

Acciones, solidaridad y prescripción en la nueva Ley de Ordenación de la Edificación

José Antonio SEIJAS QUINTANA

1. Sin duda cualquier persona no avezada en la literatura jurídica verá en las palabras que conforman el título de este pequeño trabajo una significación distinta de la que tienen en la realidad jurídica. Y es que por mucho que queramos simplificar y explicar debidamente las cosas el lenguaje jurídico es el que es y no el que queremos que sea y prima en muchas ocasiones sobre cualquier otro haciendo que términos como los que aquí se emplean confundan normalmente a nuestros lectores, los que llamamos justiciables, que no buscan más que una solución motivada y clara del conflicto sometido a nuestra consideración. No dudo, en cualquier caso, que jueces y magistrados hacemos el esfuerzo necesario para que todas las resoluciones judiciales sean comprensibles, sin perjuicio de que sigamos manteniendo el rigor técnico y jurídico necesario, cumpliendo uno de los objetivos que ahora mismo expresa la Carta de Derechos del Ciudadano. Pero esta es otra cuestión.

Acción, por decirlo en términos gráficos, o fácilmente comprensibles, es el derecho en movimiento o en "pie de guerra". Es el Derecho puesto al servicio de los litigantes para obtener una determinada tutela judicial a través de los procedimientos legalmente establecidos. El proceso civil, de esa forma, tiene como objeto el conocimiento de los hechos que las partes presentan ante los juzgados y tribunales y la decisión que estos adoptan conforme a lo previsto legalmente en cada caso.

Pues bien, una de las peculiaridades de nuestro sistema jurídico es el gran abanico de acciones que un mismo hecho proporciona a una persona, física o jurídica. Y aunque parezca que beneficia a quien se sirve de ellas, creo que confunde la práctica y el derecho mismo de aplicación, originando verdadero desasosiego en quien con el mismo hecho pero con fundamentos jurídicos distintos puede ver resuelta su pretensión de una forma contraria a otra. Sucede especialmente en materia de consumo en el que multitud de leyes dispersas, tanto sustantivas como procesales, proporcionan soluciones jurídicas desiguales, bien porque así lo dispone expresamente una norma, bien porque esa norma atribuye determinados privilegios procesales especialmente en materia de prueba hasta el punto de convertir, frente a otras acciones, una responsabilidad normalmente subjetiva o por culpa, en objetiva u objetivada mediante el mecanismo de inversión de la carga de la prueba, hoy restringido a los supuestos legalmente determinados, por disposición expresa del artículo 217.4 de la LEC.

Quizá sea este el momento oportuno para que un legislador, muy activo en la actualidad, repensara un nuevo Código Civil y sistematizara de una vez por todas estas cuestiones en un solo texto, porque es evidente que la diversidad legislativa sobre una

misma materia no constituye el mejor instrumento para dotar al sistema de la necesaria seguridad jurídica y dar al ciudadano la protección adecuada. El trabajo no es fácil, pero merece un esfuerzo que sería de agradecer no sólo en aras de los principios apuntados sino del propio quehacer tanto de jueces como de abogados que han visto en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, y en particular en su artículo 400, una especie de trampa en la que se ven atrapados desde el momento en que pueden ven juzgadas acciones no previstas ni ejercitadas en sus escritos por simple razón de la conexión y de la preclusión que refiere la norma.

2. Veamos. La nueva Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999, de 5 de noviembre, que publica el BOE del día 6 de noviembre de 1999, para su entrada en vigor seis meses después, representa uno de los modelos de lo que aquí explicamos. Junto a las acciones propias y específicas derivadas de la construcción contiene diversas y reiteradas remisiones a otras susceptibles de ejercicio por el interesado.

Partimos para ello de la existencia de un previo contrato de obra de edificación en el que aparecen comprometidos diversos agentes: promotor, proyectista, director de la obra, constructor, etc. Es el daño que genera su mal hacer constructivo lo que procura al interesado toda esa suerte de acciones que uno advierte si repasa detenidamente nuestro Ordenamiento Jurídico.

La primera es la acción propia de la Ley comentada. Se regula en el artículo 17 y se pone al servicio del perjudicado por una construcción mal hecha frente a las personas que de una o de otra forma intervinieron en el proceso constructivo. Es una acción compatible con aquellas otras que surgen del propio contrato y que dan lugar a otra acción, la llamada contractual propiamente dicha, para exigir el comprador del vendedor la responsabilidad en que hubiera podido incurrir por vicios o defectos de la construcción, incluida la procedente por vicios ocultos, conforme al contrato de compraventa (art. 17.9), o incluso para pedir la resolución del contrato por vicio en el consentimiento en relación con las calidades de la cosa vendida, como las referidas en el artículo 3 de la LOE.

Un mal abogado, sin duda, vería en esa acción de saneamiento por vicios ocultos del artículo 1484 y demás concordantes del mismo Código, al que se refiere el artículo 17.9, una solución a sus problemas sin reparar en lo poco recomendable de su ejercicio por la brevedad del plazo de caducidad y el riesgo de la acreditación en juicio de la naturaleza oculta de los vicios. Quien haya tenido la experiencia de participar en charlas o coloquios con jueces o abogados con títulos recién estrenados advertirá cómo la pregunta relativa a que acciones

tiene el comprador frente a la persona que le vendió una casa o un local por un problema de humedades, siempre o casi siempre se responde de la misma forma: la acción de saneamiento por vicios ocultos, quizá porque sea la más llamativa de todas y a la que se presta una mayor atención en las clases universitarias, ignorando que, en la actualidad, posiblemente para evitar estas acciones específicas, se vea por la jurisprudencia como un simple caso de incumplimiento del contrato, asegurado mediante las acciones generales sobre obligaciones y contratos.

La LOE confiere también una acción recurrente y clásica en materia de circulación de vehículos a motor, como es la acción directa del artículo 19. Es una acción que permite al perjudicado dirigirse frente a la aseguradora de quienes tienen debidamente asegurado por Ley el riesgo que entraña su actividad en la construcción para exigirles la oportuna responsabilidad. Es lo que podemos llamar garantía de la garantía. Se trata de una acción que introduce elementos objetivos de responsabilidad similares a los que existen en materia de circulación de vehículos de motor (art. 19.9 h: no quedarán cubiertos los daños "que fueran ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto del tercero o por el propio perjudicado por el daño"), cuyo ámbito ha quedado restringido de una forma lógica en la Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social en los supuestos de auto promotor, es decir de la persona que se construye su propia vivienda, salvo que la transmita antes de haber transcurrido los plazos de garantía previstos en la ley, y en los casos de rehabilitación de edificios destinados principalmente a viviendas.

Pero aun hay más. Me refiero a la acción directa del artículo 76 de la LCS, también frente a las entidades de seguros que tienen asegurado el riesgo de la actividad profesional de los agentes que participaron en la ejecución de la obra. La que proporciona la Ley de Consumidores y Usuarios (arts. 25 a 28), citada aisladamente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1992. La acción de responsabilidad civil de administradores sociales, de los artículos 133 a 135 de la Ley de Sociedades Anónimas y 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, especialmente interesante cuando se trata de sociedades disueltas o en situación de cierre de hecho que dejaron de cumplir los compromisos asumidos, entre otros el de respetar la garantía legalmente establecida. También, finalmente la que resulta de la aplicación de la doctrina del velo, de creación jurisprudencial.

Ello sin contar con otras acciones que también defienden la propiedad de inmuebles del daño causado, como son las que resultan de la Ley de Propiedad Horizontal, incluso en los supuestos de que se trate de daños que tienen encaje en la LOE, al no existir prohibición alguna para que un comunero pueda ejercitar la acción que le parezca conveniente, teniendo en cuenta que junto a las obligaciones de la LOE, la LPH pone a cargo de la de la comunidad de propietarios la obligación de efectuar

aquellas obras que, aun implicando innovación de los elementos constructivos originales, van dirigidas a la conservación y reparación del inmueble, con el fin de evitar los consiguientes deterioros que afecten al uso, conservación, seguridad y estabilidad del edificio, repartiendo su costo entre todos los propietarios en proporción a sus respectivas cuotas de participación, sin distinguir si los defectos o los problemas de habitabilidad procedentes de los elementos comunes del inmueble, tienen su origen en la conducta culposa, dolosa o fortuita de terceros ajenos a la comunidad o proceden de los vicios o defectos del artículo 17, al contemplar exclusivamente los efectos y no las causas.

Finalmente, la extracontractual de los artículos 1907 y 1909 del Código Civil, de carácter cuasi objetivo, por daños causados a terceros procedentes de la ruina de un edificio, si ésta sobreviene por falta de las reparaciones necesarias que incumbe realizar al propietario, así como las generales de los artículos 1902 y 1903 del mismo Texto aplicables a supuestos muy frecuentes, como sucede con el derribo de inmuebles para la edificación de nuevas construcciones, con daños a los colindantes, y que no están incluidas en la LOE, por referirse esta a obras construidas y no en construcción.

Pero quizá lo más grave sean las omisiones de la nueva Ley. Es el caso de los daños que pudieran producirse como consecuencia del incumplimiento de la normativa de incendios o porque no se establecieron las necesarias medidas de seguridad para la correcta utilización del inmueble, a que se refiere el artículo 3, para los que la Ley no ofrece acciones específicas, como tampoco las confiere en el supuesto de daños personales, dado que contempla exclusivamente los materiales. También quedan fuera los perjuicios, o los daños causados a bienes muebles por los defectos constructivos, a los que si se refería el artículo 1591 del Código Civil. Ello implica que a la hora de reclamar indemnizaciones por esta suerte de conceptos debiera hacerlo el perjudicado por medio de las acciones generales de responsabilidad contractual o extracontractual. Lo que supone combinar un doble régimen jurídico distinto y confuso en cuanto a la acumulación de acciones, legitimación, criterios de imputación y plazos, incluso cómputo de los mismos; sin perjuicio de lo que todos ellos puedan ser objeto de cobertura a través de los seguros, siempre que exista pacto al respecto, quedando, por consiguiente, al margen de los criterios de imputación establecidos en la Ley, puesto que no existe ninguna regulación al respecto.

Tampoco da cobertura específica al posible incumplimiento de la normativa sobre servicios de telecomunicaciones, disposición y dimensiones de espacios, accesibilidad, seguridad de utilización, también del artículo 3, quizá porque el legislador entendió que se trataba de simples incumplimientos contractuales del vendedor frente al comprador, que pueden hacerse valer mediante las acciones propias que confieren los artículos 1101 y 1258 y CC. Ocurre, sin embargo, que con ello hacemos ineficaz la subrogación de los sucesivos comprado-

res de los pisos y locales para hacer efectivo un derecho imperativo e irrenunciable, como el que resulta de la Ley en los supuestos contemplados en el artículo 17.

Pues bien, el artículo 400 tiende a poner orden en toda esta materia. Se trata de un artículo inspirado sin duda en uno de sus autores, Andrés de la Oliva, que ya lo anticipó en su libro "Sobre la cosa juzgada" (Ed. Cera, S.A.), y que tiende a evitar la prosecución indefinida de procesos cuando lo que se pide contra el demandado puede ser comprendido en distintas acciones, títulos o hechos.

Es un artículo que se aplica exclusivamente al juicio ordinario, no al verbal por el peculiar sistema de acumulación de acciones que se impone en este Juicio, que permite actuar con eficacia la institución de la cosa juzgada cuando aun no esgrimiéndose en el proceso, pudo aducirse en él cualquiera de las acciones de las que disponía el perjudicado. La Ley de Enjuiciamiento Civil recoge esta regla de preclusión y de la producción de cosa juzgada de una forma rigurosa hasta el punto de impedir que mediante la acumulación de autos se produzca la burla de la norma, prohibiéndola expresamente el artículo 78.

La idea en principio es buena, especialmente para la economía de tiempo de los juzgados y tribunales. Lo que no resulta claro es si estas razones de política legislativa sobre la finalidad que debe cumplir un proceso moderno conecta con el interés de la parte en hacer valer sus derechos e intereses legítimos de una forma menos precipitada y en muchas ocasiones forzada, y si estos aspectos meramente técnicos de la norma van a proyectarse negativamente sobre un justiciable ajeno a esta complejidad, poniendo en entredicho otros principios igualmente fundamentales, como el de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva. Seguramente obligará a una justicia defensiva, que no cierre puertas, sino que las abra cuando existe una posibilidad razonable de hacer valer los derechos de forma distinta, o a una justicia más diligente o arriesgada en la formulación de las acciones, confiando en que el juez ponga las cosas en su sitio, antes de admitir a trámite la demanda —art. 73.4—.

Lógicamente, el artículo exige una interpretación restrictiva y requiere para su correcta aplicación la presencia en el pleito de unas mismas partes y la formulación de idéntica petición, en un proceso apto para ello, en razón a que la acumulación sea permitida, de tal forma que no será aplicable cuando idéntico hecho da lugar a acciones frente a distintas personas, por más que la petición que se formule sea la misma, puesto que tampoco la cosa juzgada se extendería a ellos por no ser los litigantes de ambos procesos, conforme al artículo 222.4, con la consecuencia de que la sentencia dictada no podrá ejecutarse frente a los demás deudores no demandados, y que no están afectados por la cosa juzgada. Tampoco en el supuesto contemplado en un auto de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) de 26 de septiembre de 2002, que aunque nada tiene que ver con lo que aquí se ana-

liza si es especialmente significativo para ver lo que se está resolviendo al respecto. Se trataba de reclamaciones que aun naciendo de un mismo título, contemplaba prestaciones diferidas o sucesivas, las cuales, dice, pueden ser entabladas en distintos procedimientos a su vencimiento, al no poderse obligar al interesado a impetrar una condena de futuro, solicitando un pronunciamiento sobre aquellas prestaciones no vencidas, o que pudieran o no ser atendidas a su vencimiento, teniendo en cuenta que se establece como mera facultad en el artículo 220 de la LEC.

La Sentencia de la Sección 6ª de la misma Audiencia, de fecha 24 de febrero de 2003, advierte de la aplicación inadecuada que se está dando a la norma, en un supuesto de responsabilidad civil de administradores a la que había precedido otra de reclamación de cantidad contra la Sociedad que administraban, y que habían formulado una vez que tuvieron conocimiento en su ejecución de la insolvencia de la sociedad para hacer efectivo su crédito. El juez de Instancia apreció la concurrencia de cosa juzgada basándose en el artículo 400 puesto que, dice, ya al tiempo de interponer la primera demanda contra la sociedad pudo conocer su situación económica y la hipotética responsabilidad del administrador, ejercitando de forma simultánea todas las acciones, de manera que su no articulación en aquel momento procesal implica una preclusión que impediría el ejercicio en un momento ulterior.

Tras analizar el precepto, y los distintos supuestos que pueden plantearse en la práctica, concluye diciendo que "lo que en ningún caso impone ese precepto legal es una acumulación subjetiva u objetiva de acciones, que según los artículos 72 y 73 de la LEC fuera de los casos legalmente previstos sigue teniendo un carácter facultativo" y que lo que hace el juez de Instancia es "obligar a una acumulación subjetiva de acciones que la ley no prevé".

Más curiosa es si cabe la invocación por un demandado del artículo comentado en un pleito en el que la actora había sido demandada en otro anterior, seguido entre las mismas partes, de reclamación de cantidad derivada de las unas mismas obras de construcción de una nave. En el primer pleito, el demandado invocó la excepción de incumplimiento contractual en base a la existencia de defectos constructivos, sin formular reconvencción pese a considerar que el importe de los daños y la cantidad resultante a su favor era superior a la que el adeudaba. El demandado en el segundo reprocha al actor que se trataba de un hecho conocido en aquel momento, por lo que debió invocarlo, conforme al artículo 406, en relación con el 400.

El juez de 1ª Instancia rechaza este razonamiento (auto del Juzgado nº 7 de Gijón, de fecha 20 de enero de 2003), porque considera no aplicable el precepto, dado que el ahora demandante no intervino en el juicio tramitado en el primero en calidad de demandante reconvenccional, sino en la condición de demandado.

El argumento resulta jurídicamente correcto puesto que la ley no obliga al demandado a recon-

venir frente al actor y el hecho de que se pueda controvertir la compensación "en la forma prevenida para la contestación a la reconvencción", no supone que deba tenerse por formulada reconvencción, transformando una excepción en acción e interpretando de forma extensiva una disposición que no hace sino limitar los derechos, con efectos de preclusión de hechos y fundamentos de derecho, que la Ley limita a la demanda (art. 400) y a la reconvencción (art. 406), no a la contestación (art. 405), escrito en el que no se introduce este efecto preclusivo, por más que simple razones de economía procesal aconsejen dejar definitivamente resueltas las diferencias entre las partes, si es posible mediante una inicial reconvencción.

Sea lo que fuere, no comparto la opinión de algún procesalista en el sentido de que el juez debe pronunciarse obligatoriamente sobre todas las acciones posibles, hayan sido o no acumuladas en la demanda. Acudir, caso de la LOE, a resolver la acción contractual contra el vendedor, cuando sólo fue esgrimida la del artículo 17, supone como observa Tapia Fernández ("El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada". Ed. La Ley), tergiversar los más elementales principios dispositivos y de contradicción, y lo que es más grave situar al demandado en la más absoluta indefensión al no poder contradecir los argumentos que han de servir para fundamentar la sentencia en su contra. Pero es que, además, no veo posible que un juez se pueda pronunciar sobre los términos de un contrato que ni conoce ni ha sido esgrimido como fundamento de una acción que no ha sido ejercitada. Todo ello a expensas de lo que proceda en la aplicación del artículo 218 de la LEC en cuanto permite al Tribunal resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas por los demandados, sin apartarse de la causa de pedir, pues resulta evidente que la carga de alegar toda esta suerte de hechos y fundamentos de derecho configurados del objeto procesal tiene un tratamiento procesal desigual a la hora de configurar el principio *iura novit curia* puesto que por mucha libertad que tenga el juez a la hora de seleccionar la norma de aplicación nunca podrá, por más que lo advierta, apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de derecho distintos de los que las partes quisieron hacer valer.

3. Cualquiera que se dedique a la práctica del Derecho y esté al día en la jurisprudencia al uso en materia de solidaridad y construcción, conocerá de memoria lo que hoy es Ley. Me refiero a la naturaleza jurídica de la responsabilidad de las personas que intervienen en el proceso constructivo por vicios y defectos de la construcción en el sentido de que es, en principio, y como regla general, individualizada, personal y privativa (art. 17.2), en armonía con la culpa propia de cada uno de ellos en el cumplimiento de la respectiva función específica que desarrollan en el edificio, desde el momento en que existen reglamentariamente impuestas las atribuciones y cometidos de los técnicos que intervienen. Cada uno asume el cumplimiento de sus fun-

ciones y, en determinadas ocasiones, las ajenas, al establecer la Ley ciertos supuestos en los que los agentes responden por la actividad de otras personas, caso del proyectista, respecto de los errores de cálculo, o de los estudios o dictámenes que encarga a otros; del director de la obra, por omisiones o deficiencias del proyecto, o del constructor, por el jefe de obras o por los subcontratistas. Sólo cuando aquella no puede ser concretada individualmente procede la condena solidaria (art. 17.3). En lo que nos interesa supone que para incluirlos en el círculo de los responsables solidarios se hace necesario, primero, que conste su culpa o negligencia, y después que no se pueda deslindar tal culpa de la correspondiente a los demás intervinientes en el proceso constructivo.

Corolario lógico de esta suerte de responsabilidad es que Ley configura una solidaridad expresa y directamente impuesta por la Ley, propia o impropia o especial, según se trate del promotor y de los demás agentes, puesto que ya existe en el primer caso cuando se formula la demanda y surge, en el segundo, con la sentencia (art. 17.3), de la que es consecuencia, como dice la STS de 3 de noviembre de 1999. En este sentido la Ley deja sin contenido una jurisprudencia claramente inclinada a asignar la cuota de responsabilidad que corresponde a cada uno de los agentes, en razón de la incidencia de su actuar culposo en el resultado, manteniendo la condena solidaria frente al actor al objeto de racionalizar la posible acción de regreso del deudor que pagó frente a los otros (STS 20-11-70; 31-X-79 y 27-XI-81), puesto que si somos capaces de diferenciar el ámbito de actuación de cada uno no tiene sentido que todos ellos respondan solidariamente frente al perjudicado por el total de la indemnización. Lo que hay realmente en este caso es una concurrencia de obligaciones diversas con contenido también diverso.

Mención aparte merece la situación del promotor en esa noción amplia que adopta el artículo 9 la nueva Ley, equiparado incluso al gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios, u otras análogas. El promotor, según el artículo 17.3, responde solidariamente, "en todo caso", con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de la construcción.

Alguien ha querido ver en ello una especie de avalista o garante de la obra, y así ciertamente parece, sin perjuicio de que una vez que pague o responda pueda resarcirse frente a los demás a través de la acción de repetición. Y es que lo que la Ley quiere es que responda de los daños aun cuando esté perfectamente delimitada la responsabilidad a cargo de agentes distintos. Otra interpretación no resulta de las palabras "en todo caso" que señala el artículo y en las que se pretende unir a responsables contractuales con extracontractuales o legales, estableciendo, además, la irrenunciabilidad de la misma, dado el carácter imperativo de la norma.

No se trata, por tanto, de un simple caso de soli-

daridad propia, diferente a la impropia de los demás agentes, que sirva al interesado para construir a relación jurídico procesal sin mayores problemas con sólo demandar al promotor, sino de un supuesto de legitimación sustantiva responsable justificada por la condición que asume de dueño de la obra que promociona; todo ello, por supuesto, sin negarle su derecho a hacer valer frente a los responsables directos los compromisos existentes en la relación interna que surge de los contratos celebrados al efecto.

Ahora bien, no es esto lo que me interesa resaltar. Lo que me interesa particularmente es analizar una de las fuentes más frecuentes, a mi juicio, por las que se produce la condena solidaria. Me refiero en concreto a la prueba de peritos impuesta en la nueva LEC. Pese a las buenas intenciones que han llevado al legislador a regular de una forma verdaderamente novedosa la prueba de peritos, no creo posible que su práctica solucione los problemas normalmente planteados a la hora de determinar la verdadera causa de los daños, salvo que los peritos actúen de forma independiente, comprometidos con la causa y no con las partes que los contrataron, como sería deseable.

Como ahora ocurre, la emisión de varios dictámenes puede originar que la autoridad de un juicio pericial se vea puesta en duda por la del juicio opuesto, y que, con toda lógica, los jueces y tribunales, siendo la prueba pericial de apreciación libre y no tasada (según el artículo 348 "el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica"), hagan tabla rasa de todas las pericias, pues a ninguna están obligados a sujetarse, aceptando el criterio de imputación solidaria por falta de individualización de los daños, con lo que poco habremos conseguido con la reforma.

Muchas veces, y ahora quizá con mayor frecuencia, lo que se pretende, y finalmente se consigue, es "echar humo" al pleito sobre el modo de suceder las cosas con la insana intención de provocar la confusión que genere la duda judicial sobre la forma de suceder las cosas, y de conseguir un pronunciamiento de condena solidaria, con reparto entre todos de las consecuencias económicas del daño, que de otra forma correspondería únicamente al verdadero responsable.

Posiblemente, constatado el problema, la solución pase necesariamente por lo siguiente: 1º) Por un adecuado control judicial de las explicaciones, contradicciones, respuestas, etc., dadas en juicio por los peritos, haciendo efectivo el compromiso adquirido bajo juramento o promesa de decir verdad, de que actúan y, en su caso, actuarán con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes (art. 335); 2º) Por la adopción de cuantas medidas, penales, civiles o disciplinarias, puedan derivarse del incumplimiento de sus funciones.

Otra solución puede venir dada por el nombramiento judicial de un perito dirimente, en la forma que autoriza el artículo 339, aunque esta posibilidad es muy discutida y tampoco garantiza una respuesta individualizada, además de que

puesta individualizada, además de que encarece aun más un proceso ya de por sí costoso.

Indudablemente, todas las partes implicadas esperan de los jueces que con la nueva Ley hagamos un esfuerzo valorativo mayor que con la anterior para evitar algo que ninguno de ellos desea ni espera, como es la condena solidaria, que figura en las estadísticas de las aseguradoras de arquitectos y aparejadores como la más frecuente, y que tampoco se entiende por unos profesionales que tienen perfectamente deslindados sus campos de actuación y que no ven en ella más que una forma provocada de garantizar con su solvencia los intereses de los perjudicados. Pero lo cierto es que no se ha eliminado dicho factor de indeterminación, muy normalizado en las pericias múltiples, por lo que subsiste el riesgo de que se mantenga en la práctica. En realidad deberíamos preguntarnos si con los medios y conocimientos técnicos que se tienen en la actualidad en materia constructiva, una sola persona experta en temas de la construcción puede ser capaz de determinar el origen de un vicio de esta clase. De no ser así corresponde al juez controlar adecuadamente las pericias, evitando que la solidaridad se convierta en un simple cajón de sastre fruto de una pereza valorativa o de una valoración simplemente descuidada en función de la dificultad que representa el análisis detallado y sistemático de la prueba.

De que prospere o no este nuevo sistema, dependerá de que se altere sustancialmente la forma en que actualmente se solucionan muchos de los conflictos sometidos a la consideración judicial en materia de construcción.

4. Conocemos también a estas alturas lo que es garantía y prescripción, aunque alguno siga todavía confundiendo ambos términos. Brevemente. La garantía es el plazo que la Ley da para proteger a los adquirentes de viviendas y locales frente a los daños derivados de vicios de la construcción. Si el daño surge dentro de este plazo los agentes responden en función de su responsabilidad en el mismo. El término no es de prescripción, ni de caducidad, sino de garantía, como señala reiterada jurisprudencia (STS 4-X-89; 15-X-90; 14-11-91), en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad ex lege es requisito imprescindible que los vicios o defectos se exterioricen o produzcan dentro de su vigencia a contar "desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas" (arts. 6.5 y 17 1). La prescripción, por el contrario, tiene que ver también con el paso del tiempo pero de una forma distinta puesto que no es más que el cumplimiento del plazo que la Ley da a los perjudicados para hacer efectivo su derecho mediante el ejercicio de las acciones correspondientes.

De la prescripción se ocupa el artículo 18 de la ley, según el cual a partir del momento en que se manifiestan los vicios, el perjudicado tiene dos años para ejercitar la acción "a contar desde que se produzcan dichos daños, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidad por incumplimiento contractual" (art. 18). Es un

plazo de prescripción mucho más corto que el de quince años vigente hasta la fecha, que toma como punto inicial no el momento "a partir del cual pudieron ejercitarse", como previene el artículo 1969 Código Civil, sino el de su producción, puesto que existe una norma específica que así lo determina expresamente.

El problema que la norma plantea al intérprete es determinar el momento en que debe computarse el día inicial, problema que deberán especificar los informes periciales, teniendo en cualquier caso en cuenta que en muchas ocasiones no podrá razonablemente el perjudicado conocer el daño y su causa hasta pasado más tiempo. Solamente una interpretación judicial basada en la manifestación externa de los vicios, como equivalente al criterio de la producción, que puede ser desconocido, paliará en cierta forma este desajuste.

Finalmente interesa poner de relieve otro de los aspectos más polémicos de la institución comentada y que alcanza especial importancia a partir de la publicación de la ley al recortarse considerablemente el tiempo de prescripción de la acción. Me refiero a la computación del plazo para cada uno de los intervinientes en la obra mal ejecutada. Decíamos que la solidaridad que se impone en la Ley es impropia, salvo la del promotor que surge expresamente de la Ley. Se trata, por tanto de una relación que no vincula desde el primer momento, por el hecho de intervenir en la construcción, a todos los que lo hacen, como nos dice la Sentencia citada de 1999 (sentencia que confunde, a mi juicio, legitimación con litisconsorcio y que puede plantear problemas a la hora de conformar debidamente la relación jurídica procesal). Supone que la prescripción sólo juega individualmente respecto de las personas implicadas, salvo el promotor, y que no sea aplicable el artículo 1974.1º del Código Civil, sobre los efectos de la prescripción cuando se trata de obligaciones solidarias en el sentido de que "la interrupción de la prescripción en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores", en armonía con lo dispuesto en el artículo 1141.1 del CC. Esta conclusión responde a la propia naturaleza jurídica que se deriva de las obligaciones solidarias, es decir, de las que tienen su origen en la Ley, no de las que se imponen en la sentencia como consecuencia de no haberse podido individualizar la cuota de participación imputable en el daño imputable a cada partícipe. Esta tesis, que ya defendí en mi trabajo sobre la LOE, publicado por el CGPJ, viene ratificada en la reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 14 de marzo de 2003, resolviendo un recurso de casación formulado contra la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 6 de mayo de 1997, que mantuvo la tesis que ahora confirma el alto Tribunal, y que fue dictada previa deliberación de la Junta de Magistrados de dicha Sala. Se man-

tiene, en síntesis, que "el párrafo primero del artículo 1074 del Código Civil únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente". En parecido sentido se había pronunciado la Sentencia del mismo Tribunal de 23 de junio de 1993 y se justifica desde la idea de que obligación es por ley individualizada, personalizada e independiente de las demás que puedan derivarse para terceros, por lo que cada uno de los demandados se encuentra en distinta posición procesal respecto de la parte actora en orden a posibles relaciones sustantivas o materiales con ella e incluso por la existencia o no de actos de interrupción del tiempo de prescripción, que pueden operar respecto de unos y no de otros, a diferencia de la responsabilidad contractual, cuya eventual solidaridad procede de la obligación misma.

Este importante sentencia cuenta con el voto particular del magistrado don Xavier O'Callaghan; voto que se argumenta, de un lado, sobre la base de que no existe realmente una distinción entre solidaridad propia e impropia dado que se trata de una creación artificial establecida por la doctrina procesalista en contravención de lo dispuesto en el artículo 1974 del CC, y de otro, en que contraviene el carácter restrictivo de la prescripción, en cuanto institución no fundada en la justicia intrínseca, limitando los derechos de las víctimas que van a ver prescrita una reclamación de una forma que nunca imaginaron.

La sentencia abre, a mi juicio, un importante debate sobre la prescripción, que ya tuvo ocasión de manifestarse en el IV Congreso Nacional de Responsabilidad Civil celebrado el pasado año en Gijón. Ciertamente es que la prescripción no es un instituto fundado en la justicia intrínseca pero también lo es que se establece en aras de la seguridad jurídica poniendo fin a la incertidumbre jurídica que lleva consigo la pendency de una reclamación que no se ejercitó, como dice la Sentencia de 10 de febrero de 1986. Y es evidente que siendo diferentes las obligaciones que respecto a terceros se concretan en determinadas leyes, como es el caso de la LOE, también diferentes tienen que ser las consecuencias que se establecen en cuanto a su cumplimiento.

En cualquier caso, importantes son los pasos que está dando la Sala Primera del Tribunal Supremo en orden a proporcionar cierta seguridad jurídica a esta institución. Sentencias como ésta o la del mismo Tribunal de 20 de julio de 2001 sobre responsabilidad civil de Administradores de Sociedades contribuyen sin duda a esta finalidad. Lo importante es que la jurisprudencia se mantenga uniforme y no quiebre, como en ocasiones sucede, contraviniendo criterios anteriores sin más explicaciones sobre el antes y el después.