

Trabajo de Fin de Máster

Máster Universitario de Derecho de Empresa

Martín Salvador Mora



21 de diciembre de 2022

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

Los hechos que causan el supuesto son simples. En primer lugar, hay una acción que causa un daño, es decir, el martillo golpea al peatón y como producto del impacto el peatón sufre lesiones.

En segundo lugar, no existe una relación contractual entre el peatón y el trabajador de la obra. Si existe una relación contractual/laboral entre el constructor y Hogar S.L (“la empresa” o “la sociedad” u “Hogar”). Así, el nexo de responsabilidad o la vía por la cuál será responsable una u otra persona se determinará en parte por la relación jurídica que se tenga entre los sujetos implicados.

En tercer lugar, se alega que el incidente se produce de forma accidental. Este término es equivoco y necesita profundización si se ha de determinar el tipo de responsabilidad que ha de tener cada individuo, o si de hecho, existe responsabilidad y no ha ocurrido un supuesto fortuito o de fuerza mayor.

La base jurídica sobre la cuál recaerá la pretensión es el artículo 1902 y 1903 del Código Civil (“CC”). En el caso del primero se establece el sistema de responsabilidad civil del derecho español. En este se obliga a reparar el daño a quien lo cause siempre que en el acto medie culpa o negligencia.

El daño es evidente y la causa también, por lo tanto, se produce una inversión de la carga de la prueba porque como dice el Tribunal Supremo “el daño de los riesgos generales de la vida o riesgos cualificados” que “hay en todas las actividades de la vida” (STS Sala 1, 17 de julio de 2003) se ha de probar, pero cuando el riesgo es extraordinario, no.

En este caso, la caída de un martillo de una obra de construcción no es un riesgo ordinario de la vida. Encima, el sector de la construcción es un sector regulado al cual se le imponen medidas preventivas para que esto no suceda. Por lo tanto el demandante deberá mencionar y acreditar los daños y la causa de este, pero no probar la culpa o negligencia de la acción. Esta deberá ser probada por los agentes de la construcción involucrados.

Para saber quiénes son los agentes de la construcción y sus obligaciones, se debe recurrir a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (“LOE”). Esta ley matiza las obligaciones de aquellos que intervienen en el proceso de la construcción y sus obligaciones.

La base jurídica para demandar al empleador o a garantes que debieron vigilar la acción del operario es el 1903 del Código Civil. En este artículo se prevé la responsabilidad de los empleadores por los actos de sus empleados. En el mundo jurídico se denomina a esta la *culpa in vigilando*. Así, se le hace responsable al empresario de las actuaciones negligentes de sus empleados.

Sin embargo, los agentes de la construcción que se citan a continuación también son responsables directos por haber omitido directamente los controles de seguridad requeridos para la ejecución segura de una obra. Así, responderán directamente de cualquier omisión generada de forma injustificada y también responderán contractualmente en caso de no cumplir con las medidas de seguridad establecidos en los instrumentos jurídicos relacionados con la obra.

Dicho esto, cabe mencionar el sistema de responsabilidad, o de forma más sencilla, a quién se ha de demandar:

- I. Operario, el empleado será demandado por ser la persona negligente que ocasionó el daño. Su limitad se verá limitada por el contrato laboral que ostente con la empresa de construcción y en su régimen de cobertura de responsabilidad. Este también suele venir aparejado a un seguro de responsabilidad civil que pudo haberse contratado.
- II. El arquitecto técnico, p porque según la LOE este es quien lleva a cabo la dirección ejecutiva de la obra. Es en este quien cae la responsabilidad de salvaguardar los mecanismos de protección a los trabajadores. Por ejemplo,, suelen haber protecciones como vallas o redes que se ubiquen en la acera que prevengan que objetos caigan. Deberían también existir elementos como señales de no circular que adviertan al peatón que esto podría pasar.
 - i. A este respecto, será importante, como abogado del cliente, asegurarse que el cliente no pasó por un lugar en el que claramente se le advertía que esto podía suceder. Sin embargo, de los hechos tal evento no se desprende, por lo que interpretaremos que no se siguieron los mecanismos de salvaguarda de los peatones.
- III. HOGAR S.L, contratista de la obra al ser la propietaria del solar que promueve la obra. Este es un punto delicado que puede no prosperar. Cuando HOGAR contrata la construcción deslinda en cierta forma su responsabilidad pues este no cuenta con la habilidad para dirigir o supervisar el día a día de las operaciones.
 - i. No obstante, el nivel de responsabilidad dependerá del contrato suscrito con los agentes de la obra.
- IV. Seguro de responsabilidad civil, porque este es quien asume los riesgos por este tipo de eventos. El lesionado deberá demandar al seguro para obtener reembolso y esté tendrá una acción de subrogación o de repetición por aquellos daños que no están cubiertos en el contrato de responsabilidad civil. Es decir, en caso de que se pruebe que medio dolo, tendrá acción por la indemnización correspondiente a esa parte.

Es jurisprudencia reiterada que en supuestos de responsabilidad civil existe una presunción de solidaridad entre los causantes del daño. Por lo tanto, si se reclama al operario y este paga por los daños, este tendrá una acción de repetición contra el resto de los responsables.

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

La acción contemplada es una de responsabilidad civil extracontractual que pretende reclamar por los daños y perjuicios de los daños ocasionados. Esto implica que el cliente tendrá un plazo de prescripción de un año (1968 CC). El plazo cuenta a partir de que la acción pudo ejercerse, tenga conocimiento de cuando este sufrió la lesión. Si bien se puede pensar que este ocurriría cuando el siniestro tuvo lugar la jurisprudencia no pienso lo mismo. Esto se da porque solo cuando el lesionado conoce la extensión del daño va a poder reclamar la cuantía. El elemento probatorio para la cuantía será la factura médica y el coste de los beneficios dejados de percibir por la baja laboral o profesional que tenga la persona.

En relación con esto, es fundamental que como abogados interrumpamos el plazo a través de una reclamación extracontractual que en España suele hacerse por medio de un burofax que acredita que la persona ha acusado recibo. El Tribunal Supremo también destaca que (STS, sala 1ª, 45/2011, de 18 de julio) el plazo de prescripción variará si las lesiones pueden empeorar o mejorar, empezando el plazo desde el definitivo daño o estado definitivo. El mismo mecanismo se utiliza para las lesiones continuadas.

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

Este supuesto es distinto pues nos enfrentamos a un caso de responsabilidad por accidente laboral. Una persona a la cual existe un deber de cuidado porque esta trabaja en bajo la responsabilidad de su empleador tiene un accidente como consecuencia de su actividad.

La normativa aplicable en este ámbito es la de prevención de riesgos laborales en este sector regulado por 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 "RD de seguridad en obras") y el Convenio Colectivo de aplicación al caso concreto puesto que el sector de la construcción suele tener uno en el que se detallan las medidas y actuaciones que deben adoptar los empresarios para salvaguardar el bienestar de los trabajadores.

El RD prevé lo siguiente en relación con las obligaciones que han de ser observadas por los agentes de la construcción para con sus trabajadores. Como se ha establecido en la pregunta anterior, la LOE es el cuerpo jurídico que regula a los agentes de la construcción. El RD de seguridad en obras deberá interpretarse en conjunción con la LOE.

I. "HOGAR, S.L."

La promotora puede ser considerada responsable en el caso de que no cumpla con sus obligaciones para la construcción. Este es quién deberá ejecutar el proyecto de acuerdo con las exigencias legales. Es su obligación cerciorarse de que la obra tiene todos los elementos que se requiere para que se haga de forma segura de lo contrario puede responder por daños al igual que otros agentes implicados.

En el RD de seguridad en obras se establece que el promotor tiene las siguientes obligaciones:

1. Designar a un coordinador en materia de seguridad y salud
2. Designar al sujeto obligado a la elaboración de un estudio de seguridad y salud, o estudio básico de seguridad y salud según los requisitos del proyecto.
3. 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 este supuesto, se ha designado a los coordinadores que cumplirá con lo establecido en la ley a este respecto. Es por ello que parece lejana la posibilidad de que el promotor responda, habida cuenta de que no parece existir negligencia en la contratación.

II. "D. EUGENIO VINCI"

Si bien el arquitecto se limita al diseño del proyecto porque existe un coordinador de salud y seguridad de obra podría considerarse responsable en el caso de no cumplir con las medidas de prevención, una actuación negligente bajo sus órdenes que haya facilitado a la producción del daño pudo ser responsable de los daños ocurridos.

IV. "D. ARMAND CASERO"

D. Armand es el encargado de redactar el estudio de seguridad y salud y por lo tanto tiene implicación directa con la producción del siniestro. Este asume la coordinación de seguridad y salud y es también director ejecutivo de la Obra.

El art. 9 del RD de seguridad en obras impone una serie de funciones que deben ser cumplidas por el coordinador. En esencia, su rol se resume en la coordinación del desarrollo del proyecto y de la ejecución de la obra. Debe identificar los riesgos y reducirlos de ser posible. En definitiva, este es quien debe asegurar que los riesgos en una obra sean menores y que quienes trabajen en ella no sufran accidentes por la omisión de dichas medidas. Es un sujeto responsable sin lugar a duda porque contractual y legalmente está obligado a garantizar o coordinar un mínimo de seguridad.

Su responsabilidad se verá delimitada por la negligencia en la omisión de sus deberes al no llevar a cabo el proyecto de la forma correcta en la que debió hacerlo. En este caso la acción deberá dirigirse contra este y la empresa a la que representa.

IV. LADRILLO, S.L.”

La LOE y el RD consideran que este es el contratista de la obra. Se encarga de la ejecución de la obra y aporta los medios materiales y humanos necesarios para llevar a cabo la obra.

El RD dispone sus funciones y obligaciones a cumplir en el artículo 11. Este artículo menciona que Ladrillo será responsable de no cumplir con la obligación de adoptar las medidas de prevención del plan o no cumplir con las directrices emanadas del coordinador.

Es importante matizar que puede existir responsabilidad solidaria del subcontratista en caso de que no se cumpla con lo estipulado en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción. Esto podría darse si el contratista escoge a un subcontratista no inscrito de forma correcta en el registro correspondiente.

V. “SINFRIO, S.L.”

Este es el caso más evidente de responsabilidad porque se trata del empleador directo del trabajador. Por tanto, esta es la sociedad que debe salvaguardar directamente el bienestar del trabajador. Las obligaciones del subcontratista con respecto del contratista no cambian de forma sustantiva, con la diferencia en que existe una relación directa entre el trabajador accidentado y con la sociedad. El subcontratista deberá adoptar medidas de cumplimiento y de seguridad que deberán ser elaboradas por su equipo en su plan de seguridad y salud. Por una parte, existe el cumplimiento de lo que establece este plan pero por otro existe la obligación directa de responder por los accidentes del trabajador salvo que este hay sido negligente de forma excesiva.

Esta última es la responsabilidad objetiva que ostenta el empleador al ser propietario y de titular de los poderes de dirección y organización del trabajo. Es en el marco del ejercicio de su facultados y sobre todo estando el trabajador bajo su dirección en horario laboral que marca la responsabilidad de Sinfrío.

Como consecuencia, Sinfrío, S.L. será considerado responsable por varias vías: la primera es el incumplimiento del plan de coordinación y seguridad desarrollado, la segunda es la inobservancia de las medidas de seguridad específicas para el trabajador y la tercera, aquella responsabilidad general por accidentes laborales dentro de la empresa..

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

I. Jurisdicción social: responsabilidad subjetiva

Si bien los casos de responsabilidad civil corresponden a la jurisdicción civil, en este caso existe una competencia por especialidad: la relación laboral. La Ley Reguladora de la Jurisdicción social reclama competencia sobre estas materias en los artículos 2.b y 25.4. Ahora bien, la acumulación de acciones

crea u problema porque en el caso de las acciones contra agentes que no son empleadores directos puede ocurrir falta de competencia, sin embargo, la jurisdicción social absorbe esta competencia también por protección al trabajador y conocerá de las demandas por el mismo acto a entidades que no tengan condición de empleador directo.

La acción principal estará dirigida contra el empresario, Sinfrio, S.L., debido al incumplimiento de una obligación incorporada al contrato de trabajo y en caso de incumplimiento con la normativa de la construcción también tendrá acción por ese incumplimiento. Por otra parte, se presentará la acción de responsabilidad extracontractual frente a terceros que no tengan relación laboral el accidentado como consecuencia del incumplimiento de la normativa especial de prevención de riesgos laborales y por aquellos incumplimientos relacionados a la seguridad en el ámbito de la construcción.

Por tanto, las acciones a ejercitar por el trabajador serán, acción de responsabilidad civil contractual, regulada en el art. 1101 CC que irá dirigida contra el empresario Sinfrio, S.L.

La acción de responsabilidad civil extracontractual, regulada en el art. 1902 CC. Que se dirigirá contra el resto de los agentes intervinientes considerados responsables, que podrán ser, el contratista Ladrillo, S.L., el coordinador de seguridad y salud D. Armand Casero, y/o el arquitecto D. Eugenio Vinci. No consideramos que Hogar sea responsable o que exista al menos probabilidades de que prospere la acción contra este porque de los hechos no se desprende un incumplimiento que esté íntimamente relacionado con el daño.

Como ya se ha mencionado, la jurisprudencia exige que para que exista acción tiene que haber una acción que cause un daño. En este caso la acción no solo causa un daño sino que se añade el factor del horario laboral. Si el daño ocurre dentro de este ámbito se considerará un accidente laboral y por lo tanto cambian cuestiones como la jurisdicción.

I. Jurisdicción administrativa: responsabilidad objetiva en las reclamaciones ante la Seguridad Social

En este caso se trata de acciones que deben presentarse por la Seguridad Social en calidad de autoridad laboral frente al empresario por el daño causado. Esto se debe a que el empleador incurre en responsabilidad administrativa cuando comete un acto u omisión de este calado. En este supuesto entra la potestad sancionadora de la administración que será en este caso las sanciones de la autoridad laboral. Esto puede traer aparejadas multas o sanciones como prohibiciones o suspensión de actividad.

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.

El daño que estamos contemplando es el que se genera por las medidas de seguridad expuestas en el RD de seguridad de obra. El accidente laboral se da como consecuencia de la infracción de las medidas de seguridad necesarias, y que establece la obligatoriedad de que en los sectores de la construcción se prevean estas medidas.

Se debe por tanto acreditar la producción de un accidente laboral ya existencia de un incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Adicionalmente, debe existir un nexo causal entre todos los incumplimientos y el daño sufrido.

Por ejemplo, incumplir medidas que no causaron el daño no serán consideradas como daños. Finalmente, el trabajador deberá estar legitimado para presentar la acción.

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

La cobertura de la póliza decenal se crea con la intención de cubrir los daños materiales causados en la construcción 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 de cara a los propietarios o los usuarios de estos, que en el caso del edificio serán los terceros adquirentes (arts. 17. 1.a) y 19. 1. c) LOE)

Son vicios que recaen sobre elementos estructurales del edificio de nueva construcción porque estamos en el caso de una construcción nueva. Es importante matizar que el daño suponga un riesgo de ruina no un mero desperfecto, pues se trata de daños estructurales que pongan en peligro su uso. El seguro cubre a los usuarios y se toman por el promotor, como lo vemos en este caso.

En este sentido, la ley, en el art. 17.1 LOE establece un régimen de responsabilidad atendiendo a los distintos daños y a los efectos que estos pueden tener con el inmueble. Existen distintos tipos de daños y por tanto, distintos plazos por los cuales se puede reclamar a partir la fecha de recepción de la obra,

1. Durante diez años, de 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. Esta es la responsabilidad que cubre la póliza decenal contratada por la promotora pero que en este supuesto no compromete el daño a la estabilidad del edificio.
2. Durante tres años, 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 apartado 1, letra c), del artículo 3 LOE. Esta es la llamada ruina parcial, o daños que afectan a cuestiones de salud u habitabilidad.

En consecuencia, los vicios en el sistema de calefacción (por afectar al aislamiento térmico) y la falta de aislamiento acústico (que impide el correcto desarrollo de actividades tan básicas como dormir), deberán reclamarse por el régimen de responsabilidad de tres años desde la recepción de la obra.

3. 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.

Finalmente, existe un plazo de prescripción de dos años enunciado en el artículo 18 de la LOE, que modifica el plazo del código civil de un año por daños.

Esta es la vía que permite la reclamación ante la falta de alineación de las baldosas de la cocina al tratarse de un mero defecto de acabado que no puede subsumirse en los regímenes de responsabilidad anteriormente citados.

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

El seguro no cubrirá los daños porque la póliza decenal no cubre este tipo de vicios. Se debe exigir la responsabilidad a los agentes de la construcción puesto que el seguro no cubrirá estos daños.

Para este efecto, el art. 17. 2 LOE señala que “La responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder”. En el caso de que no pueda individualizarse la culpa la norma señala “la responsabilidad se exigirá solidariamente” (art. 17. 3 LOE).

Las responsabilidades analizadas son las siguientes:

I. HOGAR S.L

Como se ha mencionado el promotor es aquella persona física o jurídica que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título (art. 9).

A mayor abundamiento, el promotor es el que comisiona la obra y el que suscribe los distintos contratos para la ejecución de la obra y por lo tanto no participa en la ejecución pero si decide, a priori y durante como se ha de llevar esta. Al ser un profesional del mercado sus decisiones vienen cargadas de una responsabilidad adicional porque este deberá conocer sobre los requisitos de habitabilidad y por lo tanto firmar planos que cumplan con estos. Conforme al art. 17.3 LOE, el promotor deberá responder, en todo caso, de manera solidaria, con los demás agentes intervinientes en la edificación por los daños materiales ocasionados a consecuencia de defectos constructivos puesto que este es el que se hace responsable de la obra al entregarla a quienes habitan. Esto habilita a que los adquirentes y terceros adquirentes se dirijan contra él por los daños generados en el edificio.

La LOE otorga al promotor una responsabilidad legal a diferencia de al resto de agentes, que deberá responder incluso si este no es el que genera el daño.

La defensa del promotor se limitará solo a alegar que los daños se produjeron por caso fortuito o fuerza mayor o que en la suscripción de los contratos e instrumentos de la edificación hubo fraude de los agentes de la construcción o mala fe y que no se le informó de los daños o que estos eran imposibles de comprobar para este.

En el caso de la acción para el sistema de calefacción deficiente, se debe acudir al artículo 17.1. b) LOE relativo a 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. Este daño se relaciona con el sistema de ahorro energético. Sucede lo mismo con el daño de aislamiento acústico, aplicándose la misma justificación que para los daños a la calefacción.

Como se ha mencionado, el tiempo que tienen los afectados para reclamar es de tres años.

La falta de alineación de las baldosas es un daño menor por afectar al acabado de la obra. Se cuenta con un plazo de un año para reclamar (caducidad) desde que esta se recibió (art. 17.1. LOE). En principio, por estos vicios solo responde el contratista.

Como se ha mencionado, el promotor en calidad de “impulsor” de la obra, responde solidariamente por todos los vicios constructivos sin que sea necesario una prueba adicional de negligencia o culpa. El

promotor responde por ser quien entrega la obra. En este caso, también se invierte la carga de la prueba puesto que existe una presunción de causalidad entre el daño y el responsable.

El promotor tendrá escasas probabilidades de salir indemne de esta pretensión puesto que ha de probar la fuerza mayor o algún tipo de vicio, fraude o mala fe del resto de los agentes que le hayan vedado de observar el daño.

II. EUGENIO VINCI

Eugenio Vinci es el proyectista y director de la obra, según lo que implican sus obligaciones enunciadas en los artículos 10 y 12 de la LOE.

El proyectista, como de su nombre se desprende, redacta el proyecto tras ser encargado por el constructor la construcción de este. El director de obra parte del proyecto y está encargado de dirigir el desarrollo de la obra en lo que se refiere a aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales. También será el encargado en conseguir las licencias administrativas correspondientes.

El artículo 17.5. 2 LOE asigna responsabilidad al proyectista frente a los propietarios de los departamentos por entregar información equivocada que se utiliza para elaborar el proyecto y así generar un daño. El artículo reza “Los proyectistas que contraten los cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros profesionales, serán directamente responsables de los daños que puedan derivarse de su insuficiencia, incorrección o inexactitud, sin perjuicio de la repetición que pudieran ejercer contra sus autores”. Por otra parte, se impone al director de obra la obligación de revisar que las deficiencias del proyecto sean subsanadas o si acepta sin esto el director asume responsabilidad (art.17.7. 2º LOE). En este caso la figura del proyectista converge con la del promotor.

La responsabilidad del proyectista, de acuerdo con la ley, estará vinculada a la deficiente elaboración del proyecto que haya sido materializada en la obra. Los plazos de cobertura para estos daños dependerán del tipo de daño, como se ha visto anteriormente, siempre sujeto al plazo de prescripción de dos años.

Es importante recordar que los daños llevan aparejados siempre una causa. El inconveniente con imputar responsabilidad al proyectista es que se debe probar que el origen del daño nace desde el proyecto como tal. Por una parte es sencillo porque la prueba son los planos como tal. No obstante, es complicado probar que la cadena de causalidad no se ha roto y que efectivamente los daños se han generado por haber puesto información incorrecta. De los hechos no se desprende esta información por lo que al ser abogados de los propietarios la recomendación sería que se intente obtener evidencias que prueben la relación de causalidad entre el proyecto y el resultado.

Es importante recalcar que la figura del director y proyectista convergen. Esto facilita la argumentación probatoria puesto que no son dos figuras representadas en dos sujetos sino en uno. Por lo tanto, no hay que distinguir entre si el director promovió una obra con información equivocada porque ambos actos nacen del mismo implicado..

III. ARMAND CASERO

El Sr. Casero no responderá por ser el que redacta el plan de seguridad de la obra porque esta actividad nada tiene que ver con lo sucedido ni tiene relación con la construcción del inmueble. Sin embargo, el director de ejecución de la obra si asume una función técnica de dirigir la obra y la calidad de la construcción (art. 13.1 LOE). Es esto último lo que faculta para exigir responsabilidad.

Al introducir ejecución claramente observamos que este individuo tiene obligaciones relacionadas con el día a día de la operación de la obra. Este es quien debe supervisar todos los detalles de las figuras precedentes a él con carácter diario. Sus deberes más relevantes de aplicación al supuesto son:

- Visitar la obra para constatar que se sigue la planificación y verificar el estado de la ejecución.
- Hacer el seguimiento y control de la planificación y trabajos que realiza el contratista.
- Elaborar, el programa de control de calidad que determina el CTE (Código Técnico de la Edificación) para los diferentes procesos constructivos.
- Hacer el control de materiales y solicitar pruebas y/o ensayos.
- Realizar el control de la ejecución y de la obra terminada.
- Elaborar y seguir el programa de control de calidad de los materiales de la obra en los diferentes procesos constructivos.

Existe una responsabilidad solidaria entre el director de obra y el director ejecutivo sobre la exactitud del certificado de obra final.

El director ejecutivo de obra responderá en los daños por habitabilidad si estos se produjeron durante la ejecución de la obra y bajo el mando del arquitecto técnico. El daño pudo surgir de un elemento observado en el día a día de la operación y es el director ejecutivo el que responderá de esto. Este supuesto plantea más facilidad probatoria porque durante la ejecución se más probable que ocurran este tipo de daños, bien por no seguir todo de forma específica o bien por no edificar de acuerdo con los materiales correctos. En el caso de las baldosas, estos suelen ser acabados con menos observancia del director ejecutivo, sin embargo, al pertenecer a la obra y su ejecución puede ser responsable por ello también.

IV. LADRILLO, S.L

El constructor es el gran responsable contractual que se obliga a ejecutar con medios humanos y materiales y con sujeción al proyecto y al contrato la obra encomendada (art.11 LOE). De esta forma, tiene una obligación de carácter contractual que podrán ser objeto del sistema de responsabilidades contractuales del Código civil y también responsabilidad extracontractual especial de la LOE frente a los adquirentes.

Como se ha mencionado el constructor deberá responder frente a los adquirentes por el sistema de responsabilidades delineado en la LOE. El artículo 17.6 de la LOE es claro: “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”

En este supuesto, el daño del aislamiento puede ser responsabilidad del constructor si se prueba una actitud cualificada: la impericia. La impericia es la falta de pericia, que es la falta de sabiduría, práctica o habilidad que se espera de un profesional a la hora de ejercer su actividad. Por lo tanto es una condición que la negligencia y se le atribuye por el mero hecho de no realizar su labor con la profesionalidad suficiente y que esto de como resultado los daños materiales.

A pesar de que parece ser responsabilidad de la subcontrata la LOE, en su artículo 17.6, señala que el constructor responderá directamente de los daños materiales por vicios o defectos de su ejecución causados por el subcontratista sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar. Por lo tanto, la acción se ha de dirigir a ambos, o al constructor, que podrá buscar repetición del subcontratista.

Finalmente, por la responsabilidad directa que tiene el constructor sobre la obra, parece ser que deberá también responder sobre el vicio y daño sobre las baldosas.

V. SINFRIO, S.L

Este supuesto parece ser el más evidente puesto que el subcontratista es quien instala el sistema de calefacción. Por tanto deberá responder por el sistema de instalación pero no por vía de la responsabilidad especial de la LOE sino por la del código civil (art.1902 cc). El subcontratista no es un agente de la construcción y como tal no le es aplicable el sistema de responsabilidad del artículo 17 de la LOE.

Se le puede exigir responsabilidad civil extracontractual del CC o también demandar al constructor y que este repita lo conveniente contra su subcontratista. Si se escoge el régimen del código civil, no se aplicará el plazo de prescripción de dos años de la LOE sino el del 1968 cc, que es de un año.

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

Al ser abogados de la parte que va a reclamar al seguro la prestación de cobertura por que se ha producido el siniestro, se debe determinar qué es lo que entra dentro de la cobertura del seguro.

El supuesto de hecho nos presenta que se ha contratado un seguro bajo el cual son los asegurados los propietarios de las distintas unidades. El seguro cubre los daños materiales producidos por “daños materiales, para garantizar, durante 10 años el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan en 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.” (art.19.1.c) de la LOE.

Este seguro es obligatorio según lo dispone la Disposición Adicional Segunda de la LOE, que ordena que exista un seguro que cubra daños materiales para el supuesto del párrafo anterior. Coincide la cobertura del seguro con el supuesto de responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la construcción del artículo 17.1.a) de la LOE.

Mencionado el contexto, procede subsumir los dos supuestos en la norma de cobertura. Es decir, se debe analizar si las grietas y la humedad entran dentro de esta definición de daños.

Grietas

El informe pericial concluye que las grietas se deben a una deficiente cimentación. En principio y según una interpretación literal, un daño material por vicios o defectos que afecten a la cimentación entra dentro de la cobertura del seguro.

No obstante, la póliza decenal no solo cubre meramente un defecto material en la cimentación, sino que cubre aquellos defectos que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio. Una grieta puede ser hasta cierto punto normal mientras haya entrado dentro de la planificación de la construcción y puede no ser síntoma de un daño que provoquen lo que la doctrina denomina ruina del edificio.

El informe pericial se limita a mencionar que la solución utilizada no es aquella apropiada para el terreno. Esto no significa necesariamente que las grietas comprometan al edificio o que sean vicios

suficientemente graves como para que el siniestro se produzca y por lo tanto se haga efectiva la obligación de cubrir al asegurado. En todo caso, como abogados de los copropietarios, deberemos probar al seguro que se ha producido un daño material como producto de la mala cimentación y que esta se refleja en las grietas que se pueden ver en el edificio y viviendas.

Humedad

La humedad no es un supuesto que quepa bajo la cobertura de 10 años puesto que no representa un daño material que comprometa la resistencia mecánica y estabilidad del edificio en sí mismo.

La humedad por sí sola se categoriza bajo el supuesto del artículo 19.1.b) de la LOE que cubre los defectos constructivos o vicios de habitabilidad (llamada ruina parcial). Esto incluye un requisito básico de garantizar habitabilidad bajo condiciones de Higiene, salud y protección del medio ambiente aceptables de salubridad y estanquidad en el ambiente interior del edificio (art. 3.1.c) LOE).

A su vez, el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el código técnico de la Edificación, en su artículo 13 "Exigencias de salubridad", impone condiciones para reducir los riesgos presentados por distintos elementos a la salud, higiene y protección del medio ambiente. Entre ellos se encuentra la Exigencia básica de protección frente a la humedad. Esta reza

"se limitará el riesgo previsible de presencia inadecuada de agua o humedad en el interior de los edificios y en sus cerramientos como consecuencia del agua procedente de precipitaciones atmosféricas, de escorrentías, del terreno o de condensaciones, disponiendo medios que impidan su penetración o, en su caso permitan su evacuación sin producción de daños."

Así las cosas, mientras la humedad sea una consecuencia de la desprolija impermeabilización de la cubierta y no pongan en peligro a la estructura o función mecánica del edificio, serán daños menores para los cuales no cubre el seguro contratado. Por otra parte, los propietarios no están a tiempo para presentar una reclamación por estos daños, pues han transcurrido cinco años desde la entrega del edificio y el artículo 17.1.b) limita la reclamación a tres años.

Acción de subrogación.

Existe la acción de subrogación contemplada en el artículo 43 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre de contrato de seguro ("LCS") y la acción de repetición contemplada en la LOE (art.18.2).

Se ha preguntado sobre la posibilidad de ejercer la acción de subrogación. Esta dice: "El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente las personas responsables, del mismo, hasta el límite de la indemnización."

Para que esta acción pueda ejercerse será necesario que: el asegurador cubra la indemnización reclamada, que exista un crédito que haya dado lugar a la indemnización del asegurador frente al daño que ha causado un tercero, la voluntad del asegurador de subrogarse en los derechos y acciones del asegurado, exteriorizándolo e informando al asegurado de la subrogación (AP Madrid, sec 10ª, S 6).

Cumplidos los requisitos, debería poder ejercer el asegurador la acción de subrogación, pues, como ha sentado la jurisprudencia, el fundamento de esta acción es evitar que el perjudicado se lucre injustamente cobrando del seguro y del causante del daño, que el causante del daño salga impune de su responsabilidad sin responder a los daños.

La subrogación implica que el asegurador asume todos los derechos del asegurado frente al causante del daño y por tanto no ejerce su propia acción, como ocurriría con la acción de repetición. Esta subrogación es una especial, contemplada específicamente en la LCS y distinta de la acción del 1.111 CC.

Prescripción

Como el seguro asume la posición del asegurado, la prescripción no se interrumpe por dicha subrogación, pues solo representa un cambio de acreedor (SAP de Cantabria, de 16 de diciembre de 2002).

Esto quiere decir que el plazo de prescripción empieza a correr desde que pudo ejercerse siendo en este caso desde que se produjo el daño, no desde que se resarcó al asegurado. La acción que ostenta el asegurador frente a los agentes de la construcción es una acción de responsabilidad civil extracontractual (Aquiliana), puesto que la acción de subrogación constituye una novación legal, esto hace que al subrogarse la aseguradora, la acción pasa a ser aquella que ostentaba el acreedor original frente al deudor. (SAP Málaga, de 15 de diciembre de 2014).

De todo lo anterior se concluye que el plazo de prescripción de la acción de subrogación es el que marque por responsabilidad civil del artículo 17.1.a) de la LOE. Al ser esta una acción regulada por una ley especial se atenderá al plazo de prescripción de la propia norma, no al del artículo 1902 CC.

Este plazo se regula en el artículo 18 de la LOE y otorga un plazo de dos años desde la producción del daño. Esto no quiere decir que el propietario no tenga una acción de carácter contractual contra los agentes de la construcción, sobre todo frente al promotor del proyecto. Sin embargo, el caso que convoca al abogado de los propietarios corresponde a la acción de responsabilidad civil extracontractual de la LOE.

Otras acciones

Como menciona el segundo apartado del artículo 18 de la LOE, el asegurador podrá ejercer una acción de repetición contra los agentes de la construcción. Esta acción difiere de la subrogatoria en la medida de que es una nueva acción que surge tras la indemnización del siniestro. Lo que da origen a la repetición es que el asegurado haya recibido la indemnización por el daño producido.

Se fundamenta en un principio de no permitir la impunidad del causante del daño y empieza a contar desde que se cubre la póliza. Esta tiene un plazo de prescripción de dos años desde la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños. Por lo tanto, esta tomará más tiempo en hacerse efectiva puesto que se necesita un procedimiento previo para que tenga origen la acción.

4.2 Determinar qué agentes son responsables de los daños.

La LOE exige que se individualice la responsabilidad y en caso de no ser posible se exigirá de forma solidaria. En este caso, se intentará individualizar la responsabilidad con base en los actos que llevaron a las grietas en las estructuras.

Los principales responsables por los vicios de grietas son los siguientes:

- Eugenio Vinci: Este redacta el proyecto y decide la forma matemática en la cual se debe establecer la edificación. Al elegir algo tan fundamental, la responsabilidad parte de si la forma o inclinación al construir fue la correcta. También, este decide la forma y tipo de cimentación que ha de utilizarse para el terreno, puesto que dependerá de la geografía o de las condiciones del solar.

- Armand Casero: El director de ejecución debió observar los requisitos necesarios para instalar o mezclar de forma correcta el cemento que iba a ser utilizado. Por otra parte, era el encargado de observar que la cimentación se aplique de forma correcta.
- LADRILLOS S.L: Como se ha visto en la cuestión anterior, el sistema de responsabilidad del constructor es directo en relación con el desarrollo de la obra y la entrega de esta. También se ha observado que este responde por la actuación de su subcontratista y que luego podrá repetir contra él. En este supuesto la responsabilidad parece pertenecer de forma directa al constructor por la cimentación pero también al subcontratista por la impermeabilización.

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

Frente a Eugenio Vinci y frente a HOGAR se deberá ejercitar la acción de responsabilidad por daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, y que comprometan directamente la resistencia mecánica la estabilidad del edificio (art. 17.1.a) LOE). Como se ha analizado en la primera pregunta de esta cuestión, es importante que el daño afecte a la resistencia mecánica o estabilidad del edificio, porque de lo contrario no aplica esta responsabilidad.

Esta garantía es de 10 años, y al haber pasado 5 sigue vigente. Por este motivo, dado que los daños sobre este elemento han surgido durante los 5 primeros años desde la fecha indicada, quedarían cubiertos por este plazo de caducidad.

Como también se mencionó, la acción está sujeta a un plazo de prescripción de dos años y en este supuesto parece que las grietas han sido descubiertas recientemente por lo que no están cubiertas.

Frente a Armand Casero, HOGAR y LADRILLO no podrá ejercerse la acción del 17.1.b) de la LOE pues como se mencionó, esta ha caducado. No obstante el artículo 17.9 de la LOE permite exigir responsabilidad a los vendedores de edificios por la responsabilidad en la que incurren según el artículo 1484 y siguientes del Código Civil.

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

En primer lugar, hay que analizar la legalidad de la concesión del préstamo. En España, las entidades de crédito no son las únicas a las cuales se les reserva la actividad de concesión de préstamos. Existe la posibilidad de que distintos tipos de entidades (fondos o sociedades) otorguen préstamos como parte de su modelo de negocio.

El legislador español toma una serie de precauciones con respecto de esta actividad e impone condiciones a aquellas entidades que tengan por objeto intervenir en el mercado del crédito. Especial protección se otorga a los prestatarios no-profesionales y a los consumidores, pues se entiende que esta es una parte más débil a la que hay que salvaguardar por medio de regulación.

En esta situación y en referencia a la sociedad de capital riesgo, se debe analizar si esta puede prestar dinero como parte de su objeto social o actividad principal de inversión. En España, este tipo de sociedades se regulan en la Ley 22/2014 de 12 de noviembre por la que se regulan las entidades de capital-riego, 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 Instituciones de Inversión Colectiva ("Ley 22/2014").

Se define a las entidades de capital riesgo ("ECR") como aquellas que tienen por objeto principal la toma de participaciones temporales en el capital de empresas de naturaleza no inmobiliaria ni financiera de

sociedades no cotizadas. Como se sabe, las entidades de capital riesgo buscan invertir en empresas con el fin de reestructurarlas y venderlas a un precio superior en un futuro. Esa actividad está regulada por ley y la forma jurídica que esta lleve deberá ceñirse a las actividades que legalmente se contemplen.

Ahora bien, existen actividades complementarias que pueden ser desarrolladas por la ECR como la concesión de préstamos participativo y otras formas de financiación para las sociedades participadas por la ECR. Así, la actividad principal se complementa con una serie de actividades permitidas con el fin de lograr un mejor desarrollo de su objeto social.

Finalmente, el artículo 10.2 de la Ley 22/2014 cierra la lista de actividades (complementarias y principales) que puede realizar una ECR advirtiendo que no podrán desarrollar actividades no amparadas en esta ley.

De esta premisa se puede concluir que las ECR no pueden conceder préstamos en el ejercicio de su objeto social. A diferencia de otras entidades como las Entidades de Inversión Colectiva de tipo cerrado de préstamos (artículo 4 bis de la Ley 22/2014) para las cuales se permite la inversión en préstamos, o para los Fondos de Inversión libre, para los cuales se prevé la posibilidad de conceder financiación como parte de su objeto social, las ECR no pueden tomar esta denominación y ejercer la actividad de préstamos.

En segundo lugar, se debe analizar la intermediación del crédito. Esta figura en articular se regula en las Ley 2/2009, de 31 de marzo y Ley 5/2019 de 15 de marzo. Esta figura se define como quienes ponen en contacto a clientes con entidades financieras o prestamistas privados que de manera profesional realizan actividades de intermediación para la celebración de un contrato de préstamos o crédito.

Los intermediarios hipotecarios por su parte se especializan en el sector hipotecario y se encargan de captar clientes para ponerlos en contacto con aquellas entidades que otorgan financiación a cambio de una remuneración.

Por lo tanto, esta es una actividad profesional con ánimo de lucro, y cuya causa en el correspondiente contrato de intermediación será la contraprestación que se reciba de la puesta en contacto.

Más importante aún es el marco jurídico a la cual se sujeta esta actividad, pues para saber si la ECR puede intermediar se necesita conocer si las leyes que regulan la intermediación se aplican al supuesto.

La respuesta es negativa. En este supuesto, la ECR intermedia un contrato de préstamo entre un prestamista o financiador y un cliente profesional, HOGAR S.L. HOGAR S.L no actúa en un ámbito fuera de su actividad profesional y por lo tanto no puede tener la condición de cliente consumidor.

Para que la Ley 2/2009 y Ley 5/2019 y la normativa de consumidores sea de aplicación, deberá tener HOGAR S.L dicha condición. En este contexto es aplicable el régimen general del código civil, y las leyes generales como la de nulidad de los contratos de préstamos usurarios de 1908.

Siendo así, la pregunta sigue en pie: ¿puede ser la ECR una intermediaria del crédito? En este caso, parece ser que la respuesta no debe buscarse en las leyes que regulan a la intermediación del crédito pero en el régimen aplicable a la actividad de las ECR.

Como se ha analizado, estas sociedades no pueden ejercer actividad fuera de su objeto social y de lo que permita la Ley 22/2014. Sí que podría prestar asesoramiento como parte de su actividad principal siempre que la sociedad a la que presta sea una sociedad participada. Esto permite concluir que dado el supuesto de hecho, la ECR no debería intermediar el crédito a una sociedad de la cual no tiene participación.

Para que esto pueda suceder la propuesta es la siguiente: Construir un vehículo social que pueda adquirir en parte Real Estate Ventures S.C.R. De esa forma la ECR podrá prestar los servicios auxiliares que le permitan desarrollar el objeto social.

En cualquier caso, el préstamo o crédito deberá ser otorgado por otra entidad que si puede practicar dicha actividad.

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

El term-sheet es aquel documento, vinculante o no, por el cual se intentan establecer las condiciones de una financiación para luego proceder al perfeccionamiento del contrato. Es vinculante o no dependiendo de las obligaciones asumidas por las partes al contratar.

Una vez más, se ha visto que el régimen de la ley del contrato de crédito inmobiliario no aplica en este supuesto al no ser el prestatario una persona jurídica consumidora. Esto hace que el marco normativo sea el de la práctica profesional y el régimen legal general del código civil y la normativa aplicable a no consumidores o a prestatarios profesionales.

Plazo de amortización de diez años y un tipo deudor fijo por un plazo mínimo de seis años

El aspecto interesante de la financiación es que la amortización del principal dura más que la remuneración de intereses. Puede ser que la remuneración de intereses se haga de forma bullet o balloon, que serán formas no lineales que permiten a los intereses pagarse en distintos periodos por cuantías ajustadas a la situación financiera del deudor.

La clave del tipo de interés es que es fijo, y que por lo tanto no estará supuesto a una variación EURIBOR que podría devenir en situación gravosa para el prestatario. El periodo de pago de intereses es corto pero puede ser asumible dependiendo del nivel de endeudamiento de HOGAR.

El plazo de amortización en sí mismo no significa nada sin conocer su fundamento. Generalmente se suele conceder este tipo de financiaciones con base en el plazo esperado para que el prestatario tenga los flujos de caja suficientes como para repagar. Esto se hace por medio de planificación y proyección financiera. Adicionalmente, existen ratios que pueden ser utilizados como para calcular el periodo de amortización correcto para el prestatario. Ratios como el llamado Loan-to-value son muy comunes en este tipo de préstamos porque calculan el valor del crédito por sobre el valor del activo.

La exclusión de periodo de carencia

La exclusión del periodo de carencia está relacionada con la habilidad para el prestatario de hacer frente a tantos pagos al inicio de la relación contractual. Suele darse al inicio porque así el deudor tendrá un “respiro” para repagar el préstamo.

Los term-sheet en financiaciones suelen presentarse por parte del prestamista. Este establece una serie de cuestiones y después se negocia el contrato. Es normal que un prestamista quiera excluir este periodo porque corresponderá al prestatario intentar solicitar o negociar dicho periodo.

Es apegado a la legalidad que no exista dicho periodo porque suele ser una condición negociada y solicitada a instancia de una de las partes. Desde un punto de vista económico, puede ser una carga importante tener que repagar una cantidad elevada de dinero en 10 años y un pago de intereses de 6 sin ningún periodo en el que la empresa pueda tener una pausa. Adicionalmente, el sector inmobiliario es un sector de inversión temprana y resultados posteriores.

Esto quiere decir que como fruto de la promoción, la sociedad no tendrá los recursos a la vista como para repagar la deuda sin un periodo de carencia en el que se pueda esperar para tener ingresos con que repagar.

Adicionalmente, las financiaciones inmobiliarias suelen hacerse a través de vehículos con una masa activa muy baja porque se constituyen puntualmente para una promoción específica. Si no existe un periodo de carencia para un prestatario que no tiene flujos de caja para repagar la deuda, la sociedad podría entrar en una situación de insolvencia de manera inmediata. Es por ello que no solo conviene al prestatario solicitar el periodo de carencia sino que también conviene al prestamista. La institución que

preste querrá el repago de la deuda y sin un periodo de carencia para una empresa que no tiene los medios para cumplir con su obligación, esta puede no darse.

Una opción de dación en pago por el 85% de la deuda

Esta opción no es recomendable por cómo está regulada las garantías inmobiliarias y la dación en pago. La dación en pago es una solución pro-soluto que extingue obligaciones al dar una cosa en pago de una obligación principal. En esta, el acreedor consiente la prestación distinta al pago original.

Cuando una entidad de crédito o un prestamista otorga un crédito puede requerir una garantía real para otorgar el crédito. En caso de incumplimiento, se puede pactar de tal forma que la responsabilidad del deudor queda limitada a (i) la ejecución de la hipoteca y el resto del patrimonio del deudor ex art.1911 CC o (ii) como establece el artículo 140 de la Ley Hipotecaria, se puede pactar que la acción del acreedor y la responsabilidad del deudor quede limitada a la ejecución del bien por hipoteca. Es decir, en este supuesto se asimila a la dación en pago a un pacto de garantía y en la que se opta por la primera opción, que la dación en pago sirva por el 85% de la deuda y que el restante responsa el deudor con todo su patrimonio.

Ahora bien, cabe recordar que en las garantías reales, la ley española prohíbe el pacto comisorio o la ejecución privada del bien dado en garantía. El propósito es garantizar que se haga una tasación justa del bien.

Con todo esto se puede interpretar la dirección de esta propuesta. Si se pacta la dación en pago junto con la deuda esta se asimila a una garantía real, por más que la llamen dación en pago, porque los contratos son lo que son, no lo que las partes dicen que son. Así, la dación en pago por un valor puntual equivaldría a un pacto comisorio porque el acreedor podría reclamar ante incumplimiento la entrega del bien sin pasar por el régimen de ejecución ordinario.

El problema central de esta figura propuesta es, por lo tanto, que se pacta al momento de constituir la obligación, y así se prevé de forma anticipada que el bien servirá en garantía del cumplimiento de la obligación. Se desnaturaliza la figura de la dación en pago y se asimila a una hipoteca con pacto comisorio.

Sería lícito que la dación en pago surja una vez que se ha producido el incumplimiento como una propuesta alternativa al cumplimiento de la obligación inicial. Este tipo de supuestos son especialmente relevantes en los casos de la Ley 5/2019 que regulan los créditos inmobiliarios a consumidores personas físicas. Esto se debe a que se intenta proteger a la parte débil de actos abusivos por parte del prestamista y que por bienes tasados por un valor superior a la deuda se intente a penas saldar un porcentaje de ella.

En conclusión, esta figura no se ajusta a la legalidad y tampoco a la conveniencia del cliente, HOGAR S.L porque va a otorgar un paquete de garantías en el que seguramente figurará una hipoteca sobre ciertos bienes. No conviene otorgar una adicional sin intención de que esta lo sea y con vicios que podrían anular el contrato en un futuro.

¿Qué se puede pactar, por lo tanto? Una opción es la de realizar una modulación de pacto marciano por el cual se hace una tasación del bien al momento en el que se ofrece en pago para asegurar que ninguna parte se vea perjudicada, o bien, no incluirlo y constituir un paquete de garantías acorde. En caso de que se incumpla, se puede negociar la dación en pago, pues al no ser el prestatario un consumidor o una persona física la esfera de autonomía de la voluntad es superior.

La exclusión del pacto de vencimiento anticipado

El vencimiento anticipado es una condición importante en los contratos de financiación porque otorgan al prestamista la potestad de resolver el contrato ante el acaecimiento de ciertos eventos o condiciones.

Por ejemplo, una cláusula de cambio de control o un uso distinto del dinero para lo pactado puede otorgarle esa potestad al prestamista.

La exclusión implica que no habrá condiciones adicionales además de aquellas de por las cuales se extinguen las obligaciones que facultarían a una parte resolver la obligación. Este pacto es importante porque en áreas reguladas, como es el sector inmobiliario, existen varios permisos o licencias administrativas que deben aprobarse para la promoción de un proyecto. La falta de ellas puede hacer inviable la relación jurídica, y si bien se puede argumentar la resolución del contrato, un pacto de vencimiento anticipado agiliza la acción de la parte afectada porque otorga al prestamista la potestad de decidir.

Ya se ha establecido que esta es una financiación en la que las dos partes son profesionales. Esto excluye del ámbito de aplicación a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. No obstante, a raíz de esta ley existe jurisprudencia sobre la consideración de abusiva a una cláusula de vencimiento anticipado.

A tenor de ejemplo, la STS núm101/2020 de 12 de febrero, sala primera, de lo civil ha estimado un recurso de casación que declara la nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado por considerarla abusiva. La base para esta decisión radica en que una cláusula de vencimiento anticipado no puede otorgar al prestatario una potestad amplísima para declarar vencido el contrato ante un incumplimiento anticipado. La cláusula de vencimiento anticipado debe ser redactada de forma detallada, de tal forma que se entienda bien los supuestos de gravedad que ameriten declarar vencido el contrato de forma anticipada.

La jurisprudencia comunitaria también ha mencionado que para que una cláusula de vencimiento anticipado no sea abusiva, debe “modular la gravedad del incumpliendo en función de la duración y cuantía del préstamo.” Este no suele ser un problema en la práctica profesional pues ambas partes de una financiación enfocan gran parte de su negociación a la cláusula de vencimiento anticipado, matizando y tratando de delimitar cuidadosamente los supuestos por la cual esta aplica.

No suele ser común que el prestamista quiera excluir dicha cláusula porque al hacerlo este pierde control sobre un potencial incumplimiento del deudor.

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

Estamos ante un supuesto de Project Finance en el que se busca financiación para la promoción inmobiliaria de unas viviendas. El objeto de la financiación es fundamental porque nos permitirá más libertad a la hora de otorgar garantías. Así, por ejemplo, no tendrá que preocuparse el prestatario de que se le aplica la prohibición de asistencia financiera puesto que el tramo único de financiación no ocupará el otorgamiento de garantías para la compra de sus participaciones.

Será necesario un contrato accesorio de paquete de garantías que deberá observar los requisitos de la ley nacional pues en garantías (sobre todo de inmuebles) aplica el principio *lex rei sitae*. En España suele ser común que el contrato se denomine contrato de garantías conjuntas que se anexa al contrato principal de financiación. Si la financiación es de carácter sindicado, tendrá que asumir el agente principal la titularidad de las garantías y la ejecución y reparto de saldos correspondiente a todo el sindicato.

Garantías personales

Este tipo de garantías suelen ser comunes en operaciones de grupos de empresas, en los que la matriz otorga garantías a la filial a través de una carta de patrocinio o un aval o una carta a primer requerimiento. Todas ellas son garantías preferidas por su ejecutabilidad y liquidez. Al contrario del régimen hipotecario o de la prenda, es evidente que un aval o carta a primer requerimiento evita al prestamista el tráfico judicial y procedimental para la satisfacción de su crédito.

Sin embargo, no tenemos constancia de que el cliente pertenezca a un grupo y consecuentemente de que ostente a una persona jurídica que esté dispuesto a otorgar dicha garantía.

La garantía personal más importante será la garantía de aportación de socios. En ella, el socio se compromete a mantener a la sociedad financiada y con los recursos necesarios para hacer frente a la promoción y explotación. Si bien no es una garantía stricto sensu, es un compromiso que debe incluirse en el contrato.

Garantías reales

Este tramo de financiación será el más importante, porque al ser un proyecto inmobiliario será común que la empresa que financie pida prácticamente que todos los activos del proyecto se otorguen en garantía.

En primer lugar, el prestamista o financiador va a querer una hipoteca sobre el inmueble objeto de la promoción. Esta es la garantía más común en este tipo de financiaciones porque es de los pocos activos que tendrá una sociedad promotora, sobre todo si es una sociedad que se constituyó exclusivamente para la promoción de un proyecto. La hipoteca tendrá todas las características propias de este derecho real de garantía y será una hipoteca de máximos. Esto permitirá garantizar varios contratos relacionados con la promoción del proyecto. Entre ellos el contrato de construcción.

Por otra parte, se puede pignorar las participaciones de la sociedad. El traslado de la posesión se hará por medio del traslado de la escritura pública que reconozca la titularidad de las participaciones y se gravará en ellas que las participaciones están pignoradas. La sociedad por su parte registrará la pignoración en el libro de registro de socios.

Se podrá otorgar una prenda sin desplazamiento sobre la maquinaria de la que sea propietaria la sociedad o podrá ser otorgado en prenda el contrato de leasing sobre la maquinaria que se utilice para el proyecto.

Es posible que la entidad financiadora pida que se otorguen Garantías Financieras del RD 5/2005, que no son garantías reales sino un tipo especial. Principalmente, se podrá pignorar el efectivo abonado en cuenta o los valores negociables que emita. Es práctica de mercado también otorgar en garantía a los derechos de crédito que pueda tener la prestataria.

Con este punto, será necesario que se constituyan también promesas de garantías sobre los derechos de créditos futuros. Así, cuando se empiece a explotar el inmueble se podrá requerir la pignoración de los contratos de alquiler.