



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO FIN DE MÁSTER
MÁSTER UNIVERSITARIO DE
DERECHO DE LA EMPRESA

SARA RODRÍGUEZ APARICIO

21 de diciembre de 2022

Tutor: Fernando Gutiérrez Rizaldos

ÍNDICE

Introducción	1
Supuesto 1	1
Supuesto 2	7
Supuesto 3	15
Supuesto 4	22
Supuesto 5	30

Introducción

Se plantean una serie de cuestiones jurídicas que surgen en el ámbito de desarrollo de una promoción de un bloque de 20 pisos destinados a uso residencial en el centro de Madrid. Dicha promoción es efectuada por Hogar, S.L., empresa propietaria del solar donde se lleva a cabo la construcción, quien suscribe los siguientes contratos:

- Con D. Eugenio Vinci, arquitecto encargado de la redacción del Proyecto y de la Dirección de Obra;
- Con D. Armand Casero, arquitecto técnico que asume la Dirección de la Ejecución de Obra, la Redacción del Plan de seguridad de la obra y la Coordinación de Seguridad y Salud en el Trabajo;
- Con Ladrillo, S.L., empresa constructora que asume la ejecución material de la obra, y quien a su vez subcontrata a Sinfrio, S.L. la instalación del sistema de calefacción;
- Con una aseguradora la suscripción del seguro decenal; y
- Con un Organismo de Control Técnico la elaboración de informes de riesgo exigidos por la aseguradora.

En este contexto tienen lugar los siguientes supuestos:

Supuesto 1

Se plantea cuáles son las acciones a ejercitar y contra qué sujetos como consecuencia de los daños causados a un individuo por la caída de un martillo a la vía pública en el desarrollo de la obra de construcción.

1.1 Responsables de los daños sufridos por el peatón

La reclamación derivada de los daños causados por la caída de un martillo durante la ejecución de una obra de construcción deberá articularse por la vía de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 Código Civil (“CC”), debido a que no existe relación contractual entre el peatón que ha resultado herido y los distintos intervinientes en la obra, es decir, no tiene lugar una relación jurídica preexistente entre las distintas partes. Concretamente, este artículo establece que el que por acción u omisión causa daño a otro está obligado a reparar el daño si ha intervenido culpa o negligencia.

Como consecuencia, con la información disponible la responsabilidad podrá ser atribuida a los siguientes sujetos:

- **Trabajador**

En primer lugar, el trabajador es la persona a la que se le cae el martillo a la vía pública, de manera que su acción u omisión ha sido la que ha causado el daño al peatón, en virtud del art. 1902 del Código Civil (“CC”). No obstante, es necesario analizar la existencia de negligencia o culpa por parte de este, ya que es uno de los requisitos para poder atribuirle responsabilidad. En este sentido, para que no se le considere responsable debería probar la adopción de la diligencia debida acorde a las circunstancias concretas del caso, es decir, teniendo en cuenta la experiencia profesional del trabajador y su conocimiento de los riesgos existentes en el desarrollo de su actividad y de la utilización de ciertas herramientas a determinadas alturas. En consecuencia, no basta con que se adopte la diligencia establecida legal o reglamentariamente, sino la diligencia acorde a las circunstancias concretas. Sin embargo, es posible que la caída del martillo no se deba a una falta de diligencia del trabajador, sino por la falta de adopción de las medidas de seguridad necesarias por el resto de agentes de la obra de construcción. Por tanto, habrá que analizar las circunstancias concretas del caso para poder considerar al trabajador como sujeto responsable del daño. Asimismo, salvo que haya mediado dolo o negligencia grave por parte del trabajador, supuesto que no parece ser el presente, el trabajador no será considerado responsable de los daños causados debido a que es el empresario quien tiene el deber de evitar este tipo de riesgos.

En consecuencia, al peatón le puede interesar más ejercitar las acciones de responsabilidad contra alguna de las sociedades intervinientes en la obra, al ser personas jurídicas que, probablemente, cuenten con una mayor solvencia económica que el trabajador persona física, así como con un seguro de responsabilidad civil vigente.

- **Ladrillo, S.L.**

Por otro lado, esta sociedad podrá ser considerada responsable, tanto por su papel como contratista, como por su papel como empleador del trabajador causante del daño.

En relación con lo primero, según los artículos 1589 y 1590 CC, durante la obra, el contratista debe soportar los riesgos sufridos por pérdida o deterioro de materiales y maquinaria, o por daños propios o a terceros (colindantes, vía pública, etc.). Es decir, que la obra se realiza a “riesgo y ventura” del contratista, aunque con algunas excepciones como puede ser cuando los daños se dan por el cumplimiento de las órdenes dadas por la dirección facultativa o la propiedad, o cuando se deban a hechos de fuerza mayor. Asimismo, el art. 1596 CC determina que el contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que contrata para que ejecuten la obra. De manera que, mediante estos artículos se atribuye la responsabilidad al contratista por los actos de sus dependientes en las obras de construcción.

Por otro lado, el art. 1903 CC determina que la obligación de reparar los daños, no solo corresponde en el caso de actos u omisiones propios, sino también cuando son actos u omisiones cometidas por aquellas personas de las que se debe responder, como es en el supuesto de los

dueños o directores de una empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el desarrollo de los servicios en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Por lo que se trata de una responsabilidad directa y solidaria, como consecuencia de la infracción del deber de cuidado reprochable al empresario derivada de la culpa *in eligendo* y la culpa *in vigilando* (STS de 30 de marzo de 2007). Para ello, la jurisprudencia exige como requisitos la existencia de una relación de dependencia entre el sujeto agente y el sujeto a quien se atribuye la responsabilidad, así como que el evento tenga lugar en el ámbito de la misma o con ocasión de ella, así como la culpabilidad en la acción o por omisión del agente, y la falta de prueba por parte del empresario de haber empleado toda la diligencia necesaria para evitar el supuesto dañoso.

En este sentido, corresponderá a Ladrillo, S.L. probar que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño con el objetivo de no ser considerado como sujeto responsable. No obstante, señalar que el art. 1904 CC permite a la empresa que paga la indemnización derivada del daño causado por sus trabajadores repetir contra estos por la cantidad que hubiese desembolsado.

Finalmente, Ladrillo, S.L. también podrá ser considerado sujeto responsable por aplicación de las normas de seguridad y salud en el sector de la construcción, reguladas en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción (el “**Real Decreto**”). Concretamente, en su art. 11 se recogen una serie de obligaciones relativas a la evitación de riesgos, de manera que podría ser considerado responsable de haber desarrollado la actividad sin adoptar las medidas de prevención previstas en el Plan de seguridad y salud, o no cumplir con las órdenes e instrucciones dadas por el coordinador de seguridad y salud, entre otras acciones. Por tanto, de considerar que dichas acciones u omisiones han sido las causantes del daño, es decir, de la caída del martillo a la vía pública, Ladrillo, S.L. sería responsable del mismo.

- **D. Armand Casero**

Podrá ser considerado como sujeto responsable del suceso por su papel en la obra de construcción al ejercer las funciones de Dirección de la ejecución de obra (art. 13 Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, “**LOE**”), la redacción del Plan de seguridad de la obra, y de coordinador de seguridad y salud. Como consecuencia de sus funciones y su cualificación profesional y experiencia para llevar a cabo dichas actividades, Armand podrá ser considerado responsable si llevó a cabo una actuación u omisión que provocó el daño al peatón, ya sea por dar una orden concreta, por la falta de adopción de las medidas de seguridad necesarias que habrían evitado la caída del martillo en la vía pública, como podría ser la colocación de una red o un vallado, o por cualquier otra acción u omisión. En este sentido, el Real Decreto le impone una serie de obligaciones al coordinador de salud (art. 9) como son la redacción del estudio de

seguridad y salud, la aprobación del Plan de seguridad elaborado por Ladrillos, S.L., la coordinación empresarial, y la supervisión de la aplicación del Plan para evitar o mitigar los riesgos. En consecuencia, al ser probable que no se hayan adoptado las medidas de protección colectivas necesarias cuando se trabaja a determinada altura con este tipo de herramientas, que no haya cumplido con su labor de supervisión, o que haya dado una orden que propiciara el riesgo, supone que podrá ser sujeto responsable del daño en el presente caso.

- **D. Eugenio Vinci**

Asimismo, el arquitecto encargado de la redacción del Proyecto y de la Dirección de obra (art. 12 LOE) también podrá ser sujeto responsable, en términos similares al arquitecto técnico, si llevó a cabo una actuación u omisión que provocó el daño al peatón como dar una orden que supone un riesgo no previsto en relación con las medidas de seguridad adoptadas en el Plan, al ser parte de la dirección facultativa de la obra.

- **Hogar, S.L.**

Finalmente, también puede ser sujeto responsable Hogar, S.L. como promotora de la obra y propietaria del solar en el que se lleva a cabo la construcción. En este sentido, como promotor está obligado a adoptar todas las medidas de seguridad necesarias para evitar y mitigar riesgos, siendo el sujeto obligado a la elaboración de un estudio de seguridad y salud en virtud de los art. 5 y 6 del Real Decreto, independientemente de que para tal labor haya contratado a un arquitecto técnico, así como está obligado a suministrar toda la información necesaria para desarrollar los trabajos sin riesgos a los distintos agentes intervinientes. Y es que, la designación de un coordinador de seguridad y salud no exime al promotor de sus responsabilidades, en virtud del art. 3.4 del Real Decreto.

Asimismo, por otro lado, como promotor también puede ser considerado responsable por los actos cometidos por el contratista, y así lo determina el TS en sus sentencias de 4 de enero de 1982 y de 8 de mayo de 1999. Concretamente, establece que en los casos en los que la realización de la obra se encarga a un contratista, la responsabilidad corresponde exclusivamente a éste, siempre y cuando actúe como contratista independiente, sin embargo, si existe una relación de subordinación o dependencia entre la empresa promotora y la contratista, la promotora asumirá los riesgos, al estar el contratista sujeto al control de la propiedad o promotora de la obra. Por lo que, en este caso, dependerá de la relación concreta de ambos sujetos.

Finalmente, tras analizar la responsabilidad atribuible a cada sujeto, señalar que para que exista responsabilidad civil extracontractual, la jurisprudencia ha establecido que es necesario que concurren los siguientes **requisitos** (STS 29 de octubre de 2008):

- Un comportamiento de acción u omisión generador de una conducta imprudente o negligente atribuible a la persona o entidad contra la que la acción se dirige;
- Dicha acción u omisión debe conllevar la provocación de un daño;
- Una relación causal entre la acción u omisión y el daño; y
- Un criterio que permita imputar la responsabilidad extracontractual.

Asimismo, la doctrina jurisprudencial considera que no es suficiente la diligencia reglamentaria si las garantías adoptadas no han permitido evitar el daño, de manera que la diligencia requerida comprende, tanto las prevenciones y cuidados reglamentarios, como todos aquellos que la prudencia impongan. En este sentido, se produce una inversión de la carga de la prueba al existir una presunción de conducta culposa, de manera que corresponde al agente probar la adopción de todas las medidas necesarias para evitar el daño, debiendo probar el actor perjudicado tan solo la existencia del daño, su cuantificación y la relación que hace derivar dicha responsabilidad.

Como consecuencia de todo lo expuesto, el presente caso podría tratarse de un supuesto de responsabilidad solidaria impropia, debido a que puede ser imposible individualizar la porción exacta del daño que es imputable a cada uno de los sujetos intervinientes y cuya conducta ha sido negligente (STS 18 de abril de 2006).

1.2 Acción que deberá ejercitarse, plazo de prescripción de dicha acción y desde cuándo empezará a contar

Tras el análisis de las posibles responsabilidades y su atribución, la acción que deberá ejercitar el peatón como persona que ha sufrido unos daños concretos como consecuencia de las acciones u omisiones de los distintos sujetos intervinientes en la obra de construcción será la **acción de responsabilidad civil extracontractual**. En este sentido, la responsabilidad civil no acaba en sanción, sino que la consecuencia es la indemnización del daño causado derivado del incumplimiento, de manera que no es una sanción porque quien recibe el dinero es la víctima.

Dicha acción irá dirigida contra los distintos sujetos analizados, no obstante, para que esta acción prospere será necesario el estudio de todas las circunstancias concretas del caso de manera que se tenga un conocimiento más exacto del nivel de responsabilidad de cada uno de ellos en la producción del daño, incluyendo el estudio del informe de la autoridad competente y del servicio de prevención. En consecuencia, con la información aportada, la acción podría ir dirigida contra Ladrillo, S.L., como contratista y empleador del trabajador, así como, contra la dirección facultativa (arquitecto y arquitecto técnico) por su papel en el desarrollo de la obra, contra Hogar, S.L. como promotora, contra el trabajador, y, por último, contra las aseguradoras de los distintos sujetos para asegurar el pago de la indemnización correspondiente.

En cuanto al **plazo** para ejercitar esta acción es de un año, tal y como establece el art. 1968.2 CC. Dicho plazo empezará a contar desde que las lesiones personales sufridas por el peatón se consoliden, ya que, sino no será posible saber qué reclamar, y cuantificar el daño concreto sufrido al presentar la demanda. Así lo ha determinado la jurisprudencia al considerar que, para los supuestos de lesiones, el plazo de prescripción para ejercitar la acción empieza a **computar** desde el momento en el que el afectado tiene conocimiento del alcance de todas sus lesiones, que, en este caso, será desde que recibió la correspondiente atención médica determinando cuáles eran los daños sufridos por la caída del martillo. No obstante, el actor también podrá reclamar la correspondiente indemnización por el lucro cesante si ha dejado de percibir ingresos como consecuencia del accidente, al no poder trabajar, o por los daños morales sufridos, siempre y cuando sea capaz de probarlos y cuantificarlos.

Señalar que, al tratarse de un plazo de prescripción, este puede verse interrumpido en virtud del art. 1973 CC, ya sea mediante el ejercicio de la acción ante los Tribunales, como por la realización de una reclamación extrajudicial a los sujetos responsables de la caída del martillo, como puede ser el envío de un burofax o cualquier otro medio, siendo preciso, en este sentido, que la voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada, que debe trascender del propio titular del derecho para entenderse interrumpido el plazo (STS 10 de enero de 2011, 13 de octubre de 1994, entre otras).

Supuesto 2

Se plantea quiénes son los sujetos responsables y el tipo de acción a ejercitar en el contexto de un accidente de trabajo derivado de la infracción de las medidas de seguridad en la obra al no haberse adoptado las medidas preventivas necesarias ante el riesgo de caída en altura.

2.1 Estudio de la responsabilidad de todos y cada uno de los agentes intervinientes en la obra

Antes de entrar a valorar la responsabilidad de cada uno de los agentes intervinientes en la obra, resulta necesario señalar que el accidente se produce en el desarrollo de una obra de construcción, por lo que la normativa aplicable sería la específica en prevención de riesgos laborales en este sector, es decir, el Real Decreto 1627/1997 y el Convenio Colectivo de aplicación al caso concreto, donde se detallan con mayor exactitud las medidas y actuaciones a adoptar en materia de prevención.

En este sentido, se recogen una serie de obligaciones que deben ser adoptadas por los distintos agentes que intervienen en la obra, suponiendo su incumplimiento la imposición de una serie de multas administrativas, e, incluso, pueden incurrir en responsabilidades civiles y penales.

- **Hogar, S.L**

Esta sociedad ostenta la posición de promotora de la construcción del bloque de pisos, por lo que, teniendo en cuenta que su responsabilidad es objetiva y solidaria en el caso de daños materiales (art. 17.3 LOE), en el supuesto de un accidente laboral derivado de la infracción de las medidas de seguridad, también podrá ser considerado como sujeto responsable.

Concretamente, en el Real Decreto se establece que el promotor tiene la obligación de designar a un coordinador en materia de seguridad y salud, así como es el sujeto obligado a la elaboración de un estudio de seguridad y salud, o estudio básico de seguridad y salud (dependerá de los requisitos del proyecto de obra para elaborar uno u otro). No obstante, la designación de un coordinador de seguridad y salud no exime al promotor de sus responsabilidades, en virtud del art. 3.4 del Real Decreto.

Asimismo, el promotor también debe velar por que el contratista efectúe la correspondiente comunicación de apertura de centro de trabajo a la autoridad laboral correspondiente, para evitar cualquier tipo de responsabilidad.

En el caso concreto se ha designado un coordinador de seguridad y salud que será el encargado de redactar dicho estudio de seguridad, bajo su responsabilidad, en virtud de los arts. 5 y 6. Por

tanto, parte de la responsabilidad que podría ser atribuida al promotor en materia de prevención de riesgos laborales es transmitida al coordinador de seguridad y salud, ya que, en principio, el promotor ha cumplido con todas sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, sin embargo, tanto de ser así, como de haber incumplido con sus obligaciones, podrá ser considerado responsable del accidente de trabajo, junto con el resto de agentes, y responder por él como responsable solidario, tal y como se ha indicado anteriormente.

- **D. Eugenio Vinci**

Al ser el arquitecto encargado de la redacción del Proyecto y de la Dirección de Obra su responsabilidad se limitará al ámbito de su actuación en la obra. En este sentido, teniendo en cuenta que hay un coordinador de seguridad y salud encargado de adoptar todas las medidas de seguridad, y velar por su cumplimiento, no debería ser responsable del accidente. No obstante, D. Eugenio podrá ser considerado responsable en el caso de no cumplir con las medidas de prevención, contribuyendo a la infracción de las medidas a adoptar, o la producción de un riesgo no previsto como consecuencia de sus órdenes y, como resultado, a la comisión de dicho accidente laboral.

- **D. Armand Casero**

D. Armand sería uno de los principales responsables en materia de prevención de riesgos laborales debido a que es el encargado de redactar el estudio de seguridad y salud, así como ostenta la condición de coordinador de seguridad y salud, y asume la labor de Dirección de la Ejecución de la Obra.

En primer lugar, como coordinador de seguridad y salud asume una serie de funciones definidas en el art. 9 del Real Decreto, como es:

- (i) La coordinación de la aplicación de los principios generales de prevención y de seguridad;
- (ii) La coordinación de las actividades de la obra para garantizar que el contratista y el subcontratista, así como los trabajadores autónomos, apliquen de manera coherente y responsable los principios de la acción preventiva durante la ejecución de la obra contenidos en el art. 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (“**LPRL**”), y en el art. 10 del Real Decreto;
- (iii) La aprobación del Plan de seguridad y salud elaborado por el contratista;
- (iv) La coordinación de las actividades empresariales recogidas en el art. 24 LPRL;
- (v) La coordinación de las acciones y funciones de control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo; y
- (vi) La adopción de las medidas necesarias para que solo puedan acceder a la obra las personas autorizadas.

Por tanto, teniendo en cuenta que sus funciones consisten en identificar los posibles riesgos presentes en el desarrollo del proyecto y de la ejecución de la obra, así como indicar las medidas oportunas a adoptar para evitar dichos riesgos, o mitigarlos en la medida de lo posible, y hacer que efectivamente dichas medidas sean cumplidas por todos los agentes intervinientes en la obra de construcción, deberá ser considerado sujeto responsable del accidente laboral, salvo que cumpliera con dichas obligaciones o no tuviese constancia del incumplimiento de las medidas por la constructora, el subcontratista, y sus trabajadores.

Asimismo, como coordinador de seguridad y salud está facultado para indicar todas las inobservancias de las medidas de seguridad contenidas en el Plan de seguridad y salud, y de sus órdenes en el Libro de incidencias (art. 13), que en ciertos supuestos debe notificarse a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el plazo de veinticuatro horas. También está facultado para paralizar los trabajos cuando observe un incumplimiento de las medidas de seguridad y salud. Como consecuencia, salvo que D. Armand hubiese actuado ejerciendo las facultades anteriores, o desconociese la falta de adopción de las medidas de prevención, podrá ser considerado como sujeto responsable del accidente, ya que no ha velado por el correcto cumplimiento de las medidas de seguridad y salud, ni ha paralizado los trabajos para evitarlo.

Por tanto, será responsable si realizó incorrectamente el estudio de seguridad y salud, o si de elaborarlo correctamente se introdujo una protección menor en el Plan de seguridad y salud, y aún así lo aprobó, o, si en la coordinación empresarial no se exigió el cumplimiento de esas medidas preventivas previstas.

- **Ladrillo, S.L**

Se encarga de la ejecución material de la obra, es decir, es la empresa constructora que aporta los medios materiales y humanos necesarios para llevar a cabo la obra, por lo que tiene la consideración de contratista a efectos de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Siendo el contratista tiene que cumplir con una serie de obligaciones recogidas en el art. 11, entre otras:

- (i) Aplicar los principios de la acción preventiva recogidos en el art. 15 LPRL, y art. 10 del Real Decreto;
- (ii) Cumplir y hacer cumplir a su personal lo contenido en el Plan de seguridad y salud;
- (iii) Atender las indicaciones y cumplir las instrucciones dadas por el coordinador de seguridad y salud;
- (iv) Elaborar el Plan de seguridad y salud, que será aprobado por el coordinador de seguridad y salud;

- (v) Comunicar la apertura del centro de trabajo a la autoridad laboral competente con anterioridad al comienzo de los trabajos, adjuntando a la comunicación el Plan de seguridad y salud (art. 19 del Real Decreto y Orden TIN/1071/2010, de 27 de abril (BOE 01-05-2010)).

Como consecuencia, Ladrillo, S.L. será responsable en caso de no cumplir con las obligaciones anteriores, es decir, responderá de haber desarrollado la actividad sin adoptar las medidas de prevención previstas en el Plan, o de no cumplir con las órdenes e instrucciones dadas por el coordinador. Asimismo, también será considerado responsable si sus trabajadores no contaban con la formación e información suficiente para el desarrollo de los trabajos.

Además, en los Planes de seguridad se recoge el nombramiento del recurso preventivo, es decir, la persona que interviene cuando hay riesgos especiales, como el trabajo en altura, para que se adopten las medidas previstas. El contratista tendrá su recurso preventivo, y el subcontratista el suyo, siendo responsable, en este sentido, si no contaba con esta persona o, esta no tenía la formación necesaria.

Por otro lado, la responsabilidad podrá ser mayor en el caso de que Ladrillo, S.L. y/o Sinfrio, S.L. estuviesen desarrollando su actividad profesional o empresarial sin estar inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas, debido a que todas las empresas que pretenden ser contratadas o subcontratadas para realizar trabajos en una obra de construcción deben cumplir con esta obligación, en virtud del art. 4 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción. Y es que, de no cumplir con dicha obligación, supondría la responsabilidad solidaria del subcontratista que hubiera contratado incurriendo en dichos incumplimientos y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de ejecución del contrato acordado, así como la correspondiente responsabilidad administrativa, que se traduciría en una multa en función del tipo de infracción cometida.

- **Sinfrio, S.L.**

Esta sociedad, que actúa como subcontratista y empleador del trabajador que sufre el accidente, sería también uno de los principales responsables en el presente caso. Esto se debe, por un lado, a que sería responsable en los mismos términos que el contratista, ya que tiene en gran medida las mismas obligaciones en prevención de riesgos laborales, como son la adopción de las medidas de prevención necesarias previstas en el Plan, así como cumplir y hacer que sus trabajadores cumplan con las órdenes dadas por el coordinador de seguridad y salud, y, elaborar su propio Plan de seguridad y salud, o adherirse al Plan elaborado por el contratista Ladrillo, S.L.

Por otro lado, también respondería al tener la condición de empleador, en su calidad de titular de los poderes de dirección y organización del trabajo, siendo el principal obligado y responsable en este caso, debido a que es su empleado quien sufre el accidente laboral, estando bajo su dirección en el desarrollo de los trabajos. Y es que, el empleador, en su condición de garante de la seguridad integral del trabajador, debe velar en todo momento por que se eviten los accidentes, por lo que la imposición de un deber tan amplio al empresario supone que en los casos en que, por culpa o negligencia, el accidente de trabajo se deba a una omisión de un deber objetivo de cuidado a cargo del empresario, por lo que este deberá ser considerado responsable (STS de 12 mayo 1992 o STSJ de Andalucía de 17 junio 1993).

Como consecuencia, Sinfrio, S.L. será considerado responsable si no ha cumplido con las obligaciones que ostenta en materia de prevención de riesgos laborales, es decir, si no ha adoptado las medidas de seguridad previstas en el Plan, si sus trabajadores no contaban con la formación e información suficiente para el desarrollo de los trabajos, o si no ha cumplido con las órdenes del coordinador, ni ha velado por que sus trabajadores las cumplan.

No obstante, Sinfrio, S.L., en su calidad de subcontratista, podrá alegar que se trata de un supuesto de responsabilidad solidaria entre las empresas intervinientes, en virtud del art. 24 LPRL, y del art. 42.3 LISOS. Y es que, se establece que cuando las empresas contraten o subcontraten con otras la realización de obras correspondientes a su propia actividad y que se desarrollen en sus centros de trabajo, deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas o subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales, de manera que la empresa principal responde solidariamente con los contratistas y subcontratistas. No obstante, con la información aportada en este caso es poco probable que Sinfrio, S.L. pueda alegar dicha responsabilidad solidaria, debido a que la instalación del sistema de calefacción no forma parte de la actividad de Hogar, S.L., ni de Ladrillo, S.L.

- **OCT**

Este organismo ha sido contratado por la promotora como consecuencia de las exigencias de la aseguradora para la emisión del suplemento de entrada en vigor de la póliza del seguro decenal, estando encargado de la elaboración de informes de riesgo en relación con la cimentación y estructura de la obra, así como de la impermeabilización de fachadas, sótanos y cubiertas. Por tanto, en el caso del OCT no puede entenderse que tenga responsabilidad alguna en el ámbito de prevención de riesgos laborales en la obra de construcción, ya que no tiene ninguna obligación atribuida, ni facultad para dar órdenes e instrucciones en el desarrollo y ejecución de la obra para evitar accidentes como el ocurrido, debido a que su labor se reduce a la elaboración de una serie de informes concretos. Asimismo, el ámbito material de sus informes no incluye la seguridad y medidas adoptadas en la ejecución de la obra, y, aun así, en el caso de que así fuese, tampoco

podría ser considerado responsable debido a las facultades y obligaciones que tiene atribuidas como Organismo de Control Técnico.

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

- **Jurisdicción administrativa: responsabilidad objetiva en las reclamaciones ante la Seguridad Social**

Cuando tiene lugar un accidente de trabajo, el empleador incurre en responsabilidad administrativa cuando comete un acto u omisión tipificado por la ley como infracción de tal naturaleza, lo que trae aparejada la imposición de sanciones, principalmente las multas, por la autoridad laboral competente, que pueden, a su vez, ir acompañadas de limitaciones o prohibiciones de contratar con la Administración o de otras sanciones accesorias.

En este sentido, para que se imponga la sanción, debe existir previamente una actuación infractora del empresario y un procedimiento sancionador que se inicia con un acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo, en la cual se da audiencia al presunto infractor y se emite una resolución administrativa con contenido sancionador susceptible de recurso ante el orden jurisdiccional social.

Pues bien, en este caso, que se trata de un accidente laboral como consecuencia de la infracción de las medidas de seguridad necesarias, para efectuar el correspondiente acta de infracción de medidas de seguridad y el recargo de prestaciones, los requisitos son:

- Producción de un accidente laboral;
- Existencia de un incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, ya sea de la normativa reglamentaria o particular aplicable en el sector de la construcción, o de la obligación general de protección eficaz de seguridad y salud de los trabajadores;
- Existencia de relación causal entre el comportamiento del empresario y el resultado lesivo sufrido por el trabajador (STS de 30 junio 2003, 16 de enero de 2006 y 30 de junio de 2008); y
- Existencia del derecho a una prestación económica por parte del trabajador (art. 164 Ley General de la Seguridad Social).

En el presente caso, el procedimiento ya se ha iniciado debido a que ha tenido lugar la correspondiente Inspección de Trabajo, por lo que el empresario responsable cuenta con un plazo de 10 días para hacer las alegaciones oportunas y presentar los documentos que estime pertinentes. Tras dicha actuación, corresponderá a la Dirección Provincial del INSS dictar una resolución motivada que pondrá fin al procedimiento administrativo, en la que se indicará el recargo sobre la cuantía que resulte procedente. Este recargo se sitúa entre el 30% y el 50%, según la gravedad

de la falta en virtud del art. 164 LGSS, y su abono corresponde al empresario. No obstante, la resolución del INSS podrá ser revisada por la jurisdicción social.

Como consecuencia de lo expuesto, el principal sancionado en el Informe de la Inspección de Trabajo sería Sinfrio, S.L., como empleador del trabajador accidentado, no obstante, también podrán ser sancionados, tanto el promotor Hogar, S.L., como el contratista Ladrillo, S.L., de ser considerados responsables del accidente.

- **Jurisdicción social: responsabilidad subjetiva**

La determinación de la responsabilidad civil derivada del accidente de trabajo corresponderá a la jurisdicción social, competente para juzgar esta acción en virtud de los arts. 2.b y 25.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Esta acción irá dirigida contra el empresario, que, en este caso es Sinfrio, S.L., debido al incumplimiento de una obligación incorporada al contrato de trabajo, junto con la correspondiente acción de responsabilidad extracontractual frente a terceros no relacionados laboralmente con el accidentado como consecuencia del incumplimiento de la normativa especial de prevención de riesgos laborales.

Ambas acciones tendrán que ejercitarse de manera conjunta frente al empresario y frente al resto de posibles implicados en el accidente, ya que la jurisdicción social no es competente de aquellas acciones ejercitadas únicamente, como consecuencia de un accidente de trabajo, frente a terceros ajenos a la relación laboral.

Por tanto, las acciones a ejercitar por el trabajador serán:

- Acción de responsabilidad civil contractual, regulada en el art. 1101 CC
- Acción de responsabilidad civil extracontractual, regulada en el art. 1902 CC

En el caso de la acción de responsabilidad civil contractual, esta irá dirigida contra el empresario Sinfrio, S.L., debido a que es el empleador del trabajador, mientras que la acción de responsabilidad civil extracontractual se dirigirá contra el resto de agentes intervinientes considerados responsables, tal y como se ha indicado en el apartado anterior, que podrán ser, tanto el promotor Hogar, S.L., como el contratista Ladrillo, S.L., el coordinador de seguridad y salud D. Armand Casero, y/o el arquitecto D. Eugenio Vinci.

En este sentido, para que se reconozca la responsabilidad de los distintos agentes intervinientes tienen que darse los siguientes requisitos, ya que se trata de una responsabilidad subjetiva:

- Acción u omisión negligente
- Nexo causal
- Daño

No obstante, señalar que el art. 96 LRJS establece una presunción iuris tantum de responsabilidad del empresario, pero que puede probarse su falta de responsabilidad mediante la ruptura del nexo causal.

- **Jurisdicción penal:**

En cuanto a la **jurisdicción penal**, en función de las circunstancias concretas del caso pueden iniciarse actuaciones penales por considerar que ha tenido lugar una conducta delictiva por parte del empresario cuando se produce un incumplimiento grave de las medidas de seguridad, en virtud de los arts. 316 y ss. del Código Penal donde se regulan los delitos contra la seguridad de los trabajadores, y los arts. 147 y ss. que regulan los delitos de lesiones imprudentes. De manera que, el trabajador podrá personarse en el procedimiento de producirse su apertura. No obstante, es un hecho poco probable en el presente caso, pero todo dependerá de las infracciones concretas cometidas por los sujetos responsables intervinientes.

Asimismo, al trabajador puede que no le interese el inicio de un procedimiento penal debido a que paraliza el resto de procedimientos hasta que este sea resuelto. No obstante, señalar que, para el caso del procedimiento de imposición del recargo de prestaciones, este no se paraliza por el hecho de que se siga un proceso penal por los mismos hechos (STS de 17 de mayo de 2004, 8 de octubre de 2004 y 13 de febrero de 2008).

Supuesto 3

Se plantea, tras la finalización de las obras y la venta a terceros de las viviendas construidas, cuál es la cobertura por la póliza decenal de los siguientes defectos, así como quiénes son los sujetos responsables de los daños ocasionados:

- Sistema de calefacción deficiente por falta de uniformidad en el calor;
- Las baldosas de la cocina no están bien alineadas; y
- Falta de aislamiento acústico de las habitaciones.

3.1 Cobertura de los citados daños bajo la póliza decenal.

La responsabilidad civil por los daños materiales causados en el edificio se encuentra regulada en la LOE, como normativa especial de aplicación en el sector de la construcción, junto con el CC, que recoge una regulación en términos generales.

En este sentido, en el art. 17.1.a) LOE se establece que serán responsables aquellas personas físicas y jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación por los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos 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 la estabilidad del edificio. Dicha responsabilidad tiene un plazo de prescripción que comienza a contar desde la fecha de recepción de la obra, si esta es sin reservas, o desde que se hayan efectuado las correspondientes subsanaciones.

Pues bien, en el art. 19.1.c) se establece un régimen de garantías en relación con dichas responsabilidades, estableciéndose la obligatoriedad de contratar un seguro decenal por parte del promotor para cubrir, 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, 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. Como consecuencia de la contratación de dicha póliza, quedarían asegurados, tanto el propio promotor, como los sucesivos adquirentes.

Asimismo, en la disposición adicional segunda de la LOE se determina que este seguro decenal será obligatorio cuando el destino principal del edificio sea el de vivienda, como en el presente caso, y se trate de una obra nueva o una reforma estructural que se quiera vender a terceros adquirentes. Por tanto, en el presente caso es clara la obligatoriedad del seguro decenal.

Por tanto, los daños que cubre la póliza son aquellos que afectan, en definitiva, a los elementos estructurales y que comprometen directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio, y no cualquier defecto que pueda presentar la construcción. En consecuencia, los daños cuya cobertura se estudia, como es la falta de uniformidad de calor del sistema de calefacción, la incorrecta alineación de las baldosas, y la falta de aislamiento acústico, no pueden llegar a considerarse como elementos estructurales, es decir, no comprometen la estabilidad y resistencia del edificio. No obstante, esto no impide que los mismos puedan reclamarse a los distintos agentes de la construcción, ya que sí tienen encaje en el art. 17.1.b) LOE, donde se establece que los agentes de la edificación serán responsables de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del art. 3.1.c). En este sentido, los requisitos básicos de habitabilidad del edificio incluyen la protección contra el ruido (c.2), y, el ahorro de energía y aislamiento térmico (c.3), por lo que el sistema de calefacción deficiente y la falta de aislamiento acústico de las habitaciones podrá reclamarse por la vía del régimen de responsabilidad del art. 17.1.b), cuya cobertura está prevista durante tres años en el art. 19.1.b) LOE. No obstante, la suscripción de esta póliza trienal por el promotor no es obligatoria como en el caso de la decenal (disposición adicional segunda), debido a que no ha sido desarrollada reglamentariamente. De manera que, las garantías ofrecidas por la normativa son menores para el caso de exigir la cobertura de estos daños.

Finalmente, en cuanto a la incorrecta alineación de las baldosas de la cocina, podrá exigirse su indemnización en virtud del art. 17.1 LOE donde se recoge que el constructor responde 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. Asimismo, en el art. 19.1.a) LOE se recoge la suscripción de un seguro para garantizar durante un año el resarcimiento de estos daños materiales, o en su lugar, una retención por el promotor de un 5% del importe de la ejecución material de la obra. La suscripción de este seguro anual no es obligatoria tampoco debido a que no se ha desarrollado reglamentariamente.

Como consecuencia de todo lo expuesto, los daños que se pretenden reclamar por los propietarios no están cubiertos por la póliza decenal, lo que no impide que pueda reclamarse su cobertura a los distintos agentes en virtud de los arts. 17 y 19 LOE, siempre y cuando, aparezcan dentro del periodo de garantía de uno o tres años, en función del defecto o vicio concreto.

3.2 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 términos generales, en el caso de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, estos asumen una doble responsabilidad, por un lado, derivada del incumplimiento o

cumplimiento defectuoso de sus **obligaciones contractuales en virtud del art. 1101 CC**, y, por otro lado, la **responsabilidad legal impuesta por el art. 17 LOE**. En este sentido, el presente análisis se centra en el régimen de responsabilidad regulado por la LOE aplicable a cada uno de los agentes intervinientes, cuya responsabilidad deberá exigirse en función del grado de participación que cada uno de ellos haya tenido en relación con el daño causado por el vicio advertido.

Asimismo, el art. 17.2 LOE establece que la responsabilidad se exige en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por los de personas de las que se deba responder. No obstante, de no ser posible esta individualización, o hubiese concurrencia de culpas, la responsabilidad se exige solidariamente, y, en todo caso, al promotor (art. 17.3).

- **Hogar, S.L.**

El promotor, en el caso de daños materiales que se ocasionan en el edificio, responde de manera objetiva, es decir, responde en todo caso como garante incondicional, cualquiera que sea la causa de los defectos constructivos (responsable solidario). De manera que, responde cuando no es posible individualizar la responsabilidad imputable a cada agente, pero también, incluso, por los daños materiales causados por la negligente actuación de otros agentes, aunque estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños (STS 2 de marzo de 2012). En este sentido, únicamente se requiere la prueba de existencia del daño dentro del periodo de garantía para declarar la responsabilidad del promotor, salvo que el promotor demuestre, en virtud del art. 17.8 LOE, que los daños se han producido por caso fortuito o fuerza mayor, o por intervención de terceros o del propio perjudicado por el daño (STS 14 de mayo de 2008 y 22 de octubre de 2012).

Como consecuencia, los propietarios podrán ejercitar la acción de **responsabilidad derivada del art. 17.1 LOE** contra el promotor, ya que el plazo de garantía fijado para que se manifiesten los defectos es de tres años en el caso del sistema de calefacción y del aislamiento acústico, y de un año en el caso del acabado de las baldosas, desde la fecha de recepción de la obra. Si bien, en el caso del defecto de alineación de las baldosas, se trata de un vicio del que, en principio, responde el constructor, no obstante, es posible que esta responsabilidad afecte al promotor en su calidad de responsable solidario.

En todo caso, el plazo de prescripción de las acciones señaladas por los daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, es de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños em virtud del art. 18 LOE.

Por otro lado, para exigir responsabilidad al promotor por los daños materiales del edificio, y así lo señala el art. 17.9 LOE, los propietarios también podrán accionar contra Hogar, S.L. mediante

las correspondientes acciones de las que dispone como consecuencia del **contrato de compraventa** celebrado entre el promotor y los propietarios. En este sentido, los propietarios podrán ejercitar la acción de saneamiento por los defectos ocultos, derivada del contrato de compraventa, siendo de aplicación el art. 1484 y ss. CC, o en su caso, todas las acciones que derivan del régimen general del incumplimiento contractual (art. 1101 y ss., y 1124 CC), y así lo determina la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias como la del 15 de junio de 2016 o del 18 de diciembre de 2018. Señalar que, en el caso de la acción de saneamiento por defectos ocultos, el plazo de prescripción es de seis meses desde la entrega de las viviendas, por lo que todavía se estaría en plazo para ejercitarla. Asimismo, para accionar por la vía del incumplimiento del contrato de compraventa, dicho defecto tiene que de gran relevancia, ya que no cualquier defecto tendrá la consideración de incumplimiento contractual, salvo que el promotor haya manifestado en el contrato que iba a llevar a cabo la construcción de una manera concreta.

Asimismo, señalar que, como responsable solidario, el promotor dispone de una acción de repetición frente al resto de agentes de la edificación que intervienen en el proceso, la cual prescribirá en el plazo de dos años desde la firmeza de la resolución judicial que lo condene a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial (art. 18.2 LOE).

Por todo lo expuesto anteriormente, la viabilidad de ejercitar las acciones planteadas frente al promotor tendrían futuro, sin perjuicio de que el promotor llame al proceso a cualquier otro agente que pueda ser responsable de los daños para que participe en el procedimiento, lo cual se denomina intervención provocada de terceros regulada en el art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (“**LEC**”), y la forma especial de intervención provocada regulada en la disposición adicional séptima LOE, la cual permite que, aunque el demandante no amplíe la demanda frente al tercero interviniente, se pueda ejecutar la sentencia que se dicte contra él, siempre y cuando se cumplan los requisitos fijados para la notificación en dicha disposición adicional.

- **D. Eugenio Vinci**

Debido a su labor como arquitecto y director de obra, D. Eugenio podrá ser considerado responsable en virtud del art. 17.5 y 17.7 LOE, ya que interviene en el proceso de edificación tanto como proyectista, como de director de obra. Por tanto, si la causa de los daños materiales causados es la insuficiencia, incorrección o inexactitud de su labor a la hora de realizar el proyecto o de la labor de aquellos a los que ha contratado, este responderá en virtud del art. 17.5 LOE.

Asimismo, también responderá, en virtud del art. 17.7 LOE por su labor como director de obra, de la veracidad y exactitud del certificado final de obra que ha suscrito, responsabilidad solidaria compartida con el arquitecto técnico.

A raíz de lo expuesto, el arquitecto sólo responderá si los defectos apreciados en el edificio se deben a la actuación del mismo en el proceso de edificación, así como de aquellos a los que haya contratado. A modo de ejemplo, responderá si alguno de los defectos identificados se debe a deficiencias, omisiones o imperfecciones del proyecto, cosa poco probable en el caso de la alineación de las baldosas, cuya responsabilidad será atribuida, probablemente, al ejecutor material de la obra. No obstante, podría llegar a responder en su condición de director de obra si los daños causados se deben a vicios derivados de la mala dirección efectuada por el mismo.

En este sentido, la viabilidad de la acción dependerá de la causa concreta de los defectos y vicios que han dado lugar a los daños materiales que se quieren reclamar, no obstante, de deberse a la intervención del arquitecto, los plazos de garantía y de prescripción de la acción de responsabilidad son los mismos que en el caso anterior, es decir, garantía de tres o un año en función del vicio o defecto, y prescripción de dos años desde la materialización del daño.

- **D. Armand Casero**

Por otro lado, D. Armand como arquitecto técnico encargado de la dirección de ejecución de la obra podrá ser considerado responsable de los daños materiales que se quieren reclamar en virtud del art. 17.7 LOE. En este sentido, como director de la ejecución de la obra tiene una serie de obligaciones derivadas de su función de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado, tal y como establece el art. 13 LOE. Entre estas obligaciones se encuentran, la de elaborar el programa de control de calidad que determina el Código Técnico de la Edificación, hacer el control de materiales y solicitar pruebas y/o ensayos, o el control de la ejecución y de la obra terminada. Como consecuencia, si no ha llevado a cabo correctamente sus labores en la obra y los daños causados se deben a su actuación, D. Armand deberá responder.

Asimismo, en el art. 17.7 LOE se establece que responderá junto con el director de la obra, solidariamente, por la veracidad y exactitud del certificado final de obra.

Por tanto, el arquitecto técnico deberá responder si se demuestra que los daños reclamados tienen su origen en la inadecuación de los materiales o en su mala calidad, o en una deficiente técnica constructiva, causando que el edificio no cumpla con los requisitos de habitabilidad, al contar con un deficiente sistema de calefacción y aislamiento acústico. Por último, en cuanto a la alineación de las baldosas, también podría imputarse la responsabilidad a D. Armand si se prueba que se debe a la mala dirección de ejecución de la obra, no obstante, es un supuesto poco probable.

Como consecuencia, la viabilidad de la acción a ejercitar dependerá de la causa concreta de los daños, que, de deberse a una deficiente dirección de la ejecución material de la obra, sí podrá

dirigirse contra el arquitecto técnico en los términos y plazos ya mencionados, y, probablemente, prosperar.

- **Ladrillo, S.L.**

Debido a su papel como contratista, esta sociedad podrá ser considerada responsable por los daños derivados del defectuoso aislamiento y la alineación de las baldosas, en los términos fijados en el art. 17 LOE, siempre y cuando, no pruebe que los daños reclamados han sido causados por fuerza mayor, caso fortuito, o por otros agentes o terceros.

Concretamente, el art. 17.1 LOE establece que el constructor, de manera objetiva, responderá durante un año, de los vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras. En este supuesto, la ley individualiza al agente que debe responder por este tipo de vicios, recayendo la responsabilidad sobre el constructor, que, en este caso concreto es Ladrillo, S.L., por lo que este responderá por la incorrecta alineación de las baldosas, salvo que pruebe que dicho defecto se debe a la actuación de otro agente de la edificación.

Por otro lado, en cuanto al deficiente aislamiento acústico, el contratista podrá ser considerado responsable como ejecutor material si se debe a una deficiente ejecución efectuada por el mismo o sus dependientes. En especial, el art. 17.6 LOE determina que “el constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos derivados de la impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidas al jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan”. Por tanto, si el deficiente aislamiento acústico se debe a la impericia, la falta de capacidad, negligencia o incumplimiento de las obligaciones por alguno de los individuos dependientes de la sociedad contratista, esta será considerada responsable, debiendo responder por dichos daños causados. Asimismo, también responderá si los defectos o vicios se deben a deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él, sin perjuicio de la acción de repetición de la que dispone frente a los suministradores.

Finalmente, en cuanto al deficiente sistema de calefacción, el responsable directo será, probablemente, el subcontratista Sinfrio, S.L., ya que ha sido contratado exclusivamente para llevar a cabo la instalación del sistema de calefacción. No obstante, Ladrillo, S.L. también responderá directamente, sin perjuicio de la acción de repetición de la que dispone contra el subcontratista (STS 4 de junio de 2002). Concretamente, el art. 17.6 LOE establece que “cuando el constructor subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, será directamente responsable de los daños materiales por vicios o defectos de su ejecución, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar”.

En consecuencia, la viabilidad de la acción de responsabilidad bajo el régimen de la LOE contra el contratista es viable, teniendo en cuenta la limitada información disponible del caso, siendo la prescripción de la acción de dos años desde que se produjeron los daños.

- **Sinfrio, S.L.**

El subcontratista Sinfrio, S.L. podrá ser considerado responsable por su intervención en la obra en cuanto a la instalación del sistema de calefacción, siempre y cuando, el defecto se deba a una deficiente ejecución material por su parte en la instalación del sistema, ya que, si se debe a la actuación de otros agentes, como puede ser al diseño del proyecto o las indicaciones de la dirección facultativa, no podrá ser considerado responsable. La acción de responsabilidad, en este caso, podrá dirigirse contra el subcontratista directamente, si interviene en la obra con un alto grado de independencia y autonomía, en virtud del art. 17.1 LOE, o contra, el contratista, que posteriormente repetirá frente a Sinfrio, S.L.

Por otro lado, en cuanto a los vicios en la alineación de las baldosas y del aislamiento acústico, no tendrá que responder ya que no ha intervenido en la ejecución material de ninguno de ellos.

En consecuencia, la viabilidad de la acción de responsabilidad contra Sinfrio, S.L. es bastante alta en el caso de los daños derivados por el sistema de calefacción defectuoso, siendo su plazo de prescripción de dos años desde la producción de los daños, o si el contratista repite contra Sinfrio, comenzará a computar desde la firmeza de la resolución judicial que le condene a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial. No obstante, para poder determinar con mayor exactitud la viabilidad de la acción sería necesario disponer de mayor información en relación con el caso y sus circunstancias concretas.

- **OCT**

Este sujeto no será responsable de los defectos enunciados debido a que su intervención en el proceso es únicamente a efectos de que entre en vigor la póliza del seguro decenal, no teniendo ninguna incidencia el control técnico que realiza en la causación de los daños materiales que quieren reclamar los propietarios.

Supuesto 4

Se plantea el alcance de la cobertura bajo la póliza decenal de una serie de daños y defectos 5 años después de la terminación de la obra, así como la posible acción de subrogación de la aseguradora frente a los agentes responsables de los mismos, la responsabilidad de cada uno y las acciones a ejercitar en cada caso. Concretamente los daños y defectos ruinosos identificados en el edificio son:

- Grietas en la fachada y en algunas viviendas por una deficiente cimentación derivada de la solución adoptada en el proyecto que no se adecuaba a las características del terreno; y
- Humedades en los techos de los pisos del ático por una deficiente ejecución de la impermeabilización de la cubierta.

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

En primer lugar, conviene señalar que la póliza decenal cubre aquellos daños materiales que tienen lugar durante el plazo de garantía de diez años, y que son causados por vicios o defectos que tienen su origen o afectan a los elementos estructurales, como son la cimentación, o los muros de carga, y que comprometen directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio, tal y como se establece en el art. 19.1.c) LOE. Como consecuencia, es necesario analizar los distintos daños causados en el edificio para determinar si encajan en los definidos para ser cubiertos por la póliza decenal, o si, por el contrario, serían cubiertos por la póliza trienal o anual, pudiendo encontrarse, en tal caso, fuera de plazo para ejercitar cualquier tipo de acción.

- **Grietas por una deficiente cimentación**

Las grietas, tal y como recoge el informe del perito técnico, se deben a una deficiente cimentación debido a que el proyecto no se adecuaba a las características del terreno. Pues bien, en principio, si el daño material se debe a un defecto de la cimentación, afectando a los elementos estructurales y, por tanto, a la estabilidad y resistencia mecánica del edificio, puede entenderse que este daño sí está cubierto por el seguro decenal. Asimismo, los daños se materializan dentro del periodo de garantía de diez años, por lo que podrán ejercitarse las acciones de responsabilidad correspondientes.

No obstante, no toda grieta puede considerarse que afecta a los elementos estructurales del edificio, ya que se pueden distinguir, principalmente, dos tipos de grietas. Por un lado, las grietas de asentamiento que aparecen durante los primeros años de la construcción, debido a que el edificio necesita un tiempo para asentarse al terreno. Y, por otro lado, las grietas estructurales, de mayor gravedad y peligro, que suelen aparecer en las vigas, muros de carga y pilares. En este sentido, los daños cubiertos por el seguro decenal serían los derivados de este segundo tipo de grietas, por tanto, teniendo en cuenta el informe técnico, los daños materiales estarán cubiertos, siempre y cuando, se determine y se pruebe que afectan a la estabilidad y resistencia mecánica del edificio.

- **Humedades por una deficiente ejecución de la impermeabilización de la cubierta**

En este caso, teniendo en cuenta la definición de los daños materiales que se encuentran cubiertos por la póliza decenal, los daños materiales derivados de la deficiente ejecución de la impermeabilización, en principio no se encontrarán cubiertos por dicho seguro. Concretamente, para que estuviesen cubiertos los propietarios tendrían que probar que dichas humedades podrían afectar a la resistencia mecánica y estabilidad del edificio, hecho difícil.

En este sentido, las humedades encajarían más en la definición de los daños recogidos en el art. 19.1.b) LOE, los cuales se deben a vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones, afectando a las condiciones de habitabilidad del edificio. Concretamente, las humedades que presenta el edificio suponen un incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del art. 3.1.c) LOE, ya que afectan a la higiene y salud, no alcanzando las condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio, impidiendo un uso satisfactorio del mismo.

Asimismo, en el art. 13 del Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación se recogen las exigencias de salubridad que debe cumplir una construcción, incluyendo la exigencia básica de protección frente a la humedad. Por tanto, teniendo en cuenta que el informe pericial ha determinado que las humedades se deben a una deficiente ejecución de la impermeabilización de las cubiertas, debe entenderse que tienen encaje en el supuesto de este tipo de daños, para los que el art. 17.1.b) LOE establece un periodo de garantía de tres años. En consecuencia, los daños materiales no estarían cubiertos por la póliza decenal, por lo que podría entenderse que los propietarios se encuentran fuera de plazo para poder exigir la responsabilidad por dichos daños, al haber pasado 5 años desde la recepción de la obra.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Madrid en sus sentencias de 22 enero y de 25 de mayo de 2019 establece que, en un caso de humedades por una deficiente impermeabilización, se entiende que el daño es continuado, de manera que, no se inicia el cómputo del plazo de prescripción hasta la producción del resultado definitivo, remitiéndose a la jurisprudencia del TS,

de manera que el ejercicio de la acción de responsabilidad no se encuentra fuera de plazo (STS 28 de octubre de 2009, 14 de julio de 2010 y 4 de julio de 2016). Como consecuencia, los propietarios podrán reclamar por estos daños materiales, si, como en el caso de las sentencias citadas, prueban que se trata de un daño continuado.

Finalmente, la jurisprudencia ha determinado que, en determinados casos, las humedades podrán estar cubiertas por la póliza decenal, ya que pueden afectar a la estabilidad y resistencia del edificio. Por tanto, para poder reclamar su cobertura por la póliza decenal, los propietarios deberán probar que las humedades comprometen directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio al afectar, por ejemplo, a forjados y otros elementos estructurales.

- **Acción de subrogación**

Por otro lado, en cuanto a la posible acción de subrogación de la aseguradora frente a los agentes responsables de los daños, se recoge en el art. 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (“LCS”), que, una vez pagada la indemnización, el asegurador puede ejercitar los derechos y acciones que como consecuencia del siniestro corresponden al asegurado frente a las personas responsables del mismo. En consecuencia, para disponer de esta acción de subrogación, la aseguradora deberá haber satisfecho la indemnización que le correspondía a los responsables del daño, y posteriormente, dirigirse frente a estos, con el único límite de reclamar la cantidad satisfecha. Esta acción implica que el asegurador asume todos los derechos que tiene el asegurado frente al responsable del daño, de manera que no ejerce su propia acción, como ocurre en el caso de la acción de repetición, y que el plazo de prescripción de la misma depende de si la obligación incumplida o cumplida defectuosamente era contractual, en cuyo caso el plazo es de cinco años (art. 1964.2 CC) o de naturaleza extracontractual, en cuyo caso el plazo será de un año (art. 1968.2 CC). Asimismo, el cómputo de dicho plazo se inicia desde que el asegurado tuvo conocimiento del siniestro, ya que la aseguradora “sustituye” a este. De manera que, en este caso puede defenderse que el plazo de prescripción de la acción de subrogación es de cinco años debido a que se tratan de obligaciones contractuales las asumidas por los distintos agentes.

No obstante, en el caso de las aseguradoras en el sector de la construcción que responden por los daños materiales causados por los agentes de la edificación, se recoge en el art. 18.2 LOE, que disponen de una **acción de repetición** contra los mismos, cuyo plazo de prescripción es de dos años desde la firmeza de la resolución judicial que condena al responsable a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial. Esta acción difiere de la acción de subrogación del art. 43 LSC en la medida en que es una nueva acción que surge tras la indemnización del daño.

4.2 Análisis de la responsabilidad de los agentes por los daños.

La responsabilidad por los daños materiales causados frente a los propietarios y terceros adquirentes en el proceso de la edificación corresponde a las personas físicas o jurídicas que intervienen en él, no obstante, será exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que se deba responder, en virtud del art. 17 LOE. En consecuencia, conviene realizar un análisis de la posible responsabilidad individual de cada uno de los agentes intervinientes en la producción de los daños materiales mencionados.

- **D. Eugenio Vinci**

En su condición de arquitecto y autor del proyecto podrá ser considerado responsable de los daños derivados de la deficiente cimentación, debido a que la solución que ha adoptado no era apropiada para las características del terreno. Asimismo, el art. 12.3.b) LOE establece que es una obligación del director de obra la de verificar el replanteo y la adecuación de la cimentación y de la estructura proyectadas a las características geotécnicas del terreno, por lo que, al tratarse de una obligación expresamente atribuida al arquitecto, este responderá por los daños materiales causados, salvo que pueda probar que fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño.

En consecuencia, D. Eugenio, en principio, responderá por las grietas que han aparecido en la fachada y algunas viviendas del edificio al existir negligencia de sus deberes profesionales como agente constructivo, según lo establecido en el art. 12 de la LOE.

Asimismo, puede ser considerado responsable por las humedades derivadas de la deficiente impermeabilización debido a su papel como autor del proyecto y de director de obra, ya sea por la elaboración de un proyecto deficiente o una mala dirección de obra. Concretamente, la sentencia de la AP de Madrid de 22 de enero de 2019 determina que la falta de supervisión del arquitecto de que la ejecución se ajusta a lo proyectado, en cuanto a la emisión de un certificado final de obra sin comprobar la correcta impermeabilización, supone que su actuación no se ha ajustado a la *lex artis* en la materia, de manera que este debe ser considerado responsable, y condenado solidariamente con el resto de agentes.

En consecuencia, el arquitecto puede llegar a responder por ambos daños si ha efectuado de manera negligente sus obligaciones, como son la correcta elaboración del proyecto y la dirección de obra.

- **D. Armand Casero**

Como director de ejecución de la obra es también un potencial responsable de los daños materiales causados en virtud del art. 17 LOE, ya que responde de manera solidaria con el arquitecto por la veracidad y exactitud del certificado final de obra. No obstante, responderá por los daños

derivados de las humedades, pero difícilmente por los causados por las grietas, ya que ninguna disposición de la normativa le atribuye obligaciones relativas a la cimentación, pero sí la obligación de dirigir la ejecución material de la obra comprobando los replanteos, los materiales, la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos, de acuerdo con el proyecto y con las instrucciones del director de obra, tal y como establece el art. 13.2.c) LOE. Asimismo, la jurisprudencia atribuye la responsabilidad de los daños materiales causados por defectos en la ejecución del proyecto al arquitecto técnico como director de la ejecución de obra.

En consecuencia, el arquitecto técnico podrá ser responsable de los daños materiales producidos por la deficiente ejecución de la impermeabilización, salvo que pruebe que fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño.

- **Ladrillo, S.L.**

Por su parte, el contratista/constructor podrá ser responsable por los daños materiales planteados, aunque en menor medida, debido a que sus obligaciones son las recogidas en el art. 11 LOE. Concretamente, difícilmente podrá ser considerado responsable del daño relativo a las grietas del edificio, ya que el informe técnico ha determinado que se debe a una mala solución adoptada en el proyecto redactado por el arquitecto (principal responsable), y al cual, el constructor debe acogerse a la hora de ejecutar la obra en virtud del art. 11.2.a) LOE. Por tanto, la obligación del constructor es ejecutar la obra con sujeción al proyecto, por lo que, si el proyecto era deficiente, no será responsable. En este caso, solo podrá ser responsable si se prueba que la deficiente cimentación se debe a la intervención del constructor al no cumplir con el proyecto o con las instrucciones de la dirección de obra y de la dirección de la ejecución de obra, no obstante, difícilmente puede darse en este supuesto debido al contenido del informe aportado.

Por otro lado, en cuanto a la deficiente impermeabilización de las cubiertas que han producido humedades en los pisos áticos, sí puede llegar a considerarse responsable al constructor en virtud del art. 11.2.a) LOE, ya que es el encargado de ejecutar materialmente la obra, conforme al proyecto y las órdenes recibidas. Por tanto, al determinar el informe técnico que las humedades se deben a una deficiente ejecución de la impermeabilización de la cubierta, el constructor deberá ser considerado responsable, salvo que estuviese siguiendo las órdenes de la dirección de ejecución de la obra, en cuyo caso podría ser exonerado de responsabilidad.

En consecuencia, el contratista Ladrillo, S.L. podrá ser responsable de los daños materiales producidos por la deficiente ejecución de la impermeabilización, salvo que pruebe que fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño.

- **Hogar, S.L.**

Finalmente, tras valorar la responsabilidad de los posibles agentes responsables de los daños materiales presentes en el edificio, es condición necesaria señalar la responsabilidad solidaria y objetiva del promotor en este tipo de casos, como garante incondicional cualquiera que sea la causa de los daños. Y es que, en el art. 17.3 LOE se establece que el promotor responde en todo caso con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes. Para este caso, los propietarios solo tienen que probar el daño, ya que hay una presunción de nexo causal, de manera que no tienen que probar el incumplimiento de sus obligaciones por parte del promotor.

En consecuencia, los propietarios pueden exigir responsabilidad al promotor por ambos daños materiales en virtud del art. 17.3 LOE, para lo que bastará con probar la existencia del daño para declarar su responsabilidad, sin perjuicio de la acción de repetición con la que cuenta el promotor contra los agentes responsables de cada daño (art. 18 LOE). Asimismo, la única defensa posible del promotor frente a la reclamación por los daños materiales en el edificio basada en la LOE consistirá en demostrar que los daños se han producido por caso fortuito o fuerza mayor, por intervención de terceros o del propio demandante.

- **OCT**

En cuanto al Organismo de Control Técnico, no podrá ser considerado responsable de los daños reclamados, ya que su función de control del proceso constructivo ha sido impuesta por la entidad de seguros a los efectos únicamente de la suscripción de la póliza del seguro decenal impuesta por el art. 19.1 y la disposición adicional segunda LOE.

En este sentido, no debe confundirse a los Organismos de Control Técnico con los agentes descritos en el art. 14 LOE, referido a entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación, quienes sí podrían ser llamados al proceso y ser declarados como responsables, y así lo determina la AP de Granada en su sentencia de 23 de octubre de 2009.

En consecuencia, aunque el ámbito del informe elaborado por OCT incluye la cimentación y estructura de la obra, así como la impermeabilización de fachadas, sótanos y cubiertas, la acción de responsabilidad ejercitada por los propietarios no podrá ser dirigida contra el mismo, ya que no es considerado como agente de la edificación en el ámbito de la LOE. No obstante, su participación en el proceso ha sido exigida por la aseguradora y contratada por la promotora, de manera que, Hogar S.L. y la aseguradora sí podrán dirigirse contra este organismo por haber emitido un informe favorable, cuando ha sido demostrado por los informes técnicos que no era así.

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

En primer lugar, a modo de resumen, los propietarios pueden reclamar bajo la póliza decenal los daños relativos a las grietas al haberse materializado dentro del plazo de garantía. Por otro lado, en cuanto a las humedades, su cobertura es más discutida, no obstante, teniendo en cuenta la jurisprudencia citada, se recomienda ejercitar la acción contra los agentes responsables al considerarse un daño continuado, de manera que no ha prescrito, aunque, en principio, no está cubierto por la póliza decenal (salvo que se pruebe que afecta a la estabilidad y resistencia mecánica del edificio).

Pues bien, la **acción por los daños relativos a las grietas** del edificio en virtud del art. 17.1.a) LOE, podrá dirigirse, teniendo en cuenta la información proporcionada del caso, contra el promotor como responsable solidario y objetivo, y contra el arquitecto como autor del proyecto. No obstante, si las acciones del resto de agentes analizados pueden ser probadas como causantes del daño, también podrá ser ejercitada contra el arquitecto técnico y el constructor, en su caso. En el caso de esta acción, el plazo de prescripción es de dos años desde que se producen los daños (art. 18.1 LOE).

Por su parte, la **acción por los daños relativos a las humedades** podrá ser ejercitada contra el promotor como responsable solidario y objetivo, contra el constructor como ejecutor material de la obra, contra el arquitecto técnico como director de la ejecución, y contra el arquitecto como director de la obra si no ha cumplido con sus obligaciones de supervisión. En este caso, la acción de prescripción es de dos años desde la producción de los daños, no obstante, de plantearse la acción como un daño continuado, todavía no ha comenzado el cómputo, de manera que no ha prescrito. Asimismo, esta acción podrá ser planteada como cubierta por la póliza decenal por la vía del art. 17.1.a) LOE, o cubierta por el art. 17.1.b) LOE, cuyo plazo de garantía era de tres años, por lo que si las humedades se han manifestado en dicho plazo de garantía podrá ejercitarse, sino es así no será posible reclamar por esta vía.

En cuanto al régimen de responsabilidad impuesto por el art. 1591 CC, su aplicación y vigencia es muy discutida, así como la jurisprudencia ha determinado que se aplica de manera residual respecto de los daños y perjuicios no cubiertos por la LOE, concretamente para aquellos defectos o vicios que exceden de las imperfecciones corrientes, por lo que no se recomienda accionar por esta vía (*Vid.* AP Asturias 7 de julio de 2006, AP Santander 8 de junio de 2005 y STS 27 de septiembre de 2013, entre otras).

Finalmente, también pueden ejercitarse acciones de responsabilidad contractual por incumplimiento de los contratos suscritos en el marco de la obra. Concretamente, se podrá accionar por la vía del art. 1101 CC por el incumplimiento de las obligaciones contractuales por alguna de las partes implicadas en el proceso de construcción. Por un lado, los propietarios podrán exigir responsabilidad a la promotora por el incumplimiento derivado del contrato de

compraventa, al no ajustarse las condiciones reales del edificio a las pactadas, así como el promotor podrá exigir responsabilidad a los agentes responsables por el incumplimiento de sus obligaciones en los términos pactados, como son el arquitecto, el arquitecto técnico, el constructor, o el OCT.

Supuesto 5

Se plantea que, en el contexto de la promoción realizada por Hogar, S.L., se solicita un contrato de préstamo inmobiliario por un importe de doce millones de euros a Real Estate Ventures, S.C.R. El *term sheet* presentado establece 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.

Como consecuencia, se pregunta si dicha entidad está habilitada para la intermediación de contratos de crédito inmobiliario, por la legalidad de los términos y condiciones del *term sheet*, y por el tipo de garantías adecuadas a la práctica de mercado.

5.1 Entidad habilitada para la intermediación de contratos de crédito inmobiliario

Para determinar si la entidad Real Estate Ventures, S.C.R. puede intervenir en el mercado financiero e inmobiliario habrá que acudir a su regulación, la cual se encuentra en la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (“LECR”).

En este sentido, en el art. 3 se definen las entidades de capital riesgo como aquellas entidades de inversión colectiva de tipo cerrado que, mediante una actividad comercial de fin mercantil, obtienen capital de varios inversores con el fin de generar rendimientos para estos. El objeto principal de estas entidades es la toma de participaciones temporales en el capital de empresas de naturaleza no inmobiliaria ni financiera, no cotizadas, tal y como se establece en el art. 9 LECR. Asimismo, junto con esta actividad principal desarrollada por las entidades de capital-riesgo, la LECR permite la realización de actividades complementarias, siempre y cuando, sean dentro de su objeto social y estén amparadas por dicha ley. De manera que, en el art. 10 se permite que estas entidades, en el desarrollo de su objeto social, concedan préstamos participativos, y otras formas de financiación a sociedades participadas, así como pueden realizar actividades de asesoramiento dirigidas a las empresas que constituyan el objeto principal de su inversión, estén o no participadas.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, se podría afirmar que la intervención de este tipo de entidades en los sectores financieros e inmobiliarios no está permitida. Sin embargo, en el art. 9.2.a) LECR, se permite extender su objeto principal, a “la inversión en valores emitidos por

empresas cuyo activo esté constituido en más de un 50% por inmuebles, siempre que al menos los inmuebles que representen el 85% del valor contable total de los inmuebles de la entidad participada estén afectos, ininterrumpidamente durante el tiempo de tenencia de los valores, al desarrollo de una actividad económica en los términos previstos en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio”.

De manera que, habría que analizar si la interpretación de la norma por la CNMV incluye como participación en valores las participaciones sociales de sociedades de responsabilidad limitada, ya que no tienen la consideración de valores, o si se incluyen en dicho concepto los préstamos y créditos de estas sociedades. De manera que, si estuviese admitida alguna de estas opciones, así como si Hogar, S.L. cumpliera el requisito establecido en el artículo, podría concederse el préstamo. No obstante, si únicamente se permite la inversión en las participaciones sociales, debería darse el caso de que Real Estate Ventures, S.C.R. decida invertir en Hogar, S.L., y de esta manera poder **conceder el crédito inmobiliario** a Hogar, S.L. De no ser así, y teniendo en cuenta la información aportada, no parece serlo, Real Estate Ventures no podrá conceder dicho crédito al no encontrarse dentro de los supuestos permitidos por la LECR.

Asimismo, conviene señalar que para las entidades de capital-riesgo se establece un coeficiente obligatorio de inversión, en el art. 13, y concretamente el apartado d) recoge que las ECR podrán invertir en “facturas, préstamos, crédito y efectos comerciales de uso habitual en el ámbito del tráfico mercantil de empresas en las que la ECR ya tenga una participación a través de alguno de los instrumentos de las letras anteriores, hasta el 20 por ciento del total del activo computable. Las sociedades gestoras que gestionen ECR que inviertan en este tipo de activos deberán cumplir los requisitos establecidos en las letras a y b del artículo 4 bis”. Y, además, en el caso del coeficiente de libre disposición del art. 15 LECR en su apartado e) también se recoge la “financiación de cualquier tipo a empresas participadas que formen parte de su objeto social principal tal y como se define en el artículo 9.1”. Por tanto, es requisito básico que Hogar, S.L. esté participada por Real Estate Ventures, S.C.R., de manera que no podrá concederle el crédito inmobiliario al no estar participada, así como debería cumplir con el resto de requisitos expuestos.

En cambio, de calificarse Real Estate Ventures, S.C.R. como entidad de capital riesgo-pyme podría conceder financiación a Hogar, S.L. sin necesidad de que participase en dicha sociedad, siempre y cuando, forme parte de su objeto social principal tal y como se define en el art. 9 LECR, y así se establece en el art. 22 apartado d) de dicha norma, en cuanto al coeficiente de libre disposición de este tipo de entidades.

Por otro lado, en cuanto a su **intervención como entidad intermediaria**, debe tenerse en cuenta que el régimen jurídico de los intermediarios de crédito inmobiliario viene regulado en el Capítulo

III de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, donde se establece que dichos intermediarios deben, para poder desarrollar las actividades de intermediación crediticia o prestar servicios de asesoramiento, estar inscritos en uno de los registros señalados en dicha Ley. Este registro es denominado Registro de intermediarios de crédito inmobiliario y prestamistas inmobiliarios, donde se recogen los intermediarios actualmente registrados en el Banco de España y en las Comunidades Autónomas, cuando corresponda en función del ámbito geográfico de actuación del intermediario.

En este sentido, el ámbito de aplicación de dicha norma se limita a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional y que el prestatario, el fiador o garante sea una persona física, requisito que no se da debido a que Hogar, S.L. es una persona jurídica no consumidora. En consecuencia, no resulta de aplicación dicha normativa, siendo las únicas limitaciones legales aplicables al contrato de crédito inmobiliario que se pretende conceder en este supuesto, las normas del CC y las propias de las entidades de capital riesgo. Sin embargo, dicha norma resulta de aplicación a la intermediación para la celebración de una de las modalidades de contrato a que se refieren las letras a) y b) del apartado 1, tal y como establece el art. 2. Y es que, el préstamo que se pretende conceder presentará una garantía hipotecaria o cualquier otro derecho real de garantía sobre el inmueble de uso residencial, por lo que se cumplirían los requisitos para que la norma sea de aplicación, ya que la modalidad de contrato coincide con la letra a). En consecuencia, Real Estate Ventures, S.C.R. debería estar inscrita en el registro mencionado para poder actuar como intermediario de este tipo de contratos.

No obstante, teniendo en cuenta la regulación de la LECR, la intermediación en contratos de crédito inmobiliario no está permitida como parte del objeto social de las entidades de capital riesgo (art. 9). En este sentido, conviene distinguir entre sociedades de capital riesgo gestionadas por una sociedad gestora, mediante la suscripción de un contrato de gestión, y siendo dicha sociedad la encargada de la toma de decisiones, en lugar del órgano de administración de la sociedad de capital riesgo. En este caso, difícilmente podrá actuar como intermediaria la sociedad de capital riesgo. Y, por otro lado, se encuentran las sociedades de capital riesgo autogestionadas, cuyo órgano de administración toma sus propias decisiones. En este sentido, si Real Estate Ventures S.C.R es autogestionada podría llegar a actuar como intermediario si, en el caso de considerarse el objeto social como exclusivo y excluyente, siguiendo parte de la jurisprudencia, la CNMV permitiese a la sociedad ampliar su objeto social a la intermediación en contratos de crédito inmobiliario y actuar como intermediario, sin embargo, es un supuesto poco probable.

No obstante, en el art. 10 se permite que, como actividad complementaria, las ECR presten asesoramiento dirigido a las empresas que constituyen el objeto principal de su inversión, estén o

no participadas por la propia entidad. Por tanto, Real Estate Ventures podrá prestar asesoramiento a Hogar, S.L en cuanto al contrato de crédito inmobiliario si la sociedad se encuentra dentro del objeto principal de su inversión, sin necesidad de que participe en la misma, y, siempre y cuando, no se trate de asesoramiento en materia de inversiones en virtud del art. 140.1.g de la Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores., en cuyo caso sería necesario pedir a la CNMV que autorizase a la entidad para poder prestar dicho asesoramiento.

Teniendo en cuanto lo expuesto anteriormente, y la información aportada en este supuesto, Real Estate Ventures, S.C.R., en principio, no podrá conceder el crédito inmobiliario, ni estará habilitada para la intermediación debido a las limitaciones introducidas por la normativa de entidades de capital riesgo. No obstante, como consecuencia de la deficiente redacción de la norma, se recomienda consultar a la CNMV la posible intervención de Real Estate Ventures, S.CR. como intermediario inmobiliario. Asimismo, la sociedad sí podrá prestar asesoramiento en dicha operación a Hogar, S.L. si cumple los requisitos expuestos anteriormente.

5.2 Legalidad de los términos y condiciones expresados en el *term sheet*

En primer lugar, señalar que el *term sheet* es una carta de intenciones que recoge de manera resumida todas las condiciones clave para la negociación del contrato de crédito, es decir, es una oferta que sirve de punto de partida para la negociación de la operación. Por tanto, se recogen las condiciones esenciales de la financiación para luego proceder al perfeccionamiento del contrato de crédito inmobiliario.

En cuanto a la normativa específica aplicable en los créditos inmobiliarios, es decir, la Ley 5/2019, o de manera supletoria, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, no resulta de aplicación en el presente caso debido a que se trata de un crédito a una persona jurídica no consumidora para promover la construcción de una promoción de viviendas. Y es que, al no cumplirse los requisitos para considerarse que el contrato de crédito se sitúa dentro del ámbito de aplicación de la normativa mencionada, las restricciones aplicables serían las propias del Derecho privado, y no las limitaciones o prohibiciones contenidas en dichas leyes, como puede ser la prohibición de la cláusula suelo (art.21 LCCI) o la fijación de los intereses de demora en tres puntos sobre el interés remuneratorio (art.25 LCCI). Por tanto, es perfectamente posible que se acuerde en el contrato de préstamo un tipo que no se sujete a esas limitaciones para el deudor persona jurídica pero sí para el garante persona física.

Como consecuencia, y derivado de la autonomía de la voluntad reconocida en el art. 1255 CC, las cláusulas de **exclusión del periodo de carencia** o del vencimiento anticipado son perfectamente

válidas, a pesar de que no suele ser la práctica habitual en este tipo de contratos de crédito. Esto se debe a que suele otorgarse un periodo de carencia durante la primera parte para facilitar al promotor la construcción del inmueble y obtener beneficios con su venta o arrendamiento con los que poder hacer frente al cumplimiento de la obligación asumida.

Por otro lado, la exclusión del **pacto de vencimiento anticipado** es perfectamente válida, ya que es una cláusula negociada por las partes, no obstante, no es habitual en sectores como el inmobiliario, ya que se requiere el cumplimiento de una serie de condiciones como es la obtención de los permisos y licencias necesarias para operar, de manera que, si no se puede llevar a cabo la promoción, no tiene ninguna utilidad la financiación pedida. En consecuencia, este tipo de pactos, permite agilizar la resolución del contrato de financiación por la parte afectada, no teniendo que acudir a las acciones derivadas del incumplimiento contractual. Asimismo, permite al prestamista controlar al prestatario, ya que en dicha cláusula se indican una serie de supuestos en los que se resolverá anticipadamente el contrato si se da el alguno de ellos, como puede ser por el cambio de control del prestatario, o la utilización del crédito para algo distinto a lo pactado por las partes, entre otros.

Asimismo, el **periodo de amortización** y el **tipo deudor fijo** durante un periodo mínimo de 6 años puede pactarse por las partes si así lo consideran, al no haber ninguna norma que prohíba dichas cláusulas.

Por otro lado, en cuanto a la cláusula de **opción de dación en pago por el 85% de la deuda**, es posible que se genere cierta controversia al poder considerar que no se ajusta a la legalidad. En primer lugar, señalar que para la dación en pago se exige la concurrencia de ciertos presupuestos, siendo necesario que el acreedor acepte dicha alteración en la prestación, ya que de no ser así no se extinguirá el crédito. Asimismo, el hecho de que el promotor venda el inmueble supone que deja de ser el propietario del bien a entregar en la dación en pago. No obstante, ya que en el Derecho español es admitida la validez de la venta de cosa ajena, nada impediría la efectividad de la dación en pago de bienes que no fueran propiedad del deudor, siempre que quedase consolidada la transmisión del dominio a favor del acreedor según la jurisprudencia sentada al respecto.

Sin embargo, la relación entre el pacto comisorio y la dación en pago puede hacer peligrar la legalidad de la cláusula planteada en el *term sheet*. Concretamente, parte de la doctrina considera que la dación en pago es perfectamente lícita, siempre y cuando la convención de las partes en cuanto a la entrega de la cosa para saldar el crédito tenga lugar en un momento posterior al nacimiento de la obligación, ya que, si la dación se acuerda de forma previa o coetánea al nacimiento de la deuda, las partes habrían incurrido en un pacto comisorio, siendo su consecuencia la nulidad del mismo. En este sentido autores como Durán Rivacoba, sostienen que

la apropiación de bienes por el acreedor derivada de la dación en pago no presentaría dificultades jurídicas, salvo de haberse producido con carácter coetáneo a la deuda que pretende extinguir o incluso como garantía de su cobro, al estar en presencia de un pacto comisorio. Como consecuencia, en el presente caso la dación en pago se pacta con carácter previo a la formalización del contrato de crédito inmobiliario, recogiendo como una garantía de su cobro, por lo que podría ser considerado como un pacto comisorio, el cual es considerado nulo en virtud de los arts. 1859 y 1884 CC.

Sin embargo, podría estar permitido un pacto de opción de dación en pago si se evita que, a través de dicha apropiación por el acreedor, el deudor sufra un empobrecimiento injusto a favor del acreedor, como ocurre si el acreedor adquiere el bien por un precio inferior al de mercado. Por tanto, este enriquecimiento injusto se evitaría mediante el establecimiento de un procedimiento objetivo y justo de valoración de la adquisición, de manera que, si dicho valor supera el de la deuda garantizada e impagada, el acreedor deba abonar al deudor la diferencia correspondiente. Esto es conocido como **pacto marciano**, consistente en una excepción a la prohibición del pacto comisorio, tal y como determina el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de marzo de 1985. De hecho, en las sentencias del TS de 24 de junio de 2010 y 21 de febrero de 2017 este dio a entender que no sería aplicable la prohibición del pacto comisorio si la facultad del acreedor de adjudicarse la cosa garantizada se condicionara a la existencia de un **procedimiento objetivable de valoración**, encontrándose en la misma línea la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 15 de marzo de 2021.

En consecuencia, tal y como se plantea la opción en el *term sheet*, esta cláusula no se ajustaría a la legalidad al poder considerarse como un pacto comisorio nulo. No obstante, podría articularse mediante la negociación de un pacto marciano, de manera que, la valoración del bloque de pisos se realizase mediante un procedimiento objetivo y justo.

Finalmente, conviene señalar, que el tipo de contrato de financiación que suele ser utilizado para financiar la promoción inmobiliaria es el denominado préstamo promotor, en el que se suele pactar un periodo de carencia en el cual solo se pagan los intereses devengados por la parte dispuesta del préstamo, y se permite la subrogación de los compradores en dicha financiación, para facilitar la venta de las viviendas una vez construidas.

5.3 Tipo de garantías que representan un paquete de garantías adecuado a la práctica de mercado

En primer lugar, señalar que en este tipo de financiaciones es habitual que la parte financiadora exija como condición previa a la puesta a disposición de los fondos, la suscripción de un número relevante de contratos de compraventa en relación con las unidades que componen el activo, lo conocido como ventas sobre plano. Asimismo, la parte financiadora suele llevar a cabo una

supervisión de los costes derivados de la promoción del activo inmobiliario con el fin de asegurar que se mantienen dentro de lo presupuestado.

Por otro lado, en algunas ocasiones, la parte financiadora suele reservarse las facultades necesarias para poder tomar el control del proyecto inmobiliario y finalizar la construcción del activo de darse un supuesto de incumplimiento, ya sea del contrato de financiación, o de otros contratos, lo cual se denomina *step in rights*.

Pues bien, el paquete de garantías que suele acordarse en este tipo de financiaciones, se caracteriza, principalmente, por estar conformado de garantías reales, ya sean hipotecas sobre los activos objeto de la financiación o prendas de diversa tipología. No obstante, también puede acordarse el otorgamiento de **garantías personales** como pueden ser cartas de patrocinio o avales a primer requerimiento por parte de la sociedad matriz u otras sociedades del grupo. Sin embargo, esta última opción suele darse en el caso de grupos de empresas, supuesto que no es el aquí presentado por la información disponible. Estas garantías personales suelen ser las preferidas por la parte financiadora al tener una mayor ejecutabilidad y liquidez, no obstante, las partes financiadas son más reacias a concederlas.

En consecuencia, el tipo de garantías más adecuado serían las **garantías reales**, distinguiendo tres tipos:

- Constitución de una **hipoteca** sobre el bloque de viviendas objeto de la promoción. Esta es la garantía más común en el sector inmobiliario, ya que es el activo principal del que, en principio, dispone Hogar, S.L. debido a que se dedica a la promoción y venta de inmuebles. Dicha garantía será regulada por la normativa correspondiente a la hipoteca recogida en el art. 1874 y ss. CC, el Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria y el Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.
- Constitución de una **hipoteca mobiliaria** sobre la maquinaria de Hogar, S.L., cuya regulación se recoge en la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, Capítulo V.
- Constitución de **prendas** sobre las participaciones sociales de Hogar, S.L., sobre sus cuentas bancarias, sobre los derechos de crédito que ostente, etc. En definitiva, consiste en pignorar todos aquellos elementos de su activo y contratos que generen derechos de crédito a favor de su titular, es decir, que tengan algún tipo de rendimiento económico. En este sentido, el objeto de la prenda debe ser una cosa mueble presente, determinada o determinable y que sea susceptible de comercio (arts. 1271, 1273, 1861, y 1864 CC), de manera que, en cuanto a las cosas futuras solo cabe promesa de prenda (arts. 1862 y 1863 CC).

En este sentido, en el caso de la prenda sobre participaciones sociales resulta necesaria su inscripción en el Libro Registro de socios, ya que es un requisito constitutivo (art. 104 LSC). Asimismo, en el caso de la hipoteca mobiliaria su sobre la maquinaria de Hogar, S.L. deberá recogerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad en cuya demarcación radique el inmueble en que esté instalada.

En consecuencia, las garantías reales son muy seguras pues recaen sobre bienes muebles e inmuebles y tienen un régimen jurídico privilegiado, pero precisan de escritura pública e inscripción en el registro correspondiente. Concretamente, las garantías reales son una seguridad reforzada para el acreedor ya que se concreta una sujeción patrimonial cualificada del deudor sobre determinados bienes y se reconoce preferencia exclusiva del acreedor para realizar el bien y obtener satisfacción de su crédito con el importe obtenido.

Finalmente, señalar que el conjunto de garantías que se otorgan en este contexto suele recogerse como un contrato accesorio al contrato de financiación, donde se regulan las condiciones concretas de cada una de las garantías acordadas en virtud del contrato principal.