

JORNADA DE DERECHO DE LA CONSTRUCCIÓN

30 de noviembre de 2007

Varios son los factores que hacen que el Derecho de la construcción adquiera cada vez mayor relevancia en nuestra sociedad y requiera la atención de la Facultad de Derecho de ESADE (URL) a la hora de programar jornadas de formación continua. La experiencia adquirida tras la aplicación efectiva de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) que, aunque vigente desde mayo de 2000, no ha trascendido al ámbito judicial hasta fechas relativamente recientes, ha permitido ir consolidando nuevos enfoques en el complejo campo de la construcción y en el protagonismo que corresponde a los diferentes agentes que intervienen en ella. A esta circunstancia, cabe añadir la muy reciente publicación del Código Técnico de la Edificación (CTE), que es, en definitiva, el nuevo marco normativo que establece, en cumplimiento del mandato de la LOE, las exigencias básicas que deben cumplirse en los edificios con relación a los requisitos relativos a la seguridad y habitabilidad. Asimismo, no está de más recordar que el sector de la construcción afecta a los intereses de las familias (derecho a la vivienda, sector que ocupa a un porcentaje importante de la población, etc.).

Todos estos aspectos motivaron que la Facultad de Derecho de ESADE (URL), junto con un grupo de bufetes de abogados de Barcelona con amplia experiencia en el campo del Derecho de la construcción (Arasa & De Miquel Advocats Associats, Comas & Pinyol Advocats y Lexland Abogados) organizara una jornada de estudio a finales de noviembre. Fruto de la colaboración universidad-empresa y con el soporte de *La Gaceta de los Negocios*, *La Tribuna del Derecho* y *Togas.biz*, estuvo dirigida fundamentalmente a arquitectos, aparejadores, promotores, constructores y abogados interesados en el derecho de la construcción, y contó con la presencia de renombrados especialistas en la materia y la participación de 126 asistentes. Su apertura corrió a cargo del Dr. Enric Bartlett, vicedegano de Formación Continuada, y tuvo por objeto abordar, a través de las correspondientes ponencias, la delimitación de la responsabilidad de los diferentes agentes de la construcción, así como las características del Código Técnico de la Edificación, en la medida que afecta muy directamente al proceso constructivo y al coste del mismo. El programa se desarrolló mediante dos mesas de trabajo, cuyas intervenciones sirvieron para ilustrar a la audiencia acerca de las novedades más relevantes introducidas por las citadas normativas. La jornada finalizó con una amplia mesa redonda, que analizó la evolución de los procesos relativos a la construcción y las disfunciones de la norma vigente. El coloquio posterior a las intervenciones dio buena muestra del interés y la importancia suscitada por el tema.

La **primera mesa de trabajo** llevaba por título “**Responsabilidad de los diferentes agentes de la construcción. Su delimitación**”. Fue moderada por **D. Marcos Jover**, abogado, socio de Arasa & De Miquel Advocats Associats, y tuvo por ponentes a **D.^a Montserrat Pinyol**, abogada, socia de Comas & Pinyol Advocats y a **D. Alejandro Tintoré**, abogado, socio de Lexland Abogados, que trataron el tema desde la perspectiva jurídica.

La señora Pinyol abordó *las cuestiones básicas a considerar en el régimen de responsabilidad de los diferentes agentes de la construcción en la LOE (Ley 38/1999, de 5 de noviembre, que entró en vigor el 6 de mayo de 2000) y en el CTE (Decreto*

314/2006, de 17 de marzo, que entró en vigor el 29 de marzo de 2006, en desarrollo de la disposición final segunda de la LOE). Como *cuestiones básicas*, analizó la recepción de obra (art. 6 LOE), que es fundamental a efectos de cómputo de los términos de responsabilidad y garantía establecidos en la Ley. Siguió con las patologías (art. 17 LOE), el seguro obligatorio (art. 19 LOE), las clases de edificios afectados y el análisis de los daños cubiertos por la LOE, así como de los excluidos por la misma. En la segunda parte de su exposición, abordó la *legitimación activa* (art. 17.1 LOE) y la figura del *promotor* (art. 9.1 LOE). La tercera parte estuvo destinada a hablar de la *legitimación pasiva* (cap. III de la LOE y art. 5.1 CTE), y en ella pasó revista a los agentes responsables, haciendo especial hincapié en los propietarios y usuarios (art. 16 LOE; art. 8.2 CTE) y su responsabilidad en el uso y mantenimiento de las viviendas. Asimismo, abordó el tema de los agentes no responsables (sin perjuicio de las acciones de repetición) y finalizó con el análisis del ámbito de responsabilidad de los agentes: individualización y solidaridad (art. 17.2 y 3 LOE). En cuarto lugar, trató de los *términos de garantía y prescripción*: garantías de diez, tres y un años (art. 17 LOE), y prescripción de 2 años (art. 18 LOE), y señaló que la LOE ha establecido un equilibrio justo entre los derechos de los usuarios y los de los profesionales (...).

El señor Tintoré presentó la ponencia titulada “*Medios de defensa al alcance de los diferentes agentes de la construcción frente a las reclamaciones por vicios en la construcción*”. Partió de una premisa inicial: el sistema de responsabilidad por vicios en la construcción contenido en la LOE es eminentemente garantista de los derechos de quienes adquieren una vivienda, sobre la base de que el derecho a la vivienda está consagrado en la Constitución, que la inversión más importante que realiza una persona a lo largo de su vida es la adquisición de una vivienda y que se trasladan al ámbito del derecho de la construcción derechos que en otros ámbitos se reconocen a los consumidores y usuarios. Posteriormente pasó a analizar la naturaleza de la responsabilidad prevista en la LOE: quien reclama por vicios de la construcción sólo está obligado a acreditar la existencia del daño cuya reparación solicita y que éste se ha producido en los plazos de garantía (anual, trienal y decenal) establecidos por la Ley. A partir de ahí, serán los agentes que intervinieron en la construcción y que sean demandados quienes deberán acreditar que no son responsables de la patología, bien porque los daños se han originado fuera del proceso constructivo, bien porque concurren algunas causas recogidas en la LOE y que permiten a los agentes constructivos excusar su posible responsabilidad. Y estas causas son la fuerza mayor y/o el caso fortuito, la culpa del propio perjudicado y el acto de un tercero (art. 17.8 LOE). Al estar tasadas en la LOE las causas de exoneración de responsabilidad, otras causas que antes se esgrimían han perdido toda su virtualidad. Nos hallamos pues ante una *objetivación* de la responsabilidad que sólo pierde su vigor en las relaciones internas entre los distintos agentes que intervienen en la construcción. Ello constituye una de las modificaciones esenciales que la LOE introduce en defensa de los perjudicados por defectos de la construcción, y que dificulta la defensa directa de los agentes de la construcción en sus relaciones externas con los perjudicados (...).

La **segunda mesa de trabajo** llevaba por título “**Código Técnico de la Edificación. Características generales. Cambios que significa su aplicación**”. Fue moderada por **D. Rafael Gómez de la Serna**, abogado, asociado de Lexland Abogados. Contó con la participación de los ponentes **D. Víctor Fanlo**, arquitecto, vocal de la Junta Directiva de la Agrupación de Peritos Forenses del COAC, y del **Dr. Francesc Labastida**, arquitecto, asesor técnico de la Junta de Gobierno del COAC y ex decano del Colegio

de Arquitectos de Cataluña, que realizaron el análisis y la valoración del CTE. En esta mesa, se trató del contenido, el espíritu y las finalidades de este conjunto normativo, desde una perspectiva eminentemente técnica.

El señor Fanlo inició su intervención haciendo un breve recorrido de lo que había acaecido hasta la aprobación del nuevo CTE. Recordó que la LOE había surgido por exigencias y presiones del mercado y por la insistencia del sector de la construcción en repartir, de forma coherente, las responsabilidades entre todos los agentes que intervenían en el proceso edificatorio. E hizo especial hincapié en que el artículo 3 de la LOE crea el concepto de *código técnico* y lo define como el marco normativo que establece las exigencias básicas de calidad de los edificios y de sus instalaciones, de tal forma que permite el cumplimiento de los requisitos básicos. Asimismo, señaló que la LOE prevé periódicamente poner al día el CTE, lo que supone un claro avance, en consonancia con los cambios acelerados que propician las nuevas tecnologías. A continuación explicó el largo proceso de gestación del CTE y cómo los primeros proyectos contenían numerosos conceptos jurídicos indeterminados que luego, al menos parcialmente, fueron acotados gracias a la intervención del *Foro de la Edificación* y la aportación de arquitectos, arquitectos técnicos y promotores, lo que dio lugar a algunas modificaciones sustanciales hasta llegar al actual redactado, mucho más aceptable. Comentó también la estructura del CTE, que se divide en dos partes. La parte I incluye las disposiciones generales y las exigencias básicas de la calidad de los edificios (cap. 3), mientras que la parte II contiene los *documentos básicos* para dar cumplimiento a las exigencias básicas, mediante la fijación de niveles, valores y parámetros, que serán de obligado cumplimiento cuando así lo establezcan los documentos básicos correspondientes. El ponente finalizó su intervención señalando que en la actualidad disponemos de un conjunto de 11 documentos básicos (DB) aprobados, lo que equivale a más de un millar de páginas que ya son de plena vigencia y aplicación (...).

El doctor Labastida empezó manifestando que los profesionales del sector han recibido el CTE con una mezcla de expectativas y de preocupación, pues todavía quedan muchos puntos por aclarar. Se centró en el análisis de los *documentos básicos* (DB) y sus contenidos, que considera faltos de rigor legal debido a la poca comunicación establecida entre juristas y técnicos en el proceso de elaboración del CTE, lo cual tendrá inevitables repercusiones en su aplicación. Los DB conforman la parte II del CTE y tienen la finalidad de dar cumplimiento a las exigencias básicas del CTE. Los DB se basan en el conocimiento consolidado de las distintas técnicas constructivas; han de actualizarse en función de los avances técnicos y de los avances sociales, y se aprueban reglamentariamente. En cuanto a la relación entre los DB y las exigencias básicas, señaló que tales exigencias son el conjunto de requisitos y prestaciones de carácter cualitativo que los edificios han de cumplir para alcanzar la calidad solicitada por la sociedad. Su especificación y cuantía quedan establecidas en los DB, que contienen la forma y las condiciones en las que deben cumplirse tales exigencias, las cuales vienen determinadas por niveles objetivos o valores límite de la prestación u otros parámetros. En toda su exposición, en un tono crítico, resaltó la poca claridad de las normas técnicas y puso de manifiesto la falta de instrumentos para aplicarlas.

Tomó de nuevo la palabra el señor Víctor Fanlo, que realizó tres consideraciones finales al CTE: la falta de transversalidad, los problemas económicos que afectan a los promotores y, en la esfera de lo jurídico, el cambio de orientación que supone basarse en un sistema prestacional (...).

La **tercera mesa de trabajo** consistió en una **mesa redonda** que llevaba por título **“Balance final. Evolución de los procesos relativos a la construcción. Luces y sombras. Disfunciones de la normativa vigente”**. Fue moderada por **D. Juli De Miquel**, profesor asociado de la Facultad de Derecho de ESADE (URL), socio de Arasa & De Miquel, y tuvo como ponentes, con ese orden de intervención, al **Dr. Fernando Valdivia**, magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Barcelona, a **D. Celestí Ventura**, director general de una empresa promotora y vicepresidente del Colegio de Aparejadores y Arquitectos, a **D. Pere González Nebreda**, presidente de la Agrupación de Arquitectos Expertos Periciales y Forenses del COAC, y a **D.ª Montserrat Pinyol**, abogada, socia de Comas & Pinyol Advocats. El moderador formuló una pregunta concreta a cada ponente.

Al doctor Valdivia le preguntó qué destacaría de los procesos en los que es de aplicación la LOE frente a aquellos en los que era y todavía es de aplicación el artículo 1591 del Código Civil. A ello el ponente respondió que, dada la oralidad, la inmediación y la publicidad de la nueva LEC, el juez, al presenciar en un solo acto las pruebas suministradas por los letrados, es capaz de entender que la prueba “reina” es la pericial, amén de la prueba documental referida al edificio. Los jueces no están preparados para saber de cuestiones técnicas relativas a la construcción y, ante tales circunstancias, el perito se convierte en “los ojos del juez”. Un dictamen confuso no sirve para nada: ha de ser directo, claro, diáfano, eficaz. Se espera del perito la descripción de lo ocurrido. Otro punto que el ponente destacó fue el de la integración normativa o *heterointegración* a través de otras normas. Entre otros ejemplos, indicó que en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, figura un concepto neto de promotor empresario. Dicha Ley acoge la idea del Tribunal Supremo que equipara el promotor al contratista, porque se beneficia del producto que vende. Por otra parte, en el artículo 3 del Real Decreto 1627/1997 aparece el concepto de profesionalidad empresarial. Y también surgen más figuras con un contenido específico y un haz de responsabilidades: por ejemplo, si el aparejador es jefe de obra, se transforma en un solucionador de los conflictos técnicos, etc. Al respecto, señaló que las normativas de integración se están aplicando con regularidad en los tribunales. En cuanto a la aplicación del artículo 1591 del Código Civil, el doctor Valdivia indicó que la vía del mismo puede aplicarse como una acción acumulativa. Y concluyó señalando que si los jueces siguen utilizando el artículo 1591 es debido a que hay muchos procesos, pero la estructura *decidendi* ya está en función de los nuevos parámetros de la LOE.

Al señor Ventura le preguntó cómo ven los promotores la aplicación del CTE y si es oportuno en momentos de recesión en el campo inmobiliario. El ponente inició su respuesta diciendo que los momentos de crisis son una buena ocasión para reflexionar sobre hábitos y procesos nuevos. Y apuntó que no se trata de un problema de oportunidad ni de coste, sino que el verdadero problema hoy es la adquisición de suelo por parte de los promotores. Y también es un problema la propia normativa en sí o, mejor dicho, ese afán por quererlo regular todo. Así, los promotores se ven en la necesidad de tener que cumplir con un sinfín de normas. Señaló que en el preámbulo se afirma que hay que favorecer la innovación, pasando de un sistema prescriptivo a un sistema de prestaciones. Sin embargo, en la práctica, el sistema sigue siendo prescriptivo. El ponente también se preguntó cómo se puede hacer una norma de tal magnitud sin haber armonizado puntos importantes que entran en flagrante contradicción, por ejemplo, la ventilación permanente, ir contra el ruido exterior y

ahorrar energía. Y concluyó expresando sus temores como promotor-constructor: a) la innovación es una aptitud que se tiene o no se tiene; no se puede adquirir por real decreto; b) si se asocia responsabilidad con culpa, es muy difícil conseguir la motivación; c) el CTE focaliza tanto que convierte al promotor en un controlador que ha de poder justificarlo todo, con el peligro de que las nuevas generaciones creen que están dirigiendo cuando en realidad sólo están controlando, y que piensen que proyectar es cumplir las normas.

Al señor González Nebreda le preguntó si hay conflicto entre el CTE y las ordenanzas municipales, urbanísticas, y en caso que lo haya, qué norma prevalece, y también quién está obligado a cumplir el CTE. Contestó el ponente que ya se están planteando numerosos conflictos y que todos los que están implicados en la construcción deben cumplir el CTE, también el Ayuntamiento cuando otorga las licencias y las compañías de servicios. A su juicio, la conflictividad viene dada por la tendencia a dictar cada vez más normas a todos los niveles, empezando por el europeo y acabando en las ordenanzas municipales. Y, en ocasiones, se trata de normas excesivamente intervencionistas, que pretenden regularlo todo. En las Jornadas que el Consejo General del Poder Judicial organiza cada dos o tres años, en las cuales participan arquitectos y juristas, el pasado verano se abordó el tema y se llegó a la conclusión siguiente: es preciso tener claro que los criterios de ordenación urbanística derivan de las leyes urbanísticas que son competencia local. Sin embargo, la regulación de cómo son los edificios, qué forma tienen, sus características, etc., depende del CTE. Pues bien, en todo lo referente a temas de edificios se estará a lo regulado en el CTE, mientras que en todo lo referente a la ordenación del territorio se aplicarán las ordenanzas municipales, dando por sentado que habrán de modificarse si van en contra del CTE. En los casos en que se produzca colisión de normativas, se aplicará el CTE.

A la señora Pinyol le preguntó cómo repercutiría la nueva normativa en el ámbito de la siniestralidad en la construcción. La ponente manifestó que la respuesta viene dada por la LOE y por el CTE, en cuyo preámbulo se habla mucho de la calidad. Recordó que hay que entregar siempre el *libro del edificio* cuando se acaba la obra, en el que deberá constar el proyecto, con todas las modificaciones, la relación de los agentes, así como las instrucciones de uso y mantenimiento, pues los usuarios han de conocer su responsabilidad, etc. Asimismo, constató la importancia que tienen los jueces de primera instancia en materia de construcción, pues son ellos los que ejecutan las sentencias. También valoró el trabajo de los peritos y la necesidad que los abogados tienen de ellos para poder defender a sus clientes. Finalmente, valorando luces y sombras, la ponente concluyó que las luces son lo que tenemos ahora con la nueva regulación, en la que se especifican una responsabilidad de diez, tres y un años, y una prescripción de dos años, mientras que las sombras eran antes, con una responsabilidad de diez más 15 años, es decir, de veinticinco años. Otra luz es la nueva LEC, que permite la inmediatez, asistir a los juzgados y mejorar la asistencia al cliente, y que es más ágil.

A preguntas de un asistente, el doctor Valdivia se mostró de acuerdo con la necesidad de especialización de jueces y juzgados en materia de construcción, habida cuenta de las cuestiones técnicas que han de abordar, especialización que ya se ha producido en los ámbitos de menores y de derecho mercantil. Asimismo, también hay que constatar la necesidad de contar con buenos abogados, especializados en esta materia.

Reseña preparada por la Dra. Maria Dolors Oller i Sala, profesora de la Facultad de Derecho de ESADE

* Se puede consultar un comentario más ampliado del tema en versión castellana.