

Las mutualidades de previsión social que actúan sin ánimo de lucro y en interés de sus asociados no son promotor a efectos del art. 1591 CC

Comentario a la STS, 1ª, 13.12.2007 (Ar. 2008\329; MP: Juan Antonio Xiol Ríos)

Rosa Milà Rafel

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

La STS, 1ª, 13.12.2007 (Ar. 2008\329; MP: Juan Antonio Xiol Ríos) aplica la jurisprudencia consolidada que diferencia a los promotores según tengan o no ánimo de lucro, negando en este último caso su condición de promotor y, por tanto, su obligación de responder por ruina ex 1591 CC. Tradicionalmente, esta doctrina jurisprudencial se ha aplicado a las cooperativas de viviendas, sin embargo, la novedad de la sentencia radica en el hecho que por primera vez el Tribunal Supremo declara que carece de la condición de promotor la entidad de previsión social que actúa sin ánimo de lucro y en beneficio de sus asociados. Tras la entrada en vigor de la [Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación](#) (BOE núm. 266, de 6.11.1999), su art. 9.1 rechaza la consideración del ánimo de lucro a los efectos de definir la figura del promotor.

The Judgment of the Supreme Court Civil Chamber of December 13th 2007 (Ar 2008\329; Opinion of the Court by Magistrate Juan Antonio Xiol Ríos) applied a judicial doctrine distinguishing a profit-making developer from a non-profit-making developer for the purposes of holding the former but not the latter liable for construction defects according to Section 1591 of the Civil Code. This doctrine has been consistently applied to housing cooperatives. In addition, in this Judgment the Supreme Court held that a non-profit benefit society operating in the interest of its members is not a developer either. Conversely, for cases occurring after the entry into force of [Act 38/1999, on Building Regulations of 5th November](#) (Official Journal no. 266, of 6th November 1999), its Section 9.1 refuses non-profit aim as a criterion to define who has to be considered a developer.

Title: Non-profit benefit society operating in the interest of its members are not developers in the sense of Section 1591 of the Civil Code

Keywords: Construction Defects; Concept of Developer; Liability of Housing Cooperatives.

Palabras claves: Defectos Constructivos; Concepto de Promotor; Responsabilidad de las Cooperativas de Viviendas.

Sumario

1. Hechos
2. Mutualidades de Previsión social como entidades sin ánimo de lucro y su equiparación a las cooperativas de viviendas
3. Concepto de promotor y responsabilidad de las cooperativas de viviendas
 - 3.1. En el régimen de responsabilidad decenal *ex art. 1591 CC*
 - a. Concepto de promotor
 - b. Determinación del promotor en cuanto agente que se beneficia del negocio jurídico constructivo
 - c. Especial consideración de las cooperativas de viviendas en la responsabilidad decenal *ex art. 1591*
 - d. Crítica doctrinal a esta concepción
 - 3.2. En la Ley de Ordenación de la Edificación
4. Conclusiones
5. Bibliografía
6. Tabla de sentencias citadas

En la Sentencia comentada el Tribunal Supremo resuelve si responde por ruina *ex art. 1591 CC* la mutualidad de previsión social que actúa sin ánimo de lucro y en beneficio de sus asociados por los vicios y defectos constructivos aparecidos en los elementos privativos y comunes del edificio cuya construcción gestionó.

1. Hechos

La entidad de previsión social “Mutualidad General Previsión del Hogar Divina Pastora, Mutualidad de Previsión Social, a Prima Fija” (en adelante, “la Mutualidad”) tenía entre sus fines estatutarios “(...) la realización de obras sociales y la promoción humana, social y familiar (...)”. En ejercicio de estas funciones, “la Mutualidad” gestionó, sin ánimo de lucro y mediante adjudicación a precio de costo, la edificación de viviendas sociales. Para ello, compró los solares, contrató con la empresa constructora la edificación de las viviendas y, luego, las adjudicó a sus afiliados. Con posterioridad, se manifestaron vicios de la construcción como consecuencia de la defectuosa proyección y ejecución de la obra.

La Comunidad de Propietarios demandó a “la Mutualidad”, al arquitecto director de la obra y al arquitecto director de la ejecución de la obra, así como a su aseguradora, en ejercicio de la acción resarcitoria del art. 1591 CC, y solicitó una indemnización a determinar en ejecución de sentencia por los gastos de reparación de los defectos y vicios de la construcción que afectaban a los elementos comunes y privativos del inmueble.

El JPI núm. 4 de Santa Cruz de Tenerife, en Sentencia de 14.7.1999, desestimó la demanda, absolvió a “la Mutualidad” por falta de legitimación pasiva al carecer la entidad de ánimo de lucro y al resto de demandados por considerar que los daños existentes en el inmueble no eran constitutivos de ruina al no afectar ningún elemento esencial de la construcción. La AP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª, en Sentencia de 15.1.2000, estimó el recurso de apelación interpuesto por la Comunidad y condenó a todos los demandados con carácter solidario a ejecutar a su costa las obras de reparación de los defectos y vicios constructivos, al no existir en autos elementos que permitieran pudieran precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido.

“La Mutualidad” recurrió en casación con base en dos motivos: el primero, se funda en la incongruencia y falta de motivación de la SAP que revocó la SJPI y condenó a la “la Mutualidad” sin hacer razonamiento sobre su alegada falta de legitimación; el segundo, se funda en la infracción de la jurisprudencia relativa a la responsabilidad por ruina.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia aquí comentada de 13.12.2007 (Ar. 2008\329; MP: Juan Antonio Xiol Ríos), estima el segundo de los motivos, casa la SAP en el sentido de absolver a “la Mutualidad” y mantiene el resto de pronunciamientos. El Tribunal afirma en el FD 5º de la Sentencia que:

“Bajo la vigencia del art. 1591 CC, la caracterización del promotor en función de una actividad encaminada al tráfico inmobiliario mediante la incorporación al mercado y venta a terceros ha llevado a esta Sala, al examinar las actividades de las cooperativas de viviendas, a tomar en consideración la inexistencia de ánimo de lucro para caracterizar su posición en el proceso constructivo. Se ha destacado que estas sociedades no venden pisos y locales comerciales a terceros con esta finalidad, sino únicamente con la de reducir los costes de la edificación en beneficio de sus asociados. Partiendo de esta realidad, la jurisprudencia ha afirmado que su actividad no permite incluirlas en la descripción típica que se hace de promotor, y en consecuencia tales sociedades no están sometidas a la responsabilidad derivada de tal condición.”

Y concluye que:

“(…) la exclusión de la condición jurídica de promotor, a efectos de la responsabilidad decenal (por aparecer su actividad como exenta de ánimo de lucro y realizada en beneficio exclusivo de los socios) es aplicable a la Mutualidad recurrente.”

2. Mutualidades de previsión social como entidades sin ánimo de lucro y su equiparación a las cooperativas de viviendas

La novedad de la Sentencia comentada radica en el hecho que por primera vez el Tribunal Supremo declara la ausencia de la obligación de responder de una entidad de previsión social en la acción de responsabilidad por ruina *ex art.* 1591 CC. La Sentencia considera que la actividad de “la Mutualidad” de coordinación de las actividades técnicas, jurídicas y de realización material por los profesionales de la construcción no es suficiente para considerarla promotora al carecer ésta de ánimo de lucro.

La STS afirma que “la sentencia de primera instancia declara que la Mutualidad hoy recurrente se constituyó, sin ánimo de lucro (sujeta al régimen establecido en el Real Decreto 2615/1982, de 4 de diciembre), sin que sus modificaciones interiores hayan afectado su naturaleza (…)” (FD 5º).

En este sentido, el Tribunal Supremo equipara las entidades de previsión social a las cooperativas de viviendas, que no venden pisos y locales comerciales a terceros con intención lucrativa, sino únicamente con la de reducir los costes de la edificación en beneficio de sus asociados.

Así, el Tribunal Supremo afirma que “(...) y que, al igual que en las cooperativas, el único lucro resultante redundaría en los propios mutualistas, que se beneficiarían del menor coste de la adquisición de las viviendas” (FD 5º)

En efecto, el derogado Reglamento de Entidades de Previsión Social aprobado por el Real Decreto 2615/1985, de 4 de diciembre (BOE núm. 34, de 8.2.1986) cuyo objeto era el desarrollo de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado (BOE núm. 186, de 4.9.1984), definía en su art. 1 a las Mutualidades de Previsión Social como:

“(...) las Entidades privadas que operan a prima fija o variable, *sin ánimo de lucro*, fuera del marco de los sistemas de previsión que constituyen la Seguridad Social obligatoria y ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario, encaminada a proteger a sus miembros o a sus bienes contra circunstancias o acontecimientos de carácter fortuito y previsible, mediante aportaciones directas de sus asociados o de otras Entidades o personas protectoras, y cumplan los requisitos y no sobrepasen los límites que se establecen en el artículo 16 de la Ley 33/1984.”

Asimismo, el art. 2. a) del Reglamento exigía como requisito para que las Mutualidades tuvieran el carácter de Entidades de Previsión Social “que carezcan de ánimo de lucro”¹.

Por tanto, la ausencia de intención lucrativa en la actividad de “la Mutualidad” deriva de su carácter de entidad de previsión social. Sin embargo, tal condición puede ser objeto de impugnación. En la Sentencia comentada, el Tribunal Supremo considera que no es suficiente para desvirtuar la actuación sin ánimo de lucro y en beneficio exclusivo de sus socios:

1. La constancia formal de “la Mutualidad” como “constructor” en la certificación de obra.
2. La condena de “la Mutualidad” en juicios anteriores por vicios y defectos en otros edificios en los que no se discutió su carácter de promotora por tratarse de una entidad sin ánimo de lucro.
3. La contratación de arquitectos y empresas de la construcción por parte de “la Mutualidad”.

¹ Actualmente, las mutualidades de previsión social se encuentran reguladas en el Reglamento de Mutualidades de Previsión Social aprobado por el Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre (BOE núm. 15, de 17.1.2003) cuyo objeto es el desarrollo de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (BOE núm. 268, de 5.11.1995) en lo referente a las mutualidades de previsión social. La Ley 30/1995 supuso la plena incorporación de las mutualidades de previsión social al régimen de entidades aseguradoras, consagrando su objeto social como exclusivamente asegurador junto con la posibilidad de otorgar prestaciones sociales, atendiendo a la especial naturaleza de estas entidades.

4. El reconocimiento jurisprudencial de la legitimación pasiva de la promotora no constructora no es suficiente para estimar que la actividad de “la Mutualidad” tiene finalidad lucrativa.
5. La alegación no acreditada documentalmente que las viviendas fueron vendidas a los socios.

3. Concepto de promotor y responsabilidad de las cooperativas de viviendas

En las páginas que siguen se analiza el concepto de promotor desarrollado por la jurisprudencia sobre responsabilidad por ruina, aplicable al caso, que niega la legitimación pasiva de las cooperativas de viviendas por la ausencia de ánimo de lucro de su actividad. Asimismo, se hace referencia a la ampliación del concepto de promotor en [Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación](#) (BOE núm. 266, de 6.11.1999) (en adelante, LOE), cuya aplicación al caso hubiera cambiado el sentido de la decisión del Tribunal, pues no tiene en cuenta la intencionalidad lucrativa del promotor a efectos de su responsabilidad como agente de la edificación.

3.1. En el régimen de responsabilidad decenal *ex art. 1591*

a. Concepto de promotor

Desde inicios de la década de los años sesenta del siglo XX, la regla del artículo 1.591 CC se mostró insuficiente e inadecuada para regular la complejidad del proceso de edificación. Con el fin de adecuar la regulación legal a la satisfacción de los intereses de los propietarios y adquirentes posteriores de viviendas, el Tribunal Supremo desarrolló durante más de treinta años la *doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad por ruina*².

Una de las líneas básicas de esta doctrina jurisprudencial es la ampliación de la *legitimación pasiva*, que no sólo alcanza a los mencionados en el art. 1.591 CC –arquitecto director y contratista– sino también a todos los profesionales que intervienen en la proyección o dirección de un edificio, entre los que se encuentra el promotor. La jurisprudencia ha equiparado la figura del promotor a la del contratista del art. 1591 CC, haciéndolo responder en los supuestos en que la edificación sufra vicios o defectos constructivos con independencia de su origen.

² GONZÁLEZ POVEDA (2006, p. 312) señala que “la insuficiencia del precepto, fruto de la época en que se publicó el Código, fue puesta de manifiesto por la doctrina y colmada por una jurisprudencia que a lo largo de los años ha tendido a dar solución a los problemas surgidos por la aplicación de nuevas técnicas constructivas y la expansión del tráfico inmobiliario”.

La STS, 1ª, 17.10.1974 (Ar. 3896), una de las primeras sentencias que estableció esta doctrina, declara aplicable el art. 1.591 CC “a situaciones o relaciones jurídicas que con aquella guarden analogía y no se hallen reguladas de modo específico por la norma, debido a haber aparecido con posterioridad a su promulgación” (Considerando 3º).

Con anterioridad a la LOE, no existía ningún precepto en la legislación estatal de aplicación general que definiese la figura del promotor inmobiliario³, por lo que ha sido la jurisprudencia la que ha señalado los elementos determinantes de la inclusión de la figura del promotor en el círculo de personas a las que se extiende la responsabilidad *ex art.* 1591 CC.

En un principio, el Tribunal Supremo define al promotor como *promotor-constructor*, esto es, como aquella persona “que reúne 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, beneficiario económico de todo el complejo negocio jurídico constructivo” [entre otras, SSTS, 1ª, 30.10.1986 (Ar. 6021); 29.3.1988 (Ar. 1609); 1.10.1991 (Ar. 7255); 31.3.1992 (Ar. 2311)].

Sin embargo, con posterioridad la jurisprudencia incluyó entre los legitimados pasivamente en la acción de responsabilidad por ruina al *promotor-vendedor*, esto es, al empresario que aunque no participa directamente en la construcción del edificio, en cuanto titular del suelo, contrata a los técnicos y encarga a un constructor la ejecución material de la obra, para después proceder a la venta de la edificación⁴ [entre otras, SSTS, 1ª, 20.6.1985 (Ar. 3625); 13.7.1987 (Ar. 5461); 22.2.1988 (Ar. 1271); 29.9.1993 (Ar. 6659); 10.11.1999 (Ar. 8862); 21.2.2000 (Ar. 752); 13.5.2002 (Ar. 5705)].

La Sentencia objeto de este comentario recoge la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo que señala como elementos determinantes de la posición típica del promotor los siguientes⁵:

- a) Realización de la obra por cuenta y beneficio propio.
- b) Intención de destinar los pisos y locales construidos al tráfico con terceros.

³ Con anterioridad a la LOE, en la legislación autonómica el art. 3 de la derogada Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, de la vivienda (DOGC núm. 1541, de 15.1.1992) y el art. 15 de la Ley 2/1999, de Madrid, de 17 de marzo, de medidas para la calidad de la edificación (BOCM núm. 74, de 29.3.1999) ya contenían una definición de promotor. En la legislación sectorial, por un lado, en la legislación sobre Viviendas de Protección oficial, el concepto de promotor se define a los efectos de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción (BOE núm. 181, de 29.1.1968) en el art. 2 del Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, relativo a la aplicación de la Ley a las Comunidades y Cooperativas de Viviendas (BOE núm. 308, de 24.12.1968) y, por otro, en la legislación sobre seguridad y salud en la construcción en el art. 2.1.c del Real Decreto 1627/1997 por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción (BOE núm.256, de 25.10.1997).

⁴ ABRIL CAMPOY (2003, p. 1236).

⁵ Cita las SSTS, 1ª, 28.1.1994 (Ar. 575); 6.5.2004 (Ar. 2098) y 24.5.2007 (Ar. 4008).

- c) Confianza de los terceros adquirentes en su prestigio comercial.
- d) Contratación del constructor y de los demás técnicos que intervienen en la edificación y participación en la toma de decisiones fundamentales en el proceso edificativo.

La evolución jurisprudencial descrita pretende fortalecer la tutela judicial efectiva de la parte más débil, los propietarios compradores de viviendas y, en palabras del propio Tribunal Supremo, “adoptar criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos frente a la mayor o menor solvencia del resto de intervinientes de la construcción.”

b. Determinación del promotor en cuanto agente que se beneficia del negocio jurídico constructivo

Como se ha apuntado, uno de los argumentos utilizados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para atribuir al promotor la responsabilidad decenal es la obtención de un beneficio económico con la construcción. De este modo, la jurisprudencia caracteriza al promotor como el agente de la construcción que se beneficia económicamente del negocio constructivo, cuya actividad está encaminada al tráfico inmobiliario mediante la incorporación en el mercado y venta a terceros⁶.

En consecuencia, bajo la vigencia del art. 1591 CC, el Tribunal Supremo distingue los promotores según tengan o no ánimo de lucro, considerando promotor inmobiliario a los efectos del art. 1591 CC sólo al primero y excluyendo de dicha consideración a las personas jurídicas que no estén animadas por la intención lucrativa [ESTRUCH ESTRUCH (2005, p. 172)].

Dentro de la figura del promotor existen supuestos, que el Tribunal Supremo denomina *promotor-mediador*, en los que:

“la intervención no viene guiada por la intención de destinar las viviendas al tráfico, transmitiéndolas a terceros para obtener beneficios económicos, supuesto en el que podrían estar incluidas ciertas Cooperativas dedicadas exclusivamente a procurar viviendas a sus

⁶ Aplican este argumento, entre otras, las SSTS, 1ª, 13. 6.1984 (Ar. 3236); 28.3.1985 (Ar. 1220); 11.2.1985 (Ar. 545); 6.3.1990 (Ar. 1672); 8.10.1990 (Ar. 7585); 4.6.1992 (Ar. 4997); 20.11.1998 (Ar. 8413) y 13.12.1998 (Ar. 10145). ABRIL CAMPOY (2003, p. 1238-1298) destaca que la STS, 1ª, 22.6.2001 (Ar. 5074) ha sustentado que el beneficio no tiene que ser necesariamente de carácter económico, sino que puede ser social. En esta sentencia el TS estimó la legitimación pasiva de la Comunidad Autónoma que se había subrogado en el Instituto de Vivienda, promotor público del edificio afectado pues “(...) ha de tenerse en cuenta que el beneficio no tiene que ser necesaria e imperativamente económico – sin dejar de lado que la recurrente fue la vendedora de las viviendas- y en su concepto cabe incluir actuaciones de política social o económica protectora y tuteladora de las clases más necesitadas, lo que también resulta actuar beneficioso, y así como que las viviendas del pleito corresponden a las de promoción pública y oficial, no excluidas de modo absoluto del tráfico inmobiliario” (FD 2º).

socios, constituyendo la aportación de cantidades para sus componentes, una derrama del costo de la construcción” [STS, 1ª, 1.10.1991 (Ar. 7255) (FD 1º)]⁷.

Cuando concurre en la promotora la condición del promotor-mediador el Tribunal Supremo niega su legitimación pasiva. En este sentido afirma que la absoluta equiparación entre promotor y comitente:

“(…) sólo quiebra en aquellos supuestos de la existencia de la figura que hemos llamado promotor-mediador, en la que la ausencia de la intención lucrativa en su mediación, lo aparta del concepto general de la figura que estudiamos del promotor-constructor, sustrayéndolo del ámbito de aplicación del art. 1591 CC.” [SSTS, 1ª, 1.10.1991 (Ar. 7255); 8.6.1992 (Ar. 5168); 23.9.1999 (Ar. 7266); 3.7.1999 (Ar. 5897), entre otras].

c. Especial consideración de las cooperativas de viviendas en la responsabilidad decenal ex art. 1591

Bajo la vigencia del art. 1591 CC, el Tribunal Supremo ha tomado en consideración la inexistencia de ánimo de lucro en la actividad de las de las cooperativas de viviendas para negar su condición de promotor y, en consecuencia, la legitimación pasiva a los efectos de la responsabilidad por vicios constructivos⁸. Por contra, la jurisprudencia sí ha reconocido la legitimación activa de las cooperativas de viviendas en la acción de responsabilidad por ruina del art. 1591 CC.

Con el único objeto de justificar esta legitimación activa, en algunos supuestos en los que la cooperativa no ha sido demandada, el Tribunal Supremo ha declarado que la cooperativa es promotora pues como tal puede ser objeto de las reclamaciones de los adquirentes si no ejercitara anticipadamente la acción prevista en el art. 1591 CC [SSTS, 1ª, 17.7.1990 (Ar. 5890) y 29.1.1991 (Ar. 345)] [VILASAU SOLANA (2001, p. 97-98)].

En efecto, el Tribunal Supremo ha afirmado que las cooperativas de viviendas no venden pisos y locales comerciales a terceros con ánimo de lucro, sino únicamente con la finalidad de reducir los costes de la edificación en beneficio de sus asociados.

⁷ En la doctrina, GONZÁLEZ TAUSZ (2000, p. 2695-2696) considera que “la autopromoción puede realizarse individual o colectivamente; la forma colectiva se lleva a cabo mediante la constitución de empresas o asociaciones de corte mutualista (...). Estas asociaciones vienen a ser promotores-mediadores en cuanto que actúan en nombre propio pero por cuenta del cooperativista o comunero. La condición de promotor realmente reside en el socio o comunero y no tanto en la agrupación, por ser principalmente aquél y no ésta quien arriesga su patrimonio. Excepcionalmente puede ser la agrupación quien, en beneficio de sus miembros, actúe por cuenta propia –como un promotor convencional– entregando edificaciones a terceros.”

Al lado del promotor-constructor, el promotor-vendedor y el promotor-mediador la doctrina y la jurisprudencia también han reconocido otras formas de promotor, entre ellas la del *promotor-gestor* “quien interviene decisoriamente en el proceso edificatorio por cuenta de los propietarios, típicamente, los gestores de cooperativas y de comunidades de propietarios” [CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO (2005, p. 431)].

⁸ Esta posición jurisprudencial ha sido fijada en las SSTS, 1ª, 20.2.1989 (Ar. 1212); 6.3.1990 (Ar. 1672); 1.10.1991 (Ar. 7255); 29.1.1991 (Ar. 345); 8.6.1992 (Ar. 5168); 5.2.1993 (Ar. 329) y 23.9.1999 (Ar. 7266).

Así, por ejemplo, la STS, 1ª, 20.2.1989 (Ar. 1212) declara que la “intención de destinar las viviendas y locales construidos al tráfico con terceros compradores para obtener beneficio económico (...) falta en la actora, Sociedad Cooperativa de Responsabilidad Limitada de Viviendas “Los Millares”, (...) regida por la hoy derogada Ley 52/1974, de 19 de diciembre y su Reglamento de 16 de noviembre de 1978 (artículos 103 a 107, especialmente) y cuyo objeto, descrito en el art. 2.º de sus Estatutos Sociales, era “la promoción de viviendas para ser adjudicadas exclusivamente a sus asociados y familiares”, de acuerdo con el concepto que de esta clase de cooperativas del art. 103 del citado Reglamento, siendo la adjudicación de viviendas a los socios cooperativistas y la aportación de las cantidades resultantes de la distribución y derrama del costo de la construcción, operaciones a todas luces diferenciables de la idea de venta a persona ajena a la constructora (...)” [en el mismo sentido, STS, 1ª, 6.3.1990 (Ar. 1672)].

PAZ CANALEJO y VICENT CHULIÁ (1989, p. 682 y ss) ponen de manifiesto respecto a la derogada Ley 3/1987, General de Cooperativas (BOE, núm. 84, de 8.4.1987), vigente en el momento en que “la Mutualidad” promovió la construcción del edificio, que “las cooperativas de viviendas, en su forma tradicional y más conocida, tienen por objeto “procurar a sus socios viviendas y/o locales”, bien entendiendo que es finalidad puede concretarse en una adjudicación en propiedad o bien en una cesión de uso y disfrute, “mediante cualquier título admitido en derecho” (art. 129, número 3).” Sin embargo, “sería posible enajenar una vivienda a un no socio, pero para ello habría que acudir al mecanismo autorizador previsto en el artículo 5.2 de la propia Ley”.

La Ley 3/1987, General de Cooperativas (BOE, núm. 84, de 8.4.1987) fue derogada, excepto en lo establecido en su Capítulo III Título I, por la disposición derogatoria primera de la vigente Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (BOE núm. 170, de 17.7.1999) cuyo art. 89 describe de modo similar el objeto y ámbito de las cooperativas de viviendas. Las cooperativas de viviendas vienen definidas, además, en los respectivos artículos de las normas autonómicas procedentes de CCAA que han asumido competencias exclusivas en materia de cooperativas.

d. Crítica doctrinal a esta concepción

Parte de la doctrina ha criticado la jurisprudencia del Tribunal Supremo expuesta, que no explica suficientemente por qué no responden las cooperativas de viviendas en la acción de responsabilidad por ruina⁹, y ha apuntado a favor de la obligación de responder de la cooperativa los siguientes argumentos:

- a) La dificultad de mantener como parámetro de imputación de responsabilidad la obtención de lucro o beneficio en una economía de mercado libre [BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (1987, p. 4719) y CORDERO LOBATO (1997, p. 245)].
- b) La necesidad de una efectiva protección del adquirente. Así, MARTÍNEZ DE AGUIRRE (1993, p. 15) considera que no es razonable imponer al adquirente los costes de información de la

⁹ En este sentido, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO (2005, p. 430).

condición del nuevo edificio, sino que es la Cooperativa dada su intervención en el proceso de la construcción, la que está en inmejorables condiciones para repetir al resto de intervinientes la reparación de los vicios constructivos.

- c) El coste de la reparación por defectos constructivos debe ser soportado en igual medida por todos los socios de la cooperativa, a través de su derrama incluso a los que no han sufrido perjuicio y, en todo caso, a todos por igual, evitando así que el socio cooperativista adjudicatario de la vivienda defectuosa deba hacerse cargo de la reparación de los mismos [(MARTÍNEZ DE AGUIRRE (1993, p. 15), TRUJILLO DÍEZ (1999, p. 2293) y ESTRUCH ESTRUCH (2005, p. 720)].
- d) Esta doctrina convierte en inconsecuente el posterior otorgamiento de legitimación activa a la cooperativa de viviendas como arrendataria de las obras defectuosamente ejecutadas [GONZÁLEZ CARRASCO (1996, p. 982)]. El Tribunal Supremo ha justificado la legitimación activa de las cooperativas, una vez transmitidas las viviendas defectuosas a los socios, en la posibilidad que la cooperativa sea demandada por defectos constructivos y con el objeto de eludir su responsabilidad demandando “anticipadamente” a quien considere responsable de los defectos.

3.2. En la Ley de Ordenación de la Edificación

La LOE define la figura del promotor dentro del Capítulo III dedicado los agentes de la edificación (arts. 8 a 16)¹⁰. En particular, su art. 9.1 establece que será considerado promotor:

“[C]ualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”.

Asimismo, el art. 17.4 LOE equipara a la figura del promotor a efectos de la Ley aquellas:

“[P]ersonas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u figuras análogas”.

La referencia del art. 9.1 a la actuación “para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión bajo cualquier título” se incluyó al último texto del Proyecto de la LOE tras la presentación de enmiendas por los grupos parlamentarios. LAMBEA RUEDA (2007; p. 550) considera que esta referencia significa

¹⁰ La LOE entró en vigor el 6 de mayo de 2000 (DF 4ª), pero su aplicación temporal se limita a las obras de nueva construcción y a los edificios existentes para cuyos proyectos se solicitó licencia de edificación con posterioridad a tal fecha (DT 1ª).

la incorporación de las cooperativas de viviendas dentro del concepto genérico de promotor. Por otro lado, en opinión de MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (2002, p. 53) la referencia del mencionado precepto a “cualquier persona, física o jurídica, pública o privada” pone de relieve que serán consideradas promotores las personas jurídicas ya persigan un interés público o privado, si además cumplen con los demás requisitos para ser consideradas como promotores.

El concepto de promotor establecido en la LOE mantiene uno de los aspectos que la doctrina consideraba fundamentales para la figura del promotor en la jurisprudencia sobre responsabilidad por ruina: la intervención decisoria en el proceso edificatorio. Así, el art. 9.1 se refiere a la persona que “decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación” y el art. 17.4 exige la “intervención decisoria en la promoción”. No obstante, la intención lucrativa como característica del promotor a efectos de su responsabilidad como agente de la construcción debe entenderse abandonada a partir de la entrada en vigor de la LOE¹¹.

En efecto, la LOE no hace referencia alguna a la necesidad que la actuación del promotor se realice con ánimo de lucro y tampoco exige expresamente, a diferencia de la doctrina jurisprudencial de responsabilidad por ruina y de los proyectos anteriores a la LOE, que la promoción se lleve a cabo en ejercicio de una actividad empresarial¹².

CORDERO LOBATO (2005, p. 204) considera que “el criterio de imputación de responsabilidad al promotor es la intervención decisoria en la edificación como profesional del mercado inmobiliario. A pesar de que el artículo 9.1 LOE no incluya ninguna referencia al ejercicio empresarial de la promoción inmobiliaria (...)” pero añade que esto “no es sinónimo de actividad realizada con ánimo de lucro”.

En consecuencia, bajo el régimen de la LOE, no es aplicable la exención que el Tribunal Supremo ha venido determinando respecto de las cooperativas de viviendas en la acción de responsabilidad por vicios y defectos en la construcción. De esta forma si, por ejemplo, una cooperativa de viviendas o una mutualidad de previsión social promocionan la construcción de viviendas van a tener la consideración de promotor, y en consecuencia, la obligación de responder y garantizar por vicios constructivos en los términos previstos en la LOE.

¹¹ En este sentido, ESTRUCH ESTURCH (2005, p. 712).

¹² MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (2002, p. 53, nota al pie núm. 116) señala que el art. 1600 del Proyecto de reforma del CC en materia de contrato de obra de 1994 y el art. 15 del Proyecto de LOE de 1996 hacían referencia al que “en ejercicio de una actividad empresarial” hubiera promovido una obra inmobiliaria. No obstante, el art. 40 del Proyecto de LOE de 1996 incluía dentro del concepto al “promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas”.

4. Conclusiones

El pronunciamiento contenido en la STS, 1ª, 13.12.2007 (Ar. 2008\329) contribuye a consolidar la doctrina jurisprudencial ya establecida en torno al concepto de promotor en la responsabilidad por ruina *ex* 1591. La caracterización del promotor como agente que se beneficia económicamente del negocio constructivo mediante la incorporación en el mercado y venta a terceros, ha servido a la jurisprudencia para negar la condición de promotor de las cooperativas de viviendas y, en consecuencia, su responsabilidad por vicios constructivos. El Tribunal Supremo equipara en la Sentencia comentada la actividad de la mutualidad de previsión social con la de las cooperativas de viviendas y entiende que carece de la condición jurídica de promotor porque actúa sin ánimo de lucro y en beneficio de sus asociados.

Durante los ocho años de vigencia de la LOE, el Tribunal Supremo no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la misma. Es por ello que, en la Sentencia comentada, no ha querido dejar pasar la oportunidad de destacar que su decisión no hubiera sido la misma si la LOE hubiera sido aplicable al caso, pues ésta no exige la intencionalidad lucrativa como característica del promotor a efectos de responsabilidad como agente de la edificación.

En mi opinión, el nuevo criterio adoptado por la LOE que incluye a las cooperativas de viviendas dentro del concepto de promotor, haciéndolas responder por los vicios y defectos constructivos del edificio, es acertado. En efecto, el art. 9 LOE viene a corregir la jurisprudencia anterior sobre responsabilidad por ruina que aunque tenía como finalidad fortalecer la tutela efectiva de la parte más débil, desprotegía a los adjudicatarios de viviendas promovidas por cooperativas de viviendas cuando la ruina no tuviera causa en la actuación de los técnicos y, como ha afirmado la doctrina¹³, sin dar razones suficientemente fundadas.

5. Bibliografía

Juan Manuel ABRIL CAMPOY (2003), "La responsabilidad del promotor en la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de noviembre)", en Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ *et alli* (Coord.) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Derecho Civil. Derecho de obligaciones, Madrid, pp. 1233-1250.

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1987), "Contrato de obra; responsabilidad por vicios de la construcción; responsabilidad del promotor; culpabilidad *in eligendo*; cuestión de hecho", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 14, pp. 4711-4720.

¹³ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO (2005, p. 390).

Ángel CARRASCO PERERA, Encarna CORDERO LOBATO, Camen GONZÁLEZ CARRASCO (2005), *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, 5ª ed, Editorial Dilex, S.L., Madrid.

Encarna CORDERO LOBATO (2005), "Artículo 9. El promotor", *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 3ª ed, Thomson-Aranzadi, Madrid, pp. 197-212.

-- (1997), "Sentencia de 3 de octubre de 1996", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 43, enero/marzo 1997, pp. 229-250.

Jesús ESTRUCH ESTRUCH (2005), *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra.

Miguel GÓMEZ PERALS (2004), *Responsabilidad del promotor por daños en la edificación*, Dykinson, Madrid.

Mª del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO (1996), "Sentencia de 9 de abril de 1996", 1132, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 42, septiembre/diciembre 1996, pp. 979 y ss.

Carmen GONZÁLEZ LEÓN (2006), "Sentencia de 31 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2743)", 1874, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 70, enero/abril 2006, pp. 305-321.

Pedro GÓNZALEZ POVEDA (2006), "Responsabilidades y garantías", *Derecho de la Edificación*, en Román GARCÍA VARELA (Coord.), 3ª ed., Bosch, Barcelona, 309-368.

Rafael GONZÁLEZ TAUSZ (2000), "El nuevo régimen del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 76, nº 661, pp. 2691-2726.

Ana LAMBEA RUEDA (2007), *Cooperativas de viviendas. Promoción, construcción y adjudicación de la vivienda al socio cooperativo*, Comares, 2ª ed., Granada.

María Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (2002), *La figura del promotor en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, Navarra.

Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE (1993), "La reponsabilidad decenal del art. 1591 del Código Civil: breve repaso de la Jurisprudencia de los años noventa", *Aranzadi Civil*, Vol I, Parte Estudio.

José Manuel RUIZ-RICO RUIZ, María Luisa MORENO-TORRES HERRERA *et alli* (2002), "Los criterios de imputación de los distintos agentes de la edificación: la delimitación de su ámbito de responsabilidad", *La Responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Comares, Granada, pp. 131-213.

Francisco PAZ CANALEJO y Francisco VICENT CHULIÁ (1989), “Ley General de Cooperativas”, en Fernando SÁNCHEZ CALERO y Manuel ALBALADEJO (dir.) *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, Tomo XX, Vol. 3º, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.

Francisco PERTÍNEZ VÍLCHEZ (2005), “Sentencia de 10 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 272)”, 1853, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 69, septiembre/diciembre 2005, pp. 1263-1286.

Iván Jesús TRUJILLO DÍEZ (1999), “Interposición gestora de las cooperativas de viviendas”, *Aranzadi Civil*, Vol. III, Parte Estudio, pp. 2289-2300.

Mònica VILASAU SOLANA (2001), “La noció de promotor en la Llei 38/1999 d’Ordenació de l’Edificació. Qui és (i potser no hauria de ser) promotor en la LOE?”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, pp. 83-111.

6. Tabla de sentencias citadas

Tribunal Supremo

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
1ª, 17.10.1974	Ar. 3896	---
1ª, 13. 6.1984	Ar. 3236	Antonio Sánchez Jáuregui
1ª, 11.2.1985	Ar. 545	Cecilio Serena Velloso
1ª, 28.3.1985	Ar. 1220	Rafael Casares Córdoba
1ª, 20.6. 1985	Ar. 3625	Antonio Fernández Rodríguez
1ª, 30.10.1986	Ar. 6021	José María Gómez de la Bárcena y López
1ª, 13.7.1987	Ar. 5461	Antonio Sánchez Jáuregui
1ª, 22.2.1988	Ar. 1271	Juan Latour Brotons
1ª, 29.3.1988	Ar. 1609	Matías Malpica González-Elipe
1ª, 20.2.1989	Ar. 1212	Pedro González Poveda
1ª, 6.3.1990	Ar. 1672	Pedro González Poveda
1ª, 17.7.1990	Ar. 5890	Gumersindo Burgos Pérez de Andrade
1ª, 8.10.1990	Ar. 7585	Rafael Casares Córdoba
1ª, 29.1.1991	Ar. 345	Gumersindo Burgos Pérez de Andrade
1ª, 1.10.1991	Ar. 7255	Gumersindo Burgos Pérez de Andrade
1ª, 31.3.1992	Ar. 2311	Francisco Morales Morales
1ª, 4.6.1992	Ar. 4997	Eduardo Fernández-Cid de Temes
1ª, 8.6.1992	Ar. 5168	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
1ª, 5.2.1993	Ar. 329	Gumersindo Burgos Pérez de Andrade
1ª, 29.9.1993	Ar. 6659	Jesús Marina Martínez-Prado
1ª, 28.1.1994	Ar. 575	Pedro González Poveda

1ª, 20.11.1998	Ar. 8413	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
1ª, 13.12.1998	Ar. 10145	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
1ª, 3.7.1999	Ar. 5897	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
1ª, 23.9.1999	Ar. 7266	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
1ª, 10.11.1999	Ar. 8862	Jesús Corbal Fernández
1ª, 21.2.2000	Ar. 752	José Almagro Nosete
1ª, 22.6.2001	Ar. 5074	Alfonso Villagómez Rodil
1ª, 13.5.2002	Ar. 5705	Alfonso Villagómez Rodil
1ª, 6.5.2004	Ar. 2098	Clemente Auger Liñán
1ª, 24.5.2007	Ar. 4008	José Antonio Seijas Quintana
1ª, 13.12.2007	Ar. 2008\329	Juan Antonio Xiol Ríos