asegurador español en constante cambio por el influjo de la libre prestación de servicios.

Art. 7 R.D.L. 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros.

CONCLUSIONES.

De lo expuesto anteriormente hay que destacar las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- La edificación es una constante a lo largo de la vida humana. Cubre la necesidad básica de alojamiento, manifestada en los diferentes usos del edificio y reconocida constitucionalmente en el artículo 47, en torno a la cual, se desarrolla una actividad económica de gran importancia.

SEGUNDA.- El edificio es el producto resultante de la actividad de la edificación. En él concurren un conjunto de características entre las que hay que destacar el alto coste de producción y elevado precio de adquisición, las cuales hacen necesaria una cantidad significativa de recursos financieros para su construcción y posterior adquisición.

TERCERA.- Los poderes públicos tienen conferido por los artículos 148.1.3ª y 149.1.13ª C. E. un especial interés en la regulación de la actividad de la edificación, con la finalidad de fomentar la calidad y de proteger a los adquirentes. Esto les ha llevado a elaborar la Ley de Ordenación de la Edificación, el Código Técnico de la Edificación y a que cada Comunidad Autónoma establezca su propio régimen regulador de la misma.

CUARTA.- La LOE protege de manera especial a compradores y usuarios, sin embargo, el legislador ha pensado fundamentalmente en el adquirente consumidor, a quién considera parte débil en la negociación que se genera en torno al edificio. Para su protección ha impuesto: a) la responsabilidad solidaria del promotor junto a la del resto de los agentes de la edificación; b) la constitución de garantías que aseguren el resarcimiento de daños que sean causa de los vicios o defectos que adolezca el edificio, debidos a una mala proyección o ejecución de la obra; c) el ejercicio de la acción directa ante los responsables, y; la permanencia del promotor en el Registro Mercantil hasta la acreditación de la constitución de las garantías del artículo 19.

QUINTA.- También se dan diferencias significativas entre las posiciones del resto de agentes en las relaciones jurídicas que se originan en torno a la edificación, siendo los más desfavorecidos los profesionales y pequeños empresarios, fundamentalmente por falta de información y de control. Los poderes públicos no han querido intervenir en dichas relaciones, por considerar que éstas se dan en un ámbito estrictamente profesional o empresarial y entre sujetos con suficiente capacidad y experiencia en su campo de actividad. No obstante, es conveniente la adopción de medidas que reduzcan dichas diferencias.

SEXTA.- Al promotor le corresponde la función de financiar el proyecto inmobiliario, para lo cual, recurre habitualmente a financiación de origen ajeno, habiéndose generalizado el uso del préstamo hipotecario, los anticipos de compradores y los créditos de funcionamiento de agentes e intervinientes, quedando su aportación frecuentemente reducida al solar, siendo en ocasiones residual cuando lo adquiere mediante permuta por edificación futura. Con esta estructura financiera no solo se financia la ejecución material del proyecto, también se financia su comercialización a través de la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario.

SÉPTIMA.- La Disposición Adicional primera de la LOE ha ampliado la obligación de afianzar la percepción de anticipos en la adquisición de cualquier edificación de las comprendidas en el artículo 2, lo que ha de realizarse de forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/68. También ha modificado el tipo de interés a devengar por dichos anticipos, pasando del seis por ciento anual al tipo de interés legal del dinero, modificación que parece ser insuficiente, ya que si actualmente nos encontramos en una coyuntura del mercado en la que se simultanean bajos tipos de interés con decrementos de precios, sin embargo, son frecuentes y persistentes los periodos con incrementos significativos de precios, causados fundamentalmente por la frecuente especulación existente en torno a la misma, circunstancias en las que la no entrega de la vivienda por el promotor,

supone un perjuicio acrecentado al comprador. Para reducir los perjuicios del adquirente, considero que debe establecerse un segundo tipo de interés referenciado al índice de precios de la vivienda elaborado por el INE, debiendo emplearse en aquellos casos en que éste supere al tipo de interés legal del dinero, de tal manera, que el cesionario perciba la devolución de los anticipos con un poder adquisitivo acorde a la evolución de los precios del mercado inmobiliario, criterio seguido por el art. 19.a. del RD 3148/1978 sobre política de vivienda para las promociones de protección oficial, respecto de la revisión de precios de la vivienda.

OCTAVA.- El segundo párrafo del artículo 3 de la Ley 57/68 establece el carácter ejecutivo del contrato de seguro o aval junto al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda, documento al que se refiere el artículo 4.f de la Orden de 29 de noviembre de 1968 para requerir al promotor la devolución de las cantidades entregadas y los intereses legales correspondientes. Me parece conveniente la supresión de dicho documento, así como la incorporación a la garantía de la cláusula de pago a primer requerimiento, acorde con la línea seguida por la LOE en las garantías del artículo 19 y por la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, de manera que sea el garante, quién tenga que probar que la vivienda ha sido puesta a disposición del comprador en las condiciones pactadas.

NOVENA.- Son numerosas las sentencias que se vienen dictando sobre incumplimientos de los promotores en la contratación de las garantías de la Ley 57/68. Dichos incumplimientos pueden provocar el desplazamiento de ciertos compradores por otros menos exigentes cuando exijan al promotor la constitución de dichas garantías, circunstancia que puede llevarles a suscribir un contrato que le sea desfavorable y provocarles situaciones especialmente graves en caso de que el promotor se encuentre inmerso en desequilibrios patrimoniales o situaciones concursales. Creo conveniente, establecer un control de la

constitución de las mismas, que podría consistir en acreditar su existencia ante las entidades financieras, previamente a que éstas procedan a desembolsar la parte correspondiente a ventas de los préstamos hipotecarios.

DÉCIMA.- La omisión del aval bancario en la Disposición Adicional 1ª de la LOE, contemplado en la Ley 57/1968 junto con el seguro de caución como instrumento financiero a utilizar para garantizar los anticipos de compradores, no ha pretendido la supresión del mismo al no derogarlo, lo que hace que persista su permanencia. De hecho, es práctica generalizada garantizar dichos anticipos a través del aval bancario.

UNDÉCIMA.- Las adquisiciones de inmuebles, previas a la ejecución de la obra o durante la misma, está muy extendida en la edificación. Generalmente se llevan a cabo mediante contratos privados de reserva, de promesa de venta y compraventa, en los que el promotor se reserva las facultades de modificar el proyecto, hipotecar la finca, etc., lo que genera inseguridad jurídica en los compradores al quedar desprotegidos ante posibles actuaciones fraudulentas o situaciones concursales del promotor. Creo necesario recurrir a otros negocios jurídicos como puede ser la opción de compra, que sin que dificulten el acceso del promotor a la financiación hipotecaria, suponga mayor seguridad jurídica para el adquirente. Para ello hay que tener en cuenta ciertas consideraciones de tipo fiscal que eviten duplicidades de gravámenes, ya que aún tratándose de negocios jurídicos diferentes, opción de compra y compraventa, ambos son necesarios para otorgar seguridad jurídica al adquirente.

DUODÉCIMA.- El Tribunal Supremo ha dado carácter de depósito voluntario a la retención efectuada por el comitente de parte del precio del contrato de obra, en garantía de la subsanación de los defectos que adolezca la obra, ya que ésta nace de lo pactado en el mismo. Dicha garantía, impuesta por la LOE para garantizar los defectos de terminación y acabado se ve desvigorizada al ser el promotor responsable solidario junto al constructor, existiendo el riesgo de

que la misma permanezca en poder del deudor cuando el edificio pase al adquirente. Hubiese sido conveniente establecer únicamente la modalidad del seguro para la constitución de dicha garantía.

DECIMOTERCERA.- La financiación hipotecaria está muy generalizada en la actividad de la edificación, ello ha hecho, que el mercado de la edificación sea un mercado sin garantías, ya que los financiadores exigen para conceder la financiación que la finca a hipotecar esté libre de cargas, quedando el resto de acreedores ante situaciones de dificultades financieras del promotor, postergados en la realización de sus créditos, que se llevará a cabo en la medida en que exista excedente una vez sea atendido el crédito hipotecario.

DECIMOCUARTA.- Las normas que se vienen promulgando a través de los Planes Nacionales de Vivienda para la promoción de las viviendas de protección oficial, han venido contemplando como medida de control, la prohibición de disponer del comprador. El vigente plan no se refiere a ella de forma expresa, pero si contempla la limitación del poder de disposición durante un plazo de diez años, de la que se debe dejar constancia en la escritura de compraventa y en el Registro de la Propiedad. Esta prohibición, no tiene el carácter de una auténtica prohibición de disponer, por cuanto no sanciona civilmente con ineficacia jurídica el acto o negocio jurídico que la contravenga. Se trata de una obligación de no disponer, siendo válido el acto de disposición realizado por el obligado por gozar de dicho poder, produciendo plenos efectos jurídicos obligacionales y reales, siendo responsable solo por la vía contractual.

DECIMOQUINTA.- El privilegio refaccionario ha quedado devaluado en la promoción inmobiliaria, debido, a las dificultades que presenta su anotación en el Registro cuando concurren varios créditos refaccionarios, al reducido plazo de conversión de la anotación en hipoteca y a no constituir generalmente la primera hipoteca. Esto ha dado lugar a que sea desplazado por la garantía hipotecaria, ya que su inscripción no presenta problemas, pudiendo destinarse los fondos

obtenidos con la misma libremente al pago de los créditos refaccionarios y al de otros créditos que no gocen de dicho privilegio.

DECIMOSEXTA.- Dada la importancia de la financiación hipotecaria y el elevado número de intervinientes en el proceso edificatorio, se hace necesario controlar el destino dado a los desembolsos del préstamo hipotecario, siendo conveniente se establezca en la escritura de constitución el pacto que obligue al promotor a destinar dichos fondos al pago de los créditos del proyecto. De esta manera se vería incrementada la garantía de los subcontratistas, a través, de los efectos conservativos de la acción directa. Criterio seguido por la Ley 57/68, respecto al destino de los anticipos efectuados por los compradores de viviendas, los cuales, solo pueden destinarse a sufragar gastos de ejecución de la obra.

DECIMOSÉPTIMA.- Actualmente la responsabilidad civil que tenga origen en la edificación es exigible a través de las acciones del artículo 1.591 C. C., 17 LOE, 136 a 138, 148 y 149 TRLGDCU, 1.484 a 1.490 y 1.907 C. C., y los regímenes generales de la responsabilidad contractual y extracontractual. La existencia de tales acciones da lugar a que se produzcan superposiciones en las mismas con los consiguientes efectos perniciosos, ya que según la acción ejercitada, unos mismos daños, pueden presentar plazos de prescripción diferentes, la cobertura de los mismos puede ser más o menos amplia, la responsabilidad puede ser de una u otra naturaleza, etc.. Hubiese sido conveniente un mayor esfuerzo de coordinación entre los distintos regímenes, así como proponer la conveniencia de una reforma legal.

DECIMOOCTAVA.- El artículo 17 LOE constituye el régimen de responsabilidad fundamental por daños en la edificación. Las coberturas que ampara han supuesto una reducción con respecto al régimen del artículo 1.591 C. C., que tiene plazos de garantía y de prescripción más amplios; comprende daños materiales, corporales, morales y perjuicios, mientras que la LOE solo cubre daños materiales; la regla general de la atribución de la responsabilidad es la

solidaridad y en la LOE la individualidad, y; se responde por vicios, mientras que en esta última, solo por daños causados.

Esta reducción de coberturas en la LOE se ve compensada con la objetivación de la responsabilidad, frente al sistema de presunción del artículo 1.591 C. C.; la extensión del régimen de responsabilidad y plazos a todo tipo de defectos, sean o no generadores de ruina, pero necesariamente causantes de daños, y; la imposición de un sistema obligatorio de aseguramiento del que en la actualidad solo está vigente el seguro decenal de daños y del que hay que matizar que el coste es asumido por el adquirente, al ser trasladado por el promotor al precio de la adquisición. Medidas todas ellas, insuficientes para compensar el retroceso experimentado por el consumidor respecto al régimen anterior.

DECIMONOVENA.- La edificación conlleva la contratación de un conjunto de seguros obligatorios y voluntarios, en la que inciden de manera especial las entidades financiadoras de los proyectos inmobiliarios, supeditando la concesión de la financiación a la contratación de los mismos. El objeto principal es la propia edificación, ya que de esta manera queda protegida de los riesgos principales a que está expuesta, garantizando a promotores y compradores la utilidad que ésta les reporta, a través de la reparación del daño que pueda sufrir, y a los financiadores la garantía de sus créditos, debiendo evitarse la existencia de vacíos e insuficiencias en las coberturas, así como los solapamientos que se puedan presentar al ser varios los seguros coincidentes temporalmente, evitando incurrir en sobrecostes y faltas de aseguramiento.

VIGÉSIMA.- El seguro todo riesgo construcción no incluye el recargo establecido por el Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros por cobertura de riesgos extraordinarios, al quedar excluidas las pólizas que aseguren riesgos a la construcción. Han de ser las aseguradoras las que incluyan en sus coberturas a dichos riesgos, siendo promotores y constructores quienes los asuman en caso de no encontrar asegurador privado. Para paliar dicha situación,

es conveniente que el Consorcio amplíe dicha cobertura a los seguros de la construcción.

VIGÉSIMO PRIMERA.- El sistema de garantías establecido por el artículo 19 de la LOE lo constituyen fundamentalmente el seguro de daños materiales y el seguro de caución. Este último se encuentra en seria desventaja con respecto al primero, ya que dificulta a los Organismos del Control Técnico de la Edificación la exigencia de informes previos a la entrada en vigor de la cobertura; debe llevar incorporada la cláusula de pago a primer requerimiento, mediante la que se otorga inmediatez al pago de la indemnización, y; permite el ejercicio de la acción de reembolso del asegurador frente al tomador. Circunstancias todas ellas que han supuesto su exclusión.

VIGÉSIMO SEGUNDA.- El artículo 19.3.b LOE, establece la obligatoriedad de incorporar la cláusula a primer requerimiento a los seguros de caución. Dicha cláusula no modifica su naturaleza aseguradora, viniendo a cumplir una función meramente procesal, por cuanto, solo implica la inversión de la carga de la prueba, manteniendo la garantía su accesoriedad respecto de la obligación principal, pudiendo el asegurador excepcionar el caso fortuito, la fuerza mayor, acto de tercero y del propio perjudicado.

VIGÉSIMO TERCERA.- El régimen de garantías del artículo 19 LOE se aparta del régimen de responsabilidades establecido por el artículo 17. Responsabilidades y garantías siguen regímenes distintos en sus respectivos artículos, al establecer el artículo 19.1 una descripción de cada uno de los daños cubiertos por las distintas garantías. Hubiese sido más acertado referirse a dichas coberturas en los mismos términos que el artículo 17.1 LOE, ya que la finalidad perseguida con el aseguramiento es la de garantizar dichas responsabilidades.

El legislador ha optado por establecer el seguro de daños materiales y el seguro de caución para el aseguramiento, evitando el seguro de responsabilidad

civil, de tal manera, que compradores y usuarios puedan requerir su garantía sin tener que esperar a pronunciamientos judiciales sobre quién recae la responsabilidad, tarea que corresponderá a la aseguradora.

VIGÉSIMO CUARTA.- Si relacionamos las garantías establecidas por el art. 19.1.c LOE con las coberturas de las pólizas, se observan situaciones de infraseguro por deficiencias en las coberturas debidas a la exclusión de riesgos, insuficiente revalorización de la suma asegurada y la no obligatoriedad de la reconstitución de la misma en caso de siniestro.

VIGÉSIMO QUINTA.- Una vez extinguido el periodo de garantía decenal, aquellos daños que tengan origen en los vicios o defectos que adolezca el edificio, que no se hayan puesto de manifiesto en el periodo de garantía, quedan fuera de cobertura, siendo el propietario quien soporte dichos riesgos.

VIGÉSIMO SEXTA.- Los seguros trienal y anual impuestos por el art. 19 LOE, aún no son exigibles. Dado que dichos seguros dan cobertura al mayor número de reclamaciones por daños que se producen en la edificación, considero conveniente el establecimiento de su vigencia, conforme a la Disposición Adicional Segunda de la LOE.

VIGÉSIMO SÉPTIMA.- Los solapamientos que se producen en la concurrencia de los seguros multirriesgos hogar y comunidad producen sobrecoste al tomador, ya que éstos contienen cláusulas en las que determinadas coberturas de cada seguro operan en el caso de no existir en el otro. De no constar tales cláusulas, la responsabilidad es proporcional para evitar el enriquecimiento injusto del asegurado. Dada la dificultad que tienen las aseguradoras en controlar la existencia de aseguramiento por otros seguros, optan por incluir la cobertura en la tarificación, con el correspondiente sobrecoste a cargo del tomador. Para evitar dichos solapamientos, creo conveniente que en régimen

de propiedad horizontal, el aseguramiento de las mismas sea asumido por un único seguro, siendo a mi juicio el más adecuado el seguro multirriesgo comunidad, dado el objeto del mismo y la obligación de contratarlo impuesta por algunas comunidades autónomas.

VIGÉSIMO OCTAVA.- La garantía decenal incorporada a los seguros de responsabilidad civil pueden presentar problemas de cobertura, ya que el art. 73.2 LCS, no da solución a los vacíos que puedan existir cuando el periodo contemplado en los mismos no sea lo suficientemente amplio para abarcar plazos tan dilatados. Para evitarlos, tenemos que ir a pólizas que cubran las reclamaciones presentadas durante todo el periodo de responsabilidad, ya que de otro modo, dichos vacíos pueden presentarse ante posibles cambios de asegurador o situaciones de ceses profesionales temporales o definitivos. Por ello, es conveniente acudir para el aseguramiento de esta garantía a la modalidad del seguro de responsabilidad civil decenal por obra.

VIGÉSIMO NOVENA.- La LOE no contempla el aseguramiento de la responsabilidad civil de los agentes de la edificación, exigiendo solo el seguro de daños materiales o de caución. Ello hace, que el autopromotor se encuentre desprotegido ante los daños originados por vicios o defectos de la edificación, teniendo que accionar directamente contra los responsables. A pesar de ello, creo que la coercibilidad del artículo 17 LOE, promueve en los agentes de la edificación la contratación de dicha garantía.

TRIGÉSIMA.- Por último y a pesar de las objeciones anteriores, es conveniente resaltar el papel fundamental desempeñado por la técnica seguida en la financiación de los proyectos inmobiliarios en el desarrollo del mercado inmobiliario, ya que la práctica totalidad de las construcciones inmobiliarias que no son de autopromoción, acuden a dicha financiación por permitir al promotor obtener los recursos financieros que necesita para la adquisición del solar y la ejecución de la obra, y al comprador financiar su adquisición a través de la

subrogación en el préstamo hipotecario. Sin embargo, se hace necesario la corrección de aquellas situaciones que pueden dar lugar a desprotección de los intervinientes en el proceso de la edificación, de cara a conseguir la adecuada seguridad jurídica en el ejercicio de sus derechos y la realización de sus créditos.

B I B L I O G R A F I A

ABIOL MONTESINOS, I. *Aspectos laborales de la Ley concursal*. Tirant Lo Blanch “Colección Laboral”. Valencia, 2004.

ACC Seguros. *Manual del seguro de entrega de vivienda*.

ALAMEDA CASTILLO, M^a. T.. ”Tratamiento de los créditos laborales en el concurso”. *Aspectos laborales de la Ley Concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)*. Dir. GULLÓN RODRIGUEZ y PALOMO BALDA. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, 2006.

ALBADALEJO GARCÍA, M.,

“La causa”. *RD.*, 1958.

Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Edisofer S. L.. Madrid, 2008.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J. “Las bases dogmáticas de las garantías bancarias”. *RCDI*. Sept.-Oct., 1996. N^o. 636.

ALCALA DÍAZ, M^a. A.. “Garantías bancarias a primera demanda”. *Derecho del Mercado Financiero, T. II*. Dir. ALONSO UREBA y MARTINEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ. Madrid, 1994.

ALMOGUERA GÓMEZ, A.. “Los préstamos hipotecarios y su regulación actual”. *Contratos bancarios y parabancarios*. Lex Nova. Valladolid, 1998.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.. *Derecho del Trabajo*. Thomson Civitas. Madrid, 2008.

ALPAÑES, E.. *Aportaciones al estudio de las prohibiciones de disponer*. Reus. Madrid, 1950.

ÁLVAREZ OLALLA, P.. *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*. Comares. Granada, 1999.

ALVENTOSA DEL RIO, J.. “Fianza mercantil y responsabilidad del fiador” en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995.

AMOROS GUARDIOLA, M..

La causa del crédito hipotecario. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1990.

“La garantía patrimonial y sus formas”. *Revista de Legislación y jurisprudencia*.1972, Mayo. Nº. 232.

ANDREU MARTÍ, M^a. M.. *La protección del cliente bancario*”. Tecnos. Madrid, 1998.

ANGEL YAGÜEZ, A.. *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación civil*. Tecnos. Madrid, 1969.

ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M..

Diccionario de Derecho Civil. Comares. Granada, 1999.

Derecho de la Construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales). Comares. Granada, 2003.

ARIAS DÍAZ, M^a. D. “Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (II): la recepción de la obra”. *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*. Coord. RUÍZ-RICO RUÍZ y MORENO-TORRES HERRERA.. Comares. Granada, 2002

ARIZA ARCAS, A.. *Ponencia en las Jornadas sobre la repercusión de la nueva Ley de Edificación en el mundo asegurador*. Galicia, 20 de mayo de 1999.

ARNAU MOYA, F.. *Los vicios de la construcción (Su régimen en el Código Civil y en la Ley de la Ordenación de la Edificación)*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

AVILA DE LA TORRE, A. “Contratos de garantía” en *Contratos Mercantiles* (Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO y CALZADA CONDE. Aranzadi. Navarra, 2004.

ÁVILA NAVARRO, P..

La hipoteca. Estudio registral de sus cláusulas. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1990.

“La Ley de Ordenación de la Edificación y el Registro”. *Boletín del Colegio de Registradores de España*. 2000, Nº. 59.

BARÓN DE BENITO J.L.. *Condiciones Generales de la Contratación y Contrato de Seguro*. Dykinson. Madrid, 1999.

BARRES BENLLOCH, M^a. P..

“El aval bancario como garantía autónoma. Comentarios a la STS de 27.10.92”. *La Ley*, 1993-III.

Régimen jurídico del seguro de caución, Aranzadi, Pamplona, 1996.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.. “Cláusulas de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario. Resolución de la Dirección General del Registro y Notariado de 2 de Octubre de 2006”. *Aranzadi Civil*. 2007. Nº. 2.

BENAVENTE SOGORB, R. J..

“El seguro de caución para devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura, establecido y regulado por la Ley 57/1968 de 27 de Julio, tras la entrada en vigor de la LOE”. *Cuestiones actuales del Derecho de Seguros*. Coord. ÁNGULO RODRIGUEZ, L. y CAMACHO DE LOS RIOS, J.. Atelier. Barcelona, 2002.

”Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura”. *Revista General de Derecho*.1998, Diciembre. Nº 651.

BENITO RIVERO, J. A.. *El seguro de construcción de edificios*. Editorial Mapfre. Madrid, 1977.

BLANCO CAMPAÑA, J.. “Aval cambiario y aval como contrato de garantía”. *Revista de Derecho Bancario y bursátil*, 1982.

BLANQUER UBEROS, R.. “El préstamo hipotecario (I)”. *Lecciones de Derecho Bancario y Bursátil*. Colex. Madrid, 2001.

BLASCO GASCÓ, F. P..

La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.

Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria. General de Derecho S.L. Valencia, 1994.

BOLDO RODA C. “Régimen de garantías por daños materiales ocasionados por vicios o defectos en la construcción”. *Revista Española de Seguros*. Madrid. 2000, julio-septiembre, Nº. 103.

BRENES CORTES, J.. *Garantías por defectos en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación. Especial referencia al seguro de daños decenal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005.

BROSETA PONT. *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid, 1991.

BURGOS Y PEREZ DE ANDRADE, G. y GARCIA VARELA, R. *Derecho de la Edificación*. Dir. GARCÍA VARELA Bosch. Barcelona, 2008.

BUSTO LAGO, J., ÁLVAREZ LATA, N., y PEÑA LÓPEZ, F.. *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. 2ª. edic. Thomson, Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2008.

CABANILLAS SANCHEZ, A. ”La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la LOE”. *ADC*. Abril-junio 2000.

CABALLERO LOZANO, J. Mª.. *Las prohibiciones de disponer. Su proyección como garantía de las obligaciones*. Bosch. Barcelona, 1993.

CABANILLAS, A..”Comentario a la STS de 27 de junio de 1989”. *Cuadernos Civitas jurisprudencia Civil*. 1989, abril-agosto.

CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, LUIS M^a. *La seguridad del consumidor en las adquisiciones de inmuebles*. Civitas. Madrid, 1993.

CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, R.. *Las cláusulas de la hipoteca*. Fundación Beneficencia et Peritia Iuris. Madrid, 2006.

CALZADA CONDE, A.. *El seguro de responsabilidad civil*. Thomson Aranzadi. Navarra, 2005.

CAMACHO DE LOS RIOS, J..

“El seguro de caución como garantía personal” en *Tratado de garantías en la contratación mercantil. Parte General y Garantías Personales*. T. I. (Coord. NIETO CAROL U. y BONER SÁNCHEZ, J. I.). Civitas. Madrid, 1996.

El seguro de caución. Estudio crítico. Mapfre. Madrid, 1994.

CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, B..

Comentarios a la Legislación Hipotecaria. V. VI. Aranzadi. Pamplona, 1983.

Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca. Aranzadi. Pamplona, 1993.

CANO MARTINEZ DE VELASCO, J. I..

La retención de cosa ajena. Bosch. Barcelona, 1990.

Las prohibiciones de disponer o la fuerza constitutiva del Registro. Bosch. Barcelona, 2006.

CAÑIZARES LASO, A.. “Obligación de no disponer y prohibición de disponer (Comentario a la STS de 26 de julio de 1993)”. *Anuario de derecho Civil*. 1995, enero/marzo.

CAPARROS NAVARRO, A., ALVARELLOS BERMEJO, A. y FERNÁNDEZ CAPARROS, J. *Manual de gestión urbanística*. Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. Madrid, 2002.

CARMONA RUANO M. Las Cláusulas Definitorias y las Cláusulas limitativas del Contrato de Seguro. *RES*. 1997. Nº. 89.

CARRASCO PERERA, A.

Los derechos de garantía en la Ley Concursal. Civitas. Madrid, 2008.

“Aval a primer requerimiento. Comentario a la STS de 17 de febrero del 2000 (RJ 2000, 1162)” *CCJC*. 2000, octubre-diciembre.

“Las nuevas garantías personales”. *Tratado de garantías en la contratación mercantil*.

T. I.. Coord. UBALDO NIETO y BONET SANCHEZ. Civitas. Madrid. 1996.

Fianza, accesoriedad y contrato de garantía. La Ley, Madrid, 1992.

Derechos Personales de Garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1995.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J..

Tratado de los derechos de Garantía. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008.

Derecho de la Construcción y la Vivienda. DILEX. Madrid, 2008.

Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación, Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2005.

CASADO PÉREZ, J. M^a.. “La responsabilidad jurídica en el ámbito de la edificación”. *Estudios de Derecho Judicial* . 2003. Nº. 47.

CASANOVAS MUSSONS. A.. *La relación obligatoria de fianza*. Bosch. Barcelona, 1984.

CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral* T. IV. Madrid, 1977.

CASTELO MATRÁN. *Diccionario MAPFRE de Seguros*. MAPFRE. Madrid, 1988.

CASTRO BONILLO, “Del artículo 1591 CC a la Ley de Ordenación de la Edificación”, *ADC*, 2001-II. Nº 12.

CECCHINI ROSELL, X.. *Eficacia de las prohibiciones de disponer. Causa y derechos de terceros*. Thomson. Cizur Menor (Navarra), 2003.

CERDÁ OLMEDO, M.. *Garantía independiente (Nueva forma de garantía personal realizable mediante simple reclamación del acreedor, surgida de la praxis del comercio internacional)*. Comares. Granada, 1991.

CHAMORRO POSADA, M.

“Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Diciembre, 2000.

“La capitalización de los intereses para el devengo de intereses moratorios en la constitución de la hipoteca”. *La Ley*, T. V.. 2002.

CHAUMET, FRANCIS. *El seguro de responsabilidad civil de productos*. Mapfre. Madrid, 1982.

CHICO Y ORTÍZ, J. M^a.. *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. T. II.. Marcial Pons. Madrid, 2000.

COCA PAYERAS, M. y FLAQUER RIUTORT, J.”Notas sobre el aval a primer requerimiento (Jurisprudencia y praxis)” en *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuller*. T. I. La Ley. Madrid, 1994.

CONESA GARCÍA, A.. *Derecho de la Construcción*. Bosch. Barcelona, 1996.

CORDERO LOBATO, E..

“La jurisprudencia relativa a los privilegios del crédito salarial. En particular el privilegio salarial refaccionario del art. 32.2º del E. T.”. *Anuario de Derecho Civil*. 1993.

El privilegio del crédito refaccionario. Tecnos. Madrid, 1995.

CRUZ VILLALÓN, J.. *Estatuto de los Trabajadores Comentado*. Tecnos, 2003. Madrid.

CUELLAR MARÍN, J., “La hipoteca ordinaria: acceso registral de sus cláusulas”, *Boletín Colegio de Registradores*. 1999, N°. 46, segunda época.

“La hipoteca ordinaria: acceso registral de sus cláusulas”. *BCRE*. 1999, marzo, N°. 46.

CUESTA CARCELLER, S. “La fuerza mayor y su cobertura en el contrato de seguro”. *RDSP*. 2003. N°. 3.

DE CASTRO Y BRAVO, F.. *El negocio jurídico*. Cívitas. Madrid 1985.

DE LA CAMARA ÁLVAREZ, M.. *La insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1973.

DE LA RICA ARENAL, R.. “La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca.”. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. IV y V.

DE LOS MOZOS, J. L.. “La regulación del contrato y el problema de la causa”. *Revista Jurídica del Notariado*”. 2002, enero-marzo. N°. 41.

DE PRADA, J. M. “Inscribibilidad de las cláusulas de los créditos hipotecarios”. *La Ley*, 1989-II.

DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M.. *Derecho de la Construcción*. Comares. Granada, 2003.

DELGADO ECHEVARRIA, J y OTROS. *Elementos de Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones*, Vol. 2º. 3ª. Dykinson. Barcelona, 1986.

DIEZ DE SOTO, C. M.. *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*. Díaz-Batien & Truhán Abogados. Madrid, 2006.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.

Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. T. II, 6ª edic., Cizur Menor (Navarra) 2008.

“La hipoteca y los intereses de la obligación garantizada”. *La Ley*. 1992/4.

“El concepto de causa del negocio jurídico” *ADC*, 1963.

DIEZ PICAZO y GUILLÓN BALLESTEROS.

Sistema de Derecho Civil. V. II. Tecnos. Madrid. 2005.

Sistema de Derecho Civil. V. III. Tecnos. Madrid, 2005.

DOMENGUE AMER, B.. *Las prohibiciones voluntarias de disponer*. Civitas. Madrid, 1996.

DOMINGUEZ LUELMO, A.. “El privilegio general de los créditos por cesión de derechos de autor y por trabajo personal no dependiente dentro de la Ley Concursal”. *La Ley*. 2004, febrero. Nº, 5.954.

EIRANOVA ENCINA, E. “El privilegio del crédito refaccionario inmobiliario”. *La Ley*. 2002. Nº 3.

ELENA MOLINA, I. *Ruina y seguro de responsabilidad decenal, las coberturas aseguradoras de la responsabilidad decenal*. Comares. Granada, 1998.

EMBID IRUJO, J. M..

“El seguro de caución”. *Derecho del mercado financiero II. Operaciones bancarias de gestión de garantías operaciones bursátiles*. V. II. Dir. ALONSO UREBA,

MARTÍNEZ-SIMANCAS y SANCHEZ. Civitas. Madrid, 1994.

”Problemas actuales del seguro de caución”. *RES*. 2005, enero-marzo. Nº. 121.

“El seguro de caución: régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. 1986. Nº. 2.

ERIANOVA ENCINAS, E.. "El privilegio del crédito refaccionario inmobiliario". *La Ley*. 2002. V. 3.

ESCOLANO NAVARRO, J.J.."Limitaciones al dominio en las viviendas con préstamo cualificado a la luz del RD 115/2001. *Revista Jurídica del Notariado*. 2002, enero-marzo. Nº. 41.

ESTRUCH ESTRUCH, J.. *Las responsabilidades en la construcción. Régimen Jurídico y jurisprudencia*. Civitas. Madrid, 2004.

EVANGELICO LLORCA. *Comentarios a la Ley Contrato de seguro*. Dir. BOQUERA MATARREDONA, BATALLER GRAU, OLAVARRIA IGLESIAS. Tirant Lo Blanch, 2001.

FEMENÍA LÓPEZ P. J.. *La responsabilidad del arquitecto en la Ley de Ordenación de la Edificación* . Dykinson S.L.. Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ COSTALES, J. *El contrato del arquitecto en la edificación*. Revista de Derecho Privado. Jaén, 1977.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAR, M.A.. "Acción directa ex artículo 1.597 del Código Civil de subcontratista versu contratista". *Actualidad Civil*. 1998. Nº. 47.

FERNÁNDEZ HIERRO. *La responsabilidad por vicios de construcción*. Universidad de Deusto. Bilbao, 1977.

FERNÁNDEZ MARTÍN, D.. *La promoción inmobiliaria. Aspectos prácticos*. Cie Dossat. Madrid, 2000.

FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A.. *El aval cambiario*. Civitas. Madrid, 1992.

FERNANDEZ-TRESGUERRES GARCIA A.. “Problemática actual de las garantías personales en el Derecho español”. *AC*. 1997-2.

FONT RIVAS A. *Contrato de Seguro: Exclusión de cobertura y cláusula limitativa*. Cedecs Editorial S.L.. Rubí (Barcelona), 1998.

FUENTESECA, C. en “La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación deroga el contenido del art. 1.591 del Código Civil a partir del 6 de mayo del año 2000”, *AC*, 2000, Nº. 12.

GARCIA ALGUALCIL, M^a. J.. *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*. Coord. RUIZ-RICO RUIZ y MORENO-TORRES HERRERA. Comares. Granada, 2002

GARCÍA ARANCO Y DÍAZ SAAVEDRA.

“La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción”. *RCDI*. 1982, julio-agosto. Nº. 551.

“La prohibición de disponer de las viviendas con préstamo cualificado (R.D. 115/2001) y el principio de jerárquica normativa”. *Boletín del Colegio de Registradores de España*. 2001, abril, Nº. 70.

GARCÍA CONESA, A.. “Análisis del art. 20 y concordantes de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”. *Boletín Colegio Oficial de Registradores*, Nº. 57, Año 2000.

GARCÍA GARCÍA, J. M..

“No inscribibilidad de determinadas cláusulas de las escritura de hipoteca en garantía de créditos o préstamos”. *La Ley*. 1989/4.

Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil. Thomson, Civitas. Cizur Menor, 2006.

GARCÍA GARNICA, C..

El régimen jurídico del leasing financiero Inmobiliario en España. Aranzadi. Elcano (Navarra), 2001.

GARCIA-TREVIJANO GARCINA, E. “Régimen jurídico de la responsabilidad civil de los agentes de la edificación”. *RDUMA*. Abril-Mayo, 2000.

GARCÍA MACHO, R.. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Cívitas, S.A.. Madrid, 2000.

GARCÍA MEDINA, J..”Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas. Sistema de protección en Andalucía”. BIB 2006/873. Aranzadi S.A.. Pamplona, 2006.

GARCÍA PEREZ, C..

La promesa de dar garantía. Garantías exigibles al promotor de urbanizaciones privadas. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006.

Elementos de Derecho Civil. T. II. Vol. III. Barcelona, 1986.

GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F.. *Las condiciones generales en el préstamo hipotecario; su control por notarios y registradores de la propiedad*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2007.

GARRIDO GARCÍA, J. M^a. *Garantías reales, privilegios y par condicio: Un ensayo de análisis*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999.

GARRIDO, J. M^a.. “Teoría General de la preferencia”. *Anuario de Derecho Civil*. 1998, octubre.-diciembre.

GIRAL SILIÓ, J.. *Tratado General de Seguros*. V. II. Consejo General de Agentes y Corredores de España. 1989.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.. *La responsabilidad civil de los promotores, constructores, y técnicos por los defectos de construcción*. Bosch. Barcelona, 1990.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J..

”Consecuencias registrales de la Ley 30.3.94 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”. *Trabajos y notas de colaboración del Boletín del Colegio de Registradores de España*. 1994. Nº. 310.

”La hipoteca como instrumento al servicio del desarrollo del mercado inmobiliario”. *RCDI*. 2005, septiembre-Octubre. Nº. 691.

GÓMEZ LAPLAZA, C., DIEZ GARCÍA, H. y GUTIERREZ SANTIAGO, P.. *Leyes Hipotecarias*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2004.

GÓMEZ PERALS, M.. *Responsabilidad del promotor por daños a la edificación*. Dykinson. Madrid, 2004.

GÓMEZ POMAR, F. y ARQUILLO COLET, B.. “Daños dolosos y seguro”. *Indret*, 3/2000.

GONZALEZ BILBAO, E.. “La posposición del superprivilegio salarial por el acreedor hipotecario sobre el bien afecto en la nueva Ley Concursal”. *Revista de Derecho Social*. 2003. Nº. 24.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.. “Apropiación indebida de percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”. *RGD*. 1995, enero-febrero. Nº. 604-5.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.. “Comentario artículo 1.257”. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dir. ALBADALEJO Y DIAZ ALABART. T. XVII V. 1º, A.. Edersa. Madrid, 1993.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Civitas. Madrid, 2000.

GONZALEZ PORRAS. *Curso de Derecho Civil III. Derechos reales y registral Inmobiliario*. Dir. MORENO QUESADA. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, M.. “Control notarial y registral en edificaciones sujetas a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”. *Boletín Colegio Registradores*. 2000, julio-agosto. Nº. 62.

GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M^a. *Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario*. Fundación Registral. Madrid, 2006.

GUILARTE ZAPATERO, V..

Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales. T. XXIII. Dir. ALBADALEJO. Revista de Derecho Privado. Jaén, 1980.

Comentarios al Código Civil. T. II. Dir. PAZ-ARES RODRIGUEZ. Y OTROS. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991.

GUISÁSOLA PAREDES A. *Cláusulas limitativas del riesgo en el contrato de seguro*. Editoriales de Derecho Reunidas S.A.. Madrid, 2000.

GULLÓN BALLESTEROS, A.

“Onerosidad y gratuidad en la fianza convencional”. *La Ley* 1989-3.

“La promesa de hecho ajeno”. *Anuario de Derecho Civil*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1964.

Curso de Derecho civil, Madrid, 1968. EDITORIAL

Comentarios al Código Civil. Ministerio de Justicia. Tomo II.

La prelación de créditos en el Código Civil. Bosch. Barcelona, 1962.

GUTIERREZ CAMACHO, M. E.. *La LOE vista por el arquitecto técnico*. Comares. Granada, 2001.

GUTIERREZ JEREZ, L. J.. *La subrogación real*. Ilustre Colegio Notarial de Granada. Granada, 2005.

GUTIERREZ SÁNCHEZ, F. J.. “El seguro de garantía de obligaciones contractuales”. *Gerencia de riesgos*. Madrid. 1986. 4º. Trimestre. Nº. 3.

GUTIERREZ SANTIAGO, P. .

Responsabilidad civil por productos defectuosos: Cuestiones prácticas. Comares. Granada, 2006.

Daños causados por Productos defectuosos (Su régimen de Responsabilidad Civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias). Thomson. Cizur Menor (Navarra),

HERRERA CAMPOS, R.. “El contrato de depósito”. *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*. 4ª. edic.. Tirant lo blanch. Valencia, 2006.

Homenaje al Profesor Moreno Quesada. Universidad de Almería, Granada y Jaén. Almería, 2000.

HERNÁNDEZ ANTOLIN, J.M.. “Breve análisis de la Ley 2/1994 de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”. *RCDI*. 1994, mayo-junio, Nº. 622.

HERNÁNDEZ PEZZI, C.. *Código Técnico de la Edificación Sostenible y Cambio Tecnológico*. CSCAE. 6/2006.

HERRERA CUEVAS, E.. “La acción directa ante el concurso del contratista”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. 6/2007.

INFANTE PEREZ, V..

“La difusión del uso privado de los avales bancarios solidarios y abstractos”. *Revista Derecho de los Negocios*. 1991. Nº. 7.

INFANTE RUIZ, F. J..

Las garantías personales y su causa. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

”Comentario a la STS de 19.4.2004”. *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil*. 2005, enero-abril.

“Valor de la cláusula de pago a primer requerimiento o a primera demanda”. *Revista Derecho Patrimonial*. 200-1, numero 4.

JIMENEZ CLAR A. J..

“El sistema de seguros en la Ley de Ordenación de la Edificación”. *Revista de Derecho Privado*. 2002. Nº. 6.

“El sistema de seguros de la LOE”. *Revista de Derecho Patrimonial*. 2001-1º. Nº. 4.

JORDANO FRAGA, F.. *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*. Comares. Granada, 1999.

LABARIEGA VILLANUEVA, P. A. “El aval. ¿Fianza sui generis o garantía cambiaria típica?”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. V. 37. México. 2004, Agosto. Nº. 110 .

LACRUZ BERDEJO, J. L..

Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. V. II. Dykinson. Madrid, 2005.

“La causa de los contratos de garantía”. *RCDI*. 1981.

LARRAYA RUÍZ R.J. : *Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados. Art. 3.1. de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro*. Aranzadi. Elcano (Navarra), 2001.

LASARTE, C.. *Curso de Derecho Civil Patrimonial*. Tecnos. Madrid 2008.

LAUSADA AROCHENA, J. F.. “Los privilegios de los créditos salariales en el concurso de acreedores. *Tribuna Social*. 2004, octubre.

LLOPIS GINER, J. M.. “Indicaciones sobre el plazo en la hipoteca, su relación con la Ley de Subrogación y Novación de 1994”. *Revista General de Derecho*. 1997, abril. Nº. 631.

LÓPEZ AGUDO, C.. “Financiación de proyectos”. *Lecciones de Derecho Bancario y Bursátil*. Colex. Madrid, 2001

LOPEZ DE HARO, C.. *El Derecho de Retención*. Reus S A. Madrid, 1921.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, L. M.. “La venta de viviendas sobre plano: riesgo del comprador y tutela jurídica”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. 2007, septiembre. Nº. 236.

LÓPEZ LIZ, J.. *Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Análisis práctico de la Ley 2/1994, de 30 de marzo*. Bosch. Barcelona, 1995.

LOPEZ RICHART, J. *Responsabilidad personal e individualizada y responsabilidad solidaria en la Ley de Ordenación de la Edificación*. Dykinson S.L.. Madrid, 2003.

LÓPEZ VILAS, R.. *El subcontrato*. Tecnos. Madrid. 1973.

LOPEZ-COBO, C.I.

Perspectiva Legal y Criterios de Suscripción. Comentarios al Seguro Decenal de Daños a la Edificación. Nacional de Reaseguros S.A.

El seguro de responsabilidad civil. Fundamentos y modalidades. Nacional de Reaseguros. Madrid, 1988.

LORENZO MACLEAN, M.. *RES*. 1983, Abril-Mayo.

LUCAS FERNÁNDEZ, F.

“Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Arts. 1.583 a 1.603”. TXX V. 2º. Dir. ALBADALEJO. Madrid, 1986.

“La subrogación y modificación en los préstamos hipotecarios”. *Anuario de Derecho Civil*. T. XLVII. 1994, diciembre-octubre.

MACHADO PLAZAS, J..”El privilegio salarial refaccionario”. *Revista General de Derecho*. 1998. Nº. 648.

MAESO CABALLERO, J.. “Influencia del Código Técnico de la Edificación de 17 de marzo de 2006 en la determinación de la responsabilidad de los distintos agentes de la LOE”. *Revista Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*. Nº. 6, 2006.

“Las entidades de control de calidad de la edificación y los organismos de control técnico, intervención provocada de los últimos en los procedimientos judiciales”. *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguros*. 2006. Nº. 3.

“Diferencia reconocida por los tribunales entre las entidades de control de calidad de la edificación y los órganos de control técnico”. *Revista de responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*. 2006, Nº. 10.

MAPFRE.

Gerencia de riesgos y seguros en la empresa. Mapfre. Madrid, 1998.

Seguros Multirriesgos. Editorial Mapfre. Madrid 2001.

MARIMÓN DURÁ, R.. “Insuficiencia de la cláusula de pago a primer requerimiento para configurar una garantía independiente. (STS de 3 de mayo de 1999, R. A. 3366/1999). *Revista de Derecho Mercantil*. 1999, octubre-diciembre.

MARK R. GREENE. *Riesgo y Seguro*. Mapfre. Madrid, 1979.

MARTINEZ ESCRIBANO, C.. *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*. Lex Nova. Valladolid, 2005.

MARTÍNEZ MÁZ, F.. *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*. CISS. Valencia, 2000.

MELLADO RODRIGUEZ, M. “Las cláusulas de vencimiento anticipado”. *Contratos bancarios y parabancarios*. Dir. NIETO CAROL. Lex Nova. Valladolid, 1998.

MERCHÁN GABALDÓN, F.

Manual de Peritación en Seguros de Construcción. Cie Dossat 2000. Madrid, 1999.

Manuel para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (L.O.E.). Cie Dossat 2000. Madrid, 2000.

MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M^a. D.. *Garantías del constructor: El crédito refaccionario*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 2000.

MILÁ RAFAEL R..

Comentario a la STS de 15.12.2005. *Indret*. Barcelona, 4/2006.

Comentario a la STS de 10.2.2004. *Indret*. Barcelona, 4/2006.

Comentario a la STS de 26.5.2005. *Indret*. Barcelona, 4/2006.

Comentario a la STS de 27.2.2004. *Indret*. Barcelona, 4/2006

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a.. “Comentario l art. 453”, *Comentario al Código Civil*, T. I. Dir. PAZ-ARES RODRIGUEZ y OTROS. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991.

MIRANDA CABRERA, A.. *Manual del promotor inmobiliario. De viviendas libres y de protección oficial*. Comares. Granada, 2001.

MOLTÓ GARCÍA, J. I. *Los agentes de la edificación (en la ley 38/99)*. Montecorvo, S.A.. Madrid, 2000.

MONTES PENADÉS V. L.

Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. T. XV, VOL 2. Dir. ALBADALEJO. Madrid, 1983.

MORENO QUESADA y OTROS. Universidad de Granada. Granada, 1991.

“La responsabilidad civil de los técnicos: Un ejemplo de la tendencia unificadora”. *Aranzadi Civil*, 2006.

“Protección de los consumidores, condiciones generales y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios”. *Revista Aranzadi Civil*. 2002, N^o. 10.

MUNAR BERNAT, PEDRO A.. Contrato de obra. Acción directa ex artículo 1.597 C. C. contra dueño de la obra, contratista y subcontratista; inmunidad de la acción respecto

de terceros ajenos a la cadena contractual. *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil*. 2000, Nº. 54.

MUÑOZ DE DIOS, G.. “El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas”. *Revista de Derecho Privado*. 1981, II.

NÚÑEZ TOMÁS, M^a. J.. *Derecho de obligaciones y contratos. Temas de derecho civil a los programas de notarias y registros*. Bosch. Barcelona, 1994.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, J..

Código Civil comentado y con jurisprudencia. La Ley. Madrid, 2004.

Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones. Dijusa. Madrid, 2008.

OLIVENCIA RUÍZ, M..

Comentarios a la LCS. T. I. Dir. VERDERA TUELLS, E.. Estudios Empresariales y Financieros. Madrid, 1982.

“Reflexiones sobre la reforma de la Ley Concursal”. *Estudios de Derecho Concursal*. Coord. PEINADO GRACIA y VALENZUELA GARACH Pons. Madrid/Barcelona, 2006.

ORDAS ALONSO, M.. *El interés de demora*. Thomson. Cizur Menor (Navarra), 2004.

ORDUÑA MORENO F. J.. *La insolvencia: Análisis de su concepto y concreción de su régimen jurídico*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1994.

OROZCO PARDO, G.

“La aplicación del concepto de “Lex Artis” al campo de la actividad profesional. El caso de la profesión médica”. *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*. Coord.. Klaus Jochen Albiez Dohrmann, José Luis Pérez-Serrabona González, Bernardo Moreno Quesada. Universidad de Granada. Granada, 1993.

“La alteración convencional de los plazos de prescripción extintiva (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1984), *Actualidad Civil* 1986-II.

“La responsabilidad civil de los técnicos: un ejemplo de la tendencia unificadora”. *Aranzadi Civil*. 2006. Nº. 1.

OROZCO PARDO, G. y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLES, J. L.. “Sobre la unificación del derecho Privado en materia de obligaciones y contratos; a propósito de la Ley Concursal”. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. T. I. Marcial Pons. Madrid/Barcelona, 2005.

ORTEGA DOMENECH, J.. *El contrato de obra en la jurisprudencia*. Reus. Madrid, 2007.

ORTEGA ESPINOSA, S.. “Los riesgos de la edificación y su aseguramiento”. *Gerencia de riesgos*. 1995, 4º T.. Nº 52.

ORTI VALLEJO, A.. “La responsabilidad civil en la edificación”. *Tratado de Responsabilidad Civil*. 4ª. edic.. Coord. REGLERO CAMPOS. Thomson, Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2008.

OSSORIO MORALES, J y OSSORIO SERRANO, J. M.. *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2006.

PACHECO JIMÉNEZ, Mª. NIEVES. *Los seguros en el proceso de la edificación*. La Ley. Madrid, 2008.

PAGADOR LÓPEZ J.. “Régimen Jurídico de la Condiciones Generales y Particulares del Control de Seguro”. *RES*. 1986, julio-septiembre. Nº. 1987.

PANTALEÓN PRIETO, F.. “De la clasificación de los créditos”. *Comentarios a la Ley Concursal*. Coord. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y SÁNCHEZ ÁLVAREZ. Marcial Pons. Madrid, 2004.

PARRA LUCÁN, Mª. A.. “Comentario al artículo 149”. *Comentario del texto refundido de la Ley General par ala Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO. Aranzadí. Cizur Menor (Navarra), 2009.

“Comentario artículo 138”. *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*. Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2009.

“Comentario artículo 136”. *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*. Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2009.

PAREJO ALFONSO, L.. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de noviembre)*. Tecnos. Madrid, 2001.

PASQUAU LIAÑO, M..

Comentario a la STS de 9.5.89”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. 1989. Nº. 20.

”Comentario a la STS de 2.7.97”. *Cuaderno Civitas Jurisprudencia Civil*. 1997. Nº. 45.

PAVELEK, E.. “El seguro de responsabilidad civil de productos (I)” *RES*. 2000, abril-junio. Nº. 102.

PEÑAS MOYANO, M. J.. “Edificación y seguro: modalidades contractuales exigidas como garantía en la LOE”. *RES*. 2002, abril-junio. Nº. 110.

PEINADO GRACIA, J. I..

“La distribución del riesgo de insolvencia”. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia* Marcial Pons. Madrid/Barcelona, 2005

“Consumidores, contratos, seguridad y costes alternativos”. *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid. 2000, julio/septiembre. Nº. 237.

PEÑAS MOYANO, M^a. J.. “Edificación y seguro: Modalidades contractuales exigidas como garantía en la LOE”. *Revista Española de Seguros*. 2002, abril-junio.

PERÁN ORTEGA, J.. *La responsabilidad civil y su seguro*. Tecnos. Madrid, 1998.

PEREZ ALVAREZ, M. A.

Solidaridad en la Fianza. Aranzadi. Pamplona, 1985.

“Comentario a la STS 20.10.89 “. *CCJC*. 1989, septiembre-diciembre. Nº. 21.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L.

La póliza y la documentación del contrato del seguro. Comares. Granada, 2003.

El contrato de seguro, interpretación de las condiciones generales. Comares. Granada, 1993.

POZO CARRASCOSA, P. DEL. *El derecho de retener en prenda del depositario*. PPU. Barcelona, 1989.

PRADA, J. M^a. “Inscribibilidad de las cláusulas de los créditos hipotecarios” *Diario La Ley*. T. II. 1989.

PRATS ALBENTOSA, L.. “Préstamo hipotecario: Incumplimiento y pretendida nulidad de cláusula de vencimiento anticipado”. *Revista Derecho Patrimonial*. 1999-2. Nº. 3.

PRIETO ESCUDERO, M. “El concepto de privilegio del crédito”. *Revista de Derecho Privado*. 2006, enero-febrero.

REGLERO CAMPOS, L. F.. *Tratado de responsabilidad civil* Thomson. Elcano (Navarra), 2006.

REPRESA POLO, P.. “El derecho de retención en el sistema de prelación de créditos de la Ley Concursal” en *Garantías reales mobiliarias en Europa*. Dir. LAUROBA y MARSAL. PONS. Madrid, 2006.

REYES LOPEZ, M. J.. *Fianzas y nuevas modalidades de garantía. Análisis crítico de sus elementos y efectos. Comentarios y jurisprudencia*. General de Derecho Valencia, 1996.

RIOS SALMERÓN, B. y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^a. L.. *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. II, Dir. SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V.. Lex Nova. Valladolid, 2004.

RÍOS SALMERÓN, B.. *Los privilegios del crédito salarial*. Civitas. Madrid, 1984.

RIVERA FERNÁNDEZ, M..

“Préstamos hipotecarios y cláusulas de vencimiento anticipado”. *Trabajos y notas de colaboración del Boletín del Colegio de Registradores de España*. T. III. Madrid, 2000. Nº. 64.

”Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios. (Comentario a la STS de 27 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2371). *Revista de Derecho Patrimonial*. 2000. Nº. 4.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*. T.II, Vol. 1º. LACRUZ y otros. Dykinson. Barcelona, 1994.

RIVERO, J.. *Un ensayo. Análisis de estados financieros*. Trivium. Madrid, 1987.

ROCA SASTRE, R. Mª. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L ..

Derecho Hipotecario. T. IV. Bosch, Barcelona, 2008.

Derecho Hipotecario. T. V. Bosch. Barcelona, 2007.

Derecho Hipotecario. T. VII. Bosch. Barcelona, 2009.

Derecho Hipotecario. T. VIII. Bosch. Barcelona, 2009.

Derecho Hipotecario. T. IX. Bosch. Barcelona, 2009.

ROCA TRIAS, E. “Relación en materia de negocios de garantía”. *Tratado de garantías de la contratación mercantil. Parte general y garantías personales*. T. I. Coord. NIETO CAROL y BONET SANCHEZ). Madrid, 1996.

RODRÍGUEZ DE TRIO DOMINGO, A. *Siniestros más frecuentes en construcción en España. I Jornadas de debate y reflexión sobre la aplicación de la LOE. Calidad, Patología, Control de Riesgos y Seguros*. Tarragona, 8, 9 y 10 de Noviembre de 2001.

RODRIGUEZ DÍAZ, I. “En torno a la garantía a primera demanda”. *Revista de Derecho Bancario y bursátil*. 2003, abril-junio.

RODRIGUEZ GONZÁLEZ, J. L. *El principio de relatividad de los contratos en el derecho español*. Colex. Madrid, 2000.

RODRIGUEZ MORATA, F. A.. “Comentario STS 29.4.91”. *Cuadernos Civitas jurisprudencia Civil*. 1991, abril.-junio.

ROJAS MARTINEZ DEL MÁRMOL, J. J.. “Garantías en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación y su acreditación ante el Notario”. *La Ley*, 2001. Nº. 7.

RONCERO SÁNCHEZ, A.. “La sociedad de garantía recíproca”. *Derecho del Mercado Financiero I.* Dir. ALONSO UREBA Y MARTÍNES-SIMANCAS. Madrid, 1994.

ROQUETAS BUJ, R.. ”Los privilegios de los créditos salariales laborales y de Seguridad Social en situaciones concursales”. *Actualidad Laboral*”. 2006, junio. Nº. 11.

RUBIO GARRIDO, T..

“Comentario a la STS 31.1.2005”. *Cuaderno Civitas jurisprudencia Civil*. 2005, septiembre-diciembre.

Fianza Solidaria, solidaridad de deudores y cofianza: en el Código Civil y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Comares. Granada, 2002.

La Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Comares. Granada, 1998.

RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M..

“Algunas ideas en torno a la extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones”. *RDPrivado*. 1993.2, año 77.

Las garantías del contratista de inmuebles. Universidad de Jaén, 1995.

“Comentario a la STS de 12 de marzo de 1991”. *CCJC*. 1991, enero-marzo. Nº. 25.

La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación. Comares. Granada, 2002.

RUÍZ-RICO RUÍZ-MORÓN, J. *Las urbanizaciones privadas*. Montecorvo. Madrid, 1987.

SAAVEDRA MONTERO, E.. *El objeto de la hipoteca y la extensión objetiva de la hipoteca*. Dykinson. Madrid, 1999.

SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a. B.. *El ilícito civil en el Código Penal*. Comares. Granada, 1997.

SACRISTAN BERGÍA, F.. *El contrato de contragarantía (en el ámbito de las garantías bancarias autónomas a primera demanda)*. Dykinson S.L.. Madrid, 2006.

SAIZ-CANTERO CAPARROS, M^a. B.. “La forma en la modificación y extinción convencional de relaciones obligatorias”. *Actualidad Civil*. 1997-2.

SALA SÁNCHEZ, P (Coord). *Derecho de la edificación*. Bosch. Barcelona, 2001.

SALVADOR CODERCH, P.. *Comentario del Código Civil*. T. II. Dir. PAZ-ARES RODRIGUEZ y OTROS. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991.

SÁNCHEZ F..

Ley de contrato de seguro. Comentario a la Ley 50/1980 de 8 de octubre y a sus modificaciones. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2005.

Las garantías primer requerimiento (Garantías a primera demanda). Civitas. Madrid, 1996.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.. *Instituciones de Derecho Mercantil*. VII.. Thomson. Navarra, 2008.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a. P. y RIVERA FERNÁNDEZ, M.. *Derecho Civil II*. Material Docente de la Universitat Oberta de Catalunya.

SANCHEZ GUILARTE, J..

“Proyecto de Código para la práctica de garantía y fianzas a primera demanda (Comentario al proyecto de la Cámara Internacional de Comercio”. *Revista de Derecho Bancario y bursátil*. 1984.

“Garantías bancarias: cartas de patrocinio”. *Contratos bancarios*. Dir. GARCÍA VALVERDE, R.. Civitas. Madrid, 1992.

SÁNCHEZ RUÍZ DE VALDIVIA, I.. “El verdadero debate jurídico que hoy plantea la Ley de Ordenación de la Edificación: la necesidad de clasificar el panorama legal de acciones por daños derivados de la construcción de edificios”. *Comunicación presentada y Premiada en el II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro*. Córdoba, 3 y 4 de Mayo de 2001.

SANTOS BRIZ, J.. La responsabilidad civil: temas actuales: culpabilidad, medioambiente, administraciones públicas. Montecorvo. Madrid, 2001.

SEGOVIANO ASTABURUOAGA, M^a.. “Incidencia del proyecto de ley concursal en la normativa laboral”. *Información laboral*. 2002, diciembre.

SEOANE PRADO, J., BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, A. COBO PLANA, J. J.. *Garantía y responsabilidad en la Ley de Ordenación de la edificación (Ley 38/1999)*. Sien. Madrid, 2000.

SERNA BILBAO, M. N.. *Manual del Derecho de la Edificación, Instituciones Básicas*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1999.

SERRANO CHAMORRO, M^a. E.. “El seguro de caución especial referencia al contrato de obra”. *Revista de derecho privado*. 1998, mes 10. N^o. 82.

TIRADO SUAREZ, F. J..

“Estudio sobre el carácter ejecutivo de la póliza de seguros de caución de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas”. *Revista General de Derecho*. 1986, sept.. N^o. 504.

Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones. Aranzadi Editorial. Navarra 1998.

TORRES PEREA, J. M.

“Cláusulas abusivas en la contratación de préstamo con garantía hipotecaria para la financiación de compra de vivienda”. *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. (Coord. ANACANIZARES LASO). Tecnos. Madrid, 2006.

VALENZUELA GARACH, F.. “El contrato de fianza: una síntesis de sus problemas actuales”. *El tratado de garantías en la contratación mercantil*. T. I Coord. NIETO CAROL y BONET SANCHEZ. Civitas. Madrid, 1996.

VAÑO VAÑÓ, M^a. J.. El contrato de Project Finance. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002.

VAREA SANZ, M.. “Comentarios A la Sentencia de 14 de febrero de 1997”. *CCJC*. 1997, septiembre-diciembre. Nº. 45.

VARGAS VASSEROT, C. *El Seguro de la finca hipotecada*. Marcial Pons. Barcelona, 2003.

VÁZQUEZ GARCÍA, R. J..

“La póliza de contragarantía”. *Tratado de Garantías de la Contratación Mercantil*. T. I. Coord. NIETO GARCÍA y BONET SÁNCHEZ. Civitas. Madrid, 1996.

VAZQUEZ IRUZUBIETA, C.. *Responsabilidad de promotores, técnicos y constructores*. Dijusa, Madrid, 2004.

VICENTE CHULIA, F..

“Introducción al estudio de las garantías personales en el ordenamiento español”. *Tratado de Garantías de la Contratación Mercantil*. T. 1. Coord.. NIETO CAROL y BONET SÁNCHEZ. Civitas. Madrid, 1996.

VICENTE DOMINGO, E. “Régimen de responsabilidad de la Ley de Ordenación de la Edificación y su coordinación con el régimen actual: ¿deroga el artículo 1.591 del Código Civil?”, *AC*, 2000. Nº. 37.

VILLAGÓMEZ RODIL, A.. *Derecho de la edificación*. Coord. GARCÍA VARELA, R. Bosch, Barcelona, 2008.

YSAS SOLANES, M.. *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*”. La Ley. Getafe (Madrid), 1994.

ZURITA MARTÍN, I. “Protección jurídica del aportante de solar: su nueva proyección”. *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*. Universidad de Almería, Granada y Jaén. Almería, 2000.

**SENTENCIAS Y RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL
DE REGISTROS Y NOTARIADOS.**

Sentencias Tribunal Supremo

12.09.1862	19.11.1982
27.05.1870	24.12.1982
15.12.1868	27.10.1983
18.12.1889	13.06.1984
11.10.1894	19.06.1984
10.12.1932	14.12.1982
29.06.1936	12.03.1985
24.06.1941	13.05.1985
25.02.1958	17.07.1985
06.03.1961	25.09.1985
07.02.1968	03.10.1985
30.04.1968	27.11.1985
03.06.1968	19.12.1985
22.01.1971	28.04.1986
30.06.1971	21.05.1987
17.06.1974	13.10.1987
19.04.1975	29.10.1987
06.02.1976	29.12.1987
12.11.1976	27.01.1988
31.01.1977	18.07.1988
14.11.1978	26.03.1988
10.01.1979	14.11.1988
14.05.1979	13.12.1988
21.03.1980	08.03.1989
23.11.1980	27.06.1989

03.07.1989	20.05.1994
20.10.1989	27.06.1994
14.11.1989	10.10.1994
05.03.1990	11.10.1994
15.03.1990	19.10.1998
22.06.1990	08.11.1994
03.07.1990	02.12.1994
05.07.1990	05.04.1995
02.10.1990	15.05.1995
21.10.1990	25.06.1995
12.12.1990	06.11.1995
21.12.1990	03.10.1996
28.02.1991	07.10.1996
12.03.1991	08.10.1996
15.04.1991	17.12.1996
29.04.1991	14.02.1997
12.07.1991	22.03.1997
30.07.1991	21.04.1997
01.10.1991	02.06.1997
15.10.1991	02.07.1997
29.10.1991	22.09.1997
05.02.1992	17.11.1997
12.02.1992	16.03.1998
07.03.1992	14.05.1998
05.06.1992	25.05.1998
27.10.1992	26.06.1998
12.11.1992	30.12.1998
21.04.1993	27.01.1999
09.07.1993	26.03.1999
30.12.1993	27.03.1999
30.01.1994	13.10.1999

18.10.1999	27.05.2004
22.11.1999	19.07.2004
20.12.1999	31.01.2005
23.12.1999	10.06.2005
17.02.2000	27.09.2005
21.02.2000	06.10.2005
26.02.2000	16.12.2005
30.03.2000	06.02.2006
01.04.2000	29.05.2006
06.06.2000	28.05.2007
21.07.2000	07.02.2008
27.07.2000	27.02.2008
13.12.2000	20.02.2008
08.03.2001	26.02.2008
05.07.2001	29.04.2008
12.07.2001	18.06.2008
08.10.2001	19.06.2008
14.11.2001	26.06.2008
23.12.2001	02.07.2008
01.07.2002	07.10.2008
18.03.2002	04.10.2008
19.04.2002	25.11.2008
29.04.2002	02.12.2008
27.05.2002	03.12.2008
27.06.2002	04.12.2008
04.11.2002	12.12.2008
12.03.2003	03.02.2009
25.11.2003	
18.04.2004	
19.04.2004	
22.04.2004	

Sentencias	Tribunales	Valencia	29.05.2000
	Superiores de Justicia	Pontevedra	10.11.2000
		Pontevedra	19.11.2000
I. Canarias	02.11.2001	Navarra	18.12.2000
Murcia	27.01.2006	Madrid	17.02.2001
Murcia	30.01.2006	Almería	19.02.2001
		Badajoz	26.04.2001
Sentencias	Audiencias	Sevilla	04.10.2001
Provinciales		Baleares	20.11.2001
		A Coruña	14.06.2002
Alicante	22.06.1984	León	17.06.2002
Madrid	17.04.1989	Granada	05.07.2002
Sevilla	27.09.1994	Mallorca	31.10.2002
Huesca	14.10.1994	Alicante	13.11.2002
Málaga	21.03.1996	Barcelona	17.02.2003
León	11.04.1996	Burgos	20.11.2003
Cáceres	07.01.1998	Alicante	11.02.2004
Valencia	24.04.1998	Tarragona	19.01.2005
Zaragoza	13.05.1998	Madrid	15.04.2005
Valencia	11.04.1998	Castellón	15.04.2005
Valencia	17.04.1998	Valencia	27.04.2005
Huesca	31.07.1998	Barcelona	30.05.2005
Madrid	27.10.1998	Valencia	03.10.2005
Granada	01.02.1999	Madrid	15.04.2005
Bizkaia	04.01.2000	Castellón	15.04.2005
Bizkaia	21.01.2000	Madrid	19.09.2005
Alicante	04.02.2000	Madrid	22.09.2005
Barcelona	11.02.2000	Cantabria	28.10.2005
Navarra	24.02.2000	Asturias	22.11.2005
Cantabria	08.05.2000	Madrid	24.01.2006
Guipúzcoa	16.05.2000	Mallorca	26.01.2006

I. Baleares	20.02.2006	A Coruña	19.09.2008
Barcelona	02.03.2006	Cádiz	10.11.2008
Zaragoza	12.03.2006	Asturias	09.03.2009
Huelva	20.03.2006	Valencia	04.07.2009
Zaragoza	12.04.2006	Asturias	15.09.2009
A Coruña	14.07.2006	Sentencias Juzgados de	
Baleares	07.11.2006	lo Mercantil	
Tarragona	08.02.2007		
Ourense	14.02.2007	Oviedo	05.03.2007
Málaga	06.03.2007		
Toledo	23.03.2007	Resoluciones	del
Salamanca	18.04.2007	Tribunal	de la
A Coruña	03.05.2007	Competencia.	
Madrid	31.07.2007		
Cáceres	17.11.2007	22.11.2000	
Madrid	27.12.2007		
Burgos	11.01.2008	Resoluciones Dirección	
Vizcaya	28.01.2008	General Registros y	
Málaga	12.02.2008	Notariados	
Lleida	13.02.2008		
Madrid	27.02.2008	09.06.1914	
Madrid	06.03.2008	06.07.1917	
Álava	17.03.2008	12.11.1913	
Pontevedra	27.03.2008	09.06.1911	
Burgos	10.04.2008	06.07.1922	
Salamanca	16.04.2008	26.07.1922	
Málaga	25.04.2008	12.07.1922	
Zamora	14.05.2008	10.08.1928	
Navarra	16.05.2008	16.06.1936	
Madrid	20.06.2008	17.12.1950	
Valencia	04.07.2008	18.04.1952	

04.11.1962	08.02.2003
18.01.1963	09.07.2003
04.11.1968	03.12.2003
18.10.1979	13.02.2004
06.02.1986	02.12.2004
05.06.1987	22.03.2005
23.10.1987	05.04.2005
23.10.1987	25.04.2005
05.11.1989	24.05.2005
16.02.1990	10.06.2005
14.01.1991	28.06.2005
11.10.1994	19.07.2005
24.03.1997	23.07.2005
04.06.1997	02.09.2005
20.01.1998	03.09.2005
21.01.1998	08.06.2006
02.02.1998	02.10.2006
15.07.1998	22.06.2006
18.12.1999	04.05.2007
19.01.1996	09.05.2007
14.03.2000	03.10.2007
17.03.2000	08.04.2008
03.04.2000	16.05.2008
09.02.2001	10.01.2009
22.03.2001	13.01.2009
26.09.2001	
19.10.2001	
30.11.2002	