

# Reparación en forma específica y reparación a costa del deudor en la responsabilidad por ruina

Ángel Carrasco Perera

Universidad de Castilla-La Mancha

320

## **Abstract**

*Uno de los tópicos más destacados en los pleitos relativos a la responsabilidad por ruina es el modo en que el acreedor puede pedir y el deudor, si condenado, puede exigir que se realice el resarcimiento del daño resultante de la existencia del defecto constructivo. Desechando otras hipótesis poco verosímiles o no problemáticas, el conflicto de intereses se produce en el supuesto en que el actor (normalmente una comunidad de propietarios) solicita en la demanda o en ejecución de sentencia que el deudor o condenado proceda a indemnizar con una cantidad de dinero que baste para que aquél pueda encomendar a un tercero la reparación o para resarcirse de la inversión hecha por el propio actor en acometer la reparación antes de haberse constituido la relación procesal. Normas materiales y procesales de supuesto parcial han de servir de guía para la solución del conflicto que resulta de la objeción puesta por el deudor o ejecutado, en el sentido de que tiene derecho a proceder a la reparación o cumplimiento por sus propios medios o recursos técnicos y económicos y que no se le puede privar de la posibilidad de cumplir a menor coste que el actor o un tercero. Un entrecruzamiento de diversas técnicas específicas del Derecho de daños: reparación en forma específica, costes de vigilancia, incentivos eficientes, derecho a una segunda oportunidad, carga de mitigar el daño.*

## **Sumario**

- 1. Un problema de la teoría de daños**
- 2. Los modos en que decide la jurisprudencia**
- 3. Los criterios de decisión jurisprudenciales**
  - 3.1. Cumplimiento en forma específica o responsabilidad por ruina**
  - 3.2. Concurrencia de normas de fundamentación de la opción**
  - 3.3. ¿En qué se fundamenta entonces la legitimación para acometer por propia iniciativa la reparación?**
  - 3.4. La renuencia a acometer las reparaciones antes del proceso**
  - 3.5. Costes presupuestados y costes asumidos**
  - 3.6. Jerarquía de criterios o mandato de congruencia procesal**
- 4. ¿Qué dicen las leyes?**
  - 4.1. Artículo 1591 Código Civil (artículo 17 Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación, BOE nº 266, de 6.11.1999; en adelante LOE)**
  - 4.2. Artículo 1098 Código Civil**
  - 4.3. Artículos 699, 705 y 706 Ley Enjuiciamiento Civil**
- 5. Intereses e incentivos en la elección de los remedios**
- 6. Criterios de solución**
  - 6.1. Costes de reparar versus daños secuenciales**
  - 6.2. Right to cure versus costes de vigilancia**
  - 6.3. Prefinanciación y deber de mitigar el daño**
  - 6.4. La pretensión de que se ejecute a costa del deudor**
  - 6.5. El problema de la congruencia procesal**
- 7. Tabla de sentencias**
- 8. Bibliografía**

## 1. Un problema de la teoría de daños

Como cualquier conocedor sabe, nuestra estadística jurisprudencial en asuntos de daños es vastísima, pero la racionalización que esta jurisprudencia hace de los problemas y de las decisiones es muy superficial, y normalmente formalista. Como puro formalismo se suele plantear, por ejemplo, si existe una primacía de la reparación del daño en forma específica; incluso, si esta pretensión es admisible como tal.

“Desde la inexistencia en nuestro Derecho positivo de principios generales rectores de la indemnización de los daños y perjuicios, vacío que autoriza a interpretar que el concepto de reparación en que se manifiesta la responsabilidad del dañador comprende (artículos 1.106 y 1.902 del Código Civil), tanto en la esfera contractual como en la extracontractual, sanciones bastantes en cada caso a lograr la indemnidad, que es el único designio de la norma” (SSTS 13.4.1987, Ar. 2706; 28.4.1992, Ar. 4466).

Sabemos la respuesta, pero no conocemos la racionalización, pues el proceso constructivo se queda poco más que en la cita de algunos preceptos sueltos, que nunca dicen lo que los tribunales dicen que dicen, y que, en cualquier caso, deberían ser el inicio, no el final del proceso constructivo. En la responsabilidad extracontractual, el problema se ha focalizado agudamente en las hipótesis de daños a vehículos, cuando el coste de reparación es superior al valor venal del automóvil. En la responsabilidad contractual, la *sedes materiae* casi exclusiva se encuentra en la controversia que suele tener lugar entre comunidades de propietarios actoras y los legitimados pasivos de la responsabilidad por ruina, cuando aquélla pretende que los demandados sean condenados al pago de una cantidad de dinero en concepto de reparación sustitutiva, que la comunidad actora ya acometió por su cuenta antes del proceso, o que piensa acometer en el futuro encargando a un tercero su realización material. Esta controversia no deja de estar de moda, precisamente porque no está bien resuelta. Que el asunto es de importancia lo demuestra la progresión creciente de casos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo con el correr de los años.

## 2. Los modos en que decide la jurisprudencia

Más allá de los matices dialécticos que no influyen en la toma de decisión, y descontando aquellas afirmaciones que pueden haberse hecho en méritos de la singularidad de los casos, o que no justifican suficientemente la compatibilidad que propugnan entre los dos medios resarcitorios en juego (por ejemplo, SSTS 3.10.1979, Ar. 3236; 2.10.2003, Ar. 6451) o que partían de que la reparación en forma específica resultaba finalmente imposible (así STS 27.10.1987, Ar. 7476), puede afirmarse que existen actualmente cuatro criterios jurisprudenciales abiertos sobre la relación entre reparación específica y condena pecuniaria en sede de reclamaciones fundadas en la llamada responsabilidad por ruina en sentido amplio:

- i. Según una doctrina, en sede del art. 1591 CC –o el art. 1591 CC en relación o coordinación con el art. 1098 CC– el juzgador no puede condenar al demandado a satisfacer al actor una cantidad de dinero en concepto de autorreparación proyectada (o consumada antes del proceso), sin que a aquél se le ofrezca primero la posibilidad de que dicha reparación sea

realizada por él mismo y con sus propios recursos. De los arts. 1098 CC y 706 de la [Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil \(BOE nº 7, de 8.1.2000\)](#) (en adelante, LEC) - art. 924 LEC/1881- se desprendería con claridad que la ejecución “a costa del deudor” y, más aún, la indemnización pura de los daños, es una solución jerárquicamente subordinada a que el deudor no cumpla con la obligación *establecida en la sentencia de condena*, o lo haga indebidamente (de nuevo), sin que baste haber incumplido *antes* del proceso la obligación material de entregar un inmueble idóneo. Las sentencias estelares en este sentido, por su contundencia y su proyección sobre el fallo, son las SSTS 12.12.1990 (Ar. 9999) y 17.3.1995 (Ar. 7787, comentada por CABANILLAS SÁNCHEZ, CCJC 39 (1995) § 1046, pp. 933-935, el cual defiende la doctrina de la sentencia). El precedente de la STS 3.7.1989 (Ar. 5281) se explica más por la conducta de la actora que por la fuerza de la regla. La 21.11.1990 (Ar. 9012) es también un precedente expresivo y en menor medida la STS 31.10.1980 (Ar. 3646).

- ii. Según otra línea de jurisprudencia, el art. 1591 CC (por sí sólo o en conexión con los arts. 1098 y 1101 CC) concede al acreedor tres posibilidades, que se construyen como opciones materiales o/y procesales. Puede el acreedor reclamar directamente del deudor que realice la reparación de los defectos constructivos en forma específica. Puede demandar que se le condene a satisfacer como indemnización una cantidad de dinero suficiente para que el acreedor pueda acometer por sí o por tercero esta reparación. Finalmente, puede reclamar como indemnización la cifra pecuniaria que haya importado la reparación personalmente llevada a cabo por el actor antes del proceso: SSTS 2.10.2003 (Ar. 6451); 10.3.2004 (Ar. 898, comentada por FEMENÍA en CCJC 66 (2004) § 1776); 20.12.2004 (Ar. 8131, comentada por GARCÍA-RIPOLL en CCJC 70 (2006) § 1860, con más referencias de doctrina y jurisprudencia).
- iii. Según la tercera jurisprudencia, los arts. 1591 y 1098 CC imponen indudablemente una jerarquía de remedios resarcitorios. El acreedor no puede acudir directamente (o no está justificado que haya acudido directamente) a convertir la reclamación específica en una reclamación de dinero, al margen de las opciones que el art. 706 LEC (art. 924 LEC/1881) le abre dentro del proceso de ejecución. Para que esta conversión pueda tener lugar *antes o al margen del proceso de ejecución propio de la condena a hacer* será preciso que (indudablemente antes del proceso) el deudor haya manifestado su renuencia o su rechazo a proceder por su propia cuenta, a requerimiento del acreedor (STS 30.9.1983, Ar. 4690; 13.7.2005, Ar. 5098; 10.10.2005, JUR 2005/232426). La formulación más acabada de esta doctrina se contiene en la citada STS 13.7.2005. Según ésta, para que pueda procederse a una condena pecuniaria es preciso (a) que el demandante haya requerido por cualquier medio la realización de las reparaciones, (b) que el demandado haya incumplido voluntariamente “por haber incurrido en dolo o culpa o con contravención del tenor de la obligación”(sic) y (c) que el demandante prefiera la indemnización, dado el constatado incumplimiento del deudor, por depender el cumplimiento de una relación personal que se ha demostrado contraria a las reglas de conducta propias de las relaciones contractuales (sic).

- iv. Finalmente, existe alguna sentencia que en términos más genéricos que la expuesta sub (ii) considera que la reclamación dineraria es procedente en lugar de la reparación en forma específica cuando ésta presenta “inconvenientes” (STS 8.11.2002, Ar. 9833). Por ejemplo, porque la reparación en especie exigiría la demolición del edificio (SSTS 26.5.2003, Ar. 7154; 2.10.2003, Ar. 6451).

### **3. Los criterios de decisión jurisprudenciales**

#### **3.1. Cumplimiento en forma específica o responsabilidad por ruina**

Al día de hoy nuestra jurisprudencia civil maneja indistintamente los términos de “reparación en forma específica” y “cumplimiento en forma específica”, hasta tal punto que algunas veces los arts. 1098, 1101 y 1124 CC se aportan como el *pendant* en sede de cumplimiento de lo que el art. 1591 CC lo sería en el terreno de la responsabilidad (así, por ejemplo, SSTS 30.9.1983, Ar. 4690; 2.10.2003, Ar. 6451), mientras que otras veces se mantiene que la responsabilidad por ruina “es exigible judicialmente a través del ejercicio de una acción de cumplimiento de contrato” (así, SSTS 12.12.1990, Ar. 9999; 8.11.2002, Ar. 9833). Desde el punto de vista teórico no sería lo mismo hablar de cumplimiento en forma específica y de reparación del daño en forma específica. Todavía más, mientras que, enfocada desde la óptica del cumplimiento, la realización de la prestación “a costa” del deudor es una forma de “cumplimiento por equivalente económico”, en el terreno del resarcimiento del daño la reparación “a costa del deudor” sigue siendo en puridad una reparación en forma específica. Con todo, dejamos de lado el problema, pues, aunque la jurisprudencia civil maneja con frecuencia estas locuciones, no les concede valor constructivo alguno.

#### **3.2. Concurrencia de normas de fundamentación de la opción**

Cuando se desestima la pretensión del recurrente de que se le debía haber condenado a reparar por sus propios medios o iniciativa los vicios o defectos declarados, el Tribunal utiliza para ello los arts. 1098, 1101 y 1124 CC, como criterios concurrentes, bajo la presuposición, no convenientemente desarrollada, de que, si bien el art. 1591 CC pudiera sustentar la pretensión del recurrente, los otros dos preceptos equivalen de hecho a la concesión de una opción a favor del actor, por la que se le permite solicitar en concepto de daño una cantidad de dinero, en lugar de exigir la reparación por el deudor en forma específica (STS 2.10.2003, Ar. 6451).

Sin embargo, es curioso cómo la fundamentación relativa al significado de los arts. 1098 y 1101 CC suele ser insuficiente. No se repara nunca que el art. 1098 CC es una norma relativa al ejercicio y contenido de la acción de cumplimiento en forma específica, y que, normalmente, ni los actores han ejercitado una acción de cumplimiento, sino de responsabilidad, ni, muchas veces, los demandados son susceptibles de ostentar legitimación pasiva a efectos de una acción de cumplimiento contractual: ni el arquitecto ni el arquitecto técnico, ni muchas veces el constructor o promotor, celebraron contrato alguno con el (los) actor(es) por el que se obligaran a entregar un

inmueble edificado en determinadas condiciones de idoneidad. Por lo demás, es ostensible que el art. 1098 CC especifica que “se mandará ejecutar a su costa”, predeterminando la secuencia y modo de llevar adelante una ejecución de sentencia, pero nada tiene que ver con la conducta llevada a cabo por el actor previamente a la interposición de la demanda. “Se mandará ejecutar”, pero por el juez, sin que sea el propósito de la norma legitimar retroactivamente una conducta de autosatisfacción llevada a cabo por el actor antes de demandar. Finalmente, nos encontramos casi simultáneamente con un uso doble del art. 1098. Pues este precepto puede servir para fundamentar la condena pecuniaria, de forma que la prestación quede ejecutada “a costa” del deudor (así STS 30.9.1983, Ar. 4690), como igualmente para fundamentar la posición contraria: que hay que dar al deudor una posibilidad *todavía* después del proceso y de la sentencia (SSTS 3.7.1989, Ar. 5281; 12.12.1990, Ar. 9999; 1.12.1994, Ar. 9394).

Lo mismo ocurre con el art. 1101 CC. Es evidente que este precepto constituye una regla de responsabilidad por incumplimiento. No es distinto del art. 1591 CC, que representa una subregla, probablemente, incluso, innecesaria. Como quiera que sea, tampoco el art. 1101 dice nada sobre cómo proceder a la reparación del daño de incumplimiento.

En consecuencia, ni el art. 1098 ni el art. 1101 CC son normas que puedan utilizarse convincentemente para *legitimar al actor* a proceder a la autorreparación del defecto antes de que se haya obtenido una sentencia de condena, y pretender después liquidar este coste de cobertura del daño como una deuda pecuniaria. Y tampoco puede ninguna de estas reglas utilizarse para sustentar la interpretación de que el actor puede reclamar del acreedor la cantidad de dinero en que se cifró o se cifrará el coste de reparación de los defectos. La primera de las normas puede utilizarse para defender tanto una como otra interpretación. El art. 1101 CC no tenía otro propósito sistemático que racionalizar los criterios de imputación del incumplimiento contractual, sin preocuparse – porque en aquel tiempo no estaba todavía la fruta madura para ello- de cuáles eran los modos de reparación del daño.

### **3.3. ¿En qué se fundamenta entonces la legitimación para acometer por propia iniciativa la reparación?**

Muy pocas veces la jurisprudencia se da cuenta del hecho anteriormente advertido. A saber, que no existe en nuestro Derecho sustantivo ni procesal norma alguna que legitime al acreedor insatisfecho para proceder a reparar por sus propios medios o recursos, y presentar luego una demanda de reclamación del montante dinerario de aquella reparación. A mi entender, sólo la STS 10.10.2005, (JUR 2005/232426) ha sido consciente de esta carencia. La sentencia advierte que nuestro Derecho no contiene una norma similar al art. 1144 del *Code civil* francés, que permite – cierto que bajo condiciones equívocas- que el acreedor pueda hacer ejecutar él mismo la prestación. Según la sentencia, y ante la contundencia de una regla material (art. 1098 CC) y otra procesal (art. 706 LEC) en adverso, aquella legitimación para convertir en dinero la pretensión específica le corresponde al acreedor “en determinadas circunstancias”: cuando “resulta evidente” que el obligado no va a cumplir o cuando haya sido requerido a realizar estas reparaciones sin resultado positivo.

### 3.4. La renuencia a acometer las reparaciones antes del proceso

Es recurrente, y por ello de valor incuestionable, el argumento que se basa en la conducta renuente del demandado anterior al proceso. Por la naturaleza de los hechos, en este tipo de litigios la demanda se acaba interponiendo después de una serie de infructuosos requerimientos del actor, e incluso de denuncias presentadas ante órganos administrativos. Nadie demanda al promotor o constructor sin haberse cuestionado la posibilidad de llegar a un arreglo extrajudicial previo. Más aún, por la naturaleza de la legitimación activa de las comunidades de propietarios, así como por la dificultad que de hecho existe para obtener un acuerdo favorable a la interposición de acciones, que en caso de desestimación comportarán abultadas cuentas de costas, el paso decisivo se da siempre después de haber quemado sin fruto todas las posibilidades de entenderse con el promotor. Los tribunales son muy sensibles a esta realidad, y deslegitiman la pretensión del demandado de proceder a la reparación por sus propios medios, reprochándole su negativa histórica a hacer lo propio ante los requerimientos del actor (STS 30.9.1983, Ar. 4690; 7.5.2002, Ar. 3678; 13.7.2005, Ar. 5098; 10.10.2005, JUR 2005/232426).

De hecho, puede afirmarse que modernamente el énfasis de la doctrina jurisprudencial dominante se pone precisamente en este factor. Que el deudor ha incumplido anteriormente los requerimientos, y que ello supone una deslegitimación para pretender que ahora se le permita reparar por sus propios medios y recursos ( STS 13.7.2005, Ar. 5098).

El argumento no es tan obvio como su formulación sugiere. Pues no existe en principio contrariedad a la conducta previa por parte del promotor que se niega a invertir recursos en la reparación cuando no ha sido condenado en este sentido (y, por ello, rechaza que existan defectos ruinógenos que le puedan ser imputables) y la pretensión ulterior, una vez condenado, de cumplir la condena con sus propios medios materiales y recursos financieros. Así ocurriría, en efecto, si el art. 1098 CC se hubiere formulado como norma de Derecho material, no como incidencia de la ejecución procesal. De haber sido una norma material, la *posibilidad* que el deudor podía esperar era la que se le dio con el requerimiento(s) extrajudicial, sin tener derecho a una segunda oportunidad una vez iniciado el proceso. Obsérvese que no es incongruente una serie de conductas en la que primeramente se rechaza que haya que responder, y luego se pide que se permita responder del modo más barato.

### 3.5. Costes presupuestados y costes asumidos

En las pocas resoluciones en que el Tribunal Supremo ha sostenido la preeminencia de la reparación en forma específica y la improsperabilidad de una demanda directamente orientada a la obtención de una cantidad de dinero, se trataba de situaciones en las que el coste de reparación estaba simplemente presupuestado por el actor, pero no había sido acometida la reparación antes de la sentencia firme (SSTS 12.11.1976, Ar. 4775; 3.7.1989, Ar. 5281; 12.12.1990, Ar. 9999; 2.12.1994, Ar. 9394; 17.3.1995, Ar. 7787). En tales casos los jueces ven sentido y espacio para un orden jerarquizado entre los medios de resarcimiento. *Si las cosas están todavía íntegras* en el momento de la sentencia, debe darse, *ceteris paribus*, una opción al demandado. Pero no he encontrado ninguna resolución que haya denegado al actor (probados los defectos, su magnitud

y la imputación al demandado) su pretensión de recuperar en el proceso el coste de reparación invertido personalmente en eliminar los defectos que se reprochan al demandado.

Así se explica el fallo de la STS 3.7.1989, Ar. 5281: “el coste de reparación se había acometido antes del proceso por la actora, pero sin que haya sido posible apreciar la veracidad e importancia de los defectos denunciados así como el sujeto a quien deben imputarse. La sentencia desestima la demanda”.

El actor sufre el coste de preconstituirse convenientemente la prueba para cuando haya de ser practicada en el juicio. Pues habrán desaparecido los defectos denunciados y no podrá practicarse conveniente prueba pericial en el proceso. Pero, superado ese obstáculo, la pretensión sistemáticamente prospera, si los costes están igualmente acreditados.

La situación puede explicarse por razones ajenas a la interpretación de las normas, pero también la interpretación legal confirma este resultado. Observemos el alcance de la paradoja. Si los costes de reparación no han sido realizados por el actor antes del proceso, la sentencia de condena ha de atenerse al art. 1098 CC: se ejecutará a su costa, *pero si el deudor no realiza la prestación debida*. Por el contrario, el art. 1098 CC no puede ser utilizado para reprochar al actor su iniciativa tomada antes del proceso, pues el precepto se limita a disciplinar cómo ha de procederse a la ejecución de una sentencia de condena, pero no restringe opciones reparatorias tomadas por el acreedor antes de demandar. Como el actor no pretende una condena de hacer, sino de pagar dinero, el art. 1098 CC es por eso mismo inaplicable e indecisorio.

### 3.6. Jerarquía de criterios o mandato de congruencia procesal

En no pocos casos, el demandado no tiene realmente interés en que se le condene o se le permita realizar la reparación con sus propios recursos materiales y técnicos. Su propósito, más simple, es que la demanda se desestime, entre otras razones, por vicio de incongruencia, ya que el actor reclamó una indemnización en dinero y la sentencia le concedió un derecho a que se realizaran las reparaciones, o el actor solicitó en términos genéricos que se procediera a reparar y la sentencia concede una condena pecuniaria (SSTS 27.10.1987, Ar. 7476; 13.5.1996, Ar. 3876; 10.6.2005, Ar. 5836; 10.10.2005, JUR 2005/232426).

Los tribunales son poco proclives a apreciar –igual que en otros ámbitos del Derecho- situación de incongruencia con alcance suficiente para anular una sentencia. Es con este fin con el que ahora se acude a la regla de la compatibilidad alternativa de remedios resarcitorios, pero no con objeto de legitimar la conducta del actor (que en definitiva no ha recurrido por incongruencia) sino para apoyar la corrección de la sentencia, y para ello no tiene otro remedio que aceptar que ambos remedios resarcitorios constituyen una misma pretensión. No siempre ocurre así, y a veces el vicio de incongruencia se declara producido (como en las SSTS 12.11.1976, Ar. 4775 y 10.6.2005, Ar. 5836).



#### 4. ¿Qué dicen las leyes?

Como era de esperar y ha sido adelantado, ninguna de las normas de procedente aplicación puede solucionar la controversia que nos hemos planteado en este trabajo. Aunque, como también he explicado, los tribunales actúan de forma *como* si tales normas o algunas de ellas proveyeran la solución al problema.

Es curioso que los preceptos relevantes pertenezcan en el Derecho español al territorio de las reglas procesales, no de las materiales. No disponemos de reglas materiales como las contenidas al efecto en los §§ 249 y 251 del BGB. Pero probablemente no las necesitamos tampoco. Si hubiéramos decidido incorporar en el orden de Derecho material una especie de *facultas alternativa creditoris* como la que se contiene en el primero de los preceptos alemanes citados, o una suerte de *excepción de onerosidad irrazonable* como la que se contiene en el segundo, tendríamos que haber articulado igualmente una carga de opción antes de que quedara constituida la relación procesal; en uno u otro caso, ya acreedor ya deudor tendrían que manifestarse en un sentido antes del proceso, y atenerse a su elección. Pero cuando las opciones tienen que adelantarse a un momento anterior al proceso –o, siquiera, al de la sentencia– es mucho más probable que tales opciones resulten fallidas o desajustadas que si es el proceso de ejecución el lugar en que esta posibilidad se ofrece. Pues las decisiones tomadas en el proceso de ejecución están *más cerca* del momento final en que hayan de resultar operativas.

##### 4.1. Artículo 1591 Código Civil (artículo 17 Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación, BOE nº 266, de 6.11.1999; en adelante LOE)

No es éste el lugar para incurrir en una explicación ni tan siquiera sumaria del régimen de “responsabilidad por ruina”, en su formulación histórica del art. 1591 CC y actualmente (pero de hecho sin aplicación judicial actual) en el art. 17 LOE. El desarrollo y explicación de los pormenores de este régimen ya lo hemos realizado en varios lugares a los que me remito (CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/ GONZÁLEZ CARRASCO, 2005a, p. 365; CORDERO LOBATO, en CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/GONZÁLEZ CARRASCO, 2005b, p. 293; CARRASCO PERERA, 2002, § 1574; CARRASCO PERERA, 2001, p. 2375). Al presente basta con iluminar los trazos más sobresalientes de esta “doctrina” jurisprudencial, por lo que compete al problema que aquí me ocupa.

En todos los aspectos relevantes del problema considerado, la doctrina jurisprudencial (y hoy en parte el art. 17 LOE) no ha sabido elaborar ninguna regla que sea conducente a la solución. El Tribunal Supremo no ha decidido al día de hoy si concede a la responsabilidad por ruina carta de naturaleza contractual o la remite a la responsabilidad por hecho ilícito. Y la cuestión es de importancia, pues sólo en el primer caso se puede hablar de que este precepto, o este precepto en conjunción con otros, articula una suerte de pretensión de cumplimiento en forma específica; elucidación que, por lo demás, nunca ha sido tomada en serio, probablemente porque se ignoran cuáles serían las consecuencias profundas de aquella cualificación. Como ya se ha advertido, tampoco se ha racionalizado de un modo definitivo si la responsabilidad/incumplimiento que nace de la existencia de defectos ruinógenos jerarquiza de alguna forma los remedios disponibles

por el acreedor; si estos remedios constituyen diversas manifestaciones de una misma pretensión o son pretensiones diferentes y compatibles, o si se trata de la misma pretensión con distinto fundamento normativo, o si la selección de la norma aplicable está comprendida en el ámbito cubierto por la regla *iura novit curia*. No se ha dicho, ni insinuado siquiera, si la concurrencia declarada de los arts. 1098, 1101 y 1124 CC con la aplicación inmediata del art. 1591 CC, produce alguna consecuencia en materia de plazos de garantía o de plazos de prescripción (cuestión que deviene hoy crítica ante los cortos plazos de prescripción del art. 18 LOE). No se ha hecho una distinción –que hubiera parecido de obvia necesidad– entre aquellos demandados que han contratado con el actor como promotor o vendedor y aquéllos otros que no han contratado con los actores. Al hilo del debate jurisprudencial que hemos expuesto, observamos que tampoco se ha reparado en la diferencia –que igualmente parece de necesidad obvia– entre aquellos codemandados que disponen de los medios y recursos técnicos para acometer la reparación a que se les condena (promotores, constructores) y aquellos otros que *prima facie* se encuentran a este respecto en una posición simétrica a los actores no profesionales (así, arquitectos, arquitectos técnicos, fabricantes de materiales, oficinas de control de calidad, etc.). Tampoco se ha aclarado nunca a qué conclusiones se llega con la doctrina jurisprudencial relativa a la ruina, que no hubieran podido conseguirse acudiendo al régimen general de la responsabilidad.

#### 4.2. Artículo 1098 Código Civil

“Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa”. Basta detenerse en la lectura desapasionada del precepto para comprender que en él se contiene *una norma de naturaleza procesal cuyo destinatario es el juez*. Sólo el juez se halla en disposición de “mandar ejecutar a costa” del deudor. El acreedor puede, todo lo más, ejecutar por sí la prestación, pero no puede “mandárselo” a sí mismo, ni al deudor. Además, por la propia naturaleza del conflicto, el acreedor no puede decidir *antes de ser autorizado a ello* que esta ejecución sustitutiva se hace “a costa del deudor”, es decir, que *se le va a cargar a la cuenta del deudor*. Pues es éste un presupuesto para cuya definición un sujeto privado carece de competencia, salvo, naturalmente, que la otra parte consienta.

Pero si es el juez el que “manda ejecutar”, el incumplimiento de la obligación de hacer *tiene que haberse producido dentro del proceso de ejecución*. Es decir, el juez manda ejecutar a su costa en un determinado momento o incidente del proceso de ejecución. ¿Mas cuál es el título ejecutivo que se actúa en este proceso? Sin duda que no puede serlo una sentencia *que condene (o permita) a que se cumpla a costa del deudor o que condene al deudor a pagar un dinero en concepto de satisfacción equivalente*. La sentencia que se ejecuta es la que impone específicamente al deudor la condena de hacer. En consecuencia, el “incumplimiento” ante cuya producción se actúa la ejecución sustitutoria *es el incumplimiento de la sentencia de condena de hacer, no el incumplimiento histórico de la obligación civil de hacer*, que condujo a la demanda y al proceso. En otros términos, como el art. 1098 CC es una norma procesal relativa al modo de practicar la ejecución de cierto tipo de condena, y como el incumplimiento relevante lo es del título que se ejecuta, venimos a concluir que en el precepto comentado, y para que se proceda a un cumplimiento sustitutivo, *el deudor tiene que haber incumplido dos veces; una fuera y otra dentro del proceso; una, de la obligación contractual, otra, de la condena a hacer establecida en el título judicial*.

El art. 1098 CC no impone una jerarquía u orden de remedios de Derecho material. Podemos, si así nos parece, proponer que en nuestro Derecho sustantivo existe una regla que impida al acreedor solicitar como pretensión primaria una condena dineraria para que un tercero pueda ejecutar la prestación en lugar del deudor, o para que el acreedor se resarza en dinero de los costes personalmente acometidos por él antes del proceso. Pero el art. 1098 CC no puede ser la norma que instaure semejante regla. El art. 1098 no tiene como cometido definir y ordenar los diversos remedios que corresponden al acreedor insatisfecho, ni limita ni ordena el contenido de las pretensiones posibles. Se limita a establecer cómo se ejecuta determinado tipo de sentencias. Sentencias que, si han sido congruentes, se habrán producido como consecuencia de una demanda en la que se pidió precisamente el cumplimiento/resarcimiento por el propio deudor y en forma específica. Mas no dice que el acreedor esté compelido a instar una demanda con este preciso y único contenido.

Todavía más, invito a leer una vez más y desapasionadamente el precepto. Lo que se manda es la ejecución a costa del deudor. No es contenido del mandato (despacho de ejecución) que el ejecutado cumpla con la obligación de hacer declarada en la sentencia. No hay en puridad, frente a los arts. 705 y 706 de la LEC, una ejecución en forma específica de la obligación de hacer. No se “manda” hacer lo debido y sentenciado.

Quiero ahora recordar una antaño polémica y unas apreciaciones hechas sobre la misma por GARCÍA GOYENA. El art. 1098 CC se corresponde con el art. 1008 del Proyecto isabelino. Según el comentarista, se ha querido desechar la norma contenida en el art. 1142 del *Code* Napoleón, que impone en tales casos la conversión de la obligación en una de indemnizar. Y tenía razón GARCÍA GOYENA, pero precisamente porque la preocupación que llevó al legislador francés a no permitir la ejecución específica (que era no hacer violencia a la libertad del deudor) expresaba un falso problema, derivado de no distinguir claramente el orden de Derecho material y el orden del proceso. Pues es evidente que nadie puede ser físicamente compelido a hacer lo que no quiere. Pero esta es una barrera que hay que establecer en el proceso de ejecución, no un límite de los remedios accesibles al acreedor. Este puede en todo caso reclamar cumplimiento en forma específica, y puede obtener sentencia que condene a un hacer. Lo que no puede hacer es ejecutarla en especie si el ejecutado se opone. El codificador francés interpretó erróneamente la regla *nemo ad actum cogi potest*, que dejó de ser un incidente del proceso de ejecución para convertirse inadecuadamente en una ordenación de los remedios contractuales.

Pero por lo mismo tampoco tiene sentido plantear la discusión inversa. Me refiero al silencio que guarda el Código Civil sobre la procedencia de una norma como la que se contiene en el art. 1144 del *Code*. Según éste, el acreedor puede en caso de inejecución “être autorisé à faire exécuter lui même l’obligation aux dépens du débiteur”. Con independencia de quién es el que debe emitir la correspondiente “autorización” – presumiblemente el juez- se ha discutido entre nosotros si el acreedor sujeto al CC se halla igualmente en disposición de reclamar o ejecutar esta conducta, a pesar del tenor del art. 1098 CC (MARTÍN PÉREZ, 1989, pp. 336-339). Vuelvo a decir lo mismo: se puede especular sobre la procedencia de reconocer o no este remedio específico al acreedor, pero la respuesta negativa no podrá fundarse nunca en el precepto estudiado. Porque esta norma no

tiene como objetivo delimitar el universo de los remedios o acciones contractuales disponibles por el acreedor, sino definir en qué términos puede ejecutarse una sentencia que condena a un hacer no fungible.

#### 4.3. Artículos 699, 705 y 706 Ley Enjuiciamiento Civil

Como resulta evidente de la estructura del proceso civil, el despacho de ejecución se realiza a partir del título ejecutivo que es la sentencia. “Si el título ejecutivo obliga a hacer alguna cosa, el tribunal requerirá al deudor para que la haga” (art. 705 LEC). Mejor: “en el auto por el que se despache ejecución se requerirá al ejecutado para que, dentro del plazo que el tribunal estime adecuado, cumpla en sus términos lo que establezca el título ejecutivo” (art. 699 I LEC). Como ocurría en el art. 1098 CC, la obligación que ahora se compele a ejecutar es la que resulta de la sentencia de condena, no la que nació del contrato de obra o de compraventa. Y dice la LEC que el juez dará un plazo para el cumplimiento en especie de la condena; que habrá que sumar al plazo del que ya habría dispuesto para cumplir de acuerdo al contrato. Por así decirlo, la obligación primera habrá desaparecido, para ser sustituida por la que se contiene en la sentencia.

Es un modo de hablar, porque la obligación antecedente sigue existiendo para determinar el *dies a quo* de los daños moratorios, que no se computan desde la fecha en que se despacha ejecución, sino desde el día en que se produjo el incumplimiento material anterior al proceso. Como bien dice FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (2001, p. 414), en realidad habrá gozado de tres plazos de cumplimiento: el establecido en el título contractual, el plazo que comienza para el cumplimiento espontáneo a partir de la sentencia y el plazo que ahora se concede.

La obligación cuyo cumplimiento se requiere es precisamente ésta. Y, nuevamente, de acuerdo con la máxima de congruencia procesal, ello habrá tenido lugar porque el actor así lo pretendió. La norma procesal no dice nada de los remedios y acciones disponibles para el caso de incumplimiento de la obligación contractual. Presupone que es uno de estos remedios el que se ha actuado y el que se ha reconocido en sentencia.

“Si el ejecutado no llevara a cabo” el hacer a que obligue el título ejecutivo, “el ejecutante podrá pedir que se le faculte para encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado, o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios” (art. 706.1 LEC, similar al art. 924 I LEC/1881). La norma reproduce en mejores términos el art. 1098 CC, y revela la función correcta de éste. No es el acreedor como tal el que realiza la ejecución a costa del deudor, sino el “ejecutante”, y por este título. “Podrá pedir” significa que tiene que obtener para ello una autorización judicial en el propio proceso de ejecución. Una vez más, comprobamos que la regla decisiva nada dice sobre los remedios concedidos por el Derecho material, ni presupone que éstos sean unos u otros. Tampoco presupone que el acreedor no esté legitimado para haberse procurado personalmente la reparación del defecto ruinógeno antes del proceso.

Según el precepto comentado, el ejecutante puede desentenderse de obtener el cumplimiento a costa del deudor, y solicitar directamente la indemnización de los daños y perjuicios, que se liquidarán conforme a los arts. 712 y ss. de la Ley. No es una novedad. Ya el propio GARCÍA

GOYENA concedía, comentando el antecedente del art. 1098 CC, que “el acreedor puede pedir a su elección o lo que se dispone en este artículo o los daños e intereses”; que además serán compatibles en lo que concierne a los daños moratorios y a los secuenciales derivados de la existencia misma del defecto, con independencia de que luego se repare éste (vgr. costes de alquiler sustitutivo, molestias, costes de informes de expertos, etc.; para los detalles, MESA BARRERO, 2001). Estos “daños y perjuicios”, distintos de los moratorios o secuenciales, no pueden ser otros que los resultantes de que la prestación ha sido defectuosamente realizada, si el acreedor desiste de exigir que el deudor repare o encargar esta reparación a un tercero. Se revela con ello algo que técnicamente es cierto, pero que pasa desatendido en el fárrago verbal de las sentencias. Y es que la ejecución a costa del deudor no es propiamente indemnización de daños resultantes del incumplimiento, sino acción de cumplimiento. Por eso yerran –aunque sin consecuencias en los fallos– las sentencias que continuamente repiten que, si bien la reparación por el deudor en forma específica puede entenderse articulada por medio de acción de cumplimiento, la condena pecuniaria sustitutiva con la que el acreedor pretende financiar la obra es pura indemnización de daños. La cuestión no tiene excesiva importancia práctica si se atiende a lo que *plerumque accedit*, pero ilustra el marasmo terminológico que reina en este sector tan delicado del Derecho de contratos.

Sutilmente, cabría encontrar alguna relevancia a la diferencia. La acción de cumplimiento empieza a prescribir desde que la prestación era debida, no desde que se aprecia su inidoneidad. La pretensión de daños nace cuando estos daños se concretan, que propiamente no tiene lugar hasta que es firme la sentencia que se ejecuta. Otra diferencia, no menos escurridiza, sería ésta: el deudor debe realizar correctamente la prestación porque ello es algo a que le obliga la promesa contenida en el contrato, salvo que exista imposibilidad sobrevenida no imputable; pero la pretensión indemnizatoria como tal sólo nacería si el incumplimiento de la obligación de hacer hubiera sido culpable, aunque la obligación primigenia siguiera existiendo como posible. No voy a continuar el desarrollo de estas ideas, por ser éste lugar impropio. Quiero hacer constar, sin embargo, que la propia LEC es infiel a esta pretendida pureza técnica. Cuando se trata de regular la ejecución de condenas de hacer personalísimas –que no pueden satisfacerse a costa del deudor– el art. 709 llama ahora “equivalente pecuniario de la prestación de hacer” la cantidad en que se cifra el *id quod interest*. El legislador no ha tenido claro si debe considerarlo como cumplimiento por equivalente (aunque no sea un cumplimiento “a costa” del ejecutado) o indemnización de daños y perjuicios. Para el art. 924 I LEC/1881, este equivalente era un “resarcimiento de perjuicios”.

Tampoco en este último extremo hay que inferir ninguna consecuencia de orden material del lenguaje de la LEC. Nada se dice de que el deudor no pueda pedir la “indemnización” de los costes soportados para acometer la reparación antes del proceso. Tanto si a esta compensación la llamamos cumplimiento por equivalente como si la calificamos de indemnización de daños por incumplimiento.

### 5. Intereses e incentivos en la elección de los remedios

En el lenguaje del Análisis Económico del Derecho, un incumplimiento puede ser eficiente, si lo que obtiene el incumplidor como ventaja por incumplir (como consecuencia de la existencia de un mercado alternativo con mayor margen de ganancia) es superior a lo que pierde el acreedor, de forma que aquél pueda indemnizar a éste su pleno interés de cumplimiento, y procurarse todavía un *surplus* favorable. En tal caso, merced al incumplimiento se ha maximizado la ganancia conjunta de la transacción (POSNER/KRONMAN, 1979, pp. 156 y ss.; ULEN, 1984, pp 341 y ss.).

Se trabaja en tales casos con un modelo en el que el acreedor tiene un interés exclusivo en el cumplimiento en forma específica, y el deudor aspira a que se le condene a satisfacer (sólo) una cantidad de dinero en concepto de interés de cumplimiento.

Este modelo no es prácticamente trasladable a nuestro caso de estudio. Observemos, en primer lugar, que el deudor de nuestra historia ya ha realizado su prestación al acreedor. No ha repudiado el contrato, sino que lo cumple mal. El deber de reparar lo mal hecho es necesariamente para él ya una operación globalmente antieconómica, pues tiene, por así decirlo, que cumplir dos veces por el mismo precio. No se trata de que haya un tercero que le pague más por la prestación que inicialmente tenía comprometida. En segundo lugar, en una hipótesis de trabajo como la nuestra, casi seguro que el *surplus* del incumplidor equivale al interés de cumplimiento del deudor; en efecto, imaginamos que el deudor se aprovecha de que el precio por las prestaciones inmobiliarias es superior en el mercado ahora (o que es más costoso cumplir en el presente) y que puede poner sus recursos técnicos y económicos a disposición de tercero que le pagará más que el acreedor. Pero el coste sustitutivo del acreedor también se mide por el parámetro de este mismo mercado: el daño que sufre es tener que contratar a un tercero por los precios actuales de mercado. Es decir, si suponemos que el deudor ofrece pagar al acreedor el coste económico de la reparación en lugar del cumplimiento específico, dicho coste coincide con la ganancia, el *surplus*, que el deudor podría hacer en el mercado de no haber tenido que reparar con sus propios recursos.

El mayor coste como variable genérica del mercado haría en tales casos que los daños a reclamar por el acreedor frustrado importaran la misma cuantía que el *surplus* obtenido por el deudor al incumplir (ULEN, 1984, pp. 386-388).

Salvo que el acreedor renuncie a reparar y pida daños y perjuicios inferiores al coste de cumplimiento sustitutivo (por ejemplo, por tener que cambiar de casa, por la incomodidad sobreañadida que le supone la existencia y persistencia del defecto). Cosa que no hará nunca. Por eso, el incumplimiento de este deber de reparar en forma específica no será nunca eficiente, pues no deja margen nuevo repartible. Y la razón de esta reflexión puede expresarse técnicamente sosteniendo que la ejecución “a costa” del deudor es también, y para tales efectos, cumplimiento en forma específica.

Es también esencial considerar que nuestra hipótesis de trabajo parte de que no es (sólo ni siempre) el acreedor insatisfecho el que tiene un interés en la reparación en forma específica. En rigor, ambas partes y ninguna pueden hallarse en el caso de tener los incentivos adecuados para optar por una u otra medida.

Antes de continuar hemos de dar por sentado que si el demandado no objeta la forma de reparación solicitada por el actor, el juez no puede modificarla, ni atender a razones técnicas relativas a la jerarquía de remedios.

¿Por qué puede desear el actor que se le repare por el deudor en forma específica? Básicamente, porque existen para él costes importantes de acceso a una prestación alternativa en el mercado. Y acaso no ha podido acometer la reparación antes del proceso, a pesar de que existen otros oferentes, porque no dispone de la financiación suficiente para adelantar este coste. En tales hipótesis, el actor no habrá tenido incentivos para reparar por sí mismo a costa del deudor antes del proceso, ni los tiene para pedir en ejecución de sentencia la ejecución sustitutiva a costa del deudor. Por lo demás, puede no fiarse de que el aparato judicial funcione lo suficientemente bien como para asegurarse que los bienes del deudor son debidamente realizados con objeto de pagar la deuda contraída por el acreedor con el tercero. Sin duda, este tercero querrá cobrar pronto y en mano, y no aceptará que se le remita a la realización judicial de los bienes del deudor. Y quien conozca el paño judicial y legal de este país sabe que no es una sabia decisión pagar ahora para resarcirse con la realización judicial de unos bienes ajenos sobre los que se ha practicado un embargo.

Por lo mismo, puede pensarse que sea el acreedor el que tenga el incentivo adecuado para pedir una reparación dineraria sustitutiva. La mala experiencia pasada, los requerimientos infructuosos, el clima de confrontación, la sospecha de que el deudor condenado no tendrá estímulos suficientes para cumplir correctamente con la condena, los altos costes de vigilar la conducta de este deudor sospechoso, el tiempo transcurrido desde la aparición de los defectos y las necesidades habitacionales ineludibles en el entretanto, etc.

Naturalmente, el interés primordial del deudor es no pagar ni reparar. Por eso, su defensa prioritaria en el proceso será puramente estratégica y evasiva. Si puede, alegará incongruencia, cuando el juzgador condenó a reparar y cuando condenó a pagar. Mas no es esta conducta la que ahora importa, sino la opción preferible para él cuando esté cierto que la condena se producirá.

En tales condiciones, y como nos demuestra la estadística de los pleitos, el promotor o constructor seguramente tienen incentivos para reparar en forma específica. Si ha de pagar el coste de un tercer competidor, habrá de financiar el margen comercial de este tercero. Como, en principio, tercer competidor y acreedor saben que el coste de la obra lo pagará el ejecutado, carecen de los estímulos precisos para ajustar precios y calidades de la obra: pueden *tirar con balas de rey*. En cualquier condición, su experiencia previa con el inmueble afectado casi asegura que el ejecutado puede, *ceteris paribus*, acometer la reparación a menor coste que el tercero. Piénsese que la parte de proyecto realizada es recuperable para este empeño, mientras que el tercer competidor ha de empezar de nuevo, sin inversiones previas aprovechables para la reparación.

En fin, aunque materialmente no pueda llevar adelante la ejecución de la obra con sus propios medios, siempre podrá el ejecutado contratar a un competidor o a un colega en condiciones de mercado mejores para él que si los contratara el actor, que no es un profesional de la construcción.

No es imposible que el ejecutado prefiera abonar el coste de la reparación que acometerla él. Con todo, se trataría de hipótesis marginales derivadas de la existencia de unas malas relaciones personales con el acreedor, que no tienen mucho sentido en negocios despersonalizados como éstos. En cualquier caso, es casi dogma de fe que en ningún caso será más económico para el deudor ofrecer dinero sustitutivo en lugar de reparar por sus propios medios. Y esto es así tanto si el ejecutado es el promotor o constructor (o subcontratista) como si lo es el arquitecto o el arquitecto técnico. Aunque éstos últimos no sean prestadores de un hacer específico como el que se cuestiona, sin duda tienen un acceso al mercado que les permite obtener por la prestación de un tercero mejores precios que los que podría conseguir el actor.

Incluso los mismos promotores o constructores pueden desentenderse de la prestación específica si no quieren llevarla a cabo, aunque el deudor obtuviera una sentencia de condena en este sentido. Pues es evidente que aquéllos siempre pueden contratar esta prestación con un tercero, y a mejores precios que los que tendría que pagar el actor. Más aún, de hecho será lo que ocurrirá: el demandado será condenado a la reparación específica y contratará - como lo hizo con la obra original- un subcontratista especializado en el tipo de defecto de referencia.

Y con esto encuentra su lógica de eficiencia conceder lo pretendido por el actor. Imaginemos que el contratista ha encontrado *un chollo* que le permite construir con sus medios disponibles una mansión de lujo para un mafioso por un precio de fábula. No tiene otros medios alternativos, de forma que, si repara los defectos, no puede emplearse en construir la villa del mafioso. Nada se pierde de eficiencia, empero. El actor deberá obtener siempre condena a reparar en forma específica, y el contratista buscará en el mercado un competidor o colega que haga esa reparación por el precio ordinario. Cómo es el contratista quien puede encontrar este sustituto a mejor precio que la comunidad de propietarios actora, la condena en forma específica le será siempre más económica que la condena a pagar el coste de cobertura.

En definitiva, nos encontramos sólo ante dos alternativas posibles. Primera, el demandado no objeta la forma de reparación elegida por el actor, bien porque nada dice, bien porque el actor pretendió la reparación en forma específica, a la que el demandado no puede racionalmente oponerse, aunque no tenga el propósito de realizarla personalmente él mismo. Segunda, el actor quiere una condena pecuniaria sustitutiva y el demandado pretende llevar a cabo la reparación por sus propios medios (o ser él el que contrata o subcontrata al tercero que la realiza bajo la dirección del ejecutado).



## 6. Criterios de solución

### 6.1. Costes de reparar versus daños secuenciales

*Naturalmente* –y aquí se revelan otra vez las limitaciones de la doctrina del “incumplimiento eficiente”- el deudor no puede pretender no reparar y que no repare un tercero, sino, a lo sumo, abonar los daños secuenciales sufridos por el actor como consecuencia del defecto. Por ejemplo, pagar la incomodidad de tener que vivir perennemente con el defecto, o el descenso de valor venal consecuencia de este defecto. Aquí sí podría haber para él un margen de ganancia, una vez pagados estos daños al acreedor. Pero es obvio que tal cosa no puede ser pretendida por el deudor. Éste no puede conseguir que el acreedor no realice un negocio de cobertura que le permita recuperar su interés de cumplimiento frustrado ante el incumplimiento del deber de entregar un inmueble en condiciones idóneas. Puede haber razones para permitir que el deudor incumplidor retenga o rehúse la prestación a cambio de pagar los daños al acreedor; pero no hay razón para impedir que el acreedor se busque una prestación de cobertura como la perdida. En otros términos, aquí la medida eficiente es siempre conceder la reparación en forma específica. Entonces, suponiendo la inexistencia de altos costes de transacción entre sujetos que han estado unidos por un contrato de larga duración (COOTER/ULEN, 1988, p. 321; ULEN, 1984, p. 381), será el deudor ejecutado el que tendrá que “sobornar”, si hay margen, al acreedor, ofreciéndole una parte del *surplus* a cambio de que aquél renuncie a la reparación en forma específica o “a costa” del deudor.

La hipótesis no es irreal. La responsabilidad por ruina ha llegado tan lejos que se consideran supuestos de la misma la producción de meros defectos estéticos (CARRASCO PERERA, CCJC 58, 2002, § 1574). Imaginemos que el encintado de acera de la comunidad de propietarios actora se ha construido con material de calidad o presentación distinta de la pactada. O que las paredes de las casas se pintaron con Gotelec cuando en la Memoria de calidades se había ofrecido pintura plástica lisa. Sin duda que los costes de reparación de estos desajustes son superiores a los daños reales sufridos por los propietarios adquirentes. Existe un margen importante entre ambas partidas. Bastará que el deudor ejecutado ofrezca al actor una parte de este margen, que podrá llegar hasta un euro menos de lo que a aquél le cuesta reparar el defecto. Y deberá hacerlo, sin esperar que se le pueda exonerar de ello mediante el expediente de hacerle pagar sólo el coste derivado de la disfuncionalidad derivada del defecto. Naturalmente, como en el resto del ordenamiento ha de regir la interdicción del abuso de derecho, cuando el acreedor no tiene interés real en la reparación o es un interés tan nimio que no pueda imponerse con éxito a los eventuales altos costes de una ejecución en forma específica (PANTALEÓN, 1991, p. 1046). Con todo, hay que estar atento: la mera desproporción no es abuso, siempre que el actor tenga un interés real en la ejecución en forma específica.

### 6.2. *Right to cure* versus costes de vigilancia

En nuestro Derecho no puede afirmarse que se haya consolidado una regla por la que el deudor incumplidor disponga de un derecho legítimo a reparar su incumplimiento original, antes de que el acreedor pueda dar por terminada la relación, bien resolviendo sin más, bien mediante la realización de un negocio de cobertura, y posterior liquidación como daño diferencial del mayor coste de esta cobertura con tercero. En nuestro Derecho se puede rastrear la existencia de una regla en virtud de la cual, ante un incumplimiento no sustancial, no procede la resolución por

incumplimiento, sino la reparación (la STS 28.10.2005 es la resolución más reciente en este sentido). Pero cuando el incumplimiento es sustancial, los tribunales no han escuchado la petición del deudor en el sentido de que debería permitírsele repararlo en un plazo antes de proceder a la resolución (cfr. STS 18.4.1995, Ar. 3422, comentada por FENOY, 1995, § 1050). Con todo, en el terreno de los contratos inmobiliarios la realidad es otra. Cuando la prestación del deudor es sustancial –de forma que la eventual resolución del contrato comportaría complejos problemas de liquidación resultante de la cesión de lo construido al suelo- la existencia de defectos importantes no se ha revelado como suficiente para acceder a la resolución, y siempre se ordena reparar.

SSTS 15.3.1979 (Ar. 871); 25.2.1983 (Ar. 1076), CCJC 2 (1983) § 38, comentario de CLAVERÍA GOSÁLBEZ; 20.6.1994 (Ar. 8293); 8.6.1996 (Ar. 4833).

Cuando así no ha sido, se debe a que la petición de la resolución se produce en un tiempo en que las partes no han tenido todavía tiempo suficiente para comprometerse seriamente en la conducta de cumplimiento. La restitución de las prestaciones en un caso de contrato de obra con prestación sustancialmente completada comporta un coste muy superior a los costes que para el comitente puede suponer el reparar. Y por lo que respecta a la dialéctica entre reparación y condena pecuniaria, el reconocimiento de un “derecho a reparar” se manifiesta –aunque no se racionaliza de esta forma- en la jurisprudencia ya expuesta que concede la primacía indemnizatoria a la reparación en forma específica, y que supone el funcionamiento implícito de una regla que subordina al fracaso (segundo fracaso) de la prestación la posibilidad de proceder por el acreedor a un negocio de cobertura.

Pero el *right to cure* decae cuando para al acreedor resulte irrazonable tener que soportarlo. Y pueden existir diversas razones para ello. En primer lugar, la naturaleza de la prestación es tal que, para ser cumplida, el deudor tiene que ingresar, inmiscuirse, en el espacio posesorio reservado del acreedor. Es preciso el contacto, y, con él, las sospechas, los malos modos, reavivar rencores. En segundo lugar, es una prestación que exigiría por parte del comitente incurrir en razonables costes de vigilancia, especialmente cuando existe la mala experiencia previa de una relación que seguramente se ha enconado durante años. En tercer lugar, y principalmente, como el ejecutado no es retribuido por esta actividad, tiene incentivos muy poderosos para no cumplir correctamente, ahorrándose costes, “chapeando” de cualquier manera, lo que exige del acreedor redoblar sus costes de vigilancia. Es casi inevitable que el litigio se reproduzca. El deudor no tiene especiales razones para cumplir al margen de las sanciones del derecho; por la naturaleza del mercado al que nos referimos, no hay posibilidad apreciable de que las partes puedan volver a encontrarse en relaciones repetidas, en las que resulte decisivo el prestigio de honradez ganado en las experiencias pasadas, y tampoco es fácil que pueda darse un nivel elevado de intercomunicación entre los consumidores de prestaciones inmobiliarias, como para que la mácula de la falta de seriedad del promotor se extienda como una señal a través del mercado. Difícil es encontrar algún incentivo para que el ejecutado haga bien lo debido.

Por lo que se refiere a los costes de vigilancia y monitorización de la actividad de cumplimiento, apenas se producirán diferencias si el actor obtiene una condena a ejecutar a costa del deudor o si

es el ejecutado el que tiene derecho a ejecutar en especie. A diferencia de lo que ocurre en la comparación entre ejecución/cumplimiento en forma específica y *pura indemnización* de daños, donde la primera tiene en su contra la exigencia de altos costes de vigilancia de la conducta del deudor (POSNER, 2003, p. 132; COOTER/ULEN, 1988, p. 324; ULEN, 1984, p. 385), en el presente conflicto tales costes son equivalentes. Como demuestra el art. 706.2 LEC, la ejecución a costa del deudor genera incentivos que puedan resultar perversos si el deudor (o en su lugar el juez) no inspecciona y cuida el modo en que el acreedor lleva a cabo la ejecución sustitutiva. Pero lo mismo ocurre cuando es el deudor ejecutado el que acomete con sus propios recursos la ejecución específica. No hay, por ello, preferencias fundadas en la maximización de utilidades mediante el ahorro de costes.

Además, los tribunales no ayudan con sus sentencias a rebajar los costes de vigilancia. Piénsese en la pretensión del acreedor de que el deudor proceda a reparar bajo la dirección técnica de un facultativo elegido por aquél. Sin duda ello minimizaría los costes de vigilancia. Pero el TS desecha esta pretensión, eliminando con ello un mecanismo precioso de reducir el coste total del cumplimiento (STS 2.12.1994, Ar. 9394).

### 6.3. Prefinanciación y deber de mitigar el daño

Prefinanciar la reparación antes del proceso en el que el constructor o promotor resulten condenados tiene costes para el actor. El primero es que se hace desaparecer la evidencia de los defectos, que el actor tendría que poder probar para reclamar posteriormente del demandado. Será preciso entonces que el actor deje convenientemente preconstituida la prueba para el futuro. Y ello tiene sus costes, nuevamente, sin que los riesgos se eliminen por entero (cfr. el caso de STS 3.7.1989, Ar. 5281).

El segundo riesgo es el de financiar una reparación teniendo que disponer de los fondos propios y recursos de la comunidad de propietarios actora, remitiéndose a una recuperación futura que tiene que contar con la posibilidad de que el promotor haya desaparecido o devenido insolvente.

El tercer riesgo es el propio del nuevo contrato que celebró con el tercero para que éste se hiciera cargo de la reparación en especie. Este contrato está sujeto a los avatares de un posible incumplimiento por el nuevo obligado, o a la necesidad de invertir costes suplementarios si las previsiones presupuestarias iniciales de este tercero –sobre cuya veracidad tomó el actor la decisión de reparar a costa del deudor originario- resultaron finalmente muy alejadas de la realidad. Estos riesgos son riesgos del acreedor, no del primer deudor incumplidor. Naturalmente, siempre que se trate de riesgos *idiosincrásicos* de esta nueva relación, específicos del prestador de repuesto buscado por el acreedor o propios de una errónea estimación hecha por el acreedor. En cambio, un riesgo típico realizable en cualquier prestación de obra (por ejemplo, el inevitable “reformado”) seguramente debería ponerse a cargo del deudor originario, pues, en definitiva, los costes de reparación que no sean idiosincrásicos de la decisión del acreedor, son riesgos del deudor obligado a reparar.

Aunque el punto de partida es distinto, el resultado final creo que se acerca al que propone para estos casos LANGE, 1990, pp. 241-2.

Si el acreedor ha tomado la decisión de adelantarse, a pesar de la existencia de tales costes, es porque tiene que haber tenido razones serias para ello. Normalmente el tiempo transcurrido desde las primeras denuncias habrá sido muy largo. Los inconvenientes o peligros de la situación existente, que hace peligrar las condiciones de habitabilidad, constituyen también una razón poderosa. Es decir, el acreedor habrá tendido con esta conducta a minimizar el alcance de sus daños futuros. Y al haber operado así, minimiza y mitiga igualmente el alcance de la responsabilidad del deudor.

Es una regla universal del Derecho de daños que el acreedor está sujeto a la carga de mitigar el alcance de sus daños, mediante la aplicación de las medidas que sean razonables, de forma que los daños que pudieran haber sido razonablemente evitados, y no lo hayan sido, corren a cuenta del acreedor. Nuestro Código no la recoge, pero la jurisprudencia hace aplicación de ella, como inferida en último extremo del deber de buena fe del art. 1258 CC.

Como referencias de Derecho comparado, MC GREGOR, 1980, pp. 150 y ss. Sect. 336 *Restatement (Second) of Contracts* (y FARNSWORTH, 1990, § 12.12); § 254 II BGB (y LANGE, 1990, pp. 576 y ss.); art. 9:505 *Principles of European Contract Law*; LITVINOFF, 1999, pp. 1161-1195.

Formalmente la regla se propone por vez primera entre nosotros en la STS 15.11.1994 (Ar. 8488), aunque no se trataba propiamente un caso de esta clase, porque la carga que se reprocha al acreedor haber incumplido era anterior a la producción del daño fatal (comentario de BERCOVITZ, 1995 § 1018). Pero bastante antes ya se venía haciendo silenciosamente aplicación de esta regla en muchos casos de desestimación de la reclamación de lucros cesantes sufridos por el contratante cumplidor. Tampoco es un supuesto de deber de mitigar, propiamente, el de la STS 15.2.1994 (Ar. 1315), sino de riesgo general de la vida. Literalmente, la primera vez que se aplica, y correctamente, a propósito de una venta internacional, es en la STS 28.1.2000 (Ar. 454) (comentarios de FERNADEZ MASSIA, 2000, § 1447 y OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 203). Para determinar el lucro cesante resarcible en una venta mercantil, igualmente la STS 14.5.2003 (Ar. 4749) (comentario de SOLER PRESAS, 2004, § 1719). Finalmente, como reproche a la conducta del acreedor que pretende seguir cumpliendo a pesar de que el deudor repudió formalmente el contrato, la STS 23.5.2005 (Ar. 6364).

Creo que en las siguientes situaciones debe proceder la condena al pago de la cantidad de dinero invertido en la autorreparación previa al proceso.

En primer lugar, si con esta conducta se han mitigado los daños que de otra forma se hubieran producido, incluyendo en tales daños el simple aumento del coste que supone dilatar una obra hasta un futuro incierto. Si los costes del deudor hubieran sido iguales o menores a los invertidos por el actor, la demanda procederá. Y debe presumirse que los gastos hechos por el actor satisfacen esta exigencia. Es el propio acreedor el que tiene incentivos suficientes a limitar la cuantía de sus inversiones y a racionalizar sus estrategias de sustitución de viejo por nuevo. Naturalmente hay que suponer que su conducta es razonable, pues tendrá que internalizar el riesgo de un no reembolso futuro, en los términos vistos.

Pero en cambio no puede proponerse que el actor no profesional esté sujeto a la carga de autofinanciarse para proceder a reparar sus propios daños, ante la negativa del deudor a atender los requerimientos hechos. Puede aquí ser aplicada la regla (su formulación, entre otros, en MC GREGOR, 1980, 173) según la

cual el acreedor no puede verse perjudicado por su incapacidad financiera para hacer frente a los costes de prefinanciación. Una aplicación y explicación de esta regla en la jurisprudencia española puede leerse en la SAP Cádiz, Civil Sec. 2ª, 6.10.1994 (AC 1994/1751).

Un caso paradigmático de concurrencia del deber de mitigar es aquel en el que las reparaciones son urgentes (cfr. STS 21.10.1987, Ar. 7308): si no se procede ahora a reparar, el coste futuro del incumplimiento será mayor. Aunque normalmente la urgencia no será tal que no permita requerir previamente al deudor para que realice las obras (STS 8.2.1994, Ar. 836).

En segundo lugar, y al margen de lo anterior, si el deudor ha sido suficientemente instruido de la existencia de los defectos y se le ha requerido para su subsanación. El deudor asume el riesgo de su propia conducta, de su negativa a reparar. Cierto que en ese momento puede contar con no ser condenado. Pero si la condena se produce, el riesgo de haber especulado es suyo; como lo es del actor si la condena no se produce. En tal caso, deberán indemnizarse todos los costes razonables incurridos por el actor. En puridad, sobre ninguna de las partes recae la carga de la prueba de que tales costes satisfacen o no esa exigencia de razonabilidad. Los costes son aportados por el actor al proceso (declarativo o de ejecución) y sobre el ejecutado recae la carga de *convencer* al juez -que es un no profesional de las obras- que tales costes son irrazonables.

En la SAP Barcelona, Civil Sec. 16ª, 14.7.1994 (AC 1994/1467), el actor ya había acometido las obras de reparación, y reclama luego su reembolso al demandado. Según el tribunal esta reclamación estaría sujeta a tres condiciones; a) razonable urgencia; b) requerimiento previo al deudor para que realizara la obra; c) que no haya exceso o abuso en lo ejecutado.

#### 6.4. La pretensión de que se ejecute a costa del deudor

Si el actor no hubiera incurrido en estos costes antes del proceso, y reclamara el cumplimiento a costa del deudor en la forma establecida en el art. 706 LEC, el único incentivo perverso que puede imaginarse en la persona del actor sería el de cobrar una cantidad de dinero en concepto de costes de reparación, y después renunciar a acometerla. Existe al respecto numerosa y dispar jurisprudencia que ha afrontado este problema en supuestos de daños extracontractuales a vehículos usados.

El análisis de esta jurisprudencia puede encontrarse en CARRASCO PERERA, 1996, pp. 51 y ss. La cuestión ha sido largamente discutida en otros Ordenamientos, y precisamente con aplicación a vehículos automóviles: MEDICUS, 1983, n.ºs. 226, p. 232; LANGE, 1990, pp. 227-229.

Esta situación es imaginable en inmuebles cuando, en el sentido que ya hemos expuesto, los costes de adecuación de la prestación a lo que es debido por contrato sobrepasen notablemente los daños reales que esta imperfección le supone a la parte actora. En otro caso no es fácilmente pensable. El propietario de un vehículo usado cuyo valor venal es escaso, muy inferior al coste de reparación, puede sucumbir a la tentación de utilizar el coste presupuestado de esta reparación- que en algún caso puede acercarse al precio de compra de un vehículo nuevo- para comprar otro vehículo mejor, renunciando a reparar. En inmuebles no es fácil que esta situación suceda. Un edificio reparado no sufre ninguna amortización técnica, a diferencia de un vehículo después de

un accidente. No es tampoco realista pensar que, salvo casos de ruina total, el precio de reparación permitirá al actor adquirir un bien equivalente sustitutivo, renunciando a reparar.

Pero sí se ofrece una hipótesis que no es de fantasía. El actor solicita los costes de reparación precisos para reparar el defecto, cuando antes de la sentencia ya ha enajenado a un tercero el inmueble. En este caso hay que rechazar la pretensión al coste de sustitución, y el actor podrá recuperar únicamente el daño que estos defectos produjeron en el valor de mercado del inmueble.

Pudiera pensarse que el art. 706.2 LEC haría inviable este propósito. No obstante, el precepto comentado no elimina enteramente la posibilidad de esta conducta estratégica del actor, por mucho que el coste de esta reparación sea valorado por perito independiente designado por el tribunal y por mucho que se conceda que la elección del tercero tiene que ser aprobada por el tribunal con audiencia del interesado (FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, 2001, p. 424). La existencia de un presupuesto de obras confeccionado por un tercero no desvanece todo el riesgo, pues la obra presupuestada puede finalmente no acometerse, o puede haberse pedido un presupuesto de complacencia.

La decisión en tales casos corresponde al juez. Si la posibilidad de una conducta estratégica es muy elevada, por existir notable diferencia entre costes de restauración y daño real derivado de la existencia de defectos, no se deberá conceder la forma de reparación propuesta por el actor, si el demandado pretende reparar con sus propios recursos. Salvo que se arbitre un sistema que permita realizar y liquidar activos del ejecutado a medida que se acometen y avanzan las obras.

El caso también puede presentarse cuando el coste de rehabilitación fuera muy grande, dada la naturaleza del defecto ruinógeno. Si se entrega al actor el precio presupuestado de reparación integral, pueden crearse los incentivos perversos para que renuncie a rehabilitar, vendiendo el solar, y adquiera otro inmueble con el dinero pagado por el ejecutado.

En definitiva, ante la demanda solicitando que se permita al acreedor a realizar las reparaciones a costa del deudor, el juez deberá ponderar los siguientes factores:

- La no despreciable probabilidad de una conducta estratégica del acreedor, dada la notable diferencia entre el valor venal del inmueble y los costes de reparación que se solicitan.
- La no despreciable probabilidad de una conducta estratégica del acreedor, si existe un provechoso mercado alternativo que no requiere la inversión en el inmueble de los costes de reparación solicitados.
- Los respectivos costes de vigilancia por parte de acreedor y constructor, si la ejecución es encargada a éste o remitida a la discreción de aquél.
- La conducta previa del constructor a lo largo del proceso de cumplimiento contractual, dado que la cuantía de la compensación/indemnización debe solicitarse y cuantificarse

en el proceso previo a la ejecución (art. 219 LEC), si el deudor ha rebatido de modo convincente el presupuesto presentado por el actor.

- La existencia de previsible costes de transacción entre los diversos condenados a reparar, que puede hacer más económico que la decisión se centralice en la persona del acreedor (criterio utilizado en la SAP Las Palmas, Civil Sec. 3ª, 1.12.2003, JUR 2004/109279).

En rigor, todo se resume proponiendo que el juez debe conceder la iniciativa a quien puede realizar la reparación con el mayor ahorro posible de costes al conjunto de las partes.

### 6.5. El problema de la congruencia procesal

Se me contestará que la propuesta que se acaba de hacer es irrealizable en términos procesales, dada la exigencia de congruencia procesal. El juez no puede dar al actor lo que no pide, ni puede desestimar su demanda por el resultado de una ponderación de costes que ha tenido lugar en el proceso. Mas no lo creo. Aquí sí que importa la corrección técnica, y hay que afirmar que las dos formas de ejecución previstas en los arts. 1098 CC y 706 LEC constituyen *cumplimiento en forma específica del deber de reparar*. Se trata de una misma pretensión en las dos aplicaciones, y el terreno que puede recorrerse libremente por el juez no permite inferir (recuérdese, si el demandado se opone a la forma de reparación pretendida por el actor) que de un extremo a otro se produzca una lesión de la tutela judicial específica de las partes del proceso.

Todavía en caso de duda *ha de optar el juez por la reparación en forma específica solicitada por el demandado*. Pues en el proceso de ejecución todavía será posible reparar el error de ponderación cometido, si finalmente el demandado y ejecutado no repara a satisfacción en los términos del art. 706 LEC.

## 7. Tabla de sentencias

### *Sentencias del Tribunal Supremo*

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 1ª, 12.11.1976	4775	Antonio Cantos Guerrero	<i>Comunidad de Propietarios Pablo Alcover c. Enrique P.S. y otros</i>
STS, 1ª, 3.10.1979	3236	Jaime de Castro García	<i>Comunidad de Propietarios Conde de Bustillo c. Viviendas Hispalis</i>
STS, 1ª, 31.10.1980	3646	Jaime de Castro García	<i>Guillermo R.G. c. Enrique R.G.</i>
STS, 1ª, 30.9.1983	4690	José Beltrán de Heredia	<i>Guillermo c. Esteban, Francisco y otros</i>
STS, 1ª, 13.4.1987	2706	Cecilio Serena Velloso	<i>Comunidad de Propietarios c. Enrique F.D. y otros</i>
STS, 1ª, 21.10.1987	7308	Alfonso Barcala Trillo-Figueroa	<i>Mateos S. c. Michael H.</i>

STS, 1ª, 27.10.1987	7476	Alfonso Barcala Trillo-Figueroa	<i>Residencial Gayarre c. Inmobiliaria Gayarre y otros</i>
STS, 1ª, 3.7.1989	5281	Ramón López Vilas	<i>Iberpistas c. Utotrabe</i>
STS, 1ª, 21.11.1990	9012	Rafael Casares Córdoba	<i>Comunidad de Propietarios Castelldefells c. Pedro B.G. y otros</i>
STS, 1ª, 12.12.1990	9999	Pedro González Poveda	<i>Comunidad de Propietarios Vidal y Barraquer c. Magel</i>
STS, 1ª, 28.4.1992	4466	Pedro González Poveda	<i>Viuda de Celestino Solano c. Dragados</i>
STS, 1ª, 8.2.1994	836	Antonio Gullón Ballesteros	<i>Comunidades de Propietarios c. Construcciones Valladolid</i>
STS, 1ª, 15.2.1994	1315	Antonio Gullón Ballesteros	<i>Fortunato de G. c. Carmen F.R y otros</i>
STS, 1ª, 15.11.1994	8488	Francisco Morales Morales	<i>Encarnación M. c. Banco Hispano Americano y otros</i>
STS, 1ª, 2.12.1994	9394	Pedro González Poveda	<i>Comunidad de Propietarios Pedro Alcover c. Enrique P.S y otros</i>
STS, 1ª, 17.3.1995	7787	Francisco Morales Morales	<i>Comunidad de Propietarios Capanema c. Pedro B.G y otros</i>
ST, 1ª, 18.4.1995	3422	José Almagro Nosete	<i>Bodegas Montevejeo c. Ardinden SA.</i>
STS, 1ª, 13.5.1996	3876	Alfonso Barcala Trillo-Figueroa	<i>Comunidad de Propietarios Coblanca c. Juan G y otros</i>
STS, 1ª, 28.1.2000	454	Pedro González Poveda	<i>Internationale Jute c. Marín Palomares</i>
STS, 1ª, 7.5.2002	3678	Antonio Romero Lorenzo	<i>Landelino G.M. c. Bami</i>
STS, 1ª, 8.11.2002	9833	Teófilo Ortega Torres	<i>Bodegas Señorío del Parral c. Indiser y otros</i>
STS, 1ª, 14.5.2003	4749	Antonio Gullón Ballesteros	<i>Mostos Internacionales c. Mayoristas de Vinos</i>
STS, 1ª, 26.5.2003	7154	Antonio Romero Lorenzo	<i>Luis Carlos c. Álvaro</i>
STS, 1ª, 2.10.2003	6451	Jesús Corbal Fernández	<i>Ibaru y otros c. Pedro Enrique y otros</i>
STS, 1ª, 10.3.2004	898	Alfonso Villagómez Rodil	<i>Comunidad de Propietarios c. Eduardo y otros</i>
STS, 1ª, 20.12.2004	8131	Jesús Corbal Fernández	<i>Mapfre c. Enrique y otros</i>
STS, 1ª, 23.5.2005	6364	Francisco Marín Castán	<i>Maxcret c. Tradición Textil</i>
STS, 1ª, 10.6.2005	5836	Pedro González Poveda	<i>Comunidad de Propietarios c. Carlos Daniel y otros</i>
STS, 1ª, 13.7.2005	5098	Encarnación Roca Trías	<i>Comunidad de Propietarios c. Noriega, S.A.</i>
STS, 1ª, 10.10.2005	JUR 2005/232426	José Ramón Ferrándiz Gabriel	<i>Comunidad de Propietarios c. Calp Garden y otros</i>



### *Sentencias de las Audiencias Provinciales*

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
SAP Barcelona, Civil Sec. 16ª, 14.7.1994	AC 1994/1467	Agustín Ferrer Barriendos	<i>Comunidad de Propietarios c. Cuatrecasas</i>
SAP Cádiz, Civil Sec. 2ª, 6.10.1994	AC 1994/1751	Lorenzo Del Río Fernández	<i>Ángel c. Rancho Solas y Reaseguros</i>
SAP Las Palmas, Civil Sec. 3ª, 1.12.2003	JUR 2004/109279	Ricardo Moyano García	<i>Alexander y otros c. Promociones M.D. y otros</i>

## **8. Bibliografía**

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1995), "Tarjeta de crédito: cancelación de la misma por error: Cancelación del seguro correspondiente; indemnización de los daños y perjuicios derivados de muerte del titular de la tarjeta; moderación de la responsabilidad", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 38, § 1019.

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (1995), "Responsabilidad por vicios que determinan la ruina de la obra inmobiliaria. Solidaridad. Reparación de los daños", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 39, § 1046.

Ángel CARRASCO PERERA (1996), *Reparación del daño en forma específica*, Aranzadi Civil, p. 51.

Ángel CARRASCO PERERA (2001), "La jurisprudencia post-LOE: ¿ha cambiado algo en el régimen de la responsabilidad por ruina?", *Aranzadi Civil*, p. 2375.

Ángel CARRASCO PERERA (2002), "Arrendamiento de obra: responsabilidad por vicios constructivos. Ruina: defectos superiores a las imperfecciones corrientes: pavimento antiestético. Legitimación pasiva como promotor de la Comunidad Autónoma subrogada en las obligaciones que correspondían al Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 58, § 1574;

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

Ángel CARRASCO PERERA/Encarna CORDERO LOBATO/Carmen GONZÁLEZ CARRASCO (2005b), *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona.

Humberto CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1983), "Contrato de obra. Indemnización por cumplimiento defectuoso", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 2, § 38.

Robert COOTER/Thomas ULEN (1988), *Law and Economics*, HarperCollins Publishers.

Martín GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (2006), "Ruina de edificio. Ejecución in natura. Responsabilidad solidaria de arquitecto, arquitecto técnico y constructor. Subrogación de compañía aseguradora", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 70, § 1860.

Allan FARNSWORTH (1990), *Contracts*, 2ª ed., Little Brown & Co, Boston

Pedro FEMEÍA LÓPEZ (2004), "Responsabilidad por vicios o defectos en la construcción. Reparación "in natura" y cumplimiento por equivalente. Obligaciones del director de ejecución de la obra. Responsabilidad solidaria de los arquitectos intervinientes", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 66, § 1776.

Nieves FENOY PICÓN (1995), "Contrato de obra. Su distinción con la compraventa. Causa petendi: principio de sustanciación. Defectos de la cosa. Posibilidad de repararlos. Acción resolutoria del artículo 1124.I CC. Incumplimiento grave y trascendente: objeto inútil al fin señalado en el contrato", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 39, § 1050.

Miguel Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (2001), *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid.

Enrique FERNÁNDEZ MASSIÁ (2000), "Aceptación incondicional del comprador respecto de la oferta. Perfección de un contrato de compraventa internacional de mercaderías. Incumplimiento contractual del aceptante. Solicitud de indemnización de daños y perjuicios. Minoración de tal indemnización a favor del vendedor por venta de reemplazo de la mercancía y falta de adopción de las medidas oportunas para reducir la pérdida", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 53, § 1447.

Hermann LANGE (1990), *Schadenersatz*, J.C.Mohr, Tübingen.

Saul LITVINOFF (1999) "Damages, Mitigation and Good Faith", *73 Tulane Law Review*, p. 1161.

Harvey MC GREGOR (1980), *On Damages*, Sweet & Maswell, Londres.

Dieter MEDICUS (1983), *Staudinger Kommentar zum BGB*, 1983, § 248 BGB, De Gruyter, Berlin.

Antonio MARTÍN PÉREZ (1989), "Comentario al art. 1098 CC", en ALBALADEJO (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, vol. XV-1º, Edersa, Madrid.

Carolina MESA BARRERO (2001), "El alcance del resarcimiento en la responsabilidad por vicios constructivos", *Aranzadi Civil* 2001, p. 2337.

Francisco OLIVA BLÁZQUEZ (2000), "Aceptación, contraoferta y modificación del contrato de compraventa internacional a la luz del artículo 8 del Convenio de Viena. La indemnización de daños y perjuicios y el "deber de mitigar" ex art. 77 del CISG", *Revista de Derecho Patrimonial* 5, p. 203.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), "El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)", *Anuario de Derecho Civil*, p. 1019.

Richard POSNER (2003), *Economic Analysis of Law*, 6ª ed., Aspen, New York.

Richard POSNER/Anthony KRONMAN (1979), *The Economics of Contract Law*, Little Brown & Co Law & Business, Boston.

Ana SOLER PRESAS (2004), "Determinación de la indemnización debida por el vendedor que no entrega la mercancía", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 64, § 1719.

Thomas ULEN (1984), "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contractual Remedies", 83 *Michigan Law Review*, p. 341.