

LA RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR QUE VENDE PISOS Y LOCALES DEFECTUOSAMENTE CONSTRUIDOS

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1981)

Por ANTONIO CABANILLAS SANCHEZ

Profesor de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Los hechos*.—II. *La Sentencia del Tribunal Supremo*.—III. *Consideraciones críticas*: 1. Introducción. La caracterización del promotor-vendedor. 2. Planteamiento del problema. 3. La solución del problema. 4. Opinión personal.

I. LOS HECHOS

El Presidente de una Comunidad de Propietarios demanda al promotor que ha vendido un inmueble por pisos (1) por presentar graves defectos de construcción. En la demanda se señala que la construcción se llevó a cabo sin ajustarse a los planos y memorias y con materiales de ínfima categoría. Se suplica que se dicte sentencia en la que se condene al promotor-vendedor a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, los intereses legales desde la interposición judicial y las costas del juicio. En la contestación a la demanda se alega excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, puesto que el actor únicamente demanda a la empresa vendedora del inmueble, pero no a los constructores del mismo, y excepción de caducidad, ya que los defectos de construcción observados en el inmueble debían haber sido denunciados en el plazo máximo de seis meses que establece el artículo 1.490 de nuestro Código civil.

El Juez de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial revoca el fallo de la Sentencia apelada, condenando al promotor-vendedor a que indemnice de daños y perjuicios a la Comunidad de Propietarios. Contra esta sentencia se interpone recurso de casación con apoyo en cinco motivos, referidos en los considerandos de la Sentencia del Tribunal Supremo. Este no da lugar a la casación, entendiéndose que no debe prosperar ninguno de los motivos del recurso.

(1) No se especifica con claridad en esta Sentencia del Tribunal Supremo el momento en que tuvo lugar la venta de los pisos del inmueble. Como vamos a ver más adelante, igual circunstancia se aprecia en otras Sentencias del Tribunal Supremo que se refieren a la responsabilidad del promotor-vendedor.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Excmo. señor don Rafael Casares Córdoba, se basa en los siguientes considerandos:

CONSIDERANDO: Que argumentando frente a la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona de 17 de noviembre de 1978, como primer motivo del recurso la violación de los artículos cuatrocientos sesenta, cuatrocientos sesenta y dos, cuatrocientos sesenta y cinco y quinientos tres - tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender, el actor, que dirigida la demanda de conciliación a don M. P. R. «a título exclusivamente individual» y la demanda inicial del litigio en curso contra «una Sociedad Anónima con personalidad propia, evidentemente distinta de la personalidad de sus miembros», han sido infringidos aquellos preceptos, singularmente los artículos cuatrocientos sesenta y cuatrocientos sesenta y dos de la Ley Procesal Civil, en cuanto exigen el requisito previo de la conciliación para promover cualquier juicio declarativo no expresamente exceptuado por la ley, tesis improsperable sin más que la comprobación de que se formula no solamente sin citar el concepto en que los preceptos relatados se han vulnerado, sino contrariando el texto tanto de la papeleta de conciliación, que se dirige al demandado pidiéndole expresamente, y ante todo, el reconocimiento de ser «el legal representante de la entidad jurídica denominada COP, S. A., dedicada a la construcción y venta de viviendas protegidas por el Estado», como el de la demanda principal igualmente interpuesta «contra M. P. R... en su cualidad de Administrador-Gerente de la entidad COP, S. A.», todo ello aparte de la índole procesal de los preceptos supuestamente infringidos que no permiten fundar el recurso interpuesto en el fondo.

CONSIDERANDO: Que el segundo motivo a examinar por este Tribunal, tercero de los expuestos, por inadmisión, en el trámite oportuno, al del segundo, en el que se denuncia la violación por inaplicación del artículo mil cuatrocientos noventa del Código civil, ya que, según el recurrente, fundada la acción, que en la demanda se ejercita, única y exclusivamente en el contrato de compraventa celebrado por la constructora COPSA y los distintos propietarios integrados en la comunidad actora, tal y como se expone en el hecho segundo del escrito de réplica que fue acogido por la sentencia de primer grado, la indemnización que la sentencia de la Audiencia otorga al demandante, que ejercita su acción después de transcurridos, con mucho, los seis meses de plazo que señala aquel precepto para la responsabilidad del vendedor, en los supuestos del artículo mil cuatrocientos ochenta y cinco del propio Código, supone una infracción del repetido artículo mil cuatrocientos noventa del Código civil, razonamiento del impugnante que hace omitiendo que si bien es cierto que en aquel punto del escrito de réplica se habla de los vicios o defectos ocultos existentes en el inmueble, como determinante de la responsabilidad del vendedor demandado, y, también, que se hace cita a la vez el artículo mil cuatrocientos ochenta y cuatro del Código, no lo es menos que en el propio escrito y en la demanda, luego de extenderse el actor-demandante en los daños y perjuicios que reclama —postula—

ción ciertamente en desacuerdo con lo que prevé el artículo mil cuatrocientos ochenta y seis del Código para el supuesto de responsabilidad por saneamiento— en razón a la «deficientísima construcción del edificio», «empleando materiales de inferior categoría», «con gravísimas deficiencias en la cubierta» y con «extensas zonas de fuertes humedades en algunos puntos» se invoca también, repetidamente el artículo mil quinientos noventa y uno del Código, acentuando especialmente la doctrina de los Tribunales interpretadora de este último precepto, creando, con tales inseguridades, una situación un tanto ambigua que, sin embargo, no tiene otro alcance que el de poner de manifiesto un cierto confusionismo técnico en el actor, que la sentencia impugnada, luego de acusarlo como «insistencia en la equivocada invocación de normas legales», acertadamente supera, «ya que ello de ningún modo puede afectar a la naturaleza de la acción determinada por los hechos que constituyen los fundamentos de pedir», los cuales permiten concluir que se trata, en sustancia, de las reclamaciones, de las reclamaciones, muy de nuestro tiempo, hechas por los compradores de pisos y locales a promotores o vendedores por supuestos defectos constructivos, independientes de todo vicio del suelo o de la construcción, con adecuado encaje en el artículo mil quinientos noventa y uno del Código, conforme a la interpretación jurisprudencial de que son muestra las sentencias que la resolución impugnada cita y las de once, diecisiete y veinticuatro de octubre de mil novecientos setenta y cuatro y uno de abril de mil novecientos setenta y siete, entre otras muchas de esta Sala, en que se da acogida a la responsabilidad del promotor-vendedor, aunque esta figura no esté contemplada —por una razón de puro orden cronológico— en la literalidad del citado precepto legal, en cuyo tiempo de promulgación era desconocida su existencia.

CONSIDERANDO: Que el razonamiento precedente hace decaer el motivo del recurso a que se contrae —tercero de los citados en el escrito de formalización— y en la misma situación de improsperabilidad el cuarto de los traídos por el recurrente, que con éste pretende una supuesta infracción de ley por violación del artículo seiscientos treinta y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, olvidando que el análisis y apreciación de la prueba pericial corresponde al Tribunal sentenciador, máxime cuando éste ha enjuiciado, como en el caso presente, la pericial y el reconocimiento judicial en la valoración conjunta de prueba, en cuyo cometido es soberano, salvo que se evidenciase lo absurdo o arbitrario de sus conclusiones.

CONSIDERANDO: Que el quinto motivo del recurso, formulado con cita del número dos del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, suponiendo bajo su amparo una violación del artículo trescientos cincuenta y nueve de esta Ley es inadmisibile, pues que se postula como incongruencia el que la Sentencia que se recurre se separe «de las cuestiones de *iure* que las partes han sometido a decisión «sin tener en cuenta que la congruencia debe entenderse en relación con la demanda y pretensiones deducidas en el pleito (Sentencia de dieciocho de marzo de novecientos treinta y seis y veintinueve de abril de mil novecientos setenta y siete) y no con las citas legales alegadas por las partes, conforme a una notoria doctrina jurisprudencial en aplicación del brocardo *de mihi factum dabo tibi ius*.

CONSIDERANDO: Que los razonamientos antedichos conducen a la desestimación del recurso con las declaraciones accesorias que establece el artículo mil setecientos cuarenta y ocho de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo la relativa al depósito no constituido por no ser legalmente exigible.

III. CONSIDERACIONES CRITICAS

1. *Introducción. La caracterización del promotor-vendedor.*— En esta Sentencia se plantea de nuevo el problema de la responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos. En los últimos años han sido publicadas numerosas Sentencias de nuestro Tribunal Supremo que se enfrentan con el mismo. Este dato evidencia, indudablemente, la gran importancia que ha alcanzado la figura del promotor en nuestro país, que es considerado con razón, el nuevo protagonista de la construcción. Serán precisamente los adquirentes del inmueble defectuosamente construido por el promotor, que normalmente constituirán la Comunidad de Propietarios, los que accionen contra él para hacer efectiva la responsabilidad en que ha incurrido. El Presidente de la Comunidad de Propietarios ejercitará la correspondiente acción en representación de ésta (artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 («BOE», de 23 de julio) (2).

La determinación de los perfiles jurídicos del promotor es absolutamente necesaria para poder enjuiciar críticamente la doctrina de la sentencia que comentamos y, en general, la posición de nuestro Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del promotor que enajena pisos y locales defectuosamente construidos. La conveniencia de precisar el significado del promotor es además reforzada por el hecho de que, como dijimos en la anotación a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1980 (3), existe un problema terminológico, utilizándose, a veces, para designar a profesionales que no tienen mucho que ver con el auténtico promotor. Con buen criterio se ha destacado la existencia de «falsos promotores» (4).

La aparición de la moderna figura del promotor está determinada básicamente por el auge extraordinario que ha experimentado en nuestro país la propiedad horizontal, debido a la confluencia de una serie de factores de orden económico y sociológico (5). La venta de pisos y locales al poco tiempo de haber sido ter-

(2) Consúltense nuestro comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979 (en este ANUARIO, 1980, I, pp. 199-201), donde nos referimos a la cuestión de la legitimación del Presidente de la Comunidad de Propietarios. Véase también CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, p. 189, y HERRERA CATENA, *Legitimación (activa y pasiva) al ejercitar las acciones derivadas de los artículos 1.591 y 1.909 del C. c.*, en Revista Profesional del Ilustre Colegio de Abogados de Granada, 1969, páginas 19-20. La Sentencia de 21 de diciembre de 1981 afirma dicha legitimación. También la de 30 de abril de 1982.

(3) En este ANUARIO, 1980, I, p. 209.

(4) SAPENA, CERDÁ y GARRIDO, *Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores*, en Ponencias presentadas por el Notariado español a los congresos internacionales del Notariado latino, XIII congreso, Barcelona, 1975, p. 34.

(5) Véase Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, III, Madrid, 1981, pp. 293-294), y LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil III-2.º*, Barcelona, 1980, p. 309-310, que exponen dichos factores.

minada la construcción del edificio (la venta «llave en mano»), la venta de pisos y locales en proyecto o construcción (la venta «sobre plano») y la construcción en comunidad, son las modalidades más frecuentes de constitución del régimen de propiedad horizontal en nuestro país (6). En todas ellas interviene el promotor, porque la construcción del inmueble y, en general, el nacimiento de la propiedad horizontal, exige la intervención de un profesional que se ocupe de llevar a cabo las múltiples actividades que aquella requiere. Esto es particularmente necesario cuando la operación de construcción proyectada alcanza grandes dimensiones, debido al gran número de problemas técnicos, jurídicos y financieros que van a surgir.

A nadie se le oculta que el constante aumento de esta manera de construir está motivando un constante retroceso del procedimiento clásico de construcción que contempla nuestro Código civil: el propietario contrata en primer lugar al arquitecto y, una vez que tiene los planos, al contratista, quien realizará las obras bajo la dirección de aquél (7). Hoy en día, tanto para la construcción de viviendas individuales agrupadas como para los inmuebles en copropiedad, los particulares se dirigen cada vez más frecuentemente a los promotores, que conciben, coordinan y acometen la realización de los conjuntos inmobiliarios, de acuerdo con las nuevas técnicas de construcción. La transformación operada no ha dejado de plantear problemas, como puede ser la dificultad para insertar a la promoción inmobiliaria, sobre la que se asienta toda la dinámica de la construcción, en el marco jurídico tradicional. El profesor DÍEZ-PICAZO (8) se ha referido a este problema al examinar las relaciones entre la tecnología y el Derecho privado. Se ha señalado —dice DÍEZ-PICAZO— que el sistema civil del llamado «saneamiento por defectos ocultos de las cosas vendidas» en su doble variante de acción redhibitoria y de acción *quantum minoris* o de reducción de precio, estuvo inicialmente proyectado para el pacífico desarrollo del mercado existente en la vieja *civitas* romana, gobernado por los ediles curules y dedicado al intercambio de los productos elementales de la agricultura o de animales. Este mismo sistema se intenta aplicar hoy en día a la venta de pisos recién construidos o a la venta de maquinaria muy compleja. Y la verdad es que funciona muy mal... El juego de las acciones redhibitoria y *quantum minoris* está además sometida al plazo de caducidad de seis meses del artículo 1.490, que cuadra bien con un comercio rápido de bienes inmediatamente consumibles, pero mal en las cosas duraderas, porque seis meses no es tiempo suficiente para descubrir el defecto (por ejemplo, las goteras en los pisos de nueva construcción) y en todo caso el transcurso es demasiado perentorio. Estos hechos, muy someramente expuestos, explican lo que podría llamarse la incertidumbre, la confusión o el balanceo que la jurisprudencia de nuestro país, situada frente a la hipótesis, ha experimentado entre

(6) Consúltese SAPENA CERDÁ y GARRIDO, *Las garantías de los adquirentes...* pp. 74 y ss.; DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*, en Curso de conferencias sobre Propiedad Horizontal y Urbanizaciones privadas, Madrid, 1973, pp. 69 ss.

(7) Cfr. FLAMME y LEPAFFE, *Le contrat d'entreprise*, Bruxelles, 1966, pp. 22-23; MARTY, *La responsabilité des constructeurs de bâtiments en droit français*, Strasbourg, 1968; CADARSO, *La responsabilidad decenal...*, pp. 200-201.

(8) DÍEZ-PICAZO, *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado (dos esbozos)*, Madrid, 1979, pp. 91-93.

las típicas acciones pretorias, la anulabilidad por error y la resolución por el juego del artículo 1.124.

No es una tarea sencilla precisar con rigor los perfiles jurídicos del promotor. Debe tenerse en cuenta que su aparición es relativamente reciente, como ha destacado nuestro Tribunal Supremo en las Sentencias que lo contemplan. En el plano legislativo observamos que nuestro Código civil no se refiere al promotor. En el capítulo dedicado al arrendamiento de obras y servicios se menciona exclusivamente al arquitecto y al contratista; en el título dedicado a la compraventa no existe una normativa específica sobre el promotor-vendedor y las ventas de pisos y locales terminados, en proyecto o en construcción, como sucede, por ejemplo, en el Derecho francés. La razón por la que el Código civil no contempla al promotor ha sido señalada por nuestro Tribunal Supremo: no era conocido este profesional al elaborarse el Código civil. En cambio, observamos que en el marco de la legislación de viviendas de protección oficial (Real Decreto-ley de 31 de octubre de 1978 («BOE», de 8 de noviembre) y Real Decreto de 10 de noviembre de 1978 («BOE», de 16 de enero de 1979) y el promotor es contemplado, aunque no es definido y se perfila a base de caracteres eminentemente formales en cuanto sujeto de un expediente para la obtención de los beneficios fiscales y financieros que establece la mencionada legislación. Esto lo ha expresado con claridad GARCÍA-BERNARDO (9), al precisar que la esencia del promotor es que su actividad en la construcción de viviendas ha sido considerada por el Instituto Nacional de la Vivienda y la ha calificado provisional o definitivamente en el sentido de conferirle unos beneficios que conserva, si cumple ciertas limitaciones contractuales. Que su actividad en la construcción sea la de contratista o la del dueño que paga al contratista su obra, la casa que construya, no tiene relevancia. Al Estado le interesa la edificación y no le preocupa que construya el promotor o que el promotor pague la construcción al contratista. Por su parte, en el terreno jurisprudencial, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1966 (9 bis) apunta que la legislación de viviendas de protección oficial se asienta en el nexo del organismo administrativo propulsor del sistema con el promotor, quien a cambio de los beneficios que se le otorgan se vincula directa y personalmente al cumplimiento de las obligaciones, entre las que entra primordialmente la correcta ejecución de lo construido por sí o por contrata (Considerando 3.º).

Fuera del marco de la protección oficial, la Ley de 27 de julio de 1968 («BOE», de 29 de julio) no define al promotor, pues tan sólo trata de proteger a los cesionarios de viviendas que han entregado una determinada suma de dinero antes de que el promotor haya iniciado la construcción o durante la misma.

(9) GARCÍA-BERNARDO, *Sistema jurídico de las viviendas de protección oficial*, I, Pamplona, 1970, p. 115. En parecido sentido se pronuncian los autores que han examinado la legislación de viviendas de protección oficial: ESPINOSA DEL RÍO, *Viviendas de protección oficial*, I, Barcelona, 1970, pp. 102 ss.; BAENA DEL ALCÁZAR, *Las viviendas de protección oficial en el ordenamiento español*, Madrid, 1968, p. 39; HERRERO Y CAPA, *La protección oficial en la construcción de viviendas*, Madrid, 1969, pp. 73 ss.; VILLAR EZCURRA, *El promotor de viviendas de protección oficial*, Madrid, 1981, pp. 33 ss.

(9 bis) En *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, núm. 510. Esta Sentencia es de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo

El Decreto de 12 de diciembre de 1968 («BOE», de 24 de diciembre), que contempla la construcción en régimen de comunidad, es algo más explícito, porque precisa las principales actividades del promotor. Según el artículo 1, será aplicable lo dispuesto en el presente Decreto a las personas físicas o jurídicas que individualmente o agrupadas, siendo titulares de un solar o con opción de compra o promesa de venta sobre el mismo, pretenden la construcción de un edificio o conjunto de edificios, obteniendo para ello o para la adquisición del solar, cantidades anticipadas de los comuneros, de los aspirantes a esta cualidad o de los adquirentes en régimen de propiedad horizontal, obligándose a llevar a cabo tal construcción y adquisición en su caso, y constituir bien una comunidad de bienes o bien a someter el edificio, una vez construido, al régimen de propiedad horizontal de la Ley de 21-VII-1960».

Es interesante resaltar que la Ley de Propiedad Horizontal, que no disciplina la «prehorizontalidad», como hubiera sido deseable (10), alude en los últimos párrafos de la exposición de motivos a la hipótesis normal de constitución del régimen de propiedad horizontal, es decir, la construcción de un edificio por un titular que lo destina precisamente a la enajenación de pisos, y el caso, menos frecuente, de que varios propietarios de un edificio traten de salir de la indivisión de mutuo acuerdo, o construyan un edificio con ánimo de distribuirlo, *ab initio*, entre ellos mismos, transformándose en propietarios singulares de apartamentos o fracciones independientes.

Las dificultades señaladas no deben impedir la determinación de los perfiles jurídicos del promotor, aunque ello no sea fácil. Como se deduce de las disposiciones legales citadas, es importante tener presente que existen diversos tipos de promotores, que pueden distinguirse con cierta facilidad. Los más importantes son el promotor que encamina su actividad a la construcción y venta de pisos y locales y el promotor de comunidades, que no se propone la venta de los pisos y locales construidos, sino que se limita a organizar la construcción del inmueble por cuenta de los comuneros. A diferencia del promotor-vendedor, el promotor de comunidades no es en ningún momento propietario del inmueble que se construye.

Debido a que la Sentencia que comentamos se refiere exclusivamente al promotor-vendedor, juzgamos conveniente limitar nuestro objetivo a la determinación de los caracteres jurídicos del mismo, sin que dejemos de reconocer la gran importancia que está adquiriendo en nuestro país el promotor de comunidades (11).

Atendiendo a las actividades que realiza habitualmente el promotor-vendedor y la finalidad que persigue, puede ser definido como «aquella persona natural o jurídica que promueve y organiza la construcción de un inmueble, que consta

(10) La prehorizontalidad existe durante la fase de construcción del inmueble proyectado para que pertenezca por pisos y locales a diferentes personas, que se integrarán en la Comunidad de Propietarios. Sobre el significado de la prehorizontalidad puede consultarse el excelente y extenso estudio de DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*, al que ya nos hemos referido anteriormente.

(11) En el momento de la publicación de la Ley de Propiedad Horizontal, la construcción en comunidad era poco frecuente; de aquí los términos de la exposición de motivos de esta Ley. Sin embargo, hoy en día se está acentuando esta manera de constituir el régimen de propiedad horizontal.

de diversos pisos y locales, para venderlo a determinadas personas cuando ha sido concluido o se encuentra en proyecto o construcción».

En la definición propuesta aparecen las características esenciales del promotor-vendedor, que lo diferencian del promotor de comunidades y de los restantes sujetos que operan en el ámbito de la construcción inmobiliaria. Básicamente son tres las notas que lo caracterizan:

1.ª) *El promotor-vendedor es una persona natural o jurídica.*—No cabe duda que puede actuar como promotor-vendedor tanto una persona natural como una persona jurídica. Así lo señalan las diversas disposiciones legales que se refieren al mismo (artículo 1 de la Ley de 27 de julio de 1968, artículo 2 del Real Decreto-Ley de 31 de octubre de 1978 y artículo 7 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978). Al lado de los promotores privados cabe afirmar la existencia de promotores públicos, que son organismos estatales que actúan en el ámbito de la protección oficial. El artículo 2 del Real Decreto-Ley de 31 de octubre de 1978 y el artículo 7 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978 se refieren a ambos tipos de promotores. En el capítulo 3.º del mencionado Real Decreto se disciplina la promoción pública de viviendas de protección oficial. El artículo 40 se refiere concretamente a las viviendas promovidas por el Instituto Nacional de la Vivienda, la Administración del Patrimonio Social Urbano y otros Entes públicos. El Real Decreto de 1 de diciembre de 1978 («BOE», de 30 de diciembre) contempla a las sociedades estatales que actúan como promotoras de viviendas de protección oficial.

También se distingue el promotor que se ocupa de construir personalmente el inmueble, de acuerdo con el plano elaborado por el arquitecto, y el promotor que hace construir el inmueble, es decir, contrata a un contratista para que éste lo construya, según el plano elaborado por el arquitecto. Estos dos tipos de promotores operan en el tráfico, y a ellos se refiere la doctrina (12). En el Derecho francés apreciamos que el artículo 1.792-1 del Código civil, cuyo texto procede de la Ley de 4 de enero de 1978, se refiere a ambos tipos de promotores.

En la práctica, aunque es perfectamente posible que un particular acometa la realización de un inmueble, debemos decir que los programas de construcción inmobiliaria que tienen importancia son obra de las sociedades promotoras, también conocidas con el nombre de sociedades inmobiliarias o constructoras, que suelen ser poderosas sociedades anónimas (13).

El ejercicio de la actividad de promoción inmobiliaria es libre en nuestro país. Basta con obtener el documento de calificación empresarial, según establece la Orden de 3 de agosto de 1979 («BOE», de 17 de agosto), que se refiere al promotor-constructor. Esta disposición se remite al Real Decreto-Ley de 27 de

(12) ROVIRA JAÉN, *La compraventa de cosa futura* en Estudios de Derecho privado, vol. 2.º, dirigidos por MARTÍNEZ-RADIO, Madrid, 1965, pp. 149-150; ROGEL, *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1979, pp. 314-315; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-3., Barcelona, 1979, p. 186; FLAMME-LEPAFFE, *Le contrat d'entreprise...*, p. 23; BAUGNIET, *La responsabilité des constructeurs de batiments en droit belge*, Strasbourg, 1968.

(13) Véase *Formularios para la actividad inmobiliaria*, Madrid, 1980, pp. 10 y ss., donde aparece el modelo de la escritura de constitución de una sociedad anónima de promoción inmobiliaria.

octubre de 1972 («BOE», de 27 de octubre), que hace depender el otorgamiento del documento de calificación empresarial tan sólo del cumplimiento de una serie de requisitos de carácter social, fiscal y asegurador de accidentes (14).

2.ª) *El promotor-vendedor promueve y organiza la construcción del inmueble.*—Hemos apuntado que el desarrollo de la propiedad horizontal ha sido el que ha determinado el auge de la promoción inmobiliaria. Es necesaria la intervención de un profesional que se ocupe de realizar todas las actividades que sean necesarias para la realización del inmueble y la constitución del régimen de la propiedad horizontal. En este sentido el promotor-vendedor ha de realizar las actividades siguientes:

a) *La determinación del tipo de construcción.*—El promotor-vendedor tiene que determinar el tipo de construcción que desea acometer. Para ello tendrá que proceder a una serie de estudios preliminares, de carácter económico y jurídico. En base a estos estudios, el promotor-vendedor podrá tener una idea clara de la posible utilización del terreno donde desea construir el inmueble, de las reglas de urbanismo aplicables, de la posible clientela y sobre todo del coste aproximado de la construcción.

El promotor-vendedor puede llevar a cabo una promoción libre o acogerse a la normativa sobre viviendas de protección oficial. En este caso deberá acomodar la construcción y la venta de los pisos y locales a las condiciones legales que establece la vigente normativa de viviendas de protección oficial.

b) *La adquisición del terreno sobre el que ha de construirse el inmueble.*—Si el promotor-vendedor no dispone del terreno necesario para la construcción del inmueble proyectado, tiene que proceder a su adquisición. En este caso es frecuente que el promotor-vendedor inicie la operación inmobiliaria, teniendo sobre el terreno un derecho de opción de compra. Sin embargo, debido al elevado coste del terreno urbano por factores sobradamente conocidos, se han impuesto en la práctica determinados procedimientos que permiten al promotor-vendedor adquirir la propiedad del terreno sin tener que desembolsar una importante suma de dinero en el inicio de la operación inmobiliaria. El procedimiento más utilizado consiste en la permuta de terreno por pisos y locales en el edificio que ha de construir el promotor-vendedor. No se trata de una permuta simple, sino que está cualificada por la obligación del adquirente del terreno (el promotor-vendedor) de proceder a la construcción del inmueble. Hay, pues, un contrato de permuta con prestación subordinada de obra. A veces, la operación reviste un carácter mixto, pues el dueño del terreno recibe a cambio no sólo uno o varios pisos o locales, sino también una determinada suma de dinero (15). En la práctica

(14) Tiene interés consultar el libro «*Problemes de la promotion immobiliere depuis les lois du 16 juillet 1971*», Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Paris (Paris II), París, 1973. En el mismo aparecen dos interesantes estudios de JESTAZ y PARICAUD sobre la «*Organisation professionnelle de la promotion immobiliaria*», pp. 51 ss., y un interesante debate donde intervienen prestigiosos especialistas en esta materia: SAINT-ALLARY, JESTAZ, PARIECUAD, CROIZE, PEYRE, BREHAM, DEWISME y GRANELLE.

(15) Apunta DE LA CÁMARA ALVAREZ (*La insuficiencia normativa...*, p. 70) que este procedimiento es cotidianamente vivido por los notarios, y permite al

se han ideado otros procedimientos, que exponen con detalle DE LA CÁMARA ALVAREZ y otros autores (16).

c) *La financiación de la construcción del inmueble.*—El promotor-vendedor ha de obtener los fondos necesarios para lograr la construcción del inmueble proyectado. Téngase en cuenta que debe abonar el precio estipulado con los profesionales que intervienen en la construcción, el importe del terreno, a no ser que utilice alguno de los procedimientos a que hemos hecho referencia, el importe de los materiales, los gastos de publicidad y comercialización, las cargas fiscales y los contratos de seguro para cubrir los riesgos de la construcción.

El problema de la financiación de la construcción del inmueble, que es el más difícil de resolver, está determinado en buena medida por el tipo de construcción adoptado. Cuando el promotor-vendedor se acoge al régimen de viviendas de protección oficial, puede obtener los préstamos, anticipos, subvenciones, primas y beneficios que la vigente normativa de viviendas de protección oficial concede para potenciar este tipo de construcción, de marcado carácter social, siempre que cumpla las condiciones exigidas por dicha normativa (artículos 4 a 6 del Real Decreto-Ley de 31 de octubre de 1978 y artículos 21 a 37 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978).

En el marco de la construcción de viviendas de protección oficial, el promotor-vendedor puede inclinarse por la venta de pisos y locales terminados o por la venta de pisos y locales en proyecto o construcción. En el primer caso tendrá que recurrir a sus propios fondos y a los préstamos, anticipos, subvenciones y primas contemplados en la legislación de viviendas de protección oficial. En el segundo caso, los propios compradores financian en parte la construcción, realizando diversos desembolsos en el momento de la celebración del contrato y a lo largo de la construcción del inmueble. Contará, además, el promotor-vendedor con los préstamos y demás beneficios financieros que establece la citada legisla-

propietario del terreno servirse de él, aunque no disponga de los recursos técnicos y financieros para construir, y ofrece al promotor la posibilidad de emplear su equipo, es decir, su material, sus hombres y su dinero, sin necesidad de soportar (al menos, íntegramente) el desembolso, generalmente cuantioso, que representará la compra del solar. Sobre este peculiar negocio existe una literatura abundante: DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La insuficiencia normativa...*, pp. 133 y ss.; LUCAS FERNÁNDEZ, *La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración al contrato de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir*, en la Revista de Derecho Notarial, 1967, pp. 277 ss.; MERINO, *El contrato de permuta*, Madrid, 1978, pp. 345 ss. A nivel jurisprudencial destacan la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1972, anotada por MERINO (*Loc. cit. ant.*), que afirma que se trata de una fórmula que es muy frecuente en la moderna contratación y que encaja dentro de los términos del artículo 1.538 del Código civil, aunque uno de los bienes del intercambio no tenga aún existencia real en el momento de practicarse el intercambio, y la Sentencia de 22 de mayo de 1974 (*Jurisprudencia civil. Edición oficial*, núm. 242), que, en cambio señala que el negocio en cuestión es un contrato atípico que no encaja en su conjunto en ninguna de las figuras contractuales que define y regula específicamente el Código civil, si bien puede tener rasgos y peculiaridades que no en su totalidad, sino en parte, pueden resultar comunes o afines con alguna de aquellas figuras contractuales, pero con las que no se identifica.

(16) Véase DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La insuficiencia normativa...*, pp. 134 y ss. y SAPENA, CERDÁ y GARRIDO, *Las garantías de los adquirentes...*, pp. 50 ss..

ción. Es muy importante tener en cuenta que si el promotor-vendedor recibe anticipadamente dinero de los compradores está obligado a cumplir los requisitos establecidos por el artículo 114 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, que trata de proteger a los compradores. De la disposición final primera del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978 se infiere con claridad la vigencia del citado precepto del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial (17).

Si la obra inmobiliaria queda al margen de la legislación de viviendas de protección oficial, el promotor-vendedor no puede contar, lógicamente, con los beneficios financieros que la misma establece. Podrá proceder a la venta de los pisos y locales terminados, en cuyo caso sólo habrá de recurrir a sus propios fondos y a las entidades financieras, solicitando préstamos para la construcción. Debido al elevado costo que ocasiona esta forma de financiación, que exige solicitar importantes préstamos que incidirán en gran medida sobre el precio de venta perjudicando una comercialización favorable, el promotor se orienta hacia la venta del inmueble cuando se encuentra en fase de proyecto o construcción. El promotor busca durante la construcción, e incluso antes de que el inmueble comience a construirse, a los compradores, quienes al pagar en el momento de la celebración del contrato y en el curso de la construcción una suma a cuenta del precio, financian con sus propios fondos una parte del costo de la construcción. Esta modalidad de financiación, muy extendida en nuestro país, está contemplada por la Ley de 27 de junio de 1968 («BOE», de 29 de julio). Esta Ley, que se aplica a las viviendas que no sean de protección oficial, impone al promotor el cumplimiento de una serie de obligaciones, a fin de que, como dice su exposición de motivos, estén protegidos los compradores que han entregado anticipadamente una suma de dinero al promotor-vendedor (18).

Para facilitar la financiación de la construcción del inmueble se establece en las condiciones generales de este tipo de contratos que los compradores autori-

(17) Sobre la interpretación del artículo 114 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, véase GARCÍA-BERNARDO, *Piso futuro y viviendas acogidas*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1970, pp. 746 ss.

(18) Sobre la interpretación de la Ley de 27 de junio de 1968, véase SAPE-NA, CERDÁ y GARRIDO, *Las garantías de los adquirentes...*, pp. 90 ss.; DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La insuficiencia normativa...*, pp. 85 ss., y MUÑOZ DE DIOS, *El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas*, en *Revista de Derecho Privado*, 1981, pp. 10-66-1069. En general, esta disposición legal ha sido objeto de duras críticas por parte de nuestra doctrina, no faltando autores que consideran conveniente la promulgación de una nueva ley que proteja más eficazmente a los compradores. Nosotros hemos puesto de relieve que es necesaria una disciplina legal que tutele suficientemente a los adquirentes, sobre todo cuando han tenido que entregar anticipadamente al promotor importantes cantidades de dinero (este ANUARIO, 1980, I, p. 223, nota 73). Sobre todo se señala que la Ley de 27 de junio de 1968 no contempla la posibilidad de que el promotor, después de haber vendido los pisos en construcción o en proyecto, transfiera dos veces la vivienda, enajene todo el inmueble, lo hipoteque o grave sin el consentimiento de los compradores, ni nos dice lo que ocurre si se lo embargan a consecuencia de obligaciones, a veces totalmente ajenas a la construcción. La Ley no debería permitir al promotor-vendedor que percibiera cantidad alguna a cuenta mientras el derecho del comprador no estuviera jurídicamente asegurado: escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad. Así lo señalan los autores citados y FUENTES LOJO, *Suma de la propiedad por apartamentos*, I, Barcelona, 1979, p. 108.

zan al promotor-vendedor para que gestione la obtención de un préstamo, con la garantía hipotecaria del inmueble, con el interés, plazos y condiciones que libremente concierte y que sean las usuales de la entidad prestamista.

d) *El cumplimiento de las exigencias de carácter administrativo y urbanístico que requiera la construcción del inmueble.*—La realización del programa de construcción está subordinada a la obtención de la licencia municipal, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 178,1 del texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 9 de abril de 1976 («BOE», de 16 y 17 de junio). A tal fin deberá el promotor-vendedor cumplimentar los requisitos necesarios para la obtención de la licencia, que son determinados por el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 («BOE», de 15 de julio).

El promotor-vendedor está obligado a realizar todas las actividades necesarias, bajo cuya condición se ha concedido la licencia. La importancia de la realización de las mismas viene determinada por el artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, a cuyo tenor «las licencias quedarán sin efecto si se incumpliesen las condiciones a que estuviesen subordinadas».

Cuando las viviendas son de protección oficial, el promotor-vendedor debe cumplimentar todos los requisitos que son exigidos legalmente para la concesión de los beneficios legales que establecen el Real Decreto-Ley de 31 de octubre de 1978 y el Real Decreto de 10 de noviembre de 1978. Fundamentalmente, el promotor-vendedor deberá solicitar la calificación provisional y la calificación definitiva (artículos 16 a 20 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978).

Como paso previo para el otorgamiento de la cédula de habitabilidad por la autoridad administrativa competente, el Decreto de 24 de febrero de 1972 («BOE», de 6 y 7 de mayo) establece que cuando se trate de primeras ocupaciones de edificios destinados a viviendas o alojamientos de carácter residencial, no acogidos al régimen de viviendas de protección oficial, los promotores presentarán en la correspondiente Delegación Provincial de la Vivienda, a la terminación de las obras, los siguientes documentos: a) Cuestionario estadístico de edificación y viviendas terminadas establecido por la Orden de la Presidencia del Gobierno de 13 de noviembre de 1968 y relación complementaria de identificación de las viviendas; b) Certificado final de obras suscrito por el Arquitecto Técnico o Aparejador y Arquitecto y visado por los respectivos Colegios Profesionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto de 11 de marzo de 1972, en el que se hará constar expresamente el número total de viviendas terminadas.

Están exentas de la exigencia de la cédula de habitabilidad las primeras ocupaciones de viviendas acogidas al régimen de viviendas de protección oficial (artículo 3).

e) *La realización de la construcción de los pisos y locales.*—El promotor-vendedor se compromete a entregar a los compradores unos determinados pisos y locales en el plazo estipulado. Esta obligación motiva que deba recaer exclusivamente sobre el promotor-vendedor la tarea de contratar a los diversos profesionales que han de proceder a la construcción del inmueble. El promotor-vendedor elegirá al arquitecto, que ha de realizar los planos y dirigir la ejecu-

ción de la construcción, a los restantes técnicos que han de intervenir también en la misma y al contratista, a no ser que el propio promotor-vendedor se ocupe de la ejecución material de la obra, es decir, sea promotor y contratista. También debe el promotor-vendedor adquirir los materiales necesarios para la construcción del inmueble, aunque en la práctica es el contratista elegido el que se encarga de este importante cometido. Respecto a los citados profesionales de la construcción, el promotor-vendedor desempeña la función jurídica de comitente o dueño de la obra, estando vinculado a éstos por contratos de obra y de servicios.

Al ser el promotor-vendedor el dueño de la obra proyectada controlará cómo los citados profesionales ejecutan sus prestaciones. Este derecho de control es muy importante para el promotor-vendedor, porque si los pisos y locales vendidos presentan vicios, será responsable frente a los compradores, debido a su condición de vendedor, e incluso frente a terceros perjudicados, si se cumplen los presupuestos de aplicación del artículo 1.903 del Código civil, cuando el daño a tercero sea causado por un dependiente suyo (19). También será responsable si

(19) El arquitecto, los técnicos y el contratista responderán directamente frente a los terceros por el cauce del artículo 1.909 del Código civil, si el daño procede de vicios de la construcción que han ocasionado la ruina del inmueble, o por virtud de lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código civil, si no tiene lugar la ruina. La circunstancia de que el promotor-vendedor haya aceptado los trabajos (vg., el proyecto, los materiales, la ejecución, etc.) realizados por dichos profesionales, no excluye la responsabilidad directa de éstos frente a terceros perjudicados. Es muy significativa en este sentido la jurisprudencia norteamericana, que ha consagrado esta solución. SIMON (*Construction contracts and claims*, 1.ª ed., Mac Graw-Hill, capítulo 2.º, caso 2.2) expone ampliamente la doctrina de una importante Sentencia del Tribunal de New Jersey (*Totten versus Gruzen*, 1968), que sigue el criterio mayoritario de los Tribunales actuales. El caso se refiere a determinadas viviendas que un organismo promotor, después de haberlas construido con la ayuda de diversos profesionales (arquitecto y contratistas), arrendo a determinadas personas. Una parte del sistema de calefacción diseñado, instalado y aceptado, consistía en tuberías de entrada y retorno descubiertas, que corrían paralelamente al suelo y formaban una estructura a modo de escalera a algunas pulgadas de distancia del mismo. El hijo de uno de los inquilinos; de tres años de edad, intentó trepar por las tuberías y sufrió graves quemaduras. Entablado litigio en nombre del niño, el demandante basó su demanda en la negligencia cometida al construir un sistema de calefacción peligroso por llevar las tuberías descubiertas y no protegidas. Los demandados, con excepción del organismo promotor, alegaron que, una vez terminado el proyecto y aceptado por el promotor, habían quedado libres de toda responsabilidad frente a terceros, ya que cuando el organismo promotor aceptó el edificio, quedaron privados de todo control sobre el mismo y no pudieron rectificar los posibles defectos encontrados. La conclusión de este argumento por parte del arquitecto y de los contratistas era que el organismo promotor debía responder exclusivamente, como propietario, de cualquier defecto existente.

El Tribunal de New Jersey señaló que este argumento había sido ampliamente utilizado y aceptado en tiempos pasados, pero que, sin embargo, el criterio mayoritario de los Tribunales actuales era que la terminación y aceptación de una obra no exime de responsabilidad. Tal responsabilidad puede aun pesar sobre los arquitectos y los ingenieros por un diseño incorrecto, así como sobre los contratistas por materiales, equipo y ejecución de carácter defectuoso.

Debemos decir también que la responsabilidad de los profesionales que ha contratado no excluye la posible responsabilidad del promotor-vendedor frente a

se produce demora en la entrega de los pisos y locales vendidos; a tal fin tendrá que procurar que el inmueble se construya en el plazo estipulado con los compradores. Con carácter general, los artículos 1.100 y 1.101 del Código civil establecen las consecuencias de la mora en el cumplimiento de las obligaciones. Además tendrá aplicación el artículo 3 de la Ley de 27 de julio de 1968, cuando los compradores han entregado al promotor-vendedor dinero a cuenta y el inmueble no es de protección oficial.

El promotor-vendedor podrá hacer efectiva las responsabilidades en que hayan podido incurrir el arquitecto, el contratista y, en general, los técnicos que ha empleado en la construcción del inmueble. Normalmente se dirigirá contra ellos en vía de regreso, es decir, cuando los compradores hayan interpuesto una acción contra él. Así se infiere de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1982 (Considerando 4.º).

Aunque en el clausulado de las condiciones generales de los contratos que celebran los promotores-vendedores aparecen cláusulas exoneratorias o limitativas de sus responsabilidades, es indudable que sólo son lícitas en la medida que lo autoriza la normativa del Código civil sobre la compraventa y las normas generales del Derecho de Obligaciones (artículos 1.102 y 1.103 del Código civil). El carácter imperativo de la Ley de 27 de julio de 1968 impide la admisibilidad de cualquier cláusula limitativa o exoneratoria de responsabilidad. Lo mismo hay que decir de la responsabilidad decenal del artículo 1.591 del Código civil, que, como veremos más adelante, tiene aplicación en la venta de pisos en proyecto o construcción. Este precepto se basa en consideraciones de orden público, ya que la buena construcción de los inmuebles es esencial para la seguridad pública. No puede excluirse o limitarse la responsabilidad decenal disciplinada por el artículo referido, pues ello comprometería a la propia seguridad pública (20).

Cuando el promotor-vendedor se acoge al régimen de viviendas de protección oficial, tiene que procurar que las obras se ejecuten de acuerdo con el proyecto presentado junto con la calificación provisional. Es tan importante esto, que en el supuesto de que el promotor-vendedor quiera hacer modificaciones respecto al proyecto deberá ponerlo en conocimiento de la correspondiente Delegación Provincial del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. En todo caso, se impone al promotor-vendedor que ponga en conocimiento de la correspondiente Delegación tanto el comienzo como el final de las obras, dentro de los quince días siguientes a aquél en que tuvieron lugar, mediante certificación expedida al efecto por el Arquitecto director. En caso de promociones a ejecutar por fases, el comienzo y el final de las obras se comunicará por separado respecto de cada una de ellas (artículo 16 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978).

En cuanto al plazo para comenzar o terminar las obras, no dice nada el Real Decreto de 10 de noviembre de 1978, pero al conceder treinta meses, a partir

terceros perjudicados, si se cumplen los presupuestos de aplicación del artículo 1.903 del Código civil, cuyo apartado 4.º exige una relación de dependencia. Sucede que algunos de los sujetos que intervienen en el proceso edificatorio están vinculados al promotor-vendedor por una relación habitual de dependencia, sobre todo cuando es una empresa que cuenta con su propio equipo técnico.

(20) En este sentido. CADARSO (*La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, pp. 99-100), que menciona a numerosos autores que se pronuncian de esta manera.

de la obtención de la calificación provisional para solicitar la calificación definitiva, está indicando tácitamente que las obras deberán estar terminadas antes de que concluya dicho plazo, al ser la terminación de las obras uno de los requisitos legales que esta disposición legal exige para que el promotor pueda solicitar la calificación definitiva (artículo 17 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978).

Cuando se trate de promociones a ejecutar por fases, de conformidad con el artículo 17 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978, la terminación de la primera fase debe tener lugar antes que expire el plazo de treinta meses mientras que para las sucesivas se otorga un plazo de veinticuatro meses, desde la iniciación de cada una de ellas, dentro del cual debe haberse acreditado su terminación. Sin embargo, no debe desconocerse que, con carácter excepcional y mediando causa justificada y sólo hasta un máximo de la tercera parte del plazo establecido, la Delegación Provincial del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, en virtud de la facultad que le otorga el mencionado artículo 17, está legitimada para prorrogarlos.

El promotor debe procurar que se cumplan las normas de diseño y calidad de la construcción, a las que alude el artículo 5 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978. En cuanto al diseño debe tener en cuenta las Ordenanzas Provisionales de Viviendas de Protección Oficial, aprobadas por Orden Ministerial de 20 de junio de 1969 («BOE», de 23 de mayo), pero modificadas por Orden Ministerial de 4 de mayo de 1970 («BOE», de 8 de mayo) y ampliadas por Orden Ministerial de 16 de mayo de 1974 («BOE», de 12 de junio), con modificaciones por Orden Ministerial de 21 de febrero de 1981 («BOE», de 3 de marzo). En cuanto a la calidad debe tener en cuenta la Orden Ministerial de 17 de junio de 1977 («BOE», de 14 de junio).

Desde luego, la obtención de la cédula de calificación definitiva no constituye una causa de exoneración de la responsabilidad del promotor de viviendas de protección oficial, si existen deficiencias de construcción de los pisos y locales vendidos. Así lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, y, en concreto, la Sentencia de 21 de abril de 1981 (20 bis), al afirmar: «Conviene dejar sentado, desde el principio, la imposibilidad de que la empresa promotora de las viviendas de que se trata pueda verse exonerada de responsabilidad, por el solo hecho de que cuente con las pertinentes cédulas de calificación definitiva de las mismas, ya que una copiosa jurisprudencia así lo viene declarando, bien apoyándose en la teoría de los vicios ocultos, bien en la existencia de errores o negligencias de la labor inspectora (Sentencias de 18 de marzo, 24 de mayo y 9 de junio de 1969 y 9 y 29 de octubre de 1970 y 5 de marzo de 1974)» (Considerando 1.^o).

El promotor de viviendas de protección oficial está obligado, además, a entregar los pisos y locales a los adquirentes de acuerdo con las condiciones impuestas por el artículo 14 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978.

f) *El otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal.*—En las condiciones generales de los contratos que celebran los promotores-vendedores se establece que éstos fijarán las cuotas de propiedad y participación de las viviendas,

locales o dependencias existentes en los edificios. Podrán también confeccionar y formalizar los estatutos de las Comunidades de Propietarios.

A nuestro juicio, no existen dificultades para que el promotor-vendedor, antes de que haya vendido algún piso o local, pueda unilateralmente otorgar el título constitutivo de la propiedad horizontal del inmueble. Su condición de propietario le legitima para ello. El artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal precisa que el propietario único del edificio fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local en el título constitutivo al iniciar su venta por pisos, que como sabemos puede ser de pisos terminados, en proyecto o en construcción. Cuando el promotor ha vendido algún piso o local, aunque sea en documento privado, no puede otorgar sólo el título constitutivo, según la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia de 3 de febrero de 1975, que sigue a otras anteriores (21).

Cabe la posibilidad de que el promotor-vendedor solicite la inscripción en el Registro de la Propiedad cuando la construcción del inmueble está comenzada, según previene el número 4.º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria. Se establece en el mismo que se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción está concluida o, por lo menos, comenzada (22).

(21) En *Jurisprudencia civil. Edición oficial, núm. 38* Anotada por GARCÍA GARCÍA, en *Sentencias comentadas del Tribunal Supremo*, Madrid, 1982, núm. 11.

(22) Con razón, DE LA CÁMARA ALVAREZ («*La insuficiencia normativa...*», p. 74) entiende que la expresión «construcción comenzada», que aparece en el número 4.º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, puede referirse al comienzo de la edificación en sentido material o en sentido técnico. Técnicamente, cabe entender que la construcción ha comenzado una vez que el edificio ha quedado definido mediante la confección y consiguiente aprobación del proyecto correspondiente, elaborado por persona capacitada para ello y aprobado por las autoridades competentes. El criterio técnico nos permite establecer con exactitud el momento en que la construcción se ha iniciado. Por el contrario, si nos atenemos a la acepción puramente física, nos encontramos con un callejón sin salida. ¿Cuándo podrá, en efecto, considerarse que la construcción, en su dimensión material o física, ha comenzado? Por de pronto, el propio artículo 8-4 de la Ley Hipotecaria nos demuestra que no es necesario que haya empezado la construcción de todos y cada uno de los pisos, puesto que permite que en «la inscripción del solar o del edificio se hagan constar los pisos meramente proyectados». Así las cosas, la incertidumbre sobre la fijación del momento en que debe considerarse que la construcción ha comenzado, a los efectos de la inscripción del edificio en el Registro, es patente. ¿Bastará que se haya realizado la excavación o vaciado del terreno? ¿Será necesario que, al menos, se hayan plantado los cimientos? Y cualquiera que sea la contestación que demos a estas interrogantes, ¿qué diferencia sustancial media entre estas hipótesis y la del edificio definido, pero cuya fabricación material aún no ha principiado a acometerse? Parece, pues, obligado para salir del atolladero, sostener que edificio definido equivale a edificio comenzado».

CHICO (*Complementos al Derecho hipotecario y su legislación*, Madrid, 1974, pp. 174 ss.), después de mostrar las diferentes opiniones sobre el referido problema, concluye afirmando que «la proyección social que el Registro de la Propiedad ha de seguir realizando en un futuro exige una flexibilidad de aplicación de los principios hipotecarios que la rigen y, por supuesto, admitir la inscripción de pisos meramente proyectados al amparo de ese concepto urbanístico del «volumen edificable», que con toda su aparatosa terminología no vien a ser más que el derecho a edificar del artículo 16 del Reglamento Hipotecario».

Tiene razón DE LA CÁMARA ALVAREZ (23) cuando apunta que lo correcto sería que el otorgamiento del título constitutivo precediese a las ventas y que se informará de su contenido a los compradores, salvo que conste inscrito en el Registro de la Propiedad. Pero en la práctica no sucede tal cosa. Los compradores suelen ignorar lo que consta en el título constitutivo. Por esto pueden aparecer en el mismo determinaciones que limitan el contenido de los derechos dominicales de algunos compradores, tanto sobre los elementos comunes como sobre los privativos. Así, por ejemplo, algunos compradores pueden estimar que la fijación de las cuotas de participación no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal. Nuestra jurisprudencia, con buen criterio, protege en semejantes casos a los compradores, señalando que no pueden ser recortados o gravados sin justificación los derechos de éstos por disposiciones del título constitutivo, de las que no tienen noticia al tiempo de comprar (Sentencias de 29 de abril y 2 de junio de 1970) (24).

3.ª) *La venta de los pisos y locales es el procedimiento de comercialización que utiliza el promotor.*—Los promotores recurren en mucha mayor medida a la venta que al arrendamiento, porque consiguen una rápida recuperación del capital invertido en lugar de su mantenimiento inmovilizado para la obtención de unas rentas siempre sometidas a bloqueo o a las normales o anormales fluctuaciones del mercado monetario. Buscan también una ganancia más o menos limitada, pero en todo caso rápida. Esto ha determinado que la venta de pisos y locales sea el procedimiento de comercialización preferido por los promotores. El mismo satisface los deseos de éstos y también la pretensión de acceso a la propiedad de pisos y locales. No cabe la menor duda de que la expectativa de una posterior venta lucrativa, junto con la seguridad del *status* de propietario, inducen a muchas personas a comprar pisos y locales, como ponen de relieve DÍEZ-PICAZO y GULLÓN y otros autores (25).

Para encontrar compradores los promotores recurren a los agentes de la propiedad inmobiliaria, que llevan a cabo una actividad de mediación, según establece el artículo 1 del Real Decreto de 18 de julio de 1981 («BOE», de 31 de julio (26). En todo caso, la publicidad actúa decisivamente en la comercialización de los pisos y locales. Además de la utilización de carteles anunciadores, se lleva a cabo en todos los medios de comunicación social, existiendo revistas destinadas a cumplir este cometido.

Cuando el promotor-vendedor percibe cantidades durante la construcción del inmueble, la Orden Ministerial de 5 de octubre de 1968 («BOE», de 10 y 11 de

Sobre el problema de la inscripción independiente de los pisos meramente proyectados, ver CHICO, *Op. cit.* ant., pp. 195-196.

Es interesante consultar también el volumen 3.º del *Derecho Hipotecario*, de ROCA SASTRE, Madrid, 1979, 7.ª ed., pp. 364-365, en especial.

(23) DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La insuficiencia normativa...*, p. 91.

(24) En *Jurisprudencia civil. Edición oficial*, núms. 229 y 314. En esta línea LACRUZ, *Op. cit.*, p. 323.

(25) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid, 1981, página 293, y SAPENA, CERDÁ y GARRIDO, *Las garantías de los adquirentes...*, páginas 27 y 28.

(26) Este Real Decreto aprueba los Estatutos Generales de la Profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria y de sus Colegios Oficiales y Consejo General.

octubre), que ha desarrollado lo establecido en el artículo 5 de la Ley de 27 de julio de 1968, configura una serie de requisitos a los que debe ajustarse la propaganda y publicidad de la venta.

En el plano jurisprudencial, nuestro Tribunal Supremo se ha enfrentado con la cuestión de precisar el valor de los folletos de publicidad en la venta de pisos. Frente a los anuncios poco veraces, la Sentencia de 27 de enero de 1977 (27) es digna de tenerse en cuenta. Nuestro Tribunal Supremo, confirmando los fallos del Juzgado y de la Audiencia Territorial, afirma la eficacia jurídica de la propaganda, al decir que «siendo muy parco el contrato privado suscrito por las partes en elementos descriptivos, es lógico que el adquirente del piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de la buena fe proclamado en el artículo 1.258 del Código civil, al creerlos, con todo fundamento, vinculantes para la empresa» (Considerando 3.º). En esta línea hay que citar también a la reciente Sentencia de 20 de marzo de 1982.

Debido al elevado costo de los terrenos urbanos y de la propia construcción de la obra inmobiliaria, los promotores construyen en los núcleos urbanos edificios con pluralidad de pisos y locales. La venta de éstos a diversas personas determinará lógicamente el régimen de la propiedad horizontal, que, como apunta BONET CORREA (28), se ha convertido, de hecho, en la única fórmula por la que se puede tener acceso a una vivienda, dado que los arrendamientos resultan exageradamente elevados. Precisamente, la exposición de motivos de la Ley de Propiedad Horizontal pone de relieve que ésta es la hipótesis normal de constitución del régimen de propiedad horizontal en nuestro país, es decir, la construcción de un edificio por un titular que lo destina a la enajenación por pisos y locales. Este titular es el promotor-vendedor, que desempeña un papel decisivo en el nacimiento de la propiedad horizontal, es decir, en la denominada «prehorizontalidad» (29). En realidad, todas las actividades del promotor, a las que hemos hecho referencia, tienen lugar durante la prehorizontalidad, es decir, cuando el edificio, cuyos pisos y locales van a ser enajenados a diversas personas que constituirán en su día la Comunidad de Propietarios, se encuentra en construcción.

En la práctica, la venta de los pisos y locales del edificio reviste dos modalidades: la venta de pisos y locales terminados (la denominada venta «llave en mano») y la venta de pisos y locales en proyecto o construcción (la conocida venta «sobre plano»). A ambas modalidades alude el artículo 8, número 4.º de la Ley Hipotecaria, como expusimos anteriormente. La primera modalidad de venta tiene por objeto pisos y locales cuya construcción ha sido terminada o está a falta de meros detalles en el momento de la celebración del contrato. Los pisos y locales pueden ser habitados inmediatamente por los compradores. En la segunda modalidad, el promotor se obliga a edificar los pisos y locales en un determinado plazo

(27) En *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, núm. 122. Esta Sentencia es comentada ampliamente por RICO PÉREZ en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1978, pp. 345-358, y LASARTE, *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*, en *Revista de Derecho Privado*, 1980, pp. 50-78.

(28) BONET CORREA, *La servidumbre en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamento en edificio por construir*, en *Revista de Derecho Notarial*, 1961, p. 274.

(29) Sobre el significado de la prehorizontalidad, véase el documentado estudio de DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La insuficiencia normativa...*, pp. 69 ss.

y a entregárselos terminados a los compradores. Existe, pues, una obligación de edificar. Esto supone que la venta se celebra antes de que comience la edificación o en curso de la misma.

Cuando los pisos se venden a plazos, lo cual es muy frecuente, se suele establecer en los contratos pactos de reserva de dominio o condiciones resolutorias. FUENTES LOJO (30) destaca que los promotores-vendedores no hacen uso frecuente de la garantía hipotecaria.

Las modalidades de venta de pisos y locales mencionadas presentan no pocas dificultades, sobre todo la venta de pisos en proyecto o construcción, que casi nunca se efectúa con escritura e inscripción en el Registro de la Propiedad. Normalmente, se suscribe un documento privado, de tal manera que no hay transmisión actual de la cuota de dominio, sino que se pacta que la adquisición efectiva de la propiedad, mediante la escritura pública, tenga lugar en el momento de la entrega del piso o local. Esta fórmula es la que ofrece menos garantías para el comprador al quedar expuesto a una serie de riesgos por insolvencia, incumplimiento o quiebra del promotor-vendedor. Con anterioridad al momento de la entrega del piso o local no se reconoce al adquirente ningún derecho real sobre el mismo. Además, esta forma de contratación se lleva a cabo mediante condiciones generales. Se establece en las mismas que el promotor-vendedor queda liberado de cargas, riesgos y responsabilidades, mientras que se agrava extraordinariamente la posición del comprador. Ya nos hemos referido en este estudio a algunas cláusulas de las condiciones generales, poniendo de relieve que cuando limitan de manera injustificadamente lesiva los derechos del comprador, deben considerarse abusivas y, por consiguiente, ineficaces (31). Debemos señalar, sin embargo, que cuando el promotor construye y vende viviendas de protección oficial existen diversas normas jurídicas que protegen a los compradores, determinando que las compraventas celebradas han de ajustarse a un contenido preceptivo y contar con el visado de la Delegación Provincial del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. El artículo 13 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978 dispone que «los contratos de compraventa y arrendamiento de las viviendas de protección oficial deberán incluir las cláusulas que al efecto se establezcan por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, sin perjuicio de que las partes contratantes puedan pactar las que consideren oportuno respecto de aspectos no previstos en las cláusulas antes mencionadas. Dicha obligación será directamente exigida a los vendedores y arrendadores de viviendas de protección oficial. Los contratos de compraventa y de arrendamiento de viviendas de protección oficial habrán de visarse por las Delegaciones Provinciales del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, de acuerdo con lo previsto en el artículo ciento dieciséis del Decreto dos mil ciento catorce/mil novecientos sesenta y ocho de veinticuatro de julio, a petición del vendedor o arrendador. Los Patronatos de Casas Mili-

(30) FUENTES LOJO, *Suma de la propiedad por apartamentos*, I, Barcelona, 1979, p. 108.

(31) Aceptamos la tesis defendida por DE CASTRO, «*Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*», en este ANUARIO, 1961, pp. 295 ss., como hemos evidenciado en nuestro estudio «*La naturaleza del leasing o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales*», en este ANUARIO, 1982, I, pp. 73-86.

tares afectos al Ministerio de Defensa, así como los de las Fuerzas de Seguridad del Estado, se registrarán a estos efectos por su legislación particular».

Una Orden Ministerial de 26 de enero de 1979 («BOE», de 3 de febrero) ha establecido las indicaciones que tienen que constar expresamente en las compraventas. Básicamente, son las siguientes: a) Que la vivienda objeto de la transacción está sujeta a las prohibiciones y limitaciones derivadas del régimen de Viviendas de Protección Oficial del Real Decreto-Ley 31/1978 y demás disposiciones que lo desarrollan y, por consiguiente que las condiciones de utilización serán las señaladas en la calificación definitiva y los precios de venta no podrán exceder de los límites establecidos; b) Que el vendedor se obliga a entregar las llaves de la vivienda en el plazo máximo de tres meses contados desde la concesión de la calificación definitiva o desde la fecha del contrato, si fuera posterior, salvo que dicho plazo sea prorrogado por la Delegación del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo; c) Que el adquirente se obliga a ocupar la vivienda en el plazo máximo de tres meses a partir de la entrega de llaves, salvo que medie justa causa; d) Que el vendedor se obliga a poner a disposición del adquirente un ejemplar del contrato debidamente visado por la Delegación Provincial del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo; e) Que el vendedor se obliga a elevar a escritura pública el contrato privado de compraventa en el plazo de tres meses, a partir de la fecha de calificación definitiva de la vivienda o de la del contrato si fuera posterior, salvo que dicho plazo sea prorrogado por la Delegación Provincial del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo; f) Que los gastos concernientes a la declaración de obra nueva y división horizontal, así como los correspondientes a la constitución y división del crédito hipotecario serán, en todo caso, de cuenta del promotor de la vivienda; g) Que el comprador podrá instar la resolución del contrato si resultara un precio final de la vivienda superior en un 25 por 100 al inicialmente pactado, en cuyo caso el promotor deberá reintegrar las cantidades recibidas a cuenta, actualizadas según lo previsto en el artículo 11 del Real Decreto 3.148/1978 y en el Real Decreto 1.958/1980 de 20 de junio; h) Que igualmente podrá el comprador instar la resolución del contrato en el caso de denegación de la calificación definitiva de la vivienda.

El artículo 15 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978 impone a los promotores de viviendas de protección oficial la obligación de elevar a escritura pública, en el plazo de tres meses, a contar de la fecha de calificación definitiva, los contratos de compraventa celebrados con anterioridad a dicha calificación. Si la compraventa tuviera lugar con posterioridad a la calificación definitiva, dicho plazo se contará desde la firma del contrato. El vendedor está obligado a entregar en la Delegación Provincial copia simple de tal escritura en el plazo de quince días. Excepcionalmente, a instancia del promotor y mediante justa causa, la Delegación Provincial podrá prorrogar el plazo de elevación a escritura pública.

2. *Planteamiento del problema.*—En la Sentencia que comentamos se aprecia que nuestro Tribunal Supremo hace responsable al promotor por existir vicios de construcción en los pisos que ha vendido a las personas que integran la Comunidad de Propietarios. Se precisa con claridad que ha transcurrido el plazo de caducidad de seis meses, que establece el artículo 1.490 el Código civil para el ejercicio de las acciones edilicias, cuando el Presidente de la Comunidad de

Propietarios demanda al promotor-vendedor, a fin de que éste les indemnice por los daños y perjuicios que han sufrido por presentar vicios de construcción los pisos y locales adquiridos (32).

El problema que se plantea es similar al que se ha planteado en otras Sentencias del Tribunal Supremo, que salvan el obstáculo que representa el artículo 1.490 del Código civil, calificando al promotor como vendedor y contratista. De esta manera se aplica el artículo 1.591 del Código civil, cuando se produce la ruina de los pisos y locales vendidos, y las normas generales de la responsabilidad contractual, cuando éstos presentan vicios que no determinan la ruina.

Es importante señalar que nuestro Tribunal Supremo va a establecer exclusivamente la responsabilidad del promotor-vendedor. Quedan al margen de toda responsabilidad frente a los compradores los profesionales que el promotor-vendedor contrató para que se llevasen a cabo la construcción del inmueble (arquitecto, contratista...). Precisamente, en la contestación a la demanda la representación del promotor alegó la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, puesto que la actora únicamente reclamaba a la empresa vendedora, pero no a los constructores del inmueble. Sin embargo, en el recurso de casación no se alude a esta circunstancia.

Nos parece digno destacar que en casos semejantes al planteado en esta Sentencia, nuestro Tribunal Supremo ha declarado la responsabilidad directa de los profesionales que contrató el promotor-vendedor frente a los adquirentes y subadquirentes de los pisos y locales. Destaca especialmente la Sentencia de 1 de

(32) Es curioso comprobar que en las sentencias donde se cuestiona la responsabilidad del promotor-vendedor frente a los compradores de pisos y locales defectuosamente construidos, el Presidente de la Comunidad de Propietarios es el que ejercita la correspondiente acción contra el promotor-vendedor en representación de aquélla. Nadie ha dudado que el Presidente está legitimado para ejercitar las acciones por vicios de la construcción en representación de la Comunidad de Propietarios. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1977 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, núm. 1.658) el recurrente alegó, entre otras cosas, la falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido parte en el pleito los propietarios de las viviendas del edificio y sí sólo el Presidente de la Comunidad de Propietarios. Nuestro Tribunal Supremo afirma que el Presidente de la Comunidad de Propietarios del inmueble está investido de plena capacidad procesal para actuar en el caso enjuiciado, como representante legal que es de la misma en juicio y fuera de él, según dispone el artículo 12 de la Ley de 21 de julio de 1960, pues no cabe olvidar que la acción versa sobre reparación y sustitución de tuberías que afecta, no sólo a cada piso en particular, sino a la totalidad del edificio y, por consiguiente, a los elementos comunes del mismo. En esta línea hay que situar también a las Sentencias muy recientes de 21 de diciembre de 1981 y 30 de abril de 1982.

El problema más interesante que se plantea consiste en decidir si están legitimados los propietarios singulares de pisos para dirigirse contra el promotor-vendedor. Lo ha admitido nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de 27 de enero de 1977, citada en la nota 27, y las Sentencias de la Audiencia Territorial de Barcelona de 24 de marzo de 1971 y 22 de enero de 1973 (en *Revista Jurídica de Cataluña*, enero-marzo, 1973, pp. 69-71). Sobre la solución de este problema en la doctrina, consúltese HERRERA CATENA, *La legitimación (activa y pasiva) al ejercitar las acciones derivadas de los artículos 1.591 y 1.909 del C. c.*, en la *Revista Profesional del Ilustre Colegio de Abogados de Granada*, 1969, pp.19-20, y CADARSO, *La responsabilidad decenal...*, p. 189.

abril de 1977, que comentamos en este ANUARIO (33), que establece que la Comunidad de Propietarios puede dirigirse directamente contra el contratista que contrató el promotor-vendedor. En esta Sentencia sólo se establece la responsabilidad del contratista frente a los adquirentes de los pisos y locales; el promotor-vendedor queda al margen de toda posible responsabilidad frente a éstos. Para nuestro Tribunal Supremo, los compradores de los pisos y locales son causahabientes del promotor-vendedor y por ello pueden dirigirse directamente contra el contratista que aquél contrató para que construyera el inmueble. En cambio, en la Sentencia de 21 de abril de 1981, que comentamos en este ANUARIO (33 bis), se afirma la responsabilidad solidaria del promotor-vendedor y de los arquitectos que intervinieron en la obra. Y en la reciente Sentencia de 8 de febrero de 1982 se afirma que el promotor-vendedor responde directamente frente a los compradores y los profesionales que ha contratado de forma subsidiaria.

3. *Solución del problema.*—El problema planteado ha sido examinado en Francia, Bélgica, Italia y Alemania. Veamos cómo ha sido enfocado y solucionado en estos países y en España.

a) *Derecho francés.*—Hay que tener presente que existe una normativa que soluciona específicamente este problema. La Ley de 3 de enero de 1967, que ha conferido una nueva redacción a diversos artículos del Código civil francés, se ocupa del mismo. Antes de exponer cómo lo ha solucionado la citada disposición legal, es útil mostrar la forma en que fue examinado por la doctrina y la jurisprudencia con anterioridad a su promulgación. Un importante sector doctrinal entendió que el promotor es exclusivamente vendedor de pisos y locales. En ningún caso puede ser considerado como contratista o mandatario de los compradores, aunque se vendan inmuebles en construcción. DENOYELLE (34) afirma que el «candidato a propietario» que contrata con un promotor tiene el sentimiento de comprar un inmueble o fracción de inmueble. Lo que espera es la entrega del mismo en el tiempo fijado. Contempla este inmueble en su estado de terminación y se desinteresa de los problemas que plantea su realización. No quiere hacer construir, sino obtener un inmueble construido. Lo que el promotor espera del «candidato a propietario» es que le abone el precio convenido. Por ello, la obligación de cada una de las partes es la entrega del inmueble y el pago del precio. De acuerdo con este planteamiento tiene aplicación exclusiva la normativa del Código civil sobre la compraventa, con independencia de que se haya vendido el inmueble en construcción o terminado. Esta tesis es también aceptada por WALET (35), SIZAIRE (36) y DAVID (37). Puntualizan DAVID y DENOYELLE

(33) Véase «*La legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal*», en este ANUARIO, 1978, III, pp. 667 ss. En igual sentido se pronuncia también la reciente Sentencia de 21 de diciembre de 1981.

(33 bis). En este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1099-1100.

(34) DENOYELLE, *Le promoteur de constructions immobilières*, París, 1965, páginas 116 ss.

(35) WALET, *Les sociétés de constructions*, París, 1966, p. 260.

(36) SIZAIRE, *Reflexions sur la situation juridique du promoteur de constructions immobilière*, en *Gazette du Palais*, 1961, p. 7.

(37) DAVID, *Les différents modes d'accession à la copropriété par appartements*, tesis doctoral (mecanografiada), París, 1962, p. 112.

que el adquirente se puede subrogar en la posición jurídica del promotor-vendedor y dirigirse contra el arquitecto o el contratista, que no están liberados de la responsabilidad decenal por el hecho de la venta del inmueble (38).

Otro sector doctrinal entendió que era necesario diferenciar la venta de inmuebles terminados y la venta de inmuebles cuya construcción no ha concluido (la venta de inmuebles a construir). CORNU, al igual que la Sentencia de la Corte de Casación francesa de 26 de febrero de 1963 (39), que se refiere a la venta de un inmueble terminado, niegan en este caso la aplicación de los artículos 1.792 y 2.270 del Código civil francés, porque suponen siempre la existencia de un contrato de obra o empresa. Sin embargo, precisa CORNU que esta solución no puede extenderse a la hipótesis vecina en la que se inserta un contrato de empresa. En este caso tienen aplicación los artículos citados (40).

Cuando la venta tiene por objeto pisos y locales en estado de futura terminación, CRIQUI y KRESS (41) afirman con claridad que, en tanto que venta, implica la garantía del vendedor. Pero, además, en razón de la obligación de hacer asumida por el vendedor, el contrato de venta en estado de futura terminación se asemeja a un contrato de obra o empresa, y el vendedor se encuentra sometido a la responsabilidad prevista por los artículos 1.792 y 2.270 del Código civil, que son de orden público.

La Ley de 3 de enero de 1967 (42) ha configurado un sistema armónico, que despeja todas las dudas que existían con anterioridad. Esta Ley, de marcado carácter imperativo, ha añadido un nuevo capítulo al título de la venta del Código civil francés, donde aparece una nueva rúbrica: «De la venta de inmuebles a construir». El contrato de venta de inmueble a construir es definido legalmente como aquél por el cual el vendedor se obliga a edificar un inmueble en el plazo determinado en el contrato (artículo 1.601-1): Quedan al margen de la aplicación de esta Ley la denominada venta de inmueble inacabado, en la que el vendedor no asume la obligación de terminarlo, y la venta de inmueble terminado, es decir, llave en mano. La fijación del plazo de construcción es un requisito esencial para la validez del contrato de venta de inmueble a construir. Su omisión determina la nulidad por falta de un elemento esencial para su perfección. La ley permite al comprador ceder los derechos y obligaciones derivados del contrato sin el consentimiento del vendedor (artículo 1.601-4). Se ha regulado especialmente la responsabilidad del vendedor por razón de los vicios de construcción, insertándose en el Código civil tres nuevos artículos, que provienen de las leyes de 7 de julio de 1967 y 4 de enero de 1978. En relación con los vicios de construcción, el vendedor no está liberado, ni antes de la recepción de los tra-

(38) DAVID, *Les différents modes d'accession à la copropriété...*, p. 112; DENOYELLE, *Le promoteur...*, p. 243.

(39) *Gazette du Palais*, 1963, I, p. 433.

(40) CORNU, *Les articles 1.792 et 2.270 du Code civil sont déclarés inapplicables au vendeur d'une maison construite de ses mains* en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1963, pp. 749-750.

(41) CRIQUI y KRESS, *Les cadres juridiques de l'accession directe à la propriété des logements en cours de construction*, en *L'accession à la propriété dans la construction moderne*, 63 Congrès des Notaires de France, Clermont-Ferrand, 1965, p. 98.

(42) Esta ley es reproducida íntegramente por MALINVAUD y JESTAZ, *Le droit de la promotion immobilière*, París, 1976, pp. 507 ss.

bajos, ni antes de la expiración del plazo de un mes después de la toma de posesión por el adquirente, incluso si los vicios son aparentes (artículo 1.642-1). La acción debe ser interpuesta, bajo pena de caducidad, en el año que sigue a la fecha en que el vendedor puede ser liberado de los vicios aparentes (artículo 1.648). Según el artículo 1.646-1, cuyo texto procede de la Ley de 4 de enero de 1978, son aplicables al vendedor del inmueble a construir los artículos 1.792, 1.792-1, 1.792-2 y 1.792-3, que establecen la responsabilidad del contratista, del arquitecto y de los técnicos de construcción, por presentar vicios el inmueble construido.

La venta de inmueble a construir puede ser concluida a término o en estado de futura terminación (artículo 1.601-1). A ambos tipos de ventas se aplican las reglas expuestas. En la venta a término, la propiedad del inmueble vendido permanece en manos del vendedor hasta que se comprueba por acto auténtico la conclusión del inmueble. En este momento, la propiedad se transmite inmediatamente al comprador con efectos retroactivos, lo que comporta la nulidad de cualquier acto dispositivo que en el tiempo intermedio hubiese efectuado el vendedor. El comprador no está obligado a pagar el precio convenido hasta el momento en que tiene lugar la entrega del inmueble (artículo 1.601-2).

La venta en estado de futura terminación se caracteriza porque el comprador adquiere con la perfección del contrato la propiedad sobre la parte proporcional del suelo correspondiente a su piso o local, así como lo que está ya construido. Las obras posteriores, a medida que se van realizando, devienen propiedad directa del comprador. Como se ve, el contrato surte automáticamente efectos reales, a pesar de lo cual el vendedor conserva las facultades de director de la obra hasta la recepción de los trabajos. Por lo que se refiere al pago del precio, el comprador está obligado a satisfacerlo a medida que la obra se ejecuta (artículo 1.601-3) (43).

Cuando la venta tiene por objeto un inmueble terminado, la Ley de 4 de enero de 1978 considera constructor, a efectos de la aplicación del artículo 1.792, que configura la responsabilidad por vicios de la construcción, a toda persona que vende, *después de la terminación*, una obra que ha construido o hecho construir (artículo 1.792-1). El artículo 1.792-5 establece que toda cláusula de un contrato que tenga por objeto, sea excluir o limitar la responsabilidad prevista en los artículos 1.792, 1.792-1 y 1.792-2, sea excluir la garantía prevista en el artículo 1.792-3 o de limitar su alcance, sea descartar o limitar la solidaridad prevista en el artículo 1.792-4, es considerada no escrita.

MALINVAUD y JESTAZ (44), especialistas destacados en la materia, puntualizan que la Ley de 4 de enero de 1978, al reformar el artículo 1.792, ha querido que los que adquieren después de la terminación de la construcción tengan una garantía idéntica a la que antes de la terminación aparece en el artículo 1.646-1. Los pisos vendidos después de la terminación no están sometidos actualmente al derecho común de garantía en la venta.

La Ley de 4 de enero de 1978 ha configurado un seguro de responsabilidad de carácter obligatorio, que debe ser suscrito por todas las personas enumeradas

(43) Sobre la interpretación de esta normativa, véase MALINVAUD y JESTAZ, *Le droit de la promotion immobilière*, París, 1980, 2.^a ed.

(44) MALINVAUD y JESTAZ, *Le droit de la promotion...*, p. 353.

en el artículo 1.792-1. Entre estas personas se encuentra el promotor-vendedor, como hemos apuntado.

b) *Derecho belga*.—Con anterioridad a la promulgación de la Ley de 9 de julio de 1971, denominada Ley *Breyne* (45), se planteó el problema de precisar el régimen aplicable a la venta de inmuebles construidos y a la venta de inmuebles por construir o en vías de construcción. En el primer caso se estimó comunemente que se aplicaba exclusivamente el derecho común de la compraventa. No existe un contrato de obra o empresa que pueda justificar la responsabilidad decenal del promotor-vendedor por presentar vicios el inmueble vendido. En este sentido se pronunció la Corte de Casación belga en la Sentencia de 9 de septiembre de 1965 (46), que no consideró aplicable el artículo 1.792, que establece la responsabilidad decenal del contratista, en el caso referido. Al comentar esta sentencia, GLANSDORF y BURGARD afirman la necesidad de la existencia de un contrato de obra o empresa para que pueda aplicarse el artículo 1.792 del Código civil. Sin embargo, señalan que es deseable la intervención del legislador, que ha de evitar el riesgo de que la autocontratación, por la vía de una venta posterior, acompañada de una cláusula de no garantía, signifique una escapatoria a una responsabilidad que todos están de acuerdo en considerar de orden público.

Mayores dudas suscitó la venta de inmuebles a construir o en vías de construcción. La mayor parte de la doctrina y sobre todo los Tribunales (47), entendieron que la obligación de construir que pesa sobre el promotor-vendedor tiene que regirse por las reglas del contrato de obra o empresa. Estaríamos en presencia de un contrato de naturaleza mixta con obligaciones típicas de la compraventa y del contrato de obra o empresa. En relación con los vicios ocultos del inmueble vendido en construcción rigen los artículos 1.792 y 2.270 del Código civil. Además, puntualiza HANNEQUART (48), que más allá de las divergencias existentes en la doctrina, la práctica ha usado frecuentemente la combinación del contrato de venta y del contrato de obra o empresa.

En contra de esta tesis, ABEY y otros autores (49) han estimado que la obligación de construir que pesa sobre el promotor-vendedor está regida por las reglas del contrato de compraventa y no por las del contrato de obra o empresa. Sólo existe un contrato mixto, con elementos de la compraventa y del contrato de obra, cuando ésta haya sido la voluntad formal de las partes.

La publicación de la Ley de 9 de julio de 1971 ha disipado cualquier tipo de duda sobre la materia. La venta de inmuebles terminados se rige por las normas generales de la compraventa, mientras que la venta de inmuebles por construir o en construcción se rige por la normativa específica de la citada ley. El artículo 1 dispone que esta ley se aplica a toda convención que tenga por objeto la transferencia de la propiedad de una casa o de un apartamento por construir o

(45) El articulado de esta ley es reproducido por HANNEQUART, *Le droit de la construction*, Bruxelles, 1974, pp. 177 ss.

(46) Cfr. *Journal de Tribunaux*, 1966, pp. 577 ss.

(47) Amplia referencia en FLAMME, *Le droit belge de la promotion immobilière*, rapport présenté aux journées d'études á Bruxelles des 16 et 17 novembre 1973 consacrées au droit comparé de la construction, p. 15; HANNEQUART, *Le droit de la construction...*, p. 24, nota 68.

(48) HANNEQUART, *Le droit de la construction...*, p. 24.

(49) ABEY, *La propriété des appartements*, 2.ª ed., Bruxelles, 1967, pp. 98-99.

en vía de construcción, así como a toda convención que se refiera a la obligación de construir, hacer construir o procurar un inmueble, cuando la casa o el apartamento está destinado a la habitación o a la actividad profesional y de habitación y que, en virtud de la convención, el comprador o dueño de la obra está obligado a efectuar pagos antes de la terminación de la construcción.

El artículo 6 considera aplicables los artículos 1.792 y 2.270 del Código civil, que establecen la responsabilidad decenal del contratista, al vendedor que enajena casas o apartamentos que cumplan las condiciones del artículo 1.

La garantía debida por el vendedor beneficia a los propietarios sucesivos de la casa o del apartamento vendido. La acción sólo puede ser ejercitada contra el vendedor originario. Si en el inmueble colectivo uno de los apartamentos ha sido vendido antes de su terminación, la responsabilidad del vendedor, en cuanto a las partes comunes de los apartamentos vendidos después de su terminación, es igualmente regida por el artículo 6 (50).

c) *Derecho italiano*.—La doctrina italiana ha diferenciado la venta de pisos y locales terminados y la venta de pisos y locales en construcción. En este caso, SALIS (51), RUBINO (52), GIANNATTASIO (53) y, en general, la doctrina italiana, entienden que el promotor-vendedor ha asumido una obligación contractual de construir el inmueble, que confiere al contrato una naturaleza mixta. Existen elementos del contrato de compraventa y del contrato de obra por empresa (*appalto*). RUBINO (54) precisa que se trata de una venta de cosa futura. La cosa debe ser producida por el propio vendedor, que asume la obligación de producirla (en el caso, la construcción del edificio). Si bien en la venta de cosa futura ésta es sólo una obligación preliminar, en el sentido ya declarado, la prestación que es objeto, aisladamente considerada, no difiere sensiblemente de la típica del empresario (*appaltatore*). Es claro que las normas dictadas para un tipo contractual, relativamente a una prestación característica del mismo, pueden aplicarse también a un contrato que pertenece a un diverso tipo, cuando en este último, en el caso concreto, aparezca insertada la prestación característica del primer tipo. La objeción de que en la compraventa la garantía por vicios tiene una propia disciplina, puede superarse si se entiende referida a la hipótesis normal, es decir, cuando el vendedor no había asumido también una obligación de hacer (en sentido estricto), la construcción de la cosa. Se puede, por lo tanto, aplicar el artículo 1.669 del Código civil, que establece la responsabilidad decenal del empresario (*appaltatore*), ya que el vendedor ha asumido contractualmente la obligación de construir el edificio.

(50) Sobre esta normativa, ver HANNEQUART, *Le droit de la construction...* pp. 149 ss.; DE SURAY, *Vente et entreprise des immeubles. Commentaire de la loi du 9 juillet 1971*, Bruxelles, 1972; RIGAUX, *La loi de 9 juillet 1971, réglant la construction d'habitations à construire ou en voie de construction*, en *Entreprise et Droit*, 1972, pp. 115 ss.

(51) SALIS, *Acquisto di appartamenti in edificio da costruire*, en *Rivista Trimestriale di Diritto e Procedura Civile*, 1960, p. 53.

(52) RUBINO, *La compravendita*, 2.ª ed., Milano 1962, en el *Trattato di Diritto Civile* de Cicu-Messineo, XXIII, pp. 211 ss.; también en *L'appalto*, vol. 7, tomo 3.º, del *Trattato di Diritto Civile Italiano* de Vassalli, Torino, 1951, páginas 340-341.

(53) GIANNATTASIO, *L'appalto*, vol. XXIV, 2.º del *Trattato di Diritto Civile* de Cicu-Messineo, Milano, 1967, p. 225.

(54) RUBINO, *La compravendita...*, p. 211.

Para FURGUIELE (55), la discusión no puede plantearse a nivel rigurosamente técnico, sino en la intención de lograr una equitativa composición de los intereses de las partes. La jurisprudencia y la doctrina, virtualmente conformes en la aplicación del artículo 1.669, han admitido razones más o menos convincentes (naturaleza extracontractual de la responsabilidad ex artículo 1.669; identidad de la prestación sancionada en el artículo 1.669 con la prestación de la compraventa de cosa futura). Pero, en realidad, la aplicación del artículo 1.669 se hace necesaria por lo anticuado de las acciones edilicias derivadas del contrato de compraventa, pensadas para una economía campesina ya superada.

La solución debe ser otra cosa cuando la venta se concluye después de haberse terminado la construcción del inmueble. Cuando el vendedor ha construido el inmueble con la intención de venderlo, apunta RUBINO (56) que la situación presenta una cierta analogía con la venta de cosa futura, ya que prácticamente, pero no jurídicamente, la construcción ha sido hecha por cuenta de otro, aunque la persona del destinatario fuese en ese momento indeterminada. Sin embargo, existe un obstáculo insuperable desde el lado formal, porque el vendedor no ha asumido la obligación contractual de construir, a la que se vincula la aplicación del artículo 1.669. Según RUBINO, cuando el vendedor ha mandado construir el inmueble a un empresario, el comprador puede invocar el artículo 1.669, pero sólo contra el empresario, actuando en calidad de causahabiente del vendedor; contra este último únicamente tiene la garantía de la venta.

ICHINO (57) se ha dado cuenta del problema que se produce por la brevedad del plazo para el ejercicio de las acciones edilicias. El artículo 1.495 del Código civil italiano establece el plazo de un año a contar desde la entrega. La exigencia de una adecuada protección de los compradores del inmueble puede ser lograda, además de con la garantía propia de la compraventa, en virtud de la acción por error en la cualidad del objeto.

FURGUIELE (57 bis) señala que, en función de una valoración fundamentalmente objetiva, puede considerarse oportuna la aplicación de la normativa específicamente prevista para el contrato de obra por empresa (*appalto*), no sólo a la hipótesis de venta de cosa futura, sino también a la del constructor que enajena un inmueble ya construido. Las características del perjuicio que sufre el adquirente y de la responsabilidad del enajenante no son divergentes a las de la venta de inmueble en construcción.

La posición de la jurisprudencia italiana no es totalmente coincidente con la de la doctrina dominante. La conveniencia de proteger adecuadamente a los compradores de pisos y locales ha determinado que los Tribunales apliquen en todo caso el artículo 1.669 del Código civil. Se destaca la brevedad del plazo de la acción por vicios en la cosa vendida, que prescribe cuando ha transcurrido un año desde la entrega, mientras que el artículo 1.669 establece una responsabilidad que dura diez años desde la terminación de la obra inmobiliaria. Al conceptuarse

(55) FURGUIELE, *Vendita di cosa futura e aspetti di teoria del contratto*, Milano, 1974, pp. 455-459.

(56) RUBINO, *La compravendita...*, p. 212.

(57) ICHINO, en *Foro Padano*, 1948, I, 397. Citado por RUBINO, *La compravendita...*, p. 211.

(57 bis) FURGUIELE, *Vendita de cosa futura...*, p. 459.

la responsabilidad ex artículo 1.669 del Código civil como extracontractual y de orden público, puede ser invocada por cualquier tercero que sufra un daño derivado de la ruina del inmueble. Con este título y no como comprador, el adquirente puede dirigirse directamente contra el vendedor, no en cuanto tal, sino como puro y simple constructor. De esta manera se considera pasivamente legitimado ex artículo 1.669 frente al comprador al vendedor que haya construido con propia gestión directa, quedando sólo excluidas aquellas hipótesis en que el vendedor no sea un constructor profesional o no haya construido el inmueble con propia gestión directa, sino que lo haya hecho construir por un empresario. En este sentido se pronuncian las Sentencias de la Corte de Casación italiana de 14 de junio de 1958, 14 de mayo de 1958, 12 de abril de 1957 y 15 de junio de 1955 (58). No obstante, la Sentencia de la Corte de Casación italiana de 19 de febrero de 1965 (59) extiende la legitimación pasiva a cualquier constructor, aun cuando no sea un profesional.

La argumentación de la Corte de Casación no es compartida por la mayor parte de la doctrina, que afirma la naturaleza contractual de la responsabilidad decenal del empresario (*appaltatore*), disciplinada por el artículo 1.669 (60). Además, GIANNATTASIO (61) destaca la perplejidad que provoca la doctrina de la Corte de Casación por el carácter excepcional que se reconoce al artículo 1.669, que no autoriza una interpretación tan amplia.

d) *Derecho alemán*.—En relación con el problema planteado existe una consolidada doctrina del *Bundesgerichtshof*: las pretensiones de los adquirentes por presentar vicios el inmueble se rigen por la normativa del BGB sobre el contrato de obra (*Werkvertrag*) cuando el promotor asume la obligación de construirlo, es decir, cuando la venta tiene por objeto un inmueble en construcción. Esta doctrina se basa en que el promotor asume en el momento de la celebración del contrato de venta una obligación de construir, que justifica la aplicación de la normativa del BGB sobre el contrato de obra. Por esto, en vez de aplicarse el parágrafo 477 del BGB se tiene en cuenta el parágrafo 638 del BGB, que fija un plazo de cinco años para el ejercicio de la acción por vicios en la cosa construida. Esta doctrina es afirmada por las Sentencias de 16 de abril de 1973 (62), 4 de diciembre de 1975 (63) y 6 de noviembre de 1975 (64), y otras citadas por la doctrina (65). De acuerdo con este planteamiento se infiere, como apunta BRAMBRING (66), que si en el momento de la conclusión del contrato el

(58) En *Massimario de Il Foro Italiano*: 1958, 2026; 1958, 1575; 1957, 1253; 1955, 1825.

(59) Reproducida por MOROZZO DELLA ROCA, *L'appalto nella giurisprudenza*, Padova, 1972, pp. 335-336.

(60) Cfr. RUBINO, *La compravendita...*, p. 211; GIANNATTASIO, *L'appalto*, p. 224.

(61) GIANNATTASIO, *L'appalto...*, p. 224.

(62) *Neue Juristische Wochenschrift*, 1973, pp. 1235-1236.

(63) *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, pp. 515-516.

(64) *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, pp. 143-144.

(65) Cfr. LOCHER, *Das private Baurecht*, München, 1978, p. 250; BRAMBRING, *AGB-Gesetz und Gewährleistung in Bauverträgen*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1978, p. 779; WERNER-PASTOR, *Des Bauprozess*, Düsseldorf, 1978, p. 645.

(66) BRAMBRING, *AGB-Gesetz...*, 779.

inmueble está terminado o a falta de tareas sin importancia, las pretensiones por vicios del inmueble sólo pueden ser determinadas por la normativa del contrato de compraventa. No obstante, la Sentencia del *Bundesgerichtshof* de 5 de mayo de 1977 (67) configura siempre la responsabilidad del promotor por vicios en el inmueble de acuerdo con la normativa del BGB sobre el contrato de obra, con independencia de que en el momento de la celebración de los contratos concluidos con los adquirentes el inmueble estuviese terminado o en construcción. El *Bundesgerichtshof* justifica esta solución en que la situación de los intereses es igual si el inmueble estaba terminado en el momento de la celebración del contrato de compraventa o sólo en parte. En un nuevo inmueble construido, muchos vicios, y sobre todo sus causas, se aprecian a menudo solamente con el transcurso de los años. Precisamente por esto el legislador ha limitado a cinco años el plazo de prescripción en caso de construcción de un edificio (parágrafo 638 del BGB), en lugar de un año como en la compraventa (parágrafo 477 del BGB).

Comentando la sentencia citada, BRAMBRING (68) apunta que, en definitiva, la *ratio decidendi* se encuentra en que el plazo para el ejercicio de la acción por vicios en la cosa vendida, que establece el parágrafo 477 del BGB, es muy corto en el supuesto de inmuebles recién construidos. La protección del interés de los adquirentes exige situar las pretensiones por vicios en la normativa del BGB sobre el contrato de obra, cuyo artículo 638 establece un plazo de cinco años para el ejercicio de las acciones correspondientes.

A nivel doctrinal, WERNER-PASTOR (69) exponen la opinión de LOCHER, que tiene en cuenta el estado de la construcción para determinar la naturaleza jurídica del contrato. Si en el momento de la celebración del contrato el inmueble está terminado, el componente de contrato de obra debe ceder en favor de la compraventa.

BRAMBRING (70) adopta una solución semejante. Pone de relieve el carácter sorprendente de la Sentencia del *Bundesgerichtshof* de 5 de mayo de 1977. Si en el momento de la celebración del contrato el inmueble está terminado, falta la obligación de construir, que es típica del contrato de obra. Por ello no puede ser calificado de esta manera el contrato. Sólo puede existir una compraventa. En cambio, cuando en el momento de la conclusión del contrato el inmueble no está terminado, puede afirmarse la existencia de un contrato mixto (*gemischter Vertrag*) con caracteres del contrato de compraventa y del contrato de obra con suministro de materiales. En este caso, el promotor debe la construcción del inmueble, lo que justifica la aplicación del parágrafo 638 del BGB cuando presente vicios de construcción. BRAMBRING señala que esta tesis es defendida por la mayor parte de la doctrina alemana: KOEBLE, GLANZMANN, SCHMIDT, RIEDLER y PALAND-THOMAS (71).

En contra de esta tesis mayoritaria, BRYCH apunta que los referidos tipos de contratos deben enjuiciarse siempre según la normativa del contrato de com-

(67) *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, pp. 1336-1338.

(68) BRAMBRING, *AGB-Gesetz...*, p. 779.

(69) WERNER-PASTOR, *Des Bauprozess...*, 645.

(70) BRAMBRING, *AGB-Gesetz...*, pp. 779-780.

(71) Ver PALAND-THOMAS, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 39 ed., München, 1980, pp. 2252 ss.

praventa. BRAMBRING (72) comenta esta opinión, considerándola insostenible en base a las razones apuntadas. Además, WERNER-PASTOR (73) destacan que la opinión de BRYCH no cuenta con partidarios en la doctrina.

Con anterioridad a la Ley de Condiciones Generales (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*), de 9 de diciembre de 1976 (74), que entró en vigor el 1 de abril de 1977, el *Bundesgerichtshof*, en la Sentencia de 29 de marzo de 1974 (75), afirmó que los promotores pueden exonerarse de la obligación de garantía, típica de la compraventa celebrada con el adquirente del piso o local, si han cedido a los compradores las acciones que pueden ejercitar contra los arquitectos y contratistas. Sin embargo, los promotores siguen respondiendo subsidiariamente en la medida en que los compradores no obtienen la reparación del daño sufrido en virtud del ejercicio de las acciones cedidas.

La Ley sobre Condiciones Generales ha considerado ineficaces determinadas cláusulas de exclusión de la obligación de garantía o de la responsabilidad por razón de las cualidades aseguradas (artículos 11, núm. 10 y 11, núm. 11). Ambos preceptos son aplicables en el supuesto que estamos analizando (76).

e) *Derecho español*.—En la sentencia que comentamos, nuestro Tribunal Supremo imputa al promotor-vendedor la responsabilidad que el artículo 1.591 del Código civil atribuye al contratista y al arquitecto. Establece, pues, una responsabilidad derivada del defectuoso cumplimiento de una obligación (la construcción del inmueble) que procede del contrato de obra. Para justificar esta solución, nuestro Tribunal Supremo se limita a acoger la doctrina jurisprudencial que aplica el artículo 1.591 del Código civil cuando los pisos y locales vendidos por el promotor presentan vicios o defectos de construcción. Nos parece, por consiguiente, necesario exponer esta doctrina jurisprudencial.

El origen de la posición de nuestro Tribunal Supremo se encuentra en la importante Sentencia de 11 de octubre de 1974 (77). Los hechos de la misma son los siguientes: el Presidente de una Comunidad de Propietarios interpone demanda contra determinadas personas que han construido y vendido un inmueble por pisos, una vez concluida su construcción. Se solicita indemnización de daños y perjuicios en razón de vicios de construcción, consistentes en el estado de ruina de la fachada, que hubo de ser recompuesta. Los demandados se oponen a la demanda, alegando que fueron unos meros propietarios del inmueble y que, en su caso, la única acción que puede ejercitarse contra ellos es la de saneamiento que regula el Código civil en los artículos 1.484 y siguiente, la cual ha caducado. La sentencia de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Territorial revoca en parte de esta Sentencia, condenando a los promotores-vendedores, quienes interponen recurso de casación, que no prospera.

(72) BRAMBRING, *AGB-Gesetz...*, p. 779.

(73) WERNER-PASTOR, *Des Bauprozess...*, p. 257.

(74) PALANDT-HEINRICHS, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, pp. 2226 ss., recogen y comentan el articulado de esta disposición legal.

(75) *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, pp. 1135-1137.

(76) Sobre las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad del promotor, consúltese el estudio citado de BRAMBRING y la monografía de LOCHER, *Das private Baurecht...*, pp. 252 ss.

(77) En *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1974, núm. 3798.

En el considerando primero se plantea con claridad el problema: «El tema básico alrededor del cual gira el presente recurso es determinar si la moderna terminología de promotor de una construcción es o no equiparable a la de contratista a los efectos de la responsabilidad que determina el artículo 1.591 del Código civil o por el contrario queda al margen de aquélla y de la consiguiente responsabilidad que establece el indicado precepto, puesto que ejercitada por los actores su acción al amparo del mismo... los demandantes hoy recurrentes... pretenden excluir aquella responsabilidad aduciendo que fueron unos meros propietarios del inmueble, que enajenaron una vez construido, y que en su caso la única acción que podría ser ejercitada contra los mismos sería la de saneamiento que se autoriza y regula a través del artículo 1.484 y siguiente del Código civil, que se halla prescrita».

Pero esta tesis de los demandados recurrentes es rechazada en el segundo considerando «porque, en el caso de autos, los recurrentes promovieron la construcción de un edificio sobre un solar de su propiedad con la finalidad de enajenarlo por pisos en régimen de propiedad horizontal, lo que llevaron a cabo después de terminar las obras, procediendo posteriormente a la enajenación de aquéllos; es cierto que el término de promotor no fue utilizado por el Código civil, por ser desconocido en aquella fecha el carácter de constructor con la amplitud y características del denominado actualmente promotor, que reúne en una misma persona generalmente el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante o vendedor de los diversos locales o pisos en régimen de propiedad horizontal y beneficiario del complejo negocio jurídico, lo que no obsta para que en la realización o ejecución del proyecto utilice personal más o menos especializado al que ha de contratar para llevar a cabo la ejecución material de los distintos elementos que integran la construcción de un edificio, cual realiza también el simple contratista, por ello la responsabilidad a que se refiere el artículo 1.591 recae sobre el promotor o constructor del edificio en su totalidad, a lo que no es obstáculo su carácter de propietario que no le puede exculpar o liberar de la responsabilidad que establece el artículo 1.591 del Código civil para el constructor o ejecutor de la obra en la totalidad de su proyección, la que como queda dicho realiza en su beneficio, encaminada al tráfico de la venta a terceros frente a los que es responsable, con arreglo al expresado precepto del Código civil; otro criterio representaría el desamparo de los compradores de pisos adquiridos a través de esa modalidad de la construcción por medio de la cual se lleva a cabo hoy día la mayoría de las adquisiciones de pisos de nueva planta, lo que no puede ser tutelado por la Ley».

Unos días después, el 17 de octubre de 1974 (78), el Tribunal Supremo reitera la doctrina de la Sentencia expuesta. El supuesto de hecho de la Sentencia de 17 de octubre de 1974 es similar al anterior, aunque se venden pisos en construcción. Los pisos se enajenan cuando solamente están forjados los pisos de la planta baja, primera y parte de la segunda. En Primera Instancia se condena a los que intervinieron en la construcción. La Audiencia Territorial condena sólo al promotor-vendedor, absolviendo al resto de los demandados. El recurso de

(78) En *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1974, núm. 3896.

casación es únicamente estimado por razón de incongruencia en relación con la cifra tope de la indemnización.

En el considerando tercero de la sentencia se afirma: «Aunque el artículo 1.591 fue promulgado en época en que la relación jurídica normal que ofrecía la construcción de edificios era la derivada del contrato de empresa que concertaba el dueño del terreno con un empresario constructor —vulgarmente denominado contratista—... ello, sin embargo, no es óbice para que tal precepto se aplique a situaciones o relaciones jurídicas que con aquélla guarden analogía y no se hallen reguladas de modo específico por la norma, debido a no haber aparecido con posterioridad a su promulgación». Y «esto ocurre —señala el cuarto considerando— con la situación del dueño del terreno que se convierte en su propio constructor o contratista y concierta contratos separados con los diferentes gremios que han de intervenir en la construcción, para vender seguidamente de concluida la obra —e, incluso, a la vista del plano— los locales y viviendas que la integran; no podrá alegar que como no ha celebrado un contrato de obra con un único empresario, ya no puede hablarse de contratista responsable, pues ello equivaldría a permitir un fraude de ley, porque, en supuestos tales, aquel primitivo propietario del terreno, que construye indirectamente por medio de los múltiples gremios que él coordina, asume, en realidad, la cualidad de contratista, con las obligaciones y responsabilidades que a éste le impone el mencionado precepto, frente a quienes por compra posterior adquieren de él toda o parte de la obra construida, y no queda exonerado de ellas por tal enajenación, ya que, con semejante tesis y la argumentación de que el comprador no tenía contra él más acción que la de saneamiento por vicios ocultos del artículo 1.490 del Código civil, resultaría que se habrían extinguido las responsabilidades que determinadamente establece el referido artículo 1.591 para el constructor o contratista y el arquitecto, con tal de que la ruina de la obra se manifestase después de los seis meses siguientes a la compraventa, aunque no hubieren transcurrido diez años desde la conclusión de la obra». Por último, y aludiendo a la doctrina de la Sentencia de 5 de mayo de 1961 en orden a la transmisión de la acción de responsabilidad decenal a los subadquirentes, añade el considerando quinto que, «háyase realizado la obra por medio de un contratista único que haya pactado con el propietario del terreno o háyase ejecutado por éste mediante contratos separados con los distintos gremios que intervienen en la construcción, los adquirentes de los pisos y locales del edificio tienen a su favor las acciones de resarcimiento que específicamente señala el artículo 1.591 del Código civil, bien contra el contratista único —si ha existido—, o bien contra el propio dueño del edificio que realizó su construcción coordinando los diferentes gremios que en ella intervinieron».

La doctrina de estas Sentencias es reproducida en la de 28 de octubre de 1974 (79), que se refiere a la venta de un inmueble (80) por pisos que adolecen de vicios de construcción (graves defectos en la azotea que produjeron filtraciones de aguas y molestias a los propietarios de la Comunidad). La demanda se interpone cuando han transcurrido cerca de siete años desde la realización de la

(79) En *Jurisprudencia civil. Edición oficial*, núm. 411.

(80) No se especifica en la Sentencia el momento en que tuvo lugar la venta.

obra. En Primera Instancia se absuelve al promotor-vendedor, pero la Audiencia Territorial revoca este fallo, condenándole a indemnizar a la Comunidad de Propietarios. No prospera el recurso de casación.

A nuestro juicio, es indudable que el recurso de casación es rechazado por defecto formal en su interposición. El recurrente no ha expresado el concepto, esto es, si lo ha sido por violación, interpretación errónea o aplicación indebida, vicio formal que lo hace incurso, según el Tribunal Supremo, en la causa de inadmisión prevista en el número cuarto del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que en esta fase decisoria determina su desestimación, mas aunque así no fuese..., esta Sala, en Sentencias de 11 y 17 de octubre del año en curso, ha establecido que el comprador tiene acción contra el vendedor-constructor para exigirle el cumplimiento de la obligación que deriva o tiene su origen en un precepto legal, el artículo 1.591 del Código civil (Considerando segundo).

Unos años más tarde encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979 (81), que se refiere a un caso de venta de pisos terminados, que presentan vicios de construcción. Estos vicios motivaron el desprendimiento de los azulejos de las terrazas de los pisos, afectando a su aspecto exterior y poniendo en grave peligro la integridad física de las personas que circulasen bajo las terrazas. Los citados vicios se hicieron patentes cuando había transcurrido ampliamente el plazo de seis meses que establece el artículo 1.490 del Código civil para el ejercicio de las acciones edilicias. La Comunidad de Propietarios adopta en Junta extraordinaria el acuerdo de demandar al promotor-vendedor. El Juez de Primera Instancia lo condena a indemnizar de daños y perjuicios al demandante. Apelado este fallo por ambas partes, la Audiencia Territorial aumenta la cuantía de la indemnización. El promotor-vendedor interpone recurso de casación, que es desestimado.

En esta Sentencia, a diferencia de las anteriores, no se considera aplicable el artículo 1.591 del Código civil, puesto que los vicios no ocasionaron la ruina del inmueble. Por esto se afirma en el considerando 4.º y 5.º lo siguiente: «Que en el campo del contrato de obra y con referencia al caso de ejecución defectuosa por no ajustada a la pericia profesional exigible, es claro que tal hipótesis, no prevista en la parca regulación del Código civil para evento distinto del aludido en el artículo mil quinientos noventa y uno, determinará la consiguiente responsabilidad del contratista con relación al comitente o su sucesor a título universal o particular, obligada como efecto de ese cumplimiento irregular o inexacto, derecho al resarcimiento que se actuará bien mediante la reparación *in natura* si así es postulada, realizando las obras de corrección necesaria, incluso a costa del contratista (artículos mil noventa y uno y mil noventa y ocho del Código civil), bien a través del cumplimiento por equivalencia (artículo mil ciento uno), siempre, claro está, que los vicios de la obra no revistan tal grado de imperfección que por hacerla impropia para satisfacer el interés del dueño permita el ejercicio de la acción resolutoria con arreglo al artículo mil ciento veinticuatro, soluciones las aludidas que vienen autorizadas por los principios generales de la responsabilidad contractual de correcta aplicación al tema, dada la carencia de

(81) Hemos comentado esta Sentencia en este ANUARIO, 1980, I, pp. 194 ss. «Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979».

preceptos concretos..., con lo que, por el mismo cauce de los anteriores, plantea la infracción por violación de los artículos mil cuatrocientos ochenta y cuatro y mil cuatrocientos noventa del Código civil, a todas luces ajenos a una controversia que no se disciplina mediante la pauta de las acciones edilicias propias del contrato de compraventa, y si bien algún sector de la doctrina científica ha contemplado la posibilidad de aplicar las normas por vicios ocultos establecidas para esa modalidad contractual proyectándolas al arrendamiento de obra, ni tal parece ha sido recibido por la jurisprudencia, ni sus propugnadores con reservas dejan de admitir las grandes dificultades que ofrece la solución, principalmente por la brevedad de los plazos que se seguirían para descubrir en tan escaso tiempo los defectos ocultos de lo edificado».

Al comentar esta Sentencia hemos precisado que, a diferencia de las Sentencias de 11 y 17 de octubre de 1974, no se declara expresamente que el promotor es vendedor y contratista. Sin embargo, de la doctrina de los considerandos transcritos se infiere con claridad esta postura (82).

En la Sentencia de 28 de enero de 1980 (83) se plantea un caso similar: en el inmueble vendido (84) por pisos aparecen determinados defectos de construcción. Al margen de las acciones edilicias, el Presidente de la Comunidad de Propietarios demanda al promotor-vendedor, con el propósito de que éste repare los defectos y les indemnice por los daños y perjuicios sufridos. En Primera Instancia es desestimada la demanda. La Audiencia Territorial revoca el fallo de la sentencia apelada, condenando al promotor-vendedor a indemnizar a la Comunidad de Propietarios. No prospera el recurso e casación interpuesto.

Nuestro Tribunal Supremo afirma en el considerando 1.º: «Está suficientemente claro que la acción que se ejercita en el pleito origen de este recurso es la «ex contractu» derivada, no del total incumplimiento de la obligación pactada en el contrato de compraventa de inmuebles, sino la de incumplimiento parcial o cumplimiento incorrecto o defectuoso, con la finalidad de obtener el «id quod interest», es decir, el resarcimiento para los compradores de la cosa vendida —los varios pisos—, con lo que se quiere decir que la Comunidad actora y recurrida no solicita el cumplimiento, un «facere», sino su equivalente en dinero por los perjuicios derivados de la lesión de su derecho, proveniente de la incorrecta conducta contractual de la vendedora recurrente, acción que evidentemente puede elegir y ejercitar el comprador para la satisfacción de su derecho, independiente o distintamente de las que nuestro Código civil le ofrece, tal las previstas en el artículo 1.484 o, más específicamente, y diferenciada en cuanto a los sujetos pasivos y supuesto de hecho, en el artículo 1.591, opción de la que ya habló y autorizó la Sentencia de esta Sala de 28 de noviembre de 1970 en cuanto a las acciones ejercitables, con la admisión de la misma que la que aquí se actúa, seguramente con la mira puesta en razones de justicia y de utilidad o política jurídica, para que los compradores puedan en todo caso obtener satisfacción de su derecho en los supuestos de construcciones y entregas de pisos no ajustadas a la

(82) Ver nota 81, pp. 215-216.

(83) Anotada en este ANUARIO, 1980, IV, pp. 998-999. También en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, núm. 170.

(84) No se especifica en la Sentencia el momento en que tuvo lugar la venta de los pisos del inmueble.

«lex artis» ni a las exigencias legales de higiene y seguridad —tal el caso actual— por desgracia frecuentes en época de masivas edificaciones».

Llegamos de esta manera a la Sentencia que comentamos, de 9 de marzo de 1981, que se limita a acoger la doctrina jurisprudencial que hemos expuesto. Concretamente, se afirma en el considerando 2.º que se trata de reclamaciones, muy de nuestro tiempo, hechas por los compradores de pisos o locales a promotores o vendedores por supuestos defectos constructivos, independientes de todo vicio del suelo o de la construcción, con adecuado encaje en el artículo 1.591 del Código civil, conforme a la interpretación jurisprudencial de que son muestra las Sentencias que la resolución impugnada cita y las de 11, 17 y 24 de octubre de 1974 y 1 de abril de 1977, entre otras muchas. De igual manera que en las referidas sentencias, ha transcurrido el plazo de caducidad de seis meses, que establece el artículo 1.490 del Código civil, cuando se demanda al promotor-vendedor. Además, no se determina en la sentencia el momento en que tuvo lugar la venta de los pisos del inmueble. El Tribunal Supremo acoge la doctrina de las Sentencias citadas, que, como vimos, se aplican tanto a la venta de pisos y locales terminados como a la de pisos y locales en proyecto o construcción.

Con posterioridad a la Sentencia que comentamos, el 21 de abril de 1981 ha sido publicada otra sentencia que sigue la línea jurisprudencial expuesta. El supuesto de hecho de la Sentencia es el siguiente: un promotor vende numerosos pisos, sin que se precise en la sentencia el momento en que tuvieron lugar las ventas. El Presidente de la Comunidad de Propietarios solicita en la demanda la responsabilidad solidaria del promotor-vendedor, de los arquitectos y del aparejador, por observarse graves defectos en la cimentación del inmueble adquirido. El Juez de Primera Instancia afirma la aplicación del artículo 1.591 del Código civil y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que afirma que las responsabilidades establecidas en este artículo son solidarias, sólo condena solidariamente al promotor-vendedor y a los arquitectos a indemnizar de daños y perjuicios a la Comunidad de Propietarios. Este fallo es confirmado por la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo.

Se aprecia con claridad que, en esta Sentencia, el Tribunal Supremo considera responsable al promotor-vendedor de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1.591 del Código civil. Como hemos apuntado en la anotación a esta Sentencia, la «ratio» de la doctrina de la misma debe encontrarse en la asimilación del promotor-vendedor al contratista (84 bis), porque, si no fuese así, no tendría sentido aplicar el artículo 1.591 del Código civil, que contempla al arquitecto y al contratista.

En un supuesto de venta de pisos terminados, que presentan vicios de construcción, nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 25 de enero de 1982, tiene en cuenta la doctrina de las Sentencias de 11 y 17 de octubre de 1974 y considera aplicable el artículo 1.591 del Código civil.

La Sentencia de 8 de febrero de 1982 es la última que ha sido dictada por nuestro Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del promotor por presentar vicios de construcción los pisos y locales vendidos. El supuesto de hecho de la sentencia es el siguiente: un promotor vendió a las personas que in-

(84 bis). En este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1099-1100.

tegran la Comunidad de Propietarios los pisos del edificio construido. Desde el momento de la entrega de los pisos, la pintura que cubre las fachadas del edificio empezó a escamarse y desprenderse, apreciándose una capa de enfoscado de un material blanco de escasa dureza. Por este motivo, el Presidente de la Comunidad de Propietarios demanda al promotor-vendedor, al contratista, al arquitecto y al aparejador. El Juez de Primera Instancia condena al promotor-vendedor, como responsable directo de los defectos de construcción, a realizar las obras precisas para dejar en perfecto estado las fachadas del edificio, y para el paso de imposibilidad de cumplimiento por parte del referido demandado, condena a los mismos extremos y en forma solidaria a los otros tres demandados. La Audiencia Territorial confirma la sentencia apelada, excepto en cuanto al pronunciamiento por el que se condena al arquitecto (85). No prospera el recurso de casación interpuesto por el promotor-vendedor.

Nuestro Tribunal Supremo afirma la compatibilidad de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida, de la acción de responsabilidad decenal del artículo 1.591 del Código civil y de las acciones generales de incumplimiento, de tal manera que los adquirentes de los pisos y locales pueden dirigirse contra el promotor-vendedor por cualquiera de estas vías. En el considerando 3.º de la sentencia se dice concretamente: «Aun cuando la parte actora (la Comunidad de Propietarios), según doctrina sentada por esta Sala, está legitimada para ejercitar directamente la acción para exigir las responsabilidades derivadas del artículo 1.591, ello no le priva en forma alguna de ejercitar las otras derivadas de su contrato de compraventa, sin que haya necesariamente que estimarse que la primera es preferente a esta última. De acuerdo con el considerando 2.º no se considera de aplicación indebida los artículos 1.091, 1.101 y 1.258 del Código civil, puesto que reconocida la existencia de los contratos de compraventa, tales preceptos son aplicables a los hechos denunciados. Además, se precisa en el considerando 4.º, el recurrente (el promotor-vendedor) tiene la facultad de exigir en el procedimiento correspondiente las responsabilidades derivadas de los contratos celebrados con los condenados subsidiariamente (contratista y aparejador). Es evidente que no se dan las condiciones necesarias para la existencia de un enriquecimiento».

Como conclusión, la doctrina jurisprudencial expuesta, que es fielmente seguida por la Sentencia que comentamos, se apoya en dos razones para atribuir al promotor-vendedor la responsabilidad que nuestro Código civil imputa al contratista que ejecuta defectuosamente su prestación. En primer lugar, el promotor-vendedor realiza una actividad semejante a la del contratista. En segundo lugar, la solución propuesta es necesaria para la adecuada protección de los compradores, con independencia de que adquieran pisos o locales en proyecto, en construcción o terminados. En numerosos casos los vicios se patentizan cuando ha transcurrido el plazo de seis meses que establece el artículo 1.490 del Código civil para el ejercicio de las acciones edilicias.

Debido a la importancia del problema planteado, no es extraño que numerosos autores hayan tratado de resolverlo, aplicando el artículo 1.591 del Código civil

(85) No deja de ser llamativo que se condene al aparejador y se exonere de responsabilidad al arquitecto, actuando el aparejador bajo el control del arquitecto.

con independencia del momento en que tuvo lugar la venta de los pisos o locales. Así, MULLERAT BALMAÑA (86) se limita a decir que el comprador, además de las acciones derivadas de la obligación de saneamiento de los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y de las derivadas de los principios generales que regulan los efectos del incumplimiento de las obligaciones, dispone de la acción derivada de la responsabilidad del constructor por defectos en el modo de construir o en la calidad de los materiales empleados (artículo 1.591). En idénticos términos se pronuncian DEL ARCO y PONS (87). HERRERA CATENA (87 bis) entiende que el vendedor-constructor se encuentra legitimado del mismo modo que el arrendatario de obra, tanto en el supuesto de «construcción sobre plano» para un adquirente determinado como en el de construcción para un destinatario inicialmente indeterminado. Este autor puntualiza que desarrollará ampliamente esta opinión en un futuro trabajo.

Numerosos autores, en cambio, defienden puntos de vista que no son totalmente coincidentes con el de nuestro Tribunal Supremo. ROVIRA JAÉN (88) plantea la posibilidad de aplicar el artículo 1.591 del Código civil en la denominada compraventa de pisos futuros. Distingue dos casos: cuando se trata de la venta de edificio futuro, que debe ser construido por el mismo vendedor en gestión directa, y cuando la persona que vende el edificio futuro no es el constructor directo, pues encarga su construcción a un tercero. Según este autor, en el primer caso es procedente la aplicación del artículo 1.591 del Código civil. Argumenta de la siguiente manera: en la venta de cosa futura, cuando la cosa vendida deba ser producida por el mismo vendedor, éste asume normalmente una obligación de contenido positivo consistente en producirla (como ocurre en el caso de la construcción de un edificio). Esta obligación positiva, como hemos defendido, es consecuencia, no de un contrato en vía de formación, sino de un contrato obligatorio perfecto y completo, que lleva consigo tal obligación. Por otra parte, cuando las normas dictadas para un determinado tipo contractual, relativamente a una prestación que le es característica, pueden ser aplicadas también a un contrato o un tipo diverso, cuando esto último (la obligación de construir) está inserto en la prestación característica del primero. En el segundo caso, es decir, cuando una persona vende el edificio que ha encargado construir a un tercero (el constructor), parece que el comprador tiene una acción contra el vendedor (por las reglas de la garantía por vicios dictadas para las ventas) y además una acción contra el constructor por el artículo 1.591 del Código civil como subrogado en los derechos que tendría el vendedor contra el contratista.

Según FERNÁNDEZ COSTALES (89) es preciso diferenciar al promotor-constructor y al promotor. Solamente es admisible la aplicación del artículo 1.591 del

(86) MULLERAT BALMAÑA, *La responsabilidad del promotor de edificios. Acciones del comprador de viviendas y locales por causa de defectos*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1978, p. 170.

(87) DEL ARCO y PONS, *Derecho de la construcción*, Madrid, 1980, p. 289.
 (87 bis) HERRERA CATENA, *Responsabilidades en la construcción*, I, Granada, 1974, p. 218.

(88) ROVIRA JAÉN, *La compraventa de cosa futura*, en *Estudios de Derecho Privado dirigidos por MARTÍNEZ-RADIO*, vol. II, Madrid, 1965, pp. 1149-150.

(89) FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1977, pp. 372-373.

Código civil, si el promotor es a la vez constructor. Pero, en este caso, ya no hace falta la asimilación promotor-constructor pues respondería evidentemente por esta última cualidad. Esta argumentación determina que FERNÁNDEZ COSTALES encuentra serias dificultades para admitir la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 11, 17 y 28 de octubre de 1974) que aplica el artículo 1.591 al promotor. Alega dos razones: 1.^a) El promotor, como propietario que es, no tiene función específica en la construcción de un edificio salvo los derechos y obligaciones derivados de los contratos que celebran con esta finalidad y si interviene estaríamos en presencia del supuesto de una inmisión del dueño de la obra, como hemos estudiado anteriormente. Por tanto, al imponérsele esta responsabilidad al promotor, estaríamos en presencia de una *responsabilidad sin facultades*. 2.^a) No puede existir desamparo de los compradores porque, como hemos visto en la legitimación activa y como expresamente reconoce el mismo Tribunal Supremo, el comprador o adquirente del edificio percibe todas las acciones transmisibles que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad y es evidente que está revestido de la acción que le concede el artículo 1.101 del Código civil con carácter general y específicamente el artículo 1.591 del mismo Cuerpo legal.

Para DE LA CÁMARA MINGO⁹⁰ (90), si el contrato se celebra cuando el edificio está construido, se trata evidentemente de la venta de un inmueble, regulándose por las disposiciones de la compraventa de inmuebles. En cambio, cuando el contrato se celebra con base en un proyecto, se trata de un supuesto análogo al de suministro del terreno por el contratista y, por tanto, la solución debe ser analógicamente la misma: es un contrato complejo de promesa de venta y de construcción de edificio.

La mayor parte de los autores que han analizado el problema precisan que procede la aplicación del artículo 1.591 del Código civil en el supuesto de venta de pisos o locales en proyecto o construcción, porque nos hallamos ante una compraventa en que previamente a la entrega existe una obligación de hacer para que aquélla se produzca. Concorre, pues, con el «dare» típico de la compraventa, el «facere» propio del contrato de obra, lo que confiere al contrato una naturaleza compleja. En virtud de esta naturaleza cabría sostener sin violencia que para estos efectos el comprador puede ser considerado como comitente y el vendedor-constructor como contratista (91).

(90) DE LA CÁMARA MINGO, *Derecho civil básico. Los contratos relacionados con la construcción*, en Tratado del Derecho referente a la construcción y a la arquitectura, dirigido por GARCÍA GAYO y LÓPEZ ORTIZ, vol. IV, Madrid, 1964, pp. 567-569.

(91) Cfr. GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, pp. 269-270; BATISTA MONTERO-RÍOS, *Las servidumbres en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamento en edificio por construir*, en «Revista de Derecho Privado», 1962, p. 200; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-2.º, Barcelona, 1973, pp. 84-85; CARRASCO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, pp. 249-250; SÁPENA, CERDÁ y SOTO, *Las garantías de los adquirentes...*, p. 81; DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO, *Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana*, en «Revista de Derecho Notarial», 1969, pp. 162 y 189; LUCAS FERNÁNDEZ, *La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación del solar a cambio de pisos en el edificio a construir*, en «Revista de Derecho Notarial», 1967, pp. 281-282; FUENTES LOJO,

Se aprecia con claridad que no se establece la distinción propuesta por ROVIRA JAÉN a la hora de aplicar el artículo 1.591 del Código civil. Entre los autores que mantienen este punto de vista, merece especial consideración la opinión de CADARSO, que se ha ocupado de comentar críticamente la doctrina de las Sentencias de 11, 17 y 28 de octubre de 1974, que aplican el artículo 1.591 del Código civil, no sólo en el supuesto de venta de pisos y locales en proyecto o construcción, sino también en el de pisos y locales terminados. Con claridad y precisión señala CADARSO (92) que siendo el objeto de la venta de pisos terminados o «llave en mano» una cosa actual, el negocio en que cristaliza la operación se nos presenta como un contrato cuyo sinalagma se desinteresa, en principio, del proceso productivo y concierne, ante todo, a una estricta operación de cambio. Más adelante, cuestiona: ¿cómo metamorfosear el sinalagma contractual? El procedimiento para la conversión del promotor en contratista requerirá una cierta dosis de alquimia jurídica. El propietario del terreno que, con la finalidad de vender por pisos el edificio terminado, acomete la edificación encomendando las obras a diversos gremios especializados no es evidentemente un contratista. Por una razón simple: falta el previo encargo de obra. Si el contrato final de venta no se puede convertir en un inicial contrato de obra, mal se percibe cómo, a pesar de ello, el vendedor haya podido devenir contratista. No es seguramente otra la dificultad que lleva al Tribunal Supremo a una incorrecta afirmación, cual es la que se contiene en el cuarto considerando de la Sentencia de 17 de octubre de 1974 al referirse a «la situación del dueño del terreno que se convierte en su propio constructor o contratista»: ¿cabría admitir sin reparos tan singular figura de «autocontrato de obra»?

Alguna peculiaridad presenta la tesis de MONET ANTÓN (93) al cuestionar la aplicación del artículo 1.591 del Código civil. Distingue entre el contrato de piso proyectado y el celebrado sobre piso en construcción. El primero lo califica como compraventa con prestación subordinada de contrato de obra, prestación ésta antecedente o medio para posibilitar la prestación principal. Como se ve, el punto de vista de MONET ANTÓN se asemeja al de los autores últimamente citados. La divergencia surge en relación con el contrato sobre venta de piso en construcción, que este autor califica como venta especial, venta con obligación de terminar la construcción, que genera en favor del comprador un *ius ad rem* a los efectos del artículo 1.473 del Código civil y la garantía fundamental para caso de incumplimiento del artículo 1.124, así como la aplicación de la regulación legal de la compraventa a la materia propia de los riesgos y el saneamiento, aunque reconoce que la equidad y la buena fe parecen apoyar la aplicación en esta materia de la regulación propia del contrato de empresa.

Parece, pues, evidente que en la venta de piso en construcción MONET ANTÓN propugna la aplicación de la normativa del contrato de obra o empresa (básicamente el artículo 1.591 del Código civil) por una pura razón de equidad.

Suma de la propiedad por apartamento, I, Barcelona, 1979, pp. 145, 152 y 153; MUÑOZ DE DIOS, *El fraude en la compraventa...*, en «Revista de Derecho Privado», 1981, p. 1062.

(92) CADARSO, *La responsabilidad decenal...*, pp. 246-247.

(93) MONET ANTÓN, *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, Valencia, 1967, pp. 18 ss. Referencia en SAPPENA, CERDÁ y SOTO, *Las garantías de los adquirentes...*, pp. 74-75.

Finalmente, queremos señalar que, en relación con la venta de piso futuro, ROVIRA JAÉN (94) pone de relieve que algunos autores, como TRAVIESAS siguiendo a GUILLOUARD, creen que el artículo 1.591 establece una responsabilidad extracontractual de orden público y puede, en consecuencia, hacerse valer contra el contratista por cualquier tercero que esté dañado por la ruina del inmueble, y en virtud de este título, y no como comprador del apartamento futuro, podría ejercitar la acción del artículo 1.591 contra el vendedor.

4. *Opinión personal.*—Hemos visto que nuestro Tribunal Supremo aplica el artículo 1.591 del Código civil, que establece la responsabilidad decenal del contratista, cuando el piso o local que vende el promotor-vendedor presenta vicios o defectos de construcción. Esta solución se aplica en los supuestos de venta de piso o local terminado y en proyecto o construcción.

A nuestro juicio, para solucionar adecuadamente el problema planteado debe tenerse en cuenta la distinción entre venta de piso o local terminado (la denominada venta «llave en mano») y venta de piso o local en proyecto o construcción (la conocida venta sobre «plano»). Así lo destaca la mayor parte de la doctrina y es la solución imperante en el Derecho comparado, como hemos expuesto ampliamente.

a) *La venta de piso o local terminado.*—Cuando el promotor vende pisos o locales terminados es muy problemático considerarlo como vendedor y contratista, y aplicar de forma conjunta la normativa del Código civil sobre los contratos de compraventa y obra. Existen importantes obstáculos para justificar que el promotor es, además de vendedor, contratista en relación con el comprador. No puede afirmarse que éste le ha encargado, en los términos del artículo 1.544 del Código civil, que construya el piso o local comprado, ya que en el momento en que el promotor-vendedor y el comprador se vinculan el piso o local está terminado. El comprador no ha encargado al promotor-vendedor que se proceda a la construcción del piso o local, lo cual es esencial para la existencia del contrato de obra, por más que algún autor afirme que el promotor-vendedor construye para un titular inicialmente indeterminado.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1974 (95) parece que se ha tenido en cuenta la circunstancia señalada, pues se alude a «la situación del dueño del terreno que se convierte en su propio constructor o contratista» (Considerando 4.º). Puede pensarse que nuestro Tribunal Supremo da a entender que en el caso de venta de piso o local terminado existe una especie de auto-contrato de obra, en el que el promotor-vendedor aparece como contratista y comitente (96). Consideramos necesario destacar que estas afirmaciones, aunque ingeniosas, chocan con la realidad de los hechos. Se trata de salvar las apariencias de corrección jurídica recurriendo a una ficción. En el supuesto contemplado, promotor-vendedor es el dueño de la obra que contrata a diversos profesionales para que lleven a cabo la construcción de un inmueble. El promotor-vendedor no actúa como contratista, sino exclusivamente como comitente o dueño del inmueble

(94) ROVIRA JAÉN *La compraventa de cosa futura...*, p. 149.

(95) Véase la nota 78.

(96) CADARSO alude también a esta cuestión en la página 247 de su conocida monografía.

que, una vez terminado, va a enajenar a determinadas personas (96 bis). Juzgamos más acorde con la realidad afirmar que el contrato que celebra el promotor-venedor con el comprador no puede ser en ningún aspecto de obra, ya que en el momento en que tiene lugar el contrato el piso o local está terminado. Por ello es indudable que este contrato sólo puede consistir en una compraventa.

Como hemos señalado anteriormente, nuestro Tribunal Supremo señala reiteradamente que la aplicación del artículo 1.591 del Código civil es conveniente para la adecuada protección del interés de los compradores de pisos y locales. Por ello se podría objetar que adoptamos una solución puramente formal o dogmática, olvidándonos de que el artículo 1.490 del Código civil establece un plazo de seis meses para ejercitar las acciones edilicias, que empieza a correr en el momento de la celebración de la compraventa del piso o local terminado. Esta objeción, que se basa en consideraciones de equidad, no puede ser ignorada. Desde una perspectiva metodológica y frente a posiciones estrictamente formalistas, tiene razón quien ha afirmado que «no siendo la ciencia jurídica una ciencia especulativa, sino propia de la razón práctica, habrá de atender a la aplicación de las normas, considerando la realidad social en su conjunto y en cada caso individual y concreto. Para que dicha ciencia merezca con razón el calificativo de jurídica, habrá de aspirar constantemente hacia un orden social y unas soluciones concretas las más justas y adecuadas a la naturaleza de las cosas» (97). Por estas consideraciones, en nuestro comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979 (98) hemos señalado que cuando se trata de una obra inmobiliaria, los seis meses que como plazo de caducidad establece el artículo 1.490 del Código civil (99), frustrarán en innumerables ocasiones el derecho del comprador, no ya por su desidia o inactividad, sino por la brevedad del mismo. Por esto afirmamos que no puede desconocerse que nuestro Tribunal Supremo trata de ofrecer una solución útil para proteger suficientemente a los adquirentes de pisos y locales defectuosamente construidos. Como ha destacado CADARSO (99 bis), al examinar este problema en relación con la doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo de 11, 17 y 28 de octubre de 1974, no pocas veces la incorrección formal es el precio que ha de pagar un derecho pretorio y atento a la evolución de los problemas. Sin embargo, el hecho de que neguemos la aplicación de la normativa del Código civil sobre el contrato de obra (en concreto, el artículo 1.591) cuando la venta tiene por objeto un piso o local terminado, no implica que postulemos la rígida aplicación del artículo 1.490 del Código civil, de tal manera que cuando ha transcurrido el plazo de caducidad de seis meses

(96 bis). Lógicamente estas consideraciones críticas tienen plena aplicación a la citada Sentencia del *Bundesgerichtshof* de 5 de mayo de 1977 y autores (BRYCH y FURGIUELE) que aceptan dicha tesis.

(97) C. B., *El negocio sobre cosa futura. Su construcción dogmática*, en este ANUARIO, 1976, IV, p. 1156.

(98) En este ANUARIO, 1980, I, pp. 209-210.

(99) Esta es la solución imperante en la jurisprudencia (Sentencias de 27 de diciembre de 1971, 22 de mayo de 1965, 5 de julio de 1957, 27 de mayo de 1957, 10 de enero de 1946) y en la doctrina (cfr. DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1979, pp. 338-339).

(99 bis) CADARSO, *La responsabilidad decenal...*, p. 252.

el adquirente del piso o local carece de toda acción contra el promotor-vendedor. En el mencionado comentario a la Sentencia de 3 de octubre de 1979 dijimos que ante la imposibilidad del ejercicio de las acciones edilicias (ha transcurrido el plazo de caducidad de seis meses que establece el artículo 1.490), nuestro Tribunal Supremo pudo acoger la doctrina jurisprudencial que afirma la compatibilidad de estas acciones con las generales de incumplimiento (100). Una buena parte de estas sentencias se refieren a la venta de un inmueble por pisos y locales que presentan vicios de construcción. Pueden citarse en este sentido las importantes Sentencias de 28 de noviembre de 1970 (101), 30 de noviembre de 1972 (102), 3 de febrero de 1975 (103), 28 de enero de 1980 (104) y 8 de febrero de 1982, que admiten la aplicación de las acciones generales de incumplimiento.

Pensamos que la citada doctrina jurisprudencial presenta menos dificultades que la aplicación de las normas del contrato de obra (artículo 1.591) cuando el promotor vende un piso o local terminado. El mayor problema que se plantea consiste en justificar esta tesis, de acuerdo con los principios de nuestro Derecho de Obligaciones. Recientemente, MORALES MORENO (105), en un estudio que ha publicado en este ANUARIO sobre el alcance protector de las acciones edilicias, después de destacar el escaso valor que en este punto nuestra jurisprudencia ha atribuido a la regla *Lex specialis derogat generalis*, pone de relieve que las acciones edilicias no suponen incumplimiento de una obligación del vendedor (relativa a un deber de prestación de la cosa sin vicio); ni tampoco exigen culpa en la oferta (cualitativamente imposible), ya que este caso se distingue en el Código (cfr. artículos 1.485, 1.486, II). Por ello deben ser consideradas como una forma de responsabilidad objetiva, prevista de modo especial, al margen de los criterios generales de responsabilidad contractual contemplados en el Código. Significan una atribución objetiva del riesgo al vendedor (106), de alcance limitado. El vendedor, que según los principios generales del Derecho de Obligaciones no tendría que responder de los defectos de la cosa, si actuó de buena fe y nada afirmó acerca de ella, tendrá que hacerlo por virtud del saneamiento. Pero, a cambio, la responsabilidad por el riesgo objetivamente atribuido va a ser limitada, en cuanto al tiempo (artículo 1.490) y en cuanto al contenido (artículo 1.486, I); en todo caso inferior a la fundada en las reglas generales de responsabilidad contractual (cfr. artículo 1.107). Esta atribución objetiva del riesgo, aunque no se justifique en las reglas generales de responsabilidad, no puede pensarse que sea injustificable o injusta para el vendedor. El

(100) Amplia referencia jurisprudencial en ESPÍN CÁNOVAS, *Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa y de las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales*, en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1967, pp. 913 ss., y MORALES MORENO, *El alcance protector de las acciones edilicias*, en este ANUARIO, 1980, III, pp. 678-679 y 683.

(101) En *Jurisprudencia civil. Edición oficial*, núm. 560.

(102) En *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, núm. 4689.

(103) En *Jurisprudencia civil. Edición oficial*, núm. 38.

(104) Véase la nota 83 de este estudio.

(105) MORALES MORENO, *El alcance protector de las acciones edilicias*, en este ANUARIO, 1980, III, pp. 585 ss.

(106) Así, R. BERCOVITZ (*Naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa*, en este ANUARIO, 1969, p. 803).

vendedor, aunque haya actuado de buena fe, ha obtenido, objetivamente, provecho del carácter oculto del vicio (facilita la venta, permite obtener mayor precio) y en la medida de ese provecho se le hace responder; lo cual parece justo, siempre que se limite el tiempo de duración de esta forma de responsabilidad. El efecto práctico que se logra a través de las acciones edilicias es asegurar a todo comprador una protección mínima, por razón de los defectos ocultos de la cosa. Protección muy útil para el comprador que no disponga de otro medio para exigir responsabilidad, pero también muy conveniente para el que pudiendo disponer de ellos prefriere limitar su pretensión a las acciones edilicias. En un orden teórico podría parecer que en estos casos (107), disponiendo el comprador de una protección más amplia, no tendrá interés en ejercitar las acciones especiales. Pero en un orden práctico puede no ocurrir así. La utilización de las acciones generales de responsabilidad impone al comprador la prueba, que puede resultarle especialmente dificultosa en algunos extremos, como, por ejemplo, el de la mala fe del vendedor. Las acciones de saneamiento aligeran la carga de la prueba, limitándola a la demostración de la existencia de vicios, e incluso la facilitan con algunas presunciones (cfr. artículo 1.497). No es extraño por ello que el comprador prefiera garantizar un resultado en el proceso, ejercitando estas acciones, para el caso de que no llegara a demostrar los presupuestos fácticos de las generales.

A nuestro juicio, hay que tener en cuenta además que la aplicación de las normas generales de la responsabilidad contractual, en la medida en que haya de afirmarse su compatibilidad con las relativas al saneamiento por vicios ocultos en la compraventa, como señala nuestro Tribunal Supremo y se desprende del planteamiento de MORALES MORENO, va a significar para el adquirente del piso o local terminado una protección bastante similar a la que derivaría de la aplicación del artículo 1.591 del Código civil. Tan cierto es esto, que nuestro Tribunal Supremo afirmó en la Sentencia de 19 de febrero de 1970 (108) la aplicación del artículo 1.124 del Código civil en un caso que encajaba perfectamente en el supuesto de hecho del artículo 1.591 (ruina de la obra inmobiliaria por vicios del suelo). Pero lo que nos interesa destacar es que las consecuencias que motivó la aplicación del artículo 1.124 fueron semejantes a las que nuestro Tribunal Supremo ha establecido cuando considera aplicable el referido artículo 1.591, ya que también en este caso el resarcimiento se fija de acuerdo con lo prescrito por los artículos 1.101 y siguientes del Código civil (Sentencias de 14 de noviembre de 1978, 3 de octubre de 1979 y 31 de octubre de 1980) (109). En realidad, la singularidad

(107) A nuestro juicio, los casos en que hay que admitir la compatibilidad de las acciones edilicias con las generales de incumplimiento son, sin lugar a dudas, aquéllos en que el vendedor se ha encargado previamente de la fabricación de las cosas vendidas y éstas son defectuosas, pues en estos casos puede evidenciarse una cierta impericia o negligencia en la fabricación, que sirva de fundamento a la aplicación de los artículos 1.101 y siguientes del Código civil.

(108) Esta sentencia es comentada por CADARSO, *El cumplimiento defectuoso y la responsabilidad por vicios del suelo en el contrato de obra. Comentario a la Sentencia del T. S. de 19 de abril de 1970*, en este ANUARIO, 1970, III, páginas 670-677. También Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1973, pp. 549-552.

(109) Las hemos anotado en este ANUARIO 1979, IV, pp. 949-953; 1980, I, pp. 194-223; 1981, III, pp. 896-898.

fundamental del artículo 1.591 respecto al 1.124 debe encontrarse en que el primero establece el denominado plazo de garantía decenal, al disponer que el contratista y el arquitecto responden de los daños y perjuicios si la ruina tuviera lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción.

Nos parece oportuno señalar también que nuestro Tribunal Supremo ha admitido otra solución satisfactoria para proteger, en el supuesto señalado, a los compradores de pisos y locales defectuosamente construidos. Se afirma que los compradores se subrogan en la posición jurídica del promotor-vendedor para dirigirse directamente contra el contratista o el arquitecto que el mismo ha contratado para la realización del inmueble. La Sentencia de 21 de diciembre de 1981 es la última que ha acogido esta doctrina. En el considerando segundo de la Sentencia de 20 de febrero de 1981 (110) se afirma que los derechos y obligaciones del contrato trascienden, con excepción de los personalísimos, a los causahabientes a título particular, que penetran en la situación jurídica mediante negocio celebrado con el primitivo contratante, según enseñan las Sentencias de 12 de noviembre de 1960, 27 de junio de 1961, 9 de febrero y 5 de octubre de 1965 y 25 de abril de 1975, y por lo que concierne al contrato de ejecución de obra la legitimación activa del subadquirente de un piso en régimen de propiedad horizontal para entablar acciones por prestación defectuosa o vicios en la cosa viene reconocida, con diverso fundamento, por la doctrina de los autores, y ha sido sancionada por la Sentencia de 5 de mayo de 1961. Nosotros hemos admitido la legitimación del adquirente de pisos o locales para ejercitar la acción de responsabilidad decenal (artículo 1.591 del Código civil) en los comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977 y 3 de octubre de 1979 (111), que siguen esta dirección jurisprudencial. Naturalmente, con este criterio jurisprudencial se remedia el problema que representa la brevedad del plazo de caducidad para el ejercicio de las acciones edilicias, puesto que el comprador se coloca en la posición jurídica del promotor-vendedor y ejercita la acción que éste tiene contra el contratista o el arquitecto que ha realizado defectuosamente su prestación. Sin negar lo acertado de esta tesis jurisprudencial, no podemos dejar de señalar que estamos en presencia de una facultad que tiene el comprador, pero que, desde luego, no impide que, si lo prefiere, el comprador pueda dirigirse directamente contra el promotor-vendedor, ejercitando las acciones edilicias, de carácter objetivo (artículo 1.485), o las generales de incumplimiento, si se cumplen las condiciones necesarias para ello.

La tesis que defendemos no deja de tener un importante apoyo en la propia jurisprudencia, ya que nuestro Tribunal Supremo, en supuestos de venta de pisos *terminados* que presentan defectos de construcción, confirmando el fallo de la Audiencia Territorial no ha considerado responsable al promotor-vendedor de conformidad con la normativa del Código civil sobre el contrato de obra (artículos 1.588 a 1.600), a pesar de que la misma se tuvo en cuenta en Primera Instancia, sino que ha afirmado que los compradores de los pisos (causahabientes a título particular) se subrogan en la posición jurídica del promotor-vendedor, pudiendo dirigirse directamente contra los profesionales (arquitecto, contratista...)

(110) La hemos anotado en este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1102-1104.

(111) En este ANUARIO 1978, III, pp. 667 ss.; 1980, I, pp. 194 ss.

que el mismo contrató para la construcción del inmueble. En este sentido son muy significativas las citadas Sentencias de 1 de abril de 1977 y 21 de diciembre de 1981. A nuestro juicio, esta solución jurisprudencial no es impedimento para que los compradores puedan, si lo prefieren, dirigirse contra el promotor-vendedor en base a las normas del Código civil sobre el saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida, o de acuerdo con las normas generales de la responsabilidad contractual, cuya aplicación, en tal caso, hemos defendido en este comentario. Evidentemente, si acaece esto, el promotor-vendedor tendrá acción de regreso contra los profesionales que contrató para la construcción del inmueble, siempre que pruebe que los vicios que éste presenta se deben a la ejecución defectuosa de sus prestaciones.

b) *La venta de piso o local en proyecto o construcción.*—En este supuesto la solución propugnada por nuestro Tribunal Supremo parece más viable. Estamos ante una venta de cosa a construir, que difiere notablemente del tipo de venta al que nos referimos anteriormente. Hay que tener en cuenta que, como ha escrito MORALES MORENO (112), si el vendedor ha fabricado el objeto habrá que atender a esa circunstancia para establecer su responsabilidad. Igualmente C. B. (112 bis) tiene razón cuando puntualiza que el contrato de compraventa típico da lugar a las obligaciones mutuas de la entrega de la cosa y del precio con arreglo a lo dispuesto en el Código civil. En los contratos de compraventa complejos habría de interpretarse la voluntad de las partes para saber qué obligaciones y derechos se han pactado y, en su caso, determinar qué normas propias de otros tipos de contratos —aparte de la compraventa— habrán de aplicarse y cómo combinar unas y otras del modo más adecuado.

A nuestro juicio, lo afirmado por los autores citados se aprecia con suma claridad en la venta de piso o local a construir, en la que una de las partes (el promotor-vendedor) se obliga frente a la otra (el comprador) a la construcción del piso o local. Existe indudablemente una obligación de hacer que recae sobre el promotor-vendedor. Este no se obliga solamente a entregar una cosa al comprador, sino que además asume la obligación de construir la cosa que ha de ser entregada. Esta obligación de construir es idéntica a la que caracteriza al contrato de obra (artículo 1.544 del Código civil). Como señala C. B. (113), en la venta de cosa a construir habrá obligaciones propias de los contratos de arrendamiento de servicios y arrendamiento de obra. Habrá de tenerse en cuenta lo establecido sobre estos contratos (artículos 1.589, 1.590 y 1.591 del Código civil).

Las afirmaciones precedentes ponen de manifiesto la inexactitud de la opinión de los autores (DENOYELLE, SIZAIRE, DAVID, AEBY y BRYCH) que ignoran el carácter complejo de la venta de pisos y locales a construir. Tampoco compartimos la opinión de ROVIRA JAÉN, que, como vimos, distingue la venta de piso o local a construir por el propio vendedor y la venta de piso o local que construye un tercero por encargo del vendedor. En el primer caso, si sobreviene la ruina se aplica el artículo 1.591 del Código civil, mientras que en el segundo caso no

(112) MORALES MORENO, *El alcance protector...*, p. 587.

(112 bis) C. B., *El negocio sobre cosa futura. Su construcción dogmática*, en este ANUARIO, 1976, IV, p. 1151.

(113) C. B., *El negocio sobre cosa futura...*, pp. 1151-1152.

tiene aplicación el mismo. Nosotros pensamos que la venta de piso o local a construir tiene carácter complejo. El promotor-vendedor se obliga frente al comprador a que se construya el piso o local. Asume una típica obligación de hacer, que pesa sobre él aunque contrate a un tercero (el contratista). Frente al comprador es exclusivamente el promotor-vendedor quien se obliga a construir el piso o local, pudiendo, naturalmente, servirse de otras personas para cumplir dicha obligación. En consecuencia, en los dos casos contemplados por ROVIRA JAÉN pesa sobre el promotor-vendedor la obligación de construir el piso o local y, por tanto, si se produce su ruina ha de afirmarse la responsabilidad del promotor-vendedor. De acuerdo con la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, el comprador podría subrogarse en la posición jurídica del promotor-vendedor para dirigirse directamente contra el contratista o el arquitecto que el promotor-vendedor ha contratado. El comprador actuaría como causahabiente a título particular del promotor-vendedor (114).

Por las razones que acabamos de exponer, tampoco puede admitirse la tesis de FERNÁNDEZ COSTALES, que no tiene en cuenta que si la venta tiene por objeto un piso o local en proyecto o construcción, el promotor-vendedor asume frente al comprador la obligación de que sea construido, con independencia de que él lo ejecute materialmente o contrate a un tercero, el contratista, para que realice tal cometido

DE LA CÁMARA MINGO tiene razón cuando afirma que la venta de un piso o local en proyecto o construcción tiene carácter complejo; sin embargo, no suele existir una promesa de venta cuando la celebran el promotor-vendedor y el comprador. En la mayor parte de los casos se celebra un auténtico contrato de compraventa, que tiene por objeto el piso o local en proyecto o construcción, al que se agrega la obligación de construirlo. Incluso cuando aparece en el contrato celebrado la expresión «promesa de comprar y vender», «compromiso de venta» u otra análoga, no debemos dejarnos influir decisivamente por ello. Con carácter general, al examinar las promesas de vender y de comprar, Díez Picazo (115) ha llamado la atención sobre el uso y abuso que en nuestra práctica jurídica se hace de las expresiones citadas, sin duda por olvidar que el contrato de compraventa es consensual y que su formalización en escritura pública, incluso cuando lo vendido son cosas inmuebles, no afecta a la perfección o validez del contrato y no tiene otro alcance que el que se deduce de la aplicación de los artículos 1.278 y 1.279 del Código civil. Conviene además recordar que la calificación de un negocio contractual no es la que las partes le asignen, sino la que se desprenda de su interno contenido y de la función que se trate de desarrollar.

Las observaciones precedentes son perfectamente aplicables al supuesto que nos interesa. El examen del contenido de buena parte de los contratos señalados demuestra claramente lo afirmado por el autor citado.

La tesis de MONET ANTÓN no es totalmente convincente. La afirmación de

(114) Sobre este importante problema, consúltense nuestros comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977 (en este ANUARIO, 1978, III, pp. 667 ss.) y 3 de octubre de 1979 (en este ANUARIO, 1980, I, pp. 202-204).

(115) Díez Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid, 1972, p. 211.

que en el supuesto de venta de piso o local en construcción sólo tienen aplicación las normas del contrato de obra por razones de equidad, cuando el piso o local presente vicios de construcción, no es acertada. A nuestro entender, la aplicación de estas normas se explica porque el promotor-vendedor asume en el momento de la celebración del contrato una obligación de construir, que es típica del contrato de obra. No comprendemos bien las razones que impulsan a MONET ANTÓN a decir que existe una prestación de obra en la venta de pisos en proyecto y no, en cambio, en la venta de pisos en construcción. Lo más lógico es entender que en ambos casos concurre dicha prestación de obra.

La tesis que basa la legitimación de los compradores en la naturaleza extracontractual de la responsabilidad decenal (cfr. artículo 1.591 del Código civil), que ha sido admitida por la jurisprudencia italiana y es aludida por ROVIRA JAÉN, al señalar que algunos autores españoles la defienden, puede defenderse siempre que se piense que la responsabilidad decenal tiene naturaleza extracontractual, como afirman en nuestra doctrina GARCÍA CANTERO (116), SANTOS BRIZ (117) y Cossío (118). Sin embargo, el problema radica en demostrar la naturaleza extracontractual de la mencionada responsabilidad. Nosotros hemos examinado esta interesante cuestión en varios trabajos (119), llegando a la conclusión de que esta responsabilidad tiene un marcado carácter contractual, como afirma la mayor parte de nuestra doctrina. En el supuesto contemplado en el artículo 1.591 del Código civil el contratista no ha cumplido correctamente con las reglas del arte de la construcción, que forman parte del contenido del contrato de obra por el cauce del artículo 1.258 del Código civil. La responsabilidad decenal es, por consiguiente, marcadamente contractual.

En conclusión, pensamos que la tesis defendida por la doctrina mayoritaria es la más acertada. En la venta de piso o local en proyecto o construcción existe con anterioridad a la entrega del mismo una obligación de hacer para que tenga lugar. Concurre con el «dare» típico de la compraventa el «facere» propio del contrato de obra, lo que confiere al contrato una naturaleza compleja. Esta tesis se acomoda perfectamente a los principios que informan a nuestro Código civil y conduce a consecuencia equitativas, porque determina una protección eficaz de los compradores de pisos o locales en proyecto o construcción, que podrán ejercitar la acción de responsabilidad decenal cuando los pisos o locales presenten vicios de construcción que ocasionen su ruina (artículo 1.591 del Código civil), y ejercitar las acciones por incumplimiento contractual, cuando los pisos o locales presenten vicios de construcción que no ocasionen su ruina (120).

Naturalmente, con mayor claridad aún que en la venta de pisos o locales terminados, los compradores podrán, si lo prefieren, dirigirse contra el promotor-

(116) GARCÍA CANTERO, *La responsabilidad por ruina del edificio ex artículo 1.591 del Código civil*, en este ANUARIO, 1963, pp. 1091 ss.

(117) SANTOS BRIZ, *El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*, en «Revista de Derecho Privado», 1972, p. 413.

(118) COSSÍO, *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1975, p. 427.

(119) Ver este ANUARIO: 1978, I, pp. 135-136; 1978, III, pp. 672-673.

(120) Esta es la solución defendida por la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979. Al comentar esta sentencia en este ANUARIO (1980, I, pp. 194 ss.) hemos llegado a la conclusión de que la aplicación de las

vendedor a través de las acciones generales de incumplimiento, como señalan las Sentencias citadas de 28 de enero de 1980 y 8 de febrero de 1982.

c) *Conclusión.*—Como hemos afirmado reiteradamente, nuestro Tribunal Supremo no distingue entre la venta de piso o local terminado y la venta de piso o local en proyecto o construcción. En ambos casos considera aplicable el artículo 1.591 del Código civil si los vicios son determinantes de la ruina, y las normas generales de la responsabilidad contractual si los vicios no producen la ruina, al no estar contemplado este tipo de vicios en la parca normativa del Código civil sobre el contrato de obra, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979 (Considerando cuarto). Sin embargo, nosotros hemos llegado a la conclusión de que la doctrina del Tribunal Supremo está plenamente justificada cuando la venta tiene por objeto pisos o locales en proyecto o construcción; en cambio, cuando la venta tiene por objeto pisos o locales terminados es difícilmente admisible. El problema que se plantea en este caso puede solucionarse satisfactoriamente teniendo en cuenta la compatibilidad de las acciones edilicias propias de la compraventa con las generales de responsabilidad contractual y a través de la doctrina jurisprudencial que afirma la subrogación del comprador en la posición jurídica del promotor-vendedor para dirigirse directamente contra los profesionales de la construcción que éste ha contratado para realizar la obra inmobiliaria. Pensamos, sin embargo, que sería conveniente una intervención del legislador encaminada a regular ordenadamente los múltiples problemas jurídicos que plantea la promoción inmobiliaria, sobre la que se asienta toda la dinámica jurídica de la construcción hoy en día. Ello sería un paso importante para el desarrollo del artículo 47 de la Constitución sin lugar a dudas, en la medida en que contribuiría a que los adquirentes de pisos y locales gozasen de una más adecuada protección. Precisamente, al comentar en este ANUARIO la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979, dijimos que es necesaria una disciplina legal que tutele suficientemente a los adquirentes, sobre todo cuando han tenido que entregar anticipadamente al promotor-vendedor importantes cantidades de dinero (121). Así lo estiman los autores que han comentado críticamente la Ley de 27 de junio de 1968 y, en general, los problemas que surgen en torno a la promoción inmobiliaria. Se exponen una serie de medidas de *lege ferenda*, que se articulan en una doble dirección, la de la calidad de la construcción y la de la titularidad de los pisos o locales (122). Para DE LA CÁMARA ALVAREZ (123), el sistema francés, aunque no esté exento de reparos, es bastante perfecto y completo. Podría, con los debidos retoques, servir de patrón al legislador español. La Ley francesa de 4 de enero de 1978 —pensamos nosotros— ha mejorado en buena medida este sistema al reformar el artículo 1.792

normas generales sobre la responsabilidad contractual es acertada para resolver el problema que plantea la existencia de vicios ocultos que no causan la ruina del inmueble construido, si bien debe también tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.591 del Código civil.

(121) En este ANUARIO, 1980, I, p. 223.

(122) Cfr. DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La insuficiencia normativa...*, pp. 82 ss.; SAPENA, GARRIDO y CERDÁ, *Las garantías de los adquirentes...*, pp. 90 y ss.; MUÑOZ DE DIOS, *El fraude en la compraventa...*, pp. 1.066 ss. Téngase también en cuenta lo que afirmamos en la nota 18 de este comentario.

(123) DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La insuficiencia normativa...*, pp. 82 -83.

del Código civil, que se aplica, como hemos visto, tanto al promotor que vende pisos y locales en construcción como al que los vende terminados. Además, ha creado un seguro obligatorio de responsabilidad en la construcción, que alcanza al promotor-vendedor, y configurado un sistema de responsabilidad de carácter solidario (124).

Nos parece interesante concluir este comentario jurisprudencial reseñando que el día 23 de noviembre de 1979 fue publicado en el «Boletín de las Cortes Españolas» un Proyecto de Ley sobre Protección Pública a la Vivienda, en desarrollo del artículo 47 de la Constitución, donde se disciplina la promoción privada de actuaciones en vivienda (artículos 22 y siguientes). Las medidas de protección dispensadas a los compradores de este tipo de viviendas aparecen básicamente en los artículos 24, 25 y 26, que se refieren a las garantías del comprador por cantidades entregadas anticipadamente al promotor, al contenido y requisitos de los contratos y a la responsabilidad del promotor cuando presenta vicios de construcción el piso o el local. En relación directa con el problema que hemos examinado en este comentario, el artículo 26 dispone: 1. Los promotores de las acciones en viviendas a que se refiere el artículo 6 de esta Ley, vendrán obligados a ejecutar las obras de reparación de las mismas que fueran necesarias como consecuencia de vicios o defectos de construcción, no imputables al mal uso, manifestados en el transcurso de los cinco años siguientes al otorgamiento de la cédula de habitabilidad de las viviendas derivadas de dichas actuaciones. 2. La correspondiente acción podrá ser ejercitada por cualquier ocupante legítimo de la vivienda y se entiende sin perjuicio de las demás responsabilidades y obligaciones en que haya podido incurrir el promotor como consecuencia del contrato, con arreglo a la legislación general y particular aplicable. 3. Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 1.º de este artículo, los propietarios de las viviendas, y en su caso los arrendatarios, estarán obligados a mantenerlas en buen estado de conservación y en condiciones normales de habitabilidad».

(124) Véase la referencia que hacemos al Derecho francés en este comentario.