

PROYECTO FIN DE MÁSTER

INFORME LEGAL

MUDE 2021/2022



Tutor: Francisco Javier Vasserot González

Máster en Derecho de Empresa

Francisco de Borja García Rodríguez

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
ALCANCE DEL INFORME JURÍDICO.....	2
ANTECEDENTES DE HECHO.....	2
INFORME JURÍDICO.....	4
PREGUNTA 1.....	6
PREGUNTA 2.....	11
PREGUNTA 3.....	18
PREGUNTA 4.....	23
PREGUNTA 5.....	32

INTRODUCCIÓN

En la cuestión que se nos presenta actuaremos como asesor legal de la operación de edificación, emitiendo el presente informe jurídico en relación con determinadas cuestiones sobre las alternativas de actuación en la responsabilidad de las diferentes contingencias ocurridas, desde el punto de vista de la defensa de los agentes intervinientes en la edificación, así como de la comunidad de los propietarios que posteriormente a la edificación, adquirieron los inmuebles.

Emitimos el informe jurídico a su solicitud, con el objeto de expresar nuestra opinión jurídica de acuerdo con el Derecho español común en relación con las cuestiones planteadas por ustedes clientes y que se recogen en el punto siguiente sobre alcance del presente informe jurídico.

ALCANCE DEL INFORME JURÍDICO - DERECHO ESPAÑOL

La presente Nota-Informe está limitada a analizar las cuestiones indicadas exclusivamente conforme a Derecho Español Común siguiendo los criterios de aplicación de dicha normativa legal así como la interpretación recogida por la jurisprudencia de los Tribunales de la Jurisdicción española. Por lo tanto, todos los asuntos objeto de la presente Nota-Informe estarán basados puramente en el análisis y revisión de legislación española vigente a esta fecha, quedando bien entendido que, en ningún caso, la presente Nota-Informe se refiere a cuestiones no reguladas por la legislación española común ni podrá interpretarse conforme a un sistema legal que no sea el español común.

ANTECEDENTES DE HECHO

En el presente informe se procede a analizar en calidad de asesor jurídico las cuestiones planteadas por ustedes clientes, estando así el informe dividido en dos partes claramente distinguidas.

Hemos nombrado “primera parte” a las primeras cuatro preguntas que ustedes han exteriorizado en su consulta, donde se procede a hacer un examen legal y jurisprudencial exhaustivo a efectos de evaluar las potenciales responsabilidades de los agentes intervinientes en la edificación, así como las potenciales acciones que podrán ejercitar las personas damnificadas.

En la primera pregunta de la primera parte, analizaremos la responsabilidad de los agentes intervinientes por el impacto de un martillo en un peatón. Dicho martillo resultó caer del andamio donde trabajaban los constructores. Esta pregunta girará entorno a la responsabilidad civil extracontractual regulada en el artículo 1902 del Código Civil (en adelante **CC**), así como del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación (en adelante **LOE**), donde se regulan el sistema de responsabilidad de los agentes intervinientes en la edificación. Además, de cara a conseguir individualizar las responsabilidades posibles, se analizará exhaustivamente el concepto de “Plan de Seguridad y Salud” en la edificación, así como la Orden 2988/1988, de 30 de junio de la Comunidad de Madrid, la cual nos detalla los requisitos que deberán tener las mercantiles en la obra respecto al mantenimiento del andamiaje.

En la segunda pregunta de ustedes clientes, de nuevo abordaremos la responsabilidad de los agentes intervinientes. La circunstancia que evaluaremos será una caída al vacío desde una segunda planta de un trabajador de la subcontrata “SINFRÍO, S.L”. En este caso, lo enmarcamos dentro del accidente laboral, remitiendonos a lo dispuesto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante **LPRL**), el sistema de responsabilidad de la LOE, así como a la Orden 2988/1988 antes comentada (suponiendo la hipótesis de la caída desde el andamio).

En la tercera pregunta, poco después de que la obra termine, la situación se complica y comienzan a surgir contingencias que afectan a los nuevos propietarios de la vivienda, entre las que se incluyen fallos en el sistema de calefacción, en el aislamiento acústico y en la alineación de las baldosas de la cocina. Nuestro análisis se basará plenamente en lo dispuesto en la LOE, de nuevo destacando la importancia del artículo 17.1 en cuanto al ejercicio de la acción de responsabilidad se refiere, contando con un gran soporte jurisprudencial.

En la cuarta y última pregunta de la primera parte, 5 años después de la terminación de la obra, la situación se agrava mucho más, apareciendo grietas en el edificio y humedades en el techo de los áticos. En dicha pregunta se expondrá el ejercicio de la acción del artículo 17.1 LOE, así como la acción prevista en el artículo 1591 CC por vicios en la construcción. En dicha pregunta conviene remarcar además la importante responsabilidad y negligencia del arquitecto director de obra, así como la dualidad jurisprudencial a la hora de valorar las humedades como contingencia de afección a la habitabilidad de la vivienda, o como contingencia que afecte a los elementos estructurales de la misma, que se desarrollará posteriormente.

Finalmente, el informe concluirá con la segunda parte, que contendrá la consulta número 5 de ustedes clientes. En esta segunda parte no se evaluarán cuestiones de responsabilidad, sino que se valorarán aspectos del contrato de préstamo inmobiliario entre la promotora y la mercantil Real Estate Ventures, S.C.R. En esta parte, se hará un amplio desarrollo de lo dispuesto en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante **LCCI**) de cara a comprender mejor la intermediación en los contratos de financiación inmobiliaria, así como el sistema de garantías o el sistema protector que posee la LCCI, que afectará a los compradores de las viviendas que se subrogarán en el préstamo inmobiliario. Finalizará dicha parte, así como el informe, elaborando un breve razonamiento acorde con la jurisprudencia actual respecto a la posición de los fiadores en dicho tipo de contrato bajo lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias(en adelante **LCyU**).

INFORME JURÍDICO

Las cuestiones que se someten a análisis del despacho en este Dictamen serán resultas en el mismo orden que han sido planteada, comenzando así con la siguiente cuestión:

“HOGAR S.L. es una empresa que se dedica a la promoción y venta de inmuebles. Dicha empresa es propietaria de un solar en el centro de Madrid, sobre el cual decide promover la construcción de un bloque de 20 pisos destinados a uso residencial.

Tras obtener las autorizaciones y licencias administrativas pertinentes, suscribe los siguientes contratos:

- *En primer lugar, contacta con un conocido Arquitecto, Eugenio Vinci, el cual asume tanto la redacción del Proyecto como la Dirección de Obra.*
- *Contacta con un Arquitecto técnico llamado Armand Casero que asume, de un lado, las funciones de Dirección de la Ejecución de Obra, y de otro, de Redacción del Plan de seguridad de la obra y de Coordinación de Seguridad y Salud en el Trabajo.*

- *La ejecución material de la obra se la encarga a la empresa constructora “LADRILLO, S.L.” con la que ya ha trabajado en otras ocasiones de forma satisfactoria. A su vez, LADRILLO S.L., consciente de sus limitaciones en el campo de la calefacción, subcontrata la instalación del sistema de calefacción con la empresa “SINFRIO, S.L.”.*
- *Por último, HOGAR S.L., consciente de la obligatoriedad de suscribir un seguro decenal, contacta con una aseguradora para suscribir la Póliza de seguro decenal de daños materiales prevista en el artículo 19.1.c) de la Ley de Ordenación de la Edificación con vigencia temporal de 10 años a contar desde la emisión del acta de recepción de la obra.*

A este respecto, conforme a la práctica habitual en el mercado, la aseguradora condiciona la emisión del suplemento de entrada en vigor de la póliza, una vez que la obra termine, al informe favorable de un Organismo de Control Técnico en relación con los siguientes elementos:

- a. Cimentación y estructura de la obra.*
- b. Impermeabilización de fachadas, sótanos y cubiertas.*

Para cumplir con esta condición, la promotora contrata con un Organismo de Control Técnico (OCT) la elaboración de los informes de riesgo exigidos por la aseguradora.

1.- Un peatón que iba caminando por la acera bajo los andamios de la fachada del edificio en construcción, recibe de repente el impacto de un martillo que cae de lo alto del andamio, produciendo la rotura de la clavícula. Según se pudo comprobar más tarde, el martillo se le cayó accidentalmente a uno de los trabajadores de la constructora que estaba trabajando en lo alto del andamio, el cual se coló por un hueco del andamio hasta impactar con el peatón.

Tras recibir el alta médica, dicho peatón recurre a un abogado para que plantee la correspondiente reclamación.”

En la presente cuestión, se procederá a exponer a ustedes clientes en primer lugar, quién responderá de los daños sufridos al peatón tras la caída del martillo, identificando así las opciones a la atribución de responsabilidad. Posteriormente, la última parte de la respuesta a su primera consulta versará sobre las acciones a ejercitar, reseñando así el plazo de prescripción de cada potencial acción identificada.

Comenzamos exponiendo como primera idea que el accidente sufrido por el peatón por la caída del martillo hay que encuadrarlo fuera del ámbito del accidente laboral y de la responsabilidad dentro del ámbito de la construcción. Nos encontraríamos en el presente supuesto pues en una cuestión simple de responsabilidad civil extracontractual del artículo 1.902 CC, al ser el peatón un tercero ajeno a la obra (no es un trabajador de la constructora o de la subcontrata).

La presente cuestión planteada pues, hay que encuadrarla en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, puesto que la víctima resulta ser una tercera persona ajena al promotor del inmueble y a las personas físicas y jurídicas que, en el momento del accidente, participaban en la planificación, la organización, la dirección y la ejecución de la obra. Sería objeto de estudio si la responsabilidad en el presente supuesto se puede calificar de objetiva, puesto que la ejecución de cualquier obra sobre una zona peatonal introduce un riesgo antes inexistente en la sociedad y supone de por sí, dadas las características inherentes a un proyecto de esa magnitud, una probabilidad cierta de causar daños a terceros, y así surgir la obligación de indemnizar prescindiendo totalmente del componente subjetivo de la culpabilidad. Así por ejemplo la STS de 9 de julio de 2003 o la STS 638/2005 de 18 julio optan por este razonamiento en lo que respecta a la aplicación del artículo 1902 CC en un accidente cercano a una obra disponiendo:

(...la «Sala tiende a objetivar la responsabilidad civil del empresario, aproximándola a una responsabilidad fundada casi sin más en el riesgo», lo que no evita, como también tiene dicho esta Sala, la exigencia de «una rigurosa prueba del nexo causal al enjuiciar la responsabilidad civil del empresario»).

Dejando al margen dicha corriente de objetivar la responsabilidad que se tratará a posteriori, respecto de las cuestiones objeto del presente informe cabe destacar lo siguiente:

1.1.- ¿Quién o quiénes son responsables de los daños sufridos por el peatón?

El peatón podría instar la demanda reclamando responsabilidad civil extracontractual contra:

- **Promotora (HOGAR S.L.):** Se estimaría que la caída del martillo y los daños producidos al peatón fueron originados por una negligencia imputable a la promotora, en tanto que no cuidó de adoptar las precauciones necesarias en materia de seguridad y salud, e incluso las exigidas en la licencia municipal para la instalación y prevención de riesgos a los viandantes por los andamios que sobrevuelan las aceras, sobre los que se llevan a cabo obras en la vía pública y, para evitar que ningún obstáculo (a pesar de que se cayó accidentalmente) se convirtiese en un peligro para los viandantes. Para el análisis de la postura de la promotora, concierne observar la Orden 2988/1988, de 30 de junio de la Consejería de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid, por la que se establecen los requisitos mínimos exigibles para el montaje, uso, mantenimiento y conservación de los andamios tubulares utilizados en las obras de construcción. En dicha Orden encontramos una serie de requisitos técnicos en el ámbito territorial de Madrid para el montaje, uso y correcto mantenimiento de los andamios, concretamente siendo de especial interés el artículo 4 que desarrolla las plataformas de trabajo sobre los andamios tubulares (de la cual se desprende el martillo). La responsabilidad se ejercita en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la presente orden, donde se presenta una directa remisión al Capítulo VII de la LPRL. En dicho Capítulo, concretamente en el artículo 42 encontramos que en caso de que la responsabilidad del accidente encuentre su cauce en una negligencia de mantenimiento o instalación del andamio, se podría derivar responsabilidades administrativas, penales y civiles por los daños y perjuicios contra la constructora. Además, entiende esta parte que la promotora en todos los casos posibles responderá subsidiariamente de cualquier daño ocasionados por vicios o defectos de construcción en virtud del artículo 17.3 LOE. Por todo lo expuesto, una útil vía para manifestar la responsabilidad de la promotora será comprobando si se han respetado los requisitos inherentes a la Orden 2988/1988.
- **Director de la ejecución de la obra (Armand Casero):** En el caso que nos ocupa, es el Arquitecto Técnico llamado Armand Casero quien asume las funciones de dirección de la Ejecución de la Obra y de la redacción del plan de seguridad de la obra. Por ello mismo, entiende esta parte que el director de la obra puede ser

responsable por los daños padecidos por un civil impactado por la caída de un objeto desde un piso superior de la obra, dado que la actividad del proyectista se engloba dentro de la locación de obra intelectual, mientras que el director de obra tiene a su cargo dirigir, controlar y supervisar el desarrollo de la construcción, así como la instalación y mantenimiento del andamiaje. Asimismo, conviene reseñar entre otras la SAP de Barcelona de 6 de septiembre de 2022, en la cual se atribuye responsabilidad al director de ejecución de obra en una situación muy similar, por ser este el encargado de la redacción del plan de seguridad y salud.

- **El Arquitecto Eugenio Vinci**: Entiende esta parte que dicho sujeto solo tendría responsabilidad en caso de que, en el Proyecto, no hubiese contemplado las medidas preventivas de seguridad relativas al andamio, el cual se exige por las normas de seguridad que la estructura sea un túnel estanco en donde no pueda caer al peatón ni siquiera polvo.

Dicho esto, respecto de la figura del arquitecto y del aparejador, conviene reiterar y destacar que el señor Armand dentro del Proyecto de la obra debe de haber realizado el Estudio de Seguridad y Salud, en el cual establece las medidas preventivas de dicha materia (redes protectoras, andamios, barandas en los andamios...). Además, el señor Armand que lleva la dirección de ejecución de la obra en el caso que nos ocupa, también asume las funciones de Coordinador de seguridad y salud, aunque puede darse el caso de que haya un coordinador de Seguridad y Salud adicional, que sea un técnico ajeno e independiente que se contrate a tal fin. Este agente se ocuparía de que se ejecute el proyecto de seguridad redactado por el Arquitecto. Este agente por ejemplo, irá una vez a la semana a la obra, y si observase que algo está mal ejecutado o alguna medida de seguridad resulta insuficiente o no existe, levantará un acta, y dependiendo de las deficiencias y de la gravedad de las mismas (huecos sin protección en el andamiaje, no aparencia de redes de protección en los andamios como ocurre en el presente caso) tendrá que ordenar la reparación de las deficiencias e incluso la paralización de la obra, o partes de las obras donde existan deficiencias.

Dicho agente deberá ser arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico tal y como dispone la Disposición Adicional Cuarta de la LOE. Dicho esto, concierne consultarles de vuelta a ustedes clientes si existe la aparencia de este agente subcontratado, aunque entendemos que al no formar parte de su consulta, no lo hay.

- **La constructora (LADRILLO S.L.):** Antes de empezar la obra, la constructora LADRILLO S.L. tiene que elaborar y presentar al Coordinador de Seguridad e Higiene para que éste lo apruebe (en nuestro caso el aparejador) el Plan de Seguridad y Salud, documento redactado por un técnico especialista del constructor donde especifica todas las medidas de seguridad que se van a adoptar en la obra, las cuales aunque ya han sido definidas por el Arquitecto en el Proyecto, tienen que especificarse e incluso completarse a las anteriores. Posteriormente, el Coordinador (aparejador) tiene que aprobar este documento antes del comienzo de las obras, firmando el mismo y haciendo un informe al respecto. Una vez aprobado el Plan, el Constructor tiene que preparar el centro de trabajo y notificar el día de comienzo de las obras a la autoridad laboral competente (Comunidad de Madrid). En este caso, es inevitable atribuirle responsabilidad a la constructora, al ser el accidente también una negligencia de uno de sus trabajadores, siendo responsable la sociedad por dichos daños tal y como dispone la doctrina jurisprudencial en reiteradas ocasiones como la STS de 28 de febrero de 2019 o la STS de 2 de marzo de 2000, desarrollando la culpa in vigilando de las empresas respecto a negligencias de sus empleados.

- **Posible empresa desconocida:** Por último y no menos importante, la colocación del andamiaje se suele subcontratar a empresas autorizadas para realizar dicha estructura, si bien en el caso que nos ocupa, al no haber dado información al respecto de ninguna subcontrata en la construcción del andamio, entendemos que el mismo ha sido levantado por la propia empresa constructora, quien debe de tener acreditada la especialidad y formación específica en dicho cometido. Es la empresa constructora pues, la responsable del montaje del andamio quien tiene la obligación de supervisar, y con carácter previo quien debe de solicitar al Ayuntamiento de Madrid permiso para la ocupación de vía pública.

En el estudio de este supuesto se va a tener en cuenta qué asesoramiento jurídico y estrategia seguir en función de que nuestros servicios hayan sido contratados por el peatón que haya sufrido el accidente o por alguna de las empresas implicadas en la promoción y construcción del edificio referenciado:

A) Como abogado de los agentes implicados en la construcción (Constructora, Arquitecto, Aparejador) ante el hecho objetivo del daño, que aparece acreditado sin género de dudas por el parte de urgencias y demás documentación médica que el abogado del lesionado debe acompañar a su escrito de demanda (informes de intervención quirúrgica, partes de baja médica de su médico de cabecera en caso de que se encontrase trabajando dicho peatón, o en su defecto informe médico relativo a los días que tardó en curar las lesiones, gastos médicos, rehabilitación, días improductivos para trabajo días, gastos farmacéuticos, gastos de desplazamientos en que haya incurrido el lesionado...) tan solo cabría oponer como causas de exoneración de la responsabilidad civil:

1) **Causas de fuerza mayor:** Como por ejemplo el viento. Habría que distinguir en el presente supuesto entre objeto que se arroje u objeto que se cayese del edificio como causante del daño. En el presente supuesto, según el enunciado se parte de que el objeto no fue colocado voluntariamente por el trabajador de la constructora, sino que cayó accidentalmente y se coló por un hueco del andamio.

2) **Culpa exclusiva del peatón:** Por ejemplo, acreditando mediante prueba pericial y testifical que dicha obra estaba suficientemente señalizada y se prohibía expresamente ocupar la acera sobre la que sobrevolaba la obra por parte de los peatones, habiendo hecho caso omiso el peatón accidentado a dicha prohibición. Para acreditar tal extremo podríamos requerir en el momento de producirse el accidente a la Policía Local para que emitiera la correspondiente inspección ocular relativa a los letreros de señalización y de prohibición, su ubicación y su visibilidad para los peatones. Asimismo, se podría acreditar esto mediante prueba testifical de los obreros.

B) Como abogado del peatón, habría que acreditar que ni en la acera ni en los andamios que sobrevolaban la misma se contaba en ese momento con ninguna de las medidas de seguridad correspondientes. En el presente caso, es de destacar que el martillo se coló literalmente por un hueco existente en el andamio, cuestión que demuestra la falta de diligencia en la instalación del andamio, por cuanto la normativa de seguridad exige que no exista ningún hueco en el andamio por el que pudiese caer al acerado ningún objeto, tierra o escombros de la obra en construcción. A parte de exigir que no exista ninguna junta u orificio o hueco en la base del andamio, se exige asimismo una malla o tela tupida que en caso de caída accidental de algún objeto, el mismo quede retenido en dicha malla y no

caiga a la calle o acera, a la vez que la acera no estaba señalizada o con advertencia de peligro alguna. Tratándose de una vía pública y de una acera, los viandantes tienen derecho a circular por la misma en absolutas condiciones de seguridad, sin verse obligados a sortear o superar obstáculos, los cuales, en caso de ser precisos, han de disponerse de tal manera que eviten constituir un riesgo para las personas que deambulan por ella. Sin duda, el impacto al peatón en el presente caso se hubiera evitado simplemente poniendo mallas de plástico (o tela) para evitar, en caso de desprendimientos o caídas de objetos de la obra, su impacto contra el suelo de la acera o contra los viandantes. Asimismo es un hecho que se acredita que el martillo se coló por un hueco del andamio, circunstancia negligente por cuanto la superficie del andamio o base del mismo, no debe de tener ningún hueco que permitiese traspasar ningún objeto.

1.2.- *¿Qué acción deberá ejercitarse, qué plazo de prescripción tiene dicha acción y desde cuándo empezará a contar?*

La acción a ejercitar en este caso, tal y como se ha comentado anteriormente, sería la de responsabilidad extracontractual fundada en los artículos 1902,1903 y 1910 CC, siendo además el plazo de prescripción de la acción de un año desde que se produjo lo agraviado o se supo de ello según lo dispuesto en el artículo 1968 CC.

Apenas un mes después de este incidente, un trabajador de la subcontrata “SINFRÍO, S.L.” sufre un mareo repentino mientras estaba realizando sus tareas en la planta segunda de la planta segunda de la obra en construcción, que le hace precipitarse al vacío desde una altura de 4 metros, produciéndose la rotura de la cadera y de la rótula derecha. El Inspector de Trabajo determina que la causa del accidente se ha debido a una patente infracción de medidas de seguridad en la obra toda vez que no había medidas preventivas adecuadas ante el riesgo de caída en altura.

Respecto del accidente sufrido por el trabajador de la subcontrata, hay que encuadrarlo en el ámbito del accidente laboral y el resarcimiento de daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo, conforme a lo establecido en el artículo 156 del Real

Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante **LGSS**).

Teniendo en cuenta los datos que se nos facilitan respecto de la intervención de la Inspección de Trabajo y el levantamiento de un acta por la misma en donde se imputa una infracción de medidas de seguridad en la obra y de prevención del riesgo de caída, conviene destacar que dicha acta de infracción pueda ser a su vez impugnada tal y como lo dispone Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social en su artículo 23. En dicho artículo se nos expone que ante el desacuerdo de la actuación de la Inspección de Trabajo se podrá interponer recurso de alzada en el plazo de un mes ante el órgano superior competente (la atribución de competencias viene desarrollada en el artículo 4 del referido Real Decreto).

La responsabilidad empresarial por accidente de trabajo es uno de los grandes asuntos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, fuente de problemas vinculados al derecho de daños, distinguiéndose dentro del accidente laboral varias consecuencias. El llamado “ilícito civil”, para el Orden Jurisdiccional Civil; “Ilícito laboral”, para el Orden Jurisdiccional Social y el ilícito penal para el orden penal, que lleva aparejado cualquier accidente laboral, en cuyas diligencias previas de investigación y que se incoan por el Juzgado de Instrucción se investigará la implicación o no de los distintos agentes intervinientes en la construcción del edificio en el ilícito penal. Todo ello viene expuesto de maravilla en el ya expuesto anteriormente artículo 42.1 de la LPRL.

“El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento”.

En el sistema de responsabilidad empresarial por accidente de trabajo, tal y como se entiende del presente artículo, se encuentra integrados dos aspectos:

a.- La reparación del daño a la víctima: Los daños que sean causados a los trabajadores en los términos que legalmente se establezcan, deberán ser compensados por el empresario.

Por ello, surgirá una obligación objetiva de reparar dicho daño en materia de accidentes laborales o enfermedades profesionales. La obligación de reparar y la responsabilidad derivada resultará ser totalmente ajena a la negligencia o culpa por parte del empresario. Esto quiere decir que el ordenamiento jurídico trata de garantizar eficientemente la protección del trabajador, objetivando cada vez más la responsabilidad y la obligación de reparar.

b.-El sistema punitivo: Desde esta perspectiva se incluyen las sanciones administrativas y las sanciones penales en sentido estricto. En el presente caso se nos indica que la Inspección de Trabajo levanta acta del accidente acaecido en donde determina una sanción al considerar la existencia de una infracción de medidas de seguridad, sin duda detectadas al igual que en el caso del peatón en la falta de protección de huecos, teniendo la obligación el coordinador (aparejador) de detectar cualquier infracción de las medidas de seguridad y parar la obra inmediatamente hasta que se subsane la misma, y en su caso podría haber derivado denuncia a la Inspección de Trabajo, en caso de que el constructor omitiera sus órdenes expresas al respecto. En el presente caso está claro que la deficiencia detectada por la inspección no fue detectada por el coordinador, lo que le hace responsable como más adelante se discutirá.

Por consiguiente, de todo accidente de trabajo dimanar o pueden dimanar responsabilidades diferentes que pueden ser agrupadas en las siguientes clasificaciones:

A.- SEGURIDAD SOCIAL. - Las que tienen relación directa con las prestaciones del Servicio Público de la Seguridad Social.

B.- PENAL. El accidente laboral, puede ser calificado como “Ilícito Penal”, conforme a lo dispuesto en los artículos 316 y 317 del Código Penal, en cuyo caso existirá tanto las responsabilidades de carácter penal como la responsabilidad civil del ilícito penal, y todo ello se ventilará en el Orden Jurisdiccional Penal. Los delitos contra la prevención de riesgos laborales son delitos de peligro, destacando el concepto jurisprudencial de “riesgo” en los que no es necesario la existencia de un daño para que se produzca el mismo. En materia de resarcimiento, los Juzgados de lo penal no están “atados” al baremo de circulación, si bien es orientativo y prácticamente se suele aplicar el mismo.

C.- CIVIL. - Por culpa contractual (artículos 1011 a 1112 del Código Civil) Ilícito laboral o culpa extracontractual (artículos 1901 a 1910 del código civil). En este caso no es necesario

que exista una sin infracción de normas de seguridad, ya que nace para el empresario en todo caso la obligación de “*garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio, en todos los aspectos relacionados con el trabajo*”, por lo que siempre que exista un accidente de trabajo el empresario es deudor por los daños. En este cauce argumental conviene resaltar lo dispuesto en el artículo 14.1 de la LPRL, de donde observamos el derecho de los trabajadores a un sistema protector eficaz en materia de seguridad y salud, principio del cual deriva entre otras, esta responsabilidad civil.

D.- ADMINISTRATIVA. - Por infracción de una norma de derecho laboral, con la intervención de la Inspección de Trabajo, dando lugar a procedimientos que se han de seguir ante la jurisdicción contencioso-administrativa (impugnación en vía administrativa del acta de inspección sancionadora).

E.- LABORAL- Por infracción o aplicación de lo dispuesto en Convenio Colectivo, por ejemplo.

2.1. Valorar la responsabilidad de todos y cada uno de los agentes intervinientes en la obra: “HOGAR, S.L.”, “D. EUGENIO VINCI”, “D. ARMAND CASERO”, “LADRILLO, S.L.”, “SINFRIO, S.L.”, “OCT”.

Respecto del accidente habría que depurarse las siguientes responsabilidades:

- **Promotora (HOGAR S.L.):** Al igual que en el apartado número 1 del presente informe jurídico, se podría derivar que la negligencia es imputable a la promotora por no adoptar las precauciones necesarias. De hecho es muy probable que esto suceda por lo que extraemos del acta de la Inspección de Trabajo donde se nos comenta que “*la causa del accidente se ha debido a una patente infracción de medidas de seguridad en la obra toda vez que no había medidas preventivas adecuadas ante el riesgo de caída en altura*”. Dado que no se nos especifica de donde cae el trabajador, supondremos que el mismo cae a través del sistema de andamiaje, por lo que conviene de nuevo sacar a colación de nuevo la Orden 2988/1988 para el montaje, uso, mantenimiento y conservación de los andamios tubulares utilizados en las obras de construcción, donde en el artículo 6 de la misma encontramos que se deberá de

disponer imperativamente de protección frente a caídas de objetos o personas. Además, por como ustedes narran el acontecimiento y por como lo detalla la Inspección de Trabajo, es posible que la plataforma de trabajo no contara con la barandilla metálica de 90 cm de alto que exige el artículo 4 de la citada Orden. Por todo ello, al igual que en la consulta primera, se derivará la responsabilidad hacia la Promotora en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la presente orden, del artículo 42 de la LPRL y del artículo 17.3 de la LOE (donde se dispone que el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes tal y como se comentó en la consulta 1).

- **El Arquitecto Eugenio Vinci**: Tal y como se expuso en la primera pregunta, el señor Eugenio fue el encargado de redacción del Proyecto como de la Dirección de Obra, por lo que el mismo tendría la función de arquitecto proyectista y arquitecto director de la obra. Respecto a su función como proyectista, el señor Eugenio debió de incluir las disposiciones de seguridad en el proyecto de edificación acorde con la ya tan citada normativa técnica de andamios tal y como dispone el artículo 10.1 LOE. Respecto a su función como director de obra, acorde con lo dispuesto en el artículo 12 LOE, el señor Eugenio dirigirá la obra en sus aspectos medioambientales, estéticos, urbanísticos y técnicos. Dicho lo cual, entiendo esta parte que el señor Eugenio sólo respondería en caso de que no se haya acogido al Estudio de Seguridad y Salud en calidad de proyectista. Como sabemos por el enunciado, el responsable de ello fue el señor Armand, por lo que a priori sobre el señor Eugenio no se derivará responsabilidad. Justificamos nuestra posición con el cauce jurisprudencial, destacando entre ellas la STS de 1 de enero de 2001 donde se dispone que queda exonerado el proyectista y el director de obra de los accidentes laborales derivados del incumplimiento de las medidas de seguridad (acometiendo la responsabilidad contra el director de la ejecución de la obra), o la STSJ de Madrid 88/2008 donde de nuevo atribuye la responsabilidad al director de ejecución de obra para las facultades en materia de seguridad y salud en la obra.

- **Director de la ejecución de la obra (Armand Casero)**: Tal y como se comentó en su consulta número 1, el señor Armand puede perfectamente ser responsable de los daños, siendo el mismo el director de Ejecución de Obra y responsable de la redacción del plan de seguridad, utilizando como argumento lo mismo que en su

consulta número 1 (es el encargado de dirigir, controlar y supervisar el desarrollo de la construcción, así como la instalación y mantenimiento del andamiaje) así como las sentencias que hemos sacado a colación al comentar la potencial responsabilidad del señor Eugenio.

- **La subcontrata (SINFRIO S.L.):** En lo que concierne a la responsabilidad de la empresa subcontratada encargada de la instalación del sistema de calefacción conviene acordar que la misma resulta evidente que responderá directamente ante el trabajador por la vía del artículo 4.2 d) y 19. 1 del Estatuto de los Trabajadores. En el contrato de trabajo, la empresa que contrata debe velar por la salud y seguridad de sus trabajadores, entendiendo que una omisión de dicha obligación supondrá un incumplimiento del contrato de trabajo. Queda más que patente que SINFRIO S.L. no realizó el debido control exhaustivo de las condiciones de seguridad en las zonas de trabajo, siendo evidente lo mismo al dilucidar la repentina caída de su trabajador fruto de las carencias de seguridad del andamiaje. Así lo afirma la STS 22 de junio de 2004 y la STS 1 de diciembre de 2003 reseñando que:

“El empleador, asume la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo... Esta obligación, impuesta ex lege, debe implicar que la no observancia de las normas garantizadoras de la seguridad en el trabajo, por el empleador, constituye un incumplimiento del contrato de trabajo”.

- **La constructora (LADRILLO S.L.):** La constructora responderá de forma solidaria junto a SINFRIO S.L. en virtud de lo establecido en el artículo 24.3 de la LPRL ya comentado anteriormente y el artículo 3 e) Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, de contratista o empresario principal. La responsabilidad por ende se derivará de dos cauces diferentes; Primero por el compromiso frente a HOGAR S.L. de ejecutar la obra y segundo por el artículo 24.3 ya comentado respecto de la LPRL. La responsabilidad solidaria junto a SINFRIO S.L. se ampara además en lo dispuesto en el artículo 42.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, el cual dispone:

“La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”.

- **Organismo de Control Técnico:** Respecto a este organismo, entendemos que el mismo toma forma en la LOE a través del artículo 14 de la misma Ley, donde se detallan las obligaciones del mismo, siendo las mismas en su mayoría relacionadas con el carácter técnico de la construcción (revisión de materiales, proyecto, informe geotécnico...) Dicho lo cual entiende esta parte que el OCT se mantiene ajeno a la dirección y ejecución de la obra, no pudiendo imputar en él responsabilidad ninguna.

2.2.- Tipo de acción a ejercitar en cada caso y ante qué jurisdicción.

En esta segunda parte de la consulta de ustedes clientes creemos necesario primero de todo determinar el órgano jurisdiccional competente a la hora de juzgar respecto a la situación expuesta encuadrada dentro de la figura del accidente laboral. Dicho esto, concierne saber la larga controversia que ha existido siempre en esta materia, donde surgen serias dudas respecto a dónde encuadrar las responsabilidades reclamadas, entre el orden civil y el orden social.

Todas estas dudas se solventaron con la implementación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, la cual en su artículo 2, donde se contienen las materias que gozan de protección bajo el orden jurisdiccional laboral, expone:

“las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquellos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente”.

Dicho esto, tras la implementación de esta Ley queda más que patente que será la jurisdicción social la que conozca sobre aquellos casos donde se hayan producido daños a los trabajadores en el ámbito laboral. Por todo ello, lo preciso sería reclamar contra los responsables destacados anteriormente la papeleta de conciliación prevista en el artículo 63 de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social y la posterior demanda en esta jurisdicción, sin perjuicio de reclamar una demanda de reclamación por daños y perjuicios ante el orden competente tal y como dispone la última parte del artículo antes citado.

Afortunadamente, la obra termina sin más incidentes, se firma el Acta de recepción de obra y la aseguradora emite el suplemento de entrada en vigor del seguro decenal tras comprobar que los informes del OCT son favorables y confirman la conformidad de la obra en los puntos solicitados. Seguidamente, tras inscribirse la obra nueva en el Registro de la Propiedad, HOGAR S.L., vende la totalidad de los pisos a terceros adquirentes en menos de 3 meses.

3. Nada más recibir las viviendas, los nuevos propietarios descubren los desperfectos y defectos constructivos que se señalan a continuación:

- a) Sistema de calefacción deficiente por falta de uniformidad en el calor.*
- b) Las baldosas de la cocina no están bien alineadas.*
- c) Falta de aislamiento acústico de las habitaciones, hasta el punto de que se oyen los ronquidos del vecino de arriba como si estuviera en la misma habitación.*

3.1. Valorar la cobertura de los citados daños bajo la póliza decenal.

Para comenzar, conviene resaltar que los defectos de acabado son patologías constructivas de pequeña índole debidas a una falta de terminación en remates de obra, siendo en general, los que se nos describen en este punto, defectos poco importantes de ejecución o defectos de materiales utilizados en la construcción que no afectan a los elementos estructurales.

Por otro lado, conviene hacer otra previa precisión respecto al exacto concepto de seguro decenal. El seguro decenal es el seguro encargado de cubrir los daños producidos en los elementos estructurales de la edificación (cimentación y estructura) que pongan en peligro su resistencia mecánica y estabilidad ya sea por vicios o defectos, durante los 10 años

posteriores a la terminación de la obra. El seguro decenal lo pagará el promotor, es el tomador del seguro con carácter obligatorio. El mismo viene expuesto en el artículo 19 de la LOE, donde dentro del régimen de garantías exigibles de este seguro se hace alusión a:

- “ *vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras*”
- “*vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad*” contenidos en el artículo 3.1.c).
- “*vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio*”.

En tercer lugar, antes de esbozar nuestra respuesta a su cuestión, concierne encuadrar cada una de las contingencias dentro de estas tres categorías reseñadas arriba. La deficiencia del sistema de calefacción y del sistema de aislamiento acústico son cuestiones que se podrían encuadrar dentro de los requisitos de habitabilidad del apartado 3.1.c), mientras que la contingencia en las baldosas es un defecto de terminación de obra, así lo reseña entre otras la Audiencia Provincial de Burgos en su sentencia 384/2011.

Habiendo explicado la magnitud que puede abarcar el seguro decenal y el encuadre de las contingencias en el sistema de garantías de la LOE, conviene explicar que en la Disposición Adicional Segunda de la LOE se dispone que sólo será exigible la garantía vía seguro decenal de lo contenido en el apartado 1.c del artículo 19 para edificios cuyo destino sea el de vivienda.

Dicho esto concierne tal y como ustedes nos han comentado en la información del caso, comentar que el seguro contratado por 10 años solo cubrirá los vicios que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio (teniendo en cuenta que ustedes han optado por el seguro mínimo y obligatorio), no conteniendo por ende cobertura para cubrir los desperfectos reseñados en su consulta 3.

3.2 Valorar la responsabilidad de cada uno de los agentes intervinientes en la obra, así como el tipo de acción a ejercitar, plazo de prescripción y/o caducidad, y viabilidad de la misma.

En la presente cuestión concierne al igual que se ha hecho en las pasadas preguntas, individualizar una por una la responsabilidad de los diferentes agentes, así como la acción a ejercitar con su correspondiente plazo de prescripción/caducidad. Sin embargo, al existir 3 vicios diferentes la estructura será diferente, analizando uno por uno las diferentes contingencias.

Ergo, comenzaremos analizando las diferentes responsabilidades derivadas de los aparentes defectos en el sistema de calefacción y aislamiento acústico, los cuales en el anterior subapartado se han encuadrado como vicios a la habitabilidad del edificio, encontrándose los mismos recogidos en el artículo 3.1.c y 19.1 b) LOE. En el artículo 17 de la misma ley, el cual desarrolla la responsabilidad de los agentes en el proceso de la edificación, encontramos mención en el apartado 1.b) a las incidencias de habitabilidad, concluyendo que responderán durante 3 años todos los agentes intervinientes en el proceso de edificación en este tipo de contingencias. Dicho esto, comenzamos ahora sí a individualizar agentes:

- **Promotora (HOGAR S.L.):** Agente interviniente en la edificación en virtud del artículo 9 LOE, contando ergo con responsabilidad de las 2 contingencias comentadas. En cualquier caso, conviene remarcar de nuevo que la Promotora respondería solidariamente con los demás agentes en virtud del artículo 17.3 LOE. El sentido del fallo de la SAP de Ourense 664/2020 confirma esta afirmación, donde se condena (entre otras) a la promotora a subsanar los vicios de habitabilidad de las viviendas objeto de autos.

- **La constructora (LADRILLO S.L.):** Dicha mercantil responderá de los vicios en calidad de parte interviniente (artículo 11 LOE) en el proceso de edificación. Conciene destacar la STS 293/2013 de 22 abril, donde se trata una situación muy similar a la prevista en dicha pregunta, habiendo defectos respecto a humedades, insonorización de las viviendas y saneamiento. En dicha sentencia, a parte de reseñar como aspecto importante la compatibilidad de las acciones del artículo 1591 CC,

artículo 17 LOE y la de responsabilidad contractual, se establece respecto de la insonorización de las viviendas que responderán arquitecto técnico y la promotora-constructora.

- **El Arquitecto Eugenio Vinci**: El señor Eugenio responderá al igual que el resto de agentes por considerarse agente interviniente en el proceso de edificación en virtud de los artículos 10 y 12 LOE. Aun así, entendemos que el mismo responderá en calidad de director de obra exclusivamente, pues en el artículo 10.1 y 2.b no encontramos entre las responsabilidades del proyectista responder de estos vicios. Este argumento lo basamos en lo dispuesto en la STS 315/2000 donde se dispone que *"la responsabilidad de los Arquitectos proyectistas se centra en la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra"*.

- **Director de la ejecución de la obra (Armand Casero)**: El señor Armand será sin ninguna duda responsable por dichos vicios, por ser agente interviniente en la dirección de ejecución del proyecto. De hecho, a la hora de tratar de individualizar las responsabilidades, resulta más que claro que el señor Armand será responsable, pues en virtud del artículo 13 LOE y de la reiterada jurisprudencia, encontramos como aspecto inherentes al director de ejecución que el mismo responderá de los vicios que afecten a los requisitos de habitabilidad de la vivienda. De hecho, en la ya antes citada STS 293/2013 se reseña respecto al técnico director de ejecución que: *"En cuanto a humedades, también la doctrina jurisprudencial culpa, no sólo a la ejecución material, sino a los técnicos, pues la entrada de agua en la vivienda de nueva construcción supone un deterioro que, si se agrava, podría causar la ruina o la inhabilitación de la vivienda..."*

- **SINFRIO S.L.**: Para evaluar correctamente la responsabilidad de este agente interviniente, conviene destacar en primer lugar que el mismo no responderá de los problemas acústicos, pero podríamos entrar a valorar la responsabilidad respecto al sistema de calefacción deficiente. Bajo nuestra profesional opinión, entendemos que SINFRIO no tendría responsabilidad, en primer lugar al no ser considerado agente interviniente en la construcción, omitiendo así el cauce argumental del artículo 17.1 LOE. De hecho la STS de 29 de diciembre de 1993 omite incluso la legitimación

pasiva de la subcontrata, siempre y cuando se demanda conjuntamente a aparejador, arquitecto y constructor.

- **Organismo de Control Técnico (OCT):** En este caso, teniendo en cuenta que no podría considerarse al OCT como agente interviniente en el proceso de edificación, y que el mismo se limita a valorar la supervisión del procedimiento de cara a establecer los elementos que servirán de base para el contrato con la aseguradora, no se atribuiría ninguna responsabilidad. Más adelante en el presente informe, esta valoración se argumentará con más profundidad, a fin de aclarar su carácter como agente interviniente.

Habiendo despachado todo lo referente a las responsabilidades de los vicios que afectan a la habitabilidad de la vivienda, concierne hacer hincapié en los defectos de las baldosas de la cocina, el cual hemos calificado anteriormente como contingencia en el acabado de la obra. Comenzamos este cauce argumental sacando a colación el artículo 17.1 LOE donde en su último párrafo desarrolla que el constructor responderá de aquellos daños o vicios procedentes del acabado de la obra en el plazo de un año. Todo ello en concordancia con el artículo 19.1 LOE, nos indica que responderán solidariamente LADRILLO S.L. en calidad de constructor en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.1 que dispone: *“El constructor también responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año”*. Además, responderá también la promotora solidariamente en virtud del 17.3 como ya se ha expuesto varias veces.

Se concluye finalmente esta consulta destacando que la acción a ejercitar será la acción prevista en el artículo 17.1 LOE contra los agentes responsables destacados arriba en esta respuesta y además, la acción del artículo 17.3 LOE contra la promotora. Para el ejercicio de la acción respecto de los requisitos de habitabilidad existirá un plazo de 3 años tal y como dispone el artículo 17.1.b), mientras que para los vicios en el acabado de las viviendas el plazo será de un año tal y como dispone el mismo artículo.

Respecto de los defectos en el acabado de obra, la acción a ejercitar para este caso sería una acción por defecto de acabado de las obras y de terminación, ex artículo 17.1, párrafo cuarto, contra la constructora LADRILLO S.L. y, de forma solidaria, contra el promotor HOGAR S.L. en los términos establecidos por el artículo 17.3, párrafo segundo de la Ley de Ordenación de la Edificación. El plazo de caducidad de la responsabilidad civil de los agentes que han intervenido y que son responsables de los daños, tal y como señala el ya mencionado artículo 17.1 LOE será de 3 años.

4. Lamentablemente, los problemas no terminan aquí y 5 años después de la terminación de la obra empiezan a aparecer los siguientes daños y defectos ruinógenos en el edificio:

- a) Grietas en la fachada del edificio y de algunas viviendas.*
- b) Humedades en los techos de los pisos áticos.*

A sugerencia de un copropietario, que es abogado, la Comunidad de Propietarios contrata un perito técnico para que determine la causa de cada defecto, concluyéndose que las grietas se deben a una deficiente cimentación porque la solución adoptada en el proyecto no era adecuada a las características del terreno. Y que las humedades se deben a una deficiente ejecución de la impermeabilización de la cubierta. En este contexto, se nos solicita, como abogados de los propietarios afectados:

4.1 Valorar la cobertura de dichos defectos bajo la póliza decenal. En caso de cobertura, determinar si la aseguradora tendría acción de subrogación frente a los agentes responsables de los daños y, en su caso, tipo de acción y plazo para ejercitarla.

A efectos de proceder a efectuar una correcta argumentación sobre la cobertura de la póliza decenal, conviene comenzar sacando a colación de nuevo el artículo 19.1.c) el cual nos remarca los daños que cubre la póliza de seguro decenal obligatorio que se han contratado, que ya se ha comentado anteriormente en este informe. En dicho apartado del artículo, consta que el seguro decenal obligatorio cubrirá: “*el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio*”.

Dicho esto, lo primero que procede analizar es si las grietas en la fachada del edificio y las humedades quedan cubiertas por la póliza decenal, teniendo en cuenta lo que ha exteriorizado el señor perito.

Comenzando así por las grietas, entiende esta parte que no existen demasiadas dudas para caracterizar a dicha contingencia como deficiencia de la cimentación a causa de las características del terreno, tal y como dispone el perito técnico. Asimismo, la SAP de Cuenca 48/2018 de 27 febrero confirma esta afirmación destacando:

“El seguro decenal ha de garantizar, durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación... Si atendemos a los informes emitidos por el perito judicial, elemento probatorio de singular relevancia por las razones que ya hemos señalado anteriormente, podemos concluir que dichos requisitos se cumplen en el caso de autos, pues siendo indudable que los daños tiene su origen en la cimentación (el perito judicial indica en la pág. 8 de su informe complementario que "todos los informes apuntan que la cimentación y como consecuencia la estructura está en movimiento y ese movimiento es el que produce las grietas y fisuras"), los mismos han provocado un supuesto de ruina potencial con riesgo cierto de colapso del edificio caso de no adoptarse medidas correctoras”.

Del referido extracto observamos cuán importante resulta los informes de peritos profesionales como elemento probatorio, así como la confirmación de que dicha contingencia estaría cubierta por la póliza de seguro decenal.

En lo que respecta a las humedades, concierne destacar que el perito enmarca esta contingencia como *“defecto en la impermeabilidad de la cubierta”*. Esta calificación nos hace pensar que las humedades no provienen en un daño de la estructura (en la cubierta en concreto) sino que resultan ser un requisito que afecta a la habitabilidad del inmueble. Aun así, se han divisado sentencias que apuestan por considerar la impermeabilidad de muros o techos como deterioros estructurales en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 LOE, como así lo hace la SAP Valencia 548/2018 de 28 diciembre:

“al ser la causa de la entrada del agua en el sótano la falta de impermeabilidad del muro, que conlleva el deterioro de la estructura y por ende de la resistencia y estabilidad; y dada la exigencia del artículo 3 LOE”.

Dicho esto, concierne destacar que se podría considerar dicha contingencia como un requisito de habitabilidad del inmueble fruto de la estanquidad, no estando cubierto así por el seguro decenal obligatorio, encuadrando así en la responsabilidad del artículo 17.1.b) LOE de requisitos de habitabilidad, tal y como defiende la SAP Valencia 113/2020, de 26 de febrero de 2020, aunque como hemos destacado anteriormente, de confirmarse que la ausencia de permeabilidad afectase a la estructura y por ende a la estabilidad del edificio, sí estaría cubierto por la póliza decenal, hecho que habría que aclarar con el perito a efectos de determinar lo que proceda.

Por otro lado, es necesario remarcar otro precedente significativo a efectos de valorar las circunstancias reseñadas. La aseguradora condiciona la entrada en vigor de la póliza con un informe favorable de la OCT respecto de la cimentación y estructura de la obra, así como de la impermeabilidad de la estructura. ¿Qué denota este requisito? El interés de la aseguradora por un informe favorable de la OCT no hace más que remarcar que el seguro contratado cubre tanto fachadas la cimentación y estructura de la obra, como la impermeabilidad de la misma.

Dicho esto, en nuestra primera conclusión respecto a la tercera consulta de ustedes clientes, resulta evidente que el seguro decenal cubrirá sin lugar a dudas los daños en la fachada del edificio, mientras que respecto a las humedades la cosa resulta más dudosa. Aunque finalmente como se ha valorado anteriormente, hemos considerado que el seguro decenal también cubrirá los defectos por humedades, cabe reseñar que el mismo no emanará responsabilidad ninguna en el caso en cuestión, al haber transcurrido más de 3 años, periodo máximo para la responsabilidad por las contingencias que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad en virtud del artículo 17.1.b) LOE.

Dicho esto, procede seguir adelante en su consulta determinando la posibilidad de la aseguradora de iniciar una acción de subrogación frente a los agentes responsables de los daños. Para ello traemos a colación la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante **LCS**), concretamente su artículo 43, donde visualizamos que *“el asegurador,*

una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente las personas responsables”.

Este artículo denota con claridad la potestad de la compañía de seguro de dirigirse contra los responsables de los daños una vez pagada la indemnización, siempre que la acción se ejercite concorde al plazo de prescripción que arroja el artículo 18.2 LOE, que será de dos años desde la firmeza de la sentencia que condene a los responsables a indemnizar.

4.2 Determinar qué agentes son responsables de los daños.

Al igual que se ha realizado en las anteriores preguntas, se procede a analizar de forma individualizada la potencial responsabilidad de los diferentes agentes en cuestión.

Una vez más, comenzamos señalando el artículo que desarrolla el sistema de responsabilidades y garantías en la LOE, el 17, donde ya conocemos que a priori serán responsables las personas jurídicas o físicas que en el amplio sentido de la definición hayan formado parte del proceso de edificación, y en todo caso, en virtud del 17.3 LOE el promotor solidariamente con el resto de agentes intervinientes en caso de que sea de gran dificultad individualizar las penas.

Dicho esto, antes de comenzar a individualizar las penas, dejaremos claro que como actuamos en calidad de defensa de la comunidad de propietarios, estamos considerando que la contingencia por humedad está encuadrada dentro de lo dispuesto en el artículo 17.1a), como contingencia grave que puede llegar a afectar a los cimientos o estructura, lo que efectivamente obligaría a los agentes intervinientes en la edificación a responder durante diez años contra los terceros adquirentes de los edificios. Sin embargo, tal y como se ha desarrollado anteriormente en esta consulta, hay grandes posibilidades de que judicialmente se declaren las contingencias por humedades como incumplimientos de los requisitos de habitabilidad del artículo 3.1c) y por ende sea de aplicación el artículo 17.1b) eximiendo de responsabilidad a los agentes intervinientes, al haber pasado 5 años y estos solo responder por 3 años.

Respecto a la individualización de penas suponiendo que van a responder por ambas los agentes intervinientes, comenzamos a evaluar una por una la responsabilidades por las grietas aparecidas en la fachada.

- **La promotora HOGAR S.L.:** Será responsable en todo caso, tanto como agente que interviene en el proceso de construcción, como en virtud del ya citado artículo 17.3 LOE. Además, como podemos observar de la corriente jurisprudenciales, lo óptimo en el ejercicio de la demanda será acumular como demandantes las acciones derivadas de la LOE y de las acciones de responsabilidad contractual (siendo la promotora quien vende las viviendas a los terceros propietarios), tal y como dispone la SAP Audiencia Provincial de Barcelona núm. 832/2017 de 15 diciembre: *“Ciertamente, la jurisprudencia viene admitiendo la compatibilidad de las acciones derivadas de la LOE y de las acciones de responsabilidad contractual. Ello es particularmente claro cuando quien debe responder es el promotor frente a los compradores de las viviendas. Así la STS de 15 de junio de 2016 (RJ 2016, 2766) señala que “ Se ha venido planteando la compatibilidad de acciones - artículos 1101 y 1591 CC - a fin de que el promotor responda en todo caso por los vicios o defectos de edificación, incluyendo su responsabilidad por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación, esto es, de su responsabilidad como agente que interviene en el proceso constructivo y en la comercialización de las viviendas.”*
- **La constructora LADRILLO, S.L:** Respecto a la constructora, conviene citar un precepto importante a la hora de la asignación de la responsabilidad solidaria del artículo 17, pues como dispone la STS de 28 de mayo de 2001: *“la condena solidaria, o individualizada de un partícipe en el proceso constructivo exige una intervención en la acusación de los daños por un actuar imputable o por la incorrección de su actuación profesional”*. Este precepto jurisprudencial atenúa el sistema de responsabilidad ya destacado del artículo 17.1 que hace responsable solidariamente a todos los intervinientes en el proceso de edificación, tratando de abogar por la individualización pormenorizada de las responsabilidades. Dicho esto, la SAP Palencia 326/2007 de 20 diciembre dispone que: *“es propia la responsabilidad de en lo que a cimentación y examen del suelo se refiere, propios de la responsabilidad de los arquitectos superiores exclusivamente”*. Dicho esto, bajo el sistema atenuador jurisprudencial del sistema de responsabilidad, podría declararse la ausencia de responsabilidad de la constructora, respondiendo por ende promotora y arquitecto proyectista y director de obra en todo caso. La situación sería diferente si en la forma de ejecución de la cimentación se

encontrasen vicios en la realización material de la obra, lo que sin duda desencadenaría que la constructora fuera responsable.

- **Eugenio Vinci (Arquitecto):** El señor Eugenio no cabe duda que será responsable de la contingencia reseñada. En calidad de proyectista y director de obra, debería haber tenido en cuenta las características del terreno de cara al proceso de cimentación. Tal y como destaca el propio perito, la estructura de los cimientos está dañada por los defectos de cimentación, por lo que respondería en virtud del artículo 17.1, 10 y 12 LOE y del artículo 1591 del Código Civil, por vicios del suelo. Asimismo, conviene citar una curiosa sentencia que atribuye (en un caso similar, donde hay un flagrante error en la cimentación) la responsabilidad únicamente al arquitecto. La misma es la STS de 1 de febrero de 1975 que dispone: *“La correcta aplicación del precepto y su exacta interpretación obliga a declarar únicamente la responsabilidad del Arquitecto, después de haber dado por probado de modo tan concluyente y señalado que los deterioros del inmueble son consecuencia de la defectuosa Cimentación, poco adecuada a la naturaleza del terreno; no apto para las cargas previstas, aparte su falta de homogeneidad en todo el solar”*.
- **Armand Casero (director de ejecución de obra):** En el caso del señor Armand, debemos tener en cuenta que, en caso de seguir la argumentación antes realizada, individualizaríamos la culpa hacia el señor Eugenio, logrando evitar la responsabilidad del resto de agentes intervinientes. Esta hipótesis vendría respaldada por la STS de 1 de febrero de 1975 o STS 31 de diciembre de 2002, entendiendo que no se podría exigir responsabilidad al resto de agentes intervinientes en la edificación, siendo un flagrante fallo del arquitecto Eugenio, en aplicación errónea de sus conocimientos técnicos. Aún así, independiente de este razonamiento conviene resaltar alguna jurisprudencia que trata en específico la responsabilidad del aparejador en casos similares a contingencias de cimentación. Por ejemplo, destacaremos la SAP de Jaén 98/2000 de 29 febrero que dispone: *“Como se señala en la STS de 6 de mayo de 2.004 (RJ 2004, 2098), "el aparejador participa en la dirección de la obra, como técnico que es debe conocer las normas tecnológicas de la edificación, advertir al arquitecto de su incumplimiento y vigilar que la realidad constructiva se ajuste a su "lex artis" que*

en modo alguno le es ajeno, de modo que tal, al no poderse determinar los coeficientes de responsabilidad, han de ser concretados entre los propios responsables solidarios, a quienes corresponde tal extremo y no a la comunidad perjudicada... Constituyen ineludibles deberes profesionales de los aparejadores, la ejecución y vigilancia de las órdenes dadas por la dirección de la obra, procurando la perfecta realización de los trabajos y el empleo de los materiales adecuados por parte del contratista".

- **SINFRIO S.L.:** Bajo nuestra principal hipótesis de individualizar responsabilidad hacia arquitecto y promotora, se justificaría también la exoneración de la mercantil SINFRIO S.L. Además, como se ha hecho a lo largo de todo el informe, para complementar nuestra decisión se muestra una decisión jurisprudencial que la ampara de la SAP 98/2000 de 29 febrero antes comentada, que dispone: *“De todos modos el Tribunal Supremo ha excluido la legitimación pasiva de los subcontratistas cuando se demandaron conjuntamente con el constructor, arquitecto y aparejador (STS 29-12-1993)”*. Esta corriente jurisprudencial excluye incluso de legitimación pasiva a la subcontrata como se puede observar.
- **Organismo de Control Técnico (OCT):** Esta parte entiende que procedería valorar si el OCT tendría responsabilidad como agente interviniente en la edificación en virtud del artículo 17 y 14 LOE, que ha omitido su obligación de emitir informes correctos respecto a la cimentación, estructura e impermeabilidad. En ese supuesto, la OCT brinda asistencia técnica en lo que a la calidad de la cimentación se refiere y entrega resultados erróneos, lo que denota la responsabilidad de dicho organismo. A pesar de ello, parece que el tema resulta altamente controvertido, existiendo jurisprudencia que apoya nuestra hipótesis y otra que la contradice totalmente. La SAP de Madrid de 8 de junio de 2021 por ejemplo considera que los organismos de control técnico no deben tener la consideración de agentes intervinientes en la edificación por no encontrarse los mismos encuadrados en ningún artículo del capítulo 3 de la LOE, limitándose los mismos a emitir informes para las aseguradoras con el objetivo de evaluar los riesgos del seguro decenal para las mismas. En definitiva, esta parte se decanta en aplicación de la jurisprudencia más reciente por exonerar de responsabilidad al OCT, considerando que ellos no tuvieron la obligación de revisar el estudio

geotécnico ni el diseño del proyecto, no actuando pues de forma no diligente y no debiendo de considerarlos agentes intervinientes en el proceso de edificación.

Procede ahora esta parte a individualizar las responsabilidades respecto de las contingencias en la impermeabilidad de la cubierta.

- **La promotora (HOGAR S.L.):** Responderá solidariamente en virtud del ya tan citado artículo 17.3 LOE, así como del 17.1 y 9 LOE.
- **La constructora (LADRILLO, S.L):** Respecto de la constructora, entendemos que la misma tendrá inevitablemente responsabilidad. En primer lugar, en aplicación del artículo 17.1 y 11 LOE, contando entre las responsabilidades del constructor la de ejecutar bajo los niveles exigidos la ejecución de la obra. Asimismo, es amplia y pacífica la jurisprudencia que atribuye a la constructora responsabilidad por la errónea ejecución de impermeabilidad de las cubiertas, destacando así por ejemplo la SAP de Sevilla 216/2020 de 15 de junio de 2020 entre otras muchas.
- **Eugenio Vinci (Arquitecto):** Esta parte entiende que el señor Eugenio también será responsable en esta contingencia. Además de la aplicación como siempre del 17.1, 10 y 12 LOE, encontramos que la jurisprudencia suele atribuir dentro de las responsabilidades del arquitecto la inspección superior de la ejecución de la obra en casos como estos. La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla reseñada anteriormente, así como la STS de 29 de mayo de 2006 apoyan esta hipótesis, defendiendo que el arquitecto director de obra actúa negligentemente en lo que a sus facultades de inspección se refieren.
- **Armand Casero (director de ejecución de obra):** Respecto del señor Armand, tampoco cabe duda de su responsabilidad. El razonamiento de ello reside en la aplicación del artículo 17 y 13 LOE, teniendo en cuenta las obligaciones inherentes al director de ejecución visibles en el mismo artículo 13 LOE, donde se encuentra la *“correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones”*. Como apoyo para la argumentación, al igual que en los otros apartados, se reseñan la STS de 15 de noviembre de 2015, 5 de julio de 2013 o 24

de junio de 2002, que sobre los defectos constructivos atribuye responsabilidad solidaria al director de ejecución de obra.

- **SINFRIO S.L.:** Tal y como se expuso anteriormente, consideramos que la mercantil SINFRIO S.L. quedaría exonerada de responsabilidad, no considerándola un sujeto interviniente en el proceso de edificación a efectos de valorar la responsabilidad en virtud del artículo 17.1 LOE, no procediendo tampoco lo previsto en el apartado 6 del artículo 17 LOE.
- **Organismo de Control Técnico (OCT):** Al igual que ha ocurrido con SINFRIO S.L., el argumento respecto al OCT es parecido al expuesto anteriormente en caso de que consideremos que el OCT no es un sujeto interviniente en el proceso de edificación, actuando por ende como valoradores de riesgos de la aseguradora, no asumiendo responsabilidad en este caso.

4.3 Analizar el tipo de acción frente a cada uno de los agentes responsables, así como el plazo de prescripción y/o de caducidad.

En el último apartado de su cuarta pregunta, se procede a evaluar las acciones a ejercitar respecto de las dos contingencias aparentes, comenzando así por la acción a ejercitar para el resarcimiento de los daños ocasionados por el error en la cimentación.

Lo procedente será interponer demanda de juicio ordinario contra la promotora, el señor Eugenio, el señor Armand y la aseguradora, ejercitando la acción contenida en el artículo 17.1.a) LOE. Dicho artículo permite a ustedes demandantes interponer la acción por los daños causados en la cimentación durante un plazo de 10 años desde la fecha de recepción de obra. Además, conviene destacar el artículo de la misma ley, que nos indica que la potestad para ejercitar la acción prescribirá a los dos años desde que se produjeron los daños. Todo ello sin perjuicio de la previa reclamación extrajudicial a la aseguradora, la cual como se ha expuesto anteriormente, deberá responder por el seguro decenal.

Respecto a los daños ocasionados por las humedades, lo primero que concierne comentar es que, tal y como se dijo anteriormente, al haberlo encuadrado dentro de los requisitos de habitabilidad, finalmente sería de aplicación el artículo 17.1.b) de la LOE, el cual establece un plazo de 3 años desde la recepción de obra para reclamar la responsabilidad.

Como en nuestro caso han pasado 5 años, podremos defender que las humedades podrían llegar a afectar a la estructura de la vivienda (cosa bastante difícil) o ejercitar la acción prevista en el 1591 CC. Dicho artículo establece que responderá el contratista de un edificio por 10 años desde que concluya la construcción por vicios de la construcción. Para ello, deberemos justificar en la demanda que la impermeabilidad de la vivienda y las humedades son vicios de la construcción, sacando a colación algunas de las sentencias reseñadas que atribuyen dicha cualidad a las humedades, llegando incluso a poder afectar a la estructura y estabilidad en casos muy puntuales.

En definitiva, lo procedente sería interponer contra la promotora, constructora, arquitecto director de obra y arquitecto director de ejecución la acción prevista en el artículo 1591 CC, que prescribirá a los 5 años desde que se manifestaron las humedades en virtud del artículo 1964 CC.

5. Con el fin de poder llevar a cabo la promoción, Hogar, S.L. contacta con Real Estate Ventures, S.C.R. con el fin de solicitar un contrato de préstamo inmobiliario por importe de doce millones de euros. Real Estate Ventures, S.C.R. prepara un borrador de term sheet en el que expresa que está dispuesta a conceder una financiación por el importe solicitado con un plazo de amortización de diez años, la exclusión de periodo de carencia, un tipo deudor fijo por un plazo mínimo de seis años, una opción de dación en pago por el 85% de la deuda, la exclusión del pacto de vencimiento anticipado y un paquete de garantías adecuado a la práctica de mercado. En este escenario, deberá contestarse a las siguientes preguntas, explicando y fundamentando jurídicamente cada respuesta:

La primera pregunta de ustedes clientes se orienta en la posibilidad de considerar a Real Estate Ventures, S.C.R. como entidad habilitada para la intermediación de contratos bancarios, cuya respuesta a priori sería negativa, entendiendo esta parte que la referida mercantil no ostentaría dicha potestad. Para ello concierne destacar la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante **LCCI**).

Lo primero que concierne comentar respecto a esta Ley, es ver si resulta de aplicación la misma. En ese sentido concierne comenzar destacando artículo 2 titulado “Ámbito de aplicación”.

El citado artículo nos expone que la aplicación de la presente Ley será de aplicación en los contratos cuyo objeto sea:

“a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica.

b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor.”

La primera discordancia de cara a aplicar dicha ley en el presente contrato versa en que no estamos ante una situación donde se concedan préstamos con garantía real sobre inmuebles de uso doméstico, ni el prestatario puede ser un consumidor. En el presente caso se está financiando una promoción de inmuebles destinada a la posterior reventa. Además, por si fuera poco, para entrar en el ámbito de aplicación de la presente Ley, será necesario que el prestatario, fiador o garante sean personas físicas, cosa que no ocurre en el caso (al menos con la información facilitada).

En caso de que ustedes clientes nos confirmen que en la operación se encuentra como fiador una persona física, conviene aportar que la LCCI sí será de aplicación. Así lo confirma la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 diciembre 2019, el cual afirma la aplicación de la LCCI es aplicable a los préstamos hipotecarios concedidos a personas jurídicas, incluso en los casos en los que el fiador persona física no sea considerado consumidor a efectos del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aunque por supuesto que las normas de protección contenidas en esta Ley sólo serían de aplicación en favor de la persona física.

Dicho esto, concierne antes de comenzar con sus consultas individualizadas comentar que HOGAR S.L. no gozaría del alto grado de protección brindado por la Ley 5/2019 como se ha expuesto anteriormente.

5.1 Si Real Estate Ventures, S.C.R. es una entidad habilitada para la intermediación de contratos de crédito inmobiliario.

Un intermediario en un contrato de crédito hipotecario es toda persona física o jurídica que desarrolla actividades profesionales (recibiendo remuneración) a cambio de poner en contacto a prestatario y prestamistas, siempre y cuando no actúen como prestamistas ni fedatario público. Esta definición viene precisamente desarrollada por la LCCI comentada anteriormente, concretamente en el artículo 4. 5), donde se exhibe además que el intermediario realice algunas de las siguientes actividades:

- a) Ofrecer a prestatarios contratos de préstamo

- b) Asistir a los prestatarios en trámites, tanto previos como precontractuales

- c) Celebrar los contratos en nombre de un prestamista

En esta primera aproximación a la figura del intermediario, ya encontramos un anacronismo con la consideración de Real Estate Ventures, S.C.R. como intermediario, pues se prohíbe expresamente que el intermediario de créditos inmobiliarios actúe como prestamista. En su consulta, nos han manifestado que, Real Estate Ventures S.C.R. ha facilitado un préstamo inmobiliario, por lo que estaría actuando en calidad de prestamista y no en calidad de intermediario.

Por si fuese poco, el artículo 31.1.c) de la LCCI refuerza esta teoría al enumerar los requisitos mínimos que ha de tener el registro de intermediarios de crédito inmobiliario del Banco de España, donde se debe de hacer constar siempre si el intermediario tiene alguna vinculación con un prestamista, y en su caso, identificarlo. Por otro lado, como requisito adicional para ser intermediario en un contrato de crédito inmobiliario el artículo 36 LCCI dispone que será indispensable disponer de seguro de responsabilidad civil o aval bancario a efectos de hacer frente a las potenciales responsabilidades que devengarían en caso de negligencias profesionales.

Dicho esto, concluimos reafirmando nuestra hipótesis planteada, deliberando que Real Estate Ventures S.C.R. actúa como prestamista y por ende no puede ejercer la intermediación

en la concesión del préstamo inmobiliario. De hacerlo podría incurrir en un caso de fraude de ley en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil.

5.2 Si los términos y condiciones expresados en el term sheet se ajustan a la legalidad.

Tal y como se ha mencionado en el apartado previo de la consulta número 5, hemos determinado que no serán de aplicación las disposiciones contenidas en la LCCI, no gozando por ende el contrato de la protección extra para la constitución de créditos inmobiliarios.

A pesar de todo ello, debemos tener en cuenta el objetivo de HOGAR S.L. con esta operación, siendo el mismo promover la venta de dichos inmuebles destinados a uso residencial. Por ello, los compradores de las viviendas se subrogarán en la posición deudora frente al préstamo inmobiliario. Procede por ende destacar la Disposición Adicional Sexta de la LCCI la cual dispone:

“Las disposiciones previstas en esta Ley serán de aplicación a los supuestos de subrogación de deudor en la obligación personal cuando la misma se produzca con ocasión de la transmisión del bien hipotecado y a los de novación modificativa del contrato de préstamo”.

Tal y como podemos visualizar, tras la venta de las viviendas residenciales y consiguiente subrogación, será de aplicación dicha Ley, por lo que las condiciones expresadas en el *term sheet* deberán acogerse a lo dispuesto en la misma, teniendo en cuenta el carácter irrenunciable de la LCCI en dicha materia contenido en su artículo 3. Se comienza por ende a desarrollar punto por punto la legalidad de las diferentes disposiciones contenidas en el *term sheet*.

AMORTIZACIÓN

Respecto del periodo de amortización de 10 años, no hay ninguna disposición contenida que lo restrinja. De hecho, el mismo artículo 23 de la ya mencionada Ley otorga potestad al prestatario para poder reembolsar de forma anticipada la cantidad adeudada. Para confirmar esto, conviene citar por ejemplo la Guía Hipotecaria del Ministerio de Consumo, donde pone de ejemplo entre el plazo posible para este tipo de operaciones 5, 15, 20 años o incluso más.

PERIODO DE CARENIA

El periodo de carencia de un préstamo resulta ser un periodo de tiempo en el cual el prestatario está exento respecto al cumplimiento de alguna de las obligaciones del préstamo. Dos ejemplos muy comunes en esta práctica serían el periodo de carencia parcial donde el prestatario abonará simplemente los intereses de las cuotas o el periodo de carencia total, donde directamente no pagará ni capital ni intereses.

Respecto a esta figura, no existe algún imperativo legal que obligue su uso, por lo que se podrá excluir sin problema el periodo de carencia.

TIPO DE INTERÉS FIJO

Lo siguiente que procede analizar sería la posibilidad de establecer un tipo deudor fijo por un plazo mínimo de seis años. Para ello conviene poner la lupa sobre el artículo 8 de la LCCI. En los apartados 5 y 6 de dicho artículo encontramos el razonamiento y justificación de la potestad de acordar tipo fijo al deudor:

“5. Para los contratos de crédito para los que se haya acordado un tipo deudor fijo en relación con el período inicial mínimo de cinco años, al final del cual se llevará a cabo una negociación sobre el tipo deudor con objeto de acordar un nuevo tipo fijo durante otro período pertinente, el cálculo de la TAE adicional ilustrativa indicada en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), contenida en el Anexo I afectará únicamente al período inicial de tipo fijo y se basará en el supuesto de que, al final del período del tipo deudor fijo, se haya reembolsado el capital pendiente”.

Fíjense que incluso este artículo permite a las partes establecer un periodo de tipo fijo tras otro, tras una negociación donde se discuta el nuevo tipo fijo y el TAE indicado en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN). Dicho esto en nuestro caso, al solicitar ustedes clientes un tipo fijo de 6 años, tal y como se ha expuesto con anterioridad, deberá reflejarse en la Ficha Europea de Información Normalizada una TAE ilustrativa a efectos de establecer el tipo de interés fijo en el año 6.

OPCIÓN DE DACIÓN EN PAGO

La dación en pago en nuestro ejemplo de préstamo inmobiliario consiste en la posibilidad de la entrega de las viviendas a efectos de saldar la deuda hipotecaria, transmitiendo por ende la propiedad de las viviendas, ahorrando así el procedimiento de ejecución hipotecaria. Esta opción se podrá contemplar siempre y cuando la misma esté prevista en el contrato de préstamo hipotecario o si se cumpliesen los requisitos impuestos por el Código de Buenas Prácticas contenido en el anexo 1 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, cuya sujeción se encuentra en el artículo 5 de la misma. De hecho, situándonos en la tan mencionada LCCI en su artículo 6 donde se divisa alguno de los contenidos informativos básicos en la publicidad de préstamos inmobiliarios podemos observar lo siguiente:

“h) cuando proceda, la opción del deudor de poder dar en pago el inmueble hipotecado en garantía del préstamo, con carácter liberatorio de la totalidad de la deuda derivada del mismo”.

Lo que nos afirma de nuevo que la posibilidad de realizar una dación en pago por un 85% de la deuda es plenamente válida.

EXCLUSIÓN DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO

El vencimiento anticipado resulta ser una de las piezas más importantes respecto a las disposiciones de la LCCI, dando vida a todo el procedimiento de las ejecuciones hipotecarias, procedimiento con alta litigiosidad en nuestro país. Tanto así que, a tenor de la doctrina jurisprudencial sentada por nuestro Alto Tribunal desde su Sentencia nº 463/2019, de 11 de septiembre, resulta pacífico que, aquellos procedimientos hipotecarios en curso, en los que el vencimiento anticipado no se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, podrían continuar su tramitación siempre que el incumplimiento de la parte ejecutada cumpliera, en el momento del cierre de cuenta, con los parámetros previstos en el art. 24 de la Ley de la LCCI:

“c. Los procesos referidos en el apartado anterior, en el que el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en la LCCI, podrán continuar su tramitación.”

A este respecto, en lo relativo a la gravedad del incumplimiento, el Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 11 de septiembre de 2019 señala lo siguiente:

“10. Deben interpretarse conjuntamente la STJUE de 26 de marzo de 2019 y el ATJUE de 3 de junio de 2019 en el asunto C-486/16, con la STJUE de 14 de marzo de 2013, caso C-415/11 (Aziz), y con nuestra jurisprudencia, de tal manera que, siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC (en la redacción dada por la Ley 1/2013), los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia.

Se trata de una interpretación casuística en la que habrá que ver cuántas mensualidades se han dejado de pagar en relación con la vida del contrato y las posibilidades de reacción del consumidor.

Y dentro de dicha interpretación, puede ser un elemento orientativo de primer orden comprobar si se cumplen o no los requisitos del art. 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI).”

Como se puede observar, cuán importante resulta ser dicha Ley y dicho artículo es magnífico, llegando incluso a servir como un elemento que actúa con retroactividad, siendo orientativo de primer orden el artículo 24 para los contratos vencidos anticipadamente a partir de 2013.

Habiendo introducido la gran importancia de la LCCI, así como de su artículo 24, concierne exponer el mismo, reseñando que se producirá el vencimiento anticipado si concurren como requisitos:

- Mora del prestatario
- Cuotas vendidas que equivalgan al menos a:
 - a) 3% del capital concedido o al menos 12 mensualidades impagadas dentro de la primera mitad de la duración del préstamo.

- b) 7% del capital concedido o al menos 15 mensualidades impagadas en la segunda mitad de la duración del préstamo.
- Que el prestamista notifique al prestatario concediéndole un mes para el posterior reclamo de la deuda anticipada.

Dado por explicado el artículo 24 LCCI sobre el vencimiento anticipado, procede exponer que en el mismo apartado segundo del artículo nos expone que esta regla no admitirá pacto en contrario, por lo que entendemos que no podemos excluir el pacto de vencimiento anticipado del *term sheet*.

PAQUETE DE GARANTÍAS

5.3 Qué tipo de garantías representan un paquete de garantía adecuado a la práctica de mercado.

En lo que concierne al supuesto paquete de garantías y a su tercera consulta referida al contenido de las mismas, conviene suponer que la mejor y más común de las garantías para este caso será la de constituir hipotecas sobre las viviendas promovidas. De hecho en toda esta pregunta ya hemos supuesto esa garantía al razonar la aplicación de la LCCI por el contenido implícito en el artículo 2 de la misma ley. Dicho esto, partimos de la idea de que la garantía idónea sería la garantía real de hipoteca sobre las viviendas promovidas y dispuestas a vender.

Por otro lado, otra garantía más que común en este tipo de operaciones suele ser la figura de los fiadores. Esta figura regulada en el artículo 1822 del Código Civil obliga al tercero al pago de la obligación en caso de que el obligado no la satisfaga, actuando como el propio artículo dispone como obligado solidario junto con el deudor.

Otra recurrente figura garante en este tipo de obligaciones sería la del garante de la deuda, también llamado hipotecante no deudor. Esta figura se argumenta en base a lo dispuesto en el artículo 1857 del Código Civil, el cual permite que un tercero sea quien constituya hipoteca sobre su propio inmueble para garantizar el cumplimiento de la obligación del deudor. Esta manera puede resultar óptima en algunas ocasiones pues el hipotecante no deudor garantiza su responsabilidad con otro bien hipotecado, limitando su responsabilidad a ese bien hipotecado (cosa que no ocurre con los fiadores).

En conclusión, basándonos en el operativo estándar de dichas operaciones entendemos que el paquete de garantías podría estar constituido por una hipoteca sobre cada una de las viviendas, así como la de algunos fiadores.

Concluimos este informe jurídico en lo que respecta a los fiadores como garantes, realizando un breve estudio sobre la posibilidad de considerar consumidor y usuario a un fiador de este tipo de contrato entre mercantiles, siendo de aplicación la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Se comienza así citando el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 689/2020 de 9 diciembre:

“Por su finalidad institucional -obtener un lucro económico como consecuencia del desarrollo de su objeto social (arts. 116 CCom (LEG 1885, 21) y 1 Ley de sociedades de capital (RCL 2010, 1792, 2400))-, debemos presumir que no actuaba en calidad de consumidora, sino que lo hacía en el ámbito propio de su actividad empresarial o profesional (arts. 3 y 4 RDLeg. 1/07).

Dicho en otras palabras, por la naturaleza jurídica de quien recibió el préstamo (una sociedad constituida bajo una forma mercantil) y por la finalidad a la que presumiblemente destinó el capital recibido (actividad mercantil) podemos afirmar que un fiador que sea administrador de la promotora o que, tenga una vinculación a la sociedad no lo facultaría para considerarlo ante un acto de consumo privado encaminado a satisfacer una "necesidad familiar o personal" (STJUE de 17/3/98, 11/7/02 y 20/1/05 y SsTS de 18/7/99, 16/10/00, 15/12/05, 18/6/12 y 20/12/2018) sino ante un acto de "consumo empresarial" lo que impide calificarlo como consumidor (STJUE de 3/9/15, 25/1/18 y 14/2/19 y SsTS 364/16 de 3/6, 16, 224 y 594 de 16 de enero, 5 de abril y 7 de noviembre de 2017, 230 y 550 de 11 de abril y 18 de octubre de 2.019).

Por otro lado, en el marco de una misma relación jurídica no resulta posible limitar la eficacia de las cláusulas que dotan de contenido el contrato, de modo que, siendo el obligado principal una empresa mercantil, excluye la aplicación de la legislación de consumidores y usuarios, ello es igualmente predicable de los que, de forma accesoria, quedan obligados por el contrato.

En este sentido, la Sentencia nº 433/2019, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 6 de marzo establece lo siguiente:

“Del hecho de que la operación de préstamo deba entenderse hecha a quien no ostenta el carácter de consumidor, en principio, se deriva que tampoco los fiadores puedan ostentar protección como consumidor, si bien ello no tiene nada que ver con su cualificación personal, sino con el hecho de que su intervención ha sido accesoria en un negocio jurídico propio del giro o tráfico de una empresa, lo que excluye que pueda tratarse de un acto de consumo.”

Dicho esto, se concluye afirmando que para fiadores que son administradores, el fiador se trata de una persona física que se constituyó como garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, actuando en el marco de su actividad profesional y por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma, es decir, guarda una estrecha relación con la mercantil acreditada siendo el administrador de la misma, quedando más que acreditado que carece de la condición de consumidor y usuario.

Siguiendo este mismo razonamiento, se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea caso Costea, C-110/14, EU: C:2015:538, apartados 22 y 23 fija los siguientes parámetros en orden a apreciar el carácter de consumidor de los garantes, persona física, en los contratos mercantiles:

“En el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o si actuó con fines de carácter privado.”

La doctrina jurisprudencial del vínculo funcional es aplicada, entre otros, por el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª) Auto núm. 209/2019 de 28 junio. JUR 2019\247303:

“Conforme a la Doctrina del Tribunal Supremo expresada en la Sentencia 594/2017 que analiza la evolución hermenéutica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del concepto de consumidor , significando que actualmente se opta por un criterio de interpretación flexible donde se pone el foco en el ámbito objetivo de la operación y no en las condiciones subjetivas del contratante, lo decisivo para reconocer la condición legal de consumidor en el contrato de fianza es si el fiador actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial, aunque la operación afianzada sí tenga ese carácter, siempre que entre el garante y el garantizado no existan vínculos funcionales. El concepto de vínculo funcional, merece para el Alto Tribunal un especial tratamiento cuando entre los implicados existe relación conyugal, analizando la cuestión en el marco de los artículos 6 y 7 del Código de Comercio (LEG 1885, 21) en relación con el 1.365 , 2 CC (LEG 1889, 27) . Así, considera que existe vínculo funcional cuando en la operación para la que se concede el préstamo están afectados los bienes comunes aunque la esposa carezca de cualquier tipo de participación en la sociedad prestataria, o si la economía familiar se nutre de la actividad empresarial.”

El mismo razonamiento es aplicado por el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) Sentencia núm. 763/2021 de 9 diciembre. JUR 2022\67652:

“El solo hecho de que Doña Emilia no sea administradora de la mercantil que es deudora principal y el hecho de que actúe fuera del ámbito profesional que le es propio, no debe entenderse como una total desvinculación, sino que ha de interpretarse en el sentido de que ella se constituye en garante de la deuda contraída por la empresa de su marido con base en la relación marital que le une a él y con unos intereses comunes de cara a la buena marcha de la empresa y al consiguiente sustento de la economía familiar.

Y es que el préstamo se utilizó para la compra de maquinaria para la empresa de su marido, una empresa que sirve de sustento a la economía familiar. Por ello, puede entenderse que cuando la demandada se constituyó como fiadora lo hizo con unos intereses comunes a los de don Santiago, esto es, en aras al buen devenir de la empresa deudora principal.

Es por ello que, a criterio de este Juzgado, la interpretación de la expresión "vinculación funcional" ha de hacerse desde un punto de vista teleológico e incluyendo también los supuestos de "VINCULACIÓN VITAL" que permiten excluir de la condición de consumidora

a la garante, en este caso a Doña Emilia, en la medida en que se aprovecha de la rentabilidad obtenida por la deudora principal, es decir, la entidad de la que es socio y administrador único su marido. Conclusión a la que se llega tomando como punto de partida la existencia de una situación matrimonial y de convivencia normalizada."