



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

Trabajo de Fin de Máster
Máster de Derecho de Empresa

Marella Gómez-Barreda de la Gándara
2022-2023

Tutor: D. Luis Alfonso Fernández Manzano

1. **Un peatón que iba caminando por la acera bajo los andamios de la fachada del edificio en construcción recibe de repente el impacto de un martillo que cae de lo alto del andamio, produciéndose una rotura de clavícula. El martillo se le cayó accidentalmente a uno de los trabajadores de la constructora que estaba trabajando en lo alto del andamio.**

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

En primer lugar, se expondrán los elementos o requisitos imprescindibles que deben darse para que un órgano judicial pueda apreciar la existencia de responsabilidad civil, no sin antes diferenciar entre (a) la responsabilidad civil nacida de una relación contractual de la (b) responsabilidad civil genérica o extracontractual.

La diferencia básica entre estas responsabilidades radica en la existencia o no de una relación jurídica previa. Por un lado, en la responsabilidad civil contractual, nos encontramos ante una responsabilidad nacida como consecuencia del incumplimiento de obligaciones. Dichas obligaciones surgen en el marco de un contrato, una relación jurídica entre partes que contenga derechos y deberes – genéricos o concretos – de cada una de las partes. Por el contrario, en la responsabilidad civil extracontractual no existe este elemento de relación pre existente entre las partes, si no que es fruto de cualquier acción u omisión que cause daño.

Pues bien, parece que en el supuesto planteado, en el que un trabajador de la constructora LADRILLO, S.L. (“**LADRILLO**”) causa un daño a un tercero ajeno, nos encontramos ante un posible supuesto de responsabilidad civil extracontractual (“**RC Extracontractual**”) ya que a priori no parece que exista ninguna relación entre el trabajador y el peatón. El régimen jurídico genérico de la responsabilidad civil extracontractual se encuentra en el artículo 1902 del Código Civil (“**CC**”), al establecer que *“el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*.

De la literalidad del precepto citado, podemos deducir los elementos básicos en la apreciación de la responsabilidad civil. Así, será necesario que se de (i) un elemento objetivo, reflejado en la acción u omisión que resulta en un daño; (ii) un elemento subjetivo, en el que se incluyen la culpa (dolo) y negligencia; (iii) un daño producido a raíz de la acción u omisión y, sobre todo, (iv) una relación de causalidad entre los elementos anteriores. Es decir, que la acción u omisión provocada por el responsable de forma culposa o negligente haya sido la que efectivamente haya causado un daño.

En este supuesto concreto, al hacer el debido juicio de causalidad encontramos que (i) a un trabajador de LADRILLO se le cae un martillo, (ii) esta caída es accidental, ya que el trabajador no la quiere, (iii) al peatón se le rompe la clavícula y (iv) la rotura de clavícula se produce como resultado del impacto del martillo en el cuerpo del peatón. El elemento subjetivo (ii) puede plantear problemática y será la piedra angular sobre la que se desarrollará la defensa del trabajador, ya que el demandante deberá demostrar que existe negligencia (es decir, falta de cuidado) en sus actuaciones. Aun así, parece lógico que se acabe apreciando una RC extracontractual por parte del trabajador.

Por otro lado, la empresa empleadora – LADRILLO – deberá responder por la actuación negligente de su empleado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1903 CC al hablar del régimen de responsabilidad de los directores sobre las acciones u omisiones de sus dependientes, comunmente conocido como el régimen de responsabilidad extracontractual por hecho ajeno. Así, en situaciones en las que el empleado, en ejercicio de sus funciones laborales, cause daño a un tercero, el empleador deberá responder. La base de este régimen se centra en la relación de dependencia que existe entre el trabajador y el empleador, ya que entre las funciones del empleador destaca la de vigilar las actuaciones de las personas que están bajo su dependencia, así como otorgar las instrucciones y recomendaciones necesarias para una debida actuación por parte del empleado. De esta forma, el empleador responderá sobre la base de que no ha actuado con la debida diligencia al controlar las actuaciones de su empleado. Así lo marcaba la sentencia 773/2003, de 19 de julio de 2003, del Tribunal Supremo, al determinar la responsabilidad de un notario a consecuencia de la falta de inscripción de una escritura pública otorgada en su notaría, daños causados por un oficial a su cargo.

Podría incluso defenderse que las actividades desarrolladas en el seno de la Obra son de carácter peligroso y entrañan un alto riesgo que el empleador no puede controlar. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que es en estos casos en los que las medidas de control y el nivel de diligencia por parte del empresario deben ser mayores. Por esa razón, en su sentencia 606/2000, de fecha 19 de junio del 2000 impuso al empleador, empresa de formación de pilotos, la obligación de indemnizar a los padres del alumno fallecido por los daños causados.

Además, la jurisprudencia ha venido estableciendo, como requisito indispensable para que la reclamación pueda ser dirigida hacia el empresario, que los daños causados por sus empleados se produzcan como consecuencia de las tareas que éstos realicen en sus cargos de trabajo. Así lo exponía la Audiencia Provincial de Albacete, en su sentencia 44/2013 de 17

de marzo de 2013, al eximir de responsabilidad civil al dueño de un bar por los daños causados por un camarero en el marco de una pelea física con un cliente. En este supuesto, el Tribunal consideró que, aunque los hechos sucediesen en el local del empleador y fuesen producidos por el empleado, la actividad que causó el daño era claramente ajena al ejercicio de las funciones del empleado. Aun más, el empleado había causado el daño de manera culposa e intencionada.

En conclusión, LADRILLO también deberá responder del daño causado de manera negligente por parte de su empleado, ya que el daño se ha producido (i) en el marco de una relación jerárquica entre LADRILLO y su empleado (artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores – será empleado quien se encuentre dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica); (ii) en el seno de la relación laboral del empleado y en ejercicio de sus funciones; y (iii) LADRILLO, como empleador, no ha ejercido de manera diligente las medidas de control adecuadas.

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

El peatón que ha sufrido un daño deberá presentar una acción por daños y perjuicios en el correspondiente juzgado en concepto de daños personales, ya que se trata de un daño físico producido en su cuerpo como resultado de la caída de un martillo, a diferencia de los daños patrimoniales o morales. Aun así, si a raíz de la rotura de clavícula se hubiesen producido daños de otra índole en el lesionado – como pudiesen ser la baja laboral por imposibilidad de ejecutar sus funciones en el trabajo o los daños psicológicos que la situación pudiese llegar a causarle – la demanda podrá contener los conceptos de daños patrimoniales y daños morales mencionados anteriormente. Esta acción por daños y perjuicios busca resarcir los daños causados en los supuestos en los que se incurra en responsabilidad civil, con el fin último de que el perjudicado pueda verse restituido a las condiciones en las que se encontraba con anterioridad al hecho que generó el daño, a través de una cuantía en concepto de compensación. A continuación, se analizarán los principales requisitos en la interposición de esta acción.

Para empezar, será requisito indispensable que exista proporcionalidad entre la importancia del daño padecido y la cantidad que se reclama en concepto de indemnización. Se parte de la base de la reparación integral del daño producido (*restitutio in integrum*) como criterio de evaluación, de forma que el tribunal o juzgado correspondiente deberá analizar todas las circunstancias que transcurriesen en el momento del daño, así como todas las consecuencias

que este daño haya provocado. Este principio es conocido como el principio de indemnidad. En este sentido se pronuncia la sentencia de 25 de enero de 1999 de la Audiencia Provincial de Baleares, al establecer que *“la finalidad de la reparación que al perjudicado concede el artículo 1902 del Código Civil, es la de quedar resarcido, restaurando el estado de cosas a la situación anterior al evento dañoso. En nuestro derecho no existen principios generales rectores de la indemnización de daños y perjuicios, vacío que autoriza a interpretar que el concepto de reparación en que se manifiesta la voluntad del dañador comprende, tanto en la esfera contractual como en la extracontractual, sanciones bastantes en cada caso a lograr la indemnidad, que es el único designio de la norma”*

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el artículo 1968.2 CC establece que la acción para exigir la RC Extracontractual prescribirá en el plazo de un año. Por su parte, el tiempo general de prescripción de las acciones se cuenta desde el día en que estas pudieron ejercitarse (artículo 1969 CC). Ahora bien, la jurisprudencia ha venido detallando qué podrá considerarse inicio del cómputo del plazo. Así, en la sentencia fecha 14 de febrero de 1994, del Tribunal Supremo establece que, en supuestos de reclamación de indemnizaciones por lesiones, *“el momento del comienzo del cómputo del plazo prescriptivo ha de referirse siempre, cuando de lesiones causadas por culpa extracontractual se trate, al día en que, producida la sanidad, se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido determinado en el correspondiente dictamen pericial (sin perjuicio de las secuelas que subsistan de un modo permanente), ya que tal cómputo no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en hechos diferenciados la serie proseguida”*. Además, la sentencia de fecha 10 de noviembre de 1995 del citado Tribunal añade que, *“el plazo de prescripción iniciará su cómputo en el momento en que el enfermo o lesionado sea dado de alta médica por finalización del tratamiento y puedan conocerse de manera cierta las secuelas persistentes”*. Así, y como es lógico, se puede establecer como criterio base que el comienzo del plazo de prescripción se establezca una vez el lesionado esté sano.

Por último, es conveniente resaltar que tanto el juicio de causalidad del daño sufrido como la cuantía de estos perjuicios deberá ser probada por la parte actora, que deberá dirigir su demanda, conjuntamente, al empleado y a LADRILLO. Por su parte, es lógico entrever la complejidad a la hora de determinar la cuantía que deberá reclamarse en este concepto, así como su existencia. A este respecto, la jurisprudencia ha determinado que, para que se puedan apreciar daños morales, estos deberán ser daños de índole psíquica que excedan de la mera molestia y produzcan desasosiego o nerviosismo en el perjudicado.

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

2.1 Valorar la responsabilidad de todos y cada uno de los agentes intervinientes en la obra: HOGAR, S.L.; D. Eugenio Vinci; D. Armand Casero; LADRILLO, S.L.; SINFRIO, S.L.; OCT.

Nos encontramos ante un claro supuesto de accidente de trabajo, siendo éste cualquier lesión que sufra el trabajador como consecuencia de sus labores como empleado. Se trata de un supuesto en el que un empleado sufre un mareo repentino, a consecuencia del cual cae al vacío y se rompe la cadera y la rótula derecha (el “**Accidente de Trabajo**”).

La ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (la “**Ley de Prevención de RL**”) exige responsabilidad del empleador en caso de que el Accidente de Trabajo se produzca como consecuencia del incumplimiento por parte del empresario de su deber de garantizar la salud y seguridad de sus trabajadores. Así, el empresario se ve obligado a realizar, periódicamente, investigaciones e informes de prevención de riesgos laborales, para proceder a la evaluación de los riesgos inherentes a los cargos de sus trabajadores y poder así actuar para poder garantizar su seguridad. De esta forma, el incumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones en esta materia podrá dar lugar a responsabilidad de índole (i) penal; (ii) administrativa y (iii) civil. La responsabilidad penal (i) está tipificada en el Código Penal español – artículos 316 y ss – con penas de prisión de hasta tres años, multas de hasta 12 meses y hasta cierres de locales. Por su parte, la responsabilidad administrativa (ii) se originará como consecuencia de la normativa prevista en la Ley de Prevención de RL, cuando el empresario no cumpla con sus deberes de garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores. Por último, la responsabilidad civil (iii) se basará en el incumplimiento de las obligaciones por parte del empresario en el marco de un contrato.

Cabe recalcar que la obligación del empresario de garantizar la seguridad de sus trabajadores es de medios, no de resultados. Así, se puede deducir que, si el empleador – SINFRIO –

hubiese realizado de forma correcta la actividad preventiva a la que está llamado, no sería responsable. Por el contrario, y dado que el Inspector de Trabajo ha determinado que la causa del accidente es una patente infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales aplicable, SINFRIO responderá ante las acciones que se interpongan contra él.

Como desarrollaremos en el punto 2.1., es frecuente que en litigios en los que existen tantos agentes como los que se van a exponer a continuación (además del empleador principal), la eventual demanda acabe siendo dirigida contra todos los posibles responsables. Por esta razón, el artículo 24 de la Ley de Prevención de RL establece que, en situaciones en las que los trabajadores desarrollen actividades para dos o más empresas en un mismo centro de trabajo, las empresas deberán cooperar y coordinarse para aplicar la normativa de prevención de riesgos laborales de forma conjunta. Así, la empresa que subcontrata a SINFRIO, LADRILLO, se ve obligada a responder solidariamente con los subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones de prevención de riesgos laborales en relación con los trabajadores de SINFRIO que ejerzan actividades en los centros de trabajo de la empresa principal. Por esa razón, LADRILLO deberá responder solidariamente en caso de que el trabajador ejercite alguna acción.

Por otro lado, la Ley de infracciones y sanciones en el Orden Social considera que también serán sujetos responsables – de forma solidaria – los promotores o propietarios de la obra, como será HOGAR, S.L. (“**HOGAR**”). Esto es así porque el promotor debe velar por que el contratista realice las obras de manera correcta y segura, de forma que en el marco de la Obra HOGAR estaría obligado a velar por que se realizase la apertura del centro de trabajo correspondiente, así como a designar a un coordinador de seguridad y salud para el efectivo cumplimiento de las garantías de seguridad y salud.

Por su parte, aunque el Arquitecto se encargue de la dirección de la ejecución de la Obra, no nos encontramos ante funciones propias de coordinación de seguridad y salud. Por tanto, a priori parece que el Arquitecto no estaría sujeto a una presunción de responsabilidad por su parte. Por el contrario, sabemos que el Arquitecto Técnico cumple funciones relacionadas con la coordinación de la seguridad y la salud de los trabajadores, ya que tiene a su cargo la elaboración del plan de seguridad de los empleados. Por esa razón, el Arquitecto Técnico podrá ser considerado responsable del Accidente de Trabajo.

2.2 Tipo de acción a ejercitar en cada caso.

Para poder prosperar en la reclamación por Accidente de Trabajo, de carácter administrativo, será necesario que demostrar que la empresa no ha tomado las medidas de prevención necesarias. Para ello, es determinante la labor de la investigación del Inspector del Trabajo, encargado de investigar las circunstancias del accidente y establecer las sanciones administrativas oportunas. En este sentido, será necesario que el trabajador en cuestión presente la correspondiente denuncia en la Inspección de Trabajo, para lo cual no le es necesaria la asistencia de un abogado. Como sanción, la Inspección de Trabajo podrá establecer un recargo de las prestaciones a favor del trabajador, siempre que considere que la empresa (o empresas) contratante haya actuado de forma claramente negligente. Este recargo supone un incremento del 30% al 50% de las prestaciones económicas que el trabajador deberá percibir. Esta sanción es acumulable a la correspondiente multa administrativa. Es en esta sede en la que serán responsables, de forma solidaria, los agentes mencionados en el apartado 2.1. anterior.

Por su parte, la acción por responsabilidad civil podrá devenir de (i) la responsabilidad civil derivada de delito (artículo 116 del Código Penal), o de (ii) la acción de responsabilidad civil contractual. En el caso de responsabilidad civil por delito (i), será necesario que el empresario sea previamente condenado por un delito relacionado con la seguridad de los trabajadores, siempre que de este delito lo haya producido un hecho del que se derivasen daños o perjuicios. Por su parte, la responsabilidad civil contractual se contempla en el artículo 1.101 el CC, que establece que *“quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”*. Se puede entrever como se ha incumplido, claramente, la obligación contractual por parte del empresario de proporcionar los medios adecuados para que garantizar la seguridad y salud del trabajador. En este supuesto, la prescripción de la acción es de cinco años desde que ésta se pudo ejercer.

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

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

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

La ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (“**LOE**”) establece, en su artículo 19, la obligación de la apertura de una póliza de cobertura de daños materiales causados por desperfectos en la construcción, en los supuestos de construcción de vivienda que establece el artículo 2.1 LOE.

Así, HOGAR decide suscribir un contrato de seguro que cubra lo establecido en el artículo 19.1.c) LOE con una compañía aseguradora (la “**Aseguradora**”), que contará con las garantías siguientes: *“seguro de daños materiales, seguro de caución o garantía financiera, para garantizar, durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, 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 esta forma, la finalidad de la póliza decenal será cubrir los daños, entendiendo estos como todos aquellos vicios o defectos que afecten a elementos estructurales (como vigas o pilares) del edificio destinado a vivienda, y que comprometan directamente la estabilidad del edificio. Este seguro deberá ser tomado por el promotor de la construcción, HOGAR, si bien éste tendrá capacidad para pactar expresamente con el constructor que sea éste, LADRILLO, quien figure como tomador de la póliza.

Por otro lado, el importe máximo a asegurar será el valor definitivo de la edificación, contando con la totalidad del edificio como urbanización, en el momento de la recepción por parte de los nuevos propietarios. El importe tendrá en cuenta el coste de ejecución de la obra y de cualquier posible subcontratación, licencias, impuestos y honorarios técnicos (Arquitecto y Arquitecto Técnico).

Como requisito indispensable a la contratación de este seguro decenal, será necesaria la previa inspección mediante control técnico del edificio, de forma que se puedan valorar minuciosamente los riesgos. Para ello, es recomendable que el organismo encargado de ejercer esta evaluación de control – Organismo de Control Técnico (“**OCT**”) – sea aceptado previamente por la Aseguradora.

Como su propio nombre indica, la póliza decenal cubrirá un periodo de diez años desde la finalización de la construcción de la vivienda. Como sabemos, las viviendas fueron adquiridas en un plazo de 3 meses desde dicha finalización, y los desperfectos fueron vistos de manera

prácticamente inmediata, por lo que, siempre que exista un daño material real, la Aseguradora deberá cubrir el daño sufrido por los nuevos propietarios de las viviendas. Ahora bien, ¿qué se entiende por daños materiales en una construcción? El artículo 3 de la LOE establece que los edificios deberán proyectarse, construirse, mantenerse y conservarse siguiendo los criterios de habitabilidad que establece el Código Técnico de la Edificación (“CTE”). El CTE establece las exigencias de calidad básicas que deberá cumplir cualquier edificación. A su vez, el CTE establece un listado de principios básicos que deberán cumplirse para entender que una vivienda es habitable.

En cuanto a los defectos constructivos concretos que se han hallado en las viviendas, empezamos analizando el sistema de calefacción deficiente. Como hemos adelantado, tanto el CTE como la LOE establecen una serie de requisitos básicos de habitabilidad. Así, encontramos en el artículo 3.1.c) LOE la exigencia de que la vivienda cumpla con requisitos de ahorro de energía y aislamiento térmico, de forma que se consiga un uso racional de la energía. A este respecto, el artículo 15.1 CTE establece dos exigencias básicas aplicables. Por un lado, *“los edificios dispondrán de instalaciones térmicas apropiadas destinadas a proporcionar el bienestar térmico de sus ocupantes, regulando el rendimiento de las mismas y de sus equipos.”*, mientras que, por otro lado, *“los edificios dispondrán de una envolvente de características tales que limite adecuadamente la demanda energética necesaria para alcanzar el bienestar térmico en función del clima de la localidad, del uso del edificio y del régimen de verano y de invierno, así como por sus características de aislamiento e inercia, permeabilidad al aire y exposición a la radiación solar, reduciendo el riesgo de aparición de humedades de condensación superficiales e intersticiales que puedan perjudicar sus características y tratando adecuadamente los puentes térmicos para limitar las pérdidas o ganancias de calor y evitar problemas higrotérmicos en los mismos.”*

Es lógico entrever que HOGAR no ha cumplido con sus obligaciones con respecto a las instalaciones térmicas del edificio, ya que la falta de uniformidad de calor puede encajar dentro de una inapropiación de las instalaciones técnicas y dentro de un incumplimiento de la obligación de proporcionar instalaciones que permitan un uso de energía de manera eficiente, ya que los propietarios acabarán haciendo más uso del sistema de calefacción porque el mismo sistema no estará proporcionando las soluciones adecuadas.

Por otro lado, los propietarios han descubierto desperfectos en cuanto a la alineación de las baldosas de las cocinas. Pues bien, este supuesto no podrá ser calificado de daño material ya que, como hemos expuesto anteriormente, (i) el desperfecto en sí no afecta a la estructura y estabilidad del edificio y (ii) el desperfecto no incumple con ninguno de los principios básicos

de habitabilidad establecidos en la LOE y en el CTE. Por esa razón, la Aseguradora no responderá por esta contingencia. No obstante, esto no implica que el propietario no pueda reclamarle a HOGAR una indemnización por el desperfecto. Ahora bien, difícilmente nos encontraremos ante un supuesto de responsabilidad civil contractual (**RC Contractual**) ni de RC Extracontractual, ya que no se cumpliría el principio de indemnidad (difícilmente la mala alineación de unas baldosas en la cocina puede considerarse un daño relevante, aunque habrá que estar al caso). Por tanto, la reclamación a HOGAR deberá introducirse por vía contractual. Así, será necesario que el contrato establezca unos mínimos de calidad o estética de las viviendas, y que estos mínimos se hayan visto incumplidos.

Por último, los nuevos propietarios han encontrado otro desperfecto relativo a la falta de aislamiento acústico mínimo. En este sentido, el artículo 14 CTE establece que *“El objetivo de este requisito básico consiste en limitar dentro de los edificios, y en condiciones normales de utilización, el riesgo de molestias o enfermedades que el ruido pueda producir a los usuarios, como consecuencia de las características de su proyecto, construcción, uso y mantenimiento. Para satisfacer este objetivo, los edificios se proyectarán, construirán, utilizarán y mantendrán de tal forma que los elementos constructivos que conforman sus recintos tengan unas características acústicas adecuadas para reducir la transmisión del ruido aéreo, del ruido de impactos y del ruido y vibraciones de las instalaciones propias del edificio, y para limitar el ruido reverberante de los recintos.”*

De este artículo se desprende la obligación de que HOGAR asegure unos servicios mínimos de aislamiento acústico, si bien más referido al aislamiento del ruido ajeno al vecindario. Por otro lado, el segundo apartado del artículo 3.1 c) LOE establece que el promotor deberá asegurarse de cumplir con el siguiente requisito de habitabilidad: *“Protección contra el ruido, de tal forma que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades”*. De este precepto se deduce el incumplimiento por parte de HOGAR de sus obligaciones como promotor del inmueble, por lo que la aseguradora deberá cumplir el daño material causado a los nuevos propietarios.

No obstante todo lo anterior, en cada uno de los supuestos habrá que atender al resultado del informe pericial, realizado por tercero independiente, que podrá demostrar la gravedad del daño, su causa y sus consecuencias.

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

La LOE establece un régimen de responsabilidad propio en el que incurrirán los promotores en caso de que se produzcan daños materiales en el edificio. De esta forma, un incumplimiento en materia de edificación de vivienda podrá dar lugar, de forma independiente, a (i) responsabilidad propia de la LOE, consistente en (a) RC Contractual y (b) RC Extracontractual; y (ii) a responsabilidad derivada de incumplimiento de la legislación relativa a la defensa de los consumidores y usuarios.

Analizando el régimen de responsabilidad propio de la LOE (i), comprobamos que responderán los agentes intervinientes en la construcción de un edificio de los daños causados en los mismos a propietarios o a terceros adquirentes. Este sistema diferencia entre (a) los vicios o defectos estructurales, que comprometen la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio; (b) los vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que conlleven una ruina funcional (es decir, que ocasionen un incumplimiento de los requisitos de habitabilidad); y (c) los vicios o defectos de ejecución que afecten al acabado de las obras a la vista.

En cuanto a qué agentes de la obra serán considerados responsables, destacamos que el principio general es que la responsabilidad sea del promotor (HOGAR). Aun así, establece el 17.3 LOE que *“no obstante, cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente.”* Ahora bien, ¿quiénes serán considerados agentes intervinientes en la obra? El artículo 17.1 LOE establece que responderán por estos daños (i) el promotor (HOGAR), (ii) el constructor (LADRILLO), (iii) el suministrador de producto – SINFRIO – cuando el defecto se deba a una deficiencia en su suministro (como en el caso de la calefacción); (iv) el director de la obra – el Arquitecto – quien responderá de la veracidad del certificado final de obra que éste haya suscrito; (v) el director de la ejecución de la obra – el Arquitecto Técnico – que responderá de la veracidad de el certificaco final de obra que él haya suscrito; y (vi) el Organismo de control técnico (OCT).

Ya se ha establecido en apartados anteriores los plazos de prescripción para la acción de reclamación de daños y perjuicios por RC Contractual y por RC Extracontractual (5 años y 1 año, respectivamente). Ahora bien, la LOE establece un plazo de dos años para ejercer la acción desde que se produce el daño derivado del vicio o defecto de la vivienda (artículo 18.1 LOE).

4. Cinco años después de la terminación de la obra empiezan a aparecer los siguientes daños y defectos ruinógenos del edificio, cuya causa determina un Perito Técnico contratado por la comunidad de propietarios.

- a. Grietas en la fachada del edificio y en algunas viviendas, causada por una deficiente cimentación, ya que la solución adoptada en el proyecto no era adecuada a las características del terreno.**
- b. Humedades en los techos de los pisos áticos, causada por una deficiente ejecución de la impermeabilización de la cubierta.**

4.1 Valorar la cobertura de dichos desperfectos 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.

Como se exponía en el apartado 3. anterior, el seguro decenal es una póliza que cubre, durante diez años (de ahí el término *decenal*) los daños materiales sobre la solidez y estabilidad de una vivienda, que puedan ocasionarse en las viviendas recién construidas. De la literalidad del artículo comprobamos que serán requisitos esenciales (i) que no hayan transcurrido diez años desde la construcción del edificio; (ii) que los vicios se relacionen con elementos estructurales del edificio (vigas, muros de carga...) y (iii) que los defectos comprometan la estabilidad del edificio.

Así, al igual que en el apartado 3. anterior, comprobamos que el primer requisito será comprobar que la póliza decenal sigue en vigor. Como los daños se descubren 5 años después de la entrada en vigor de dicha póliza, siempre que se cumplan los requisitos de culpa por parte del Asegurado, la póliza cubrirá el siniestro.

Seguidamente, pasamos a analizar los desperfectos. Para empezar, una deficiente cimentación ha provocado grietas en la fachada del edificio y en algunas paredes de viviendas. Se trata, por tanto, de un elemento básico del edificio (las paredes externas) que, a priori, no parece que pueda alterar a la estabilidad del edificio pero que posiblemente vaya aumentando. Es decir, nos encontramos ante un elemento estructural que efectivamente se encuentra dañado. Ahora bien, la LOE establece como requisito indispensable que el defecto comprometa *directamente* a la capacidad de resistencia y a la estabilidad del edificio. Por lo que parece, todavía no se trata de un defecto que pueda generar estas consecuencias, aunque siempre será necesario contar con un informe pericial al efecto. Aun así, parece que

por ahora no podrá ser considerado un daño material en el edificio y, por tanto, no será cubierto por la póliza decenal.

Por otro lado, han aparecido humedades en los techos de los áticos causadas por una deficiente impermeabilización de las cubiertas. Igual que en todos los casos anteriores, la forma más precisa de determinar si la Aseguradora debe cubrir el daño es a través del informe pericial. No obstante, atendiendo a lo dispuesto en la LOE y en el CTE podemos determinar que existe una exigencia básica de protección frente a la humedad mediante la cual se determina que el riesgo de presencia inadecuada de agua o humedad en el interior del edificio deberá ser limitado a través de la disposición de medios que impidan la penetración de agua procedente del exterior o, en su caso, medios que permitan la evacuación sin producirse daños. Aun faltando el informe pericial correspondiente, en el que se determine la gravedad y los efectos de estas humedades, parece claro que, siempre que se trate de humedades de cierta envergadura, nos encontramos ante un incumplimiento de las exigencias básicas de habitabilidad, por lo que la Aseguradora deberá responder de este daño.

No obstante lo expuesto en el presente apartado y en el anterior, la Aseguradora cuenta con una acción de subrogación que podrá ejercer una vez pagada la indemnización al perjudicado. Así lo establece el artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (“LCS”), al determinar que la Aseguradora podrá ejercitar las acciones que le correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del siniestro que haya dado lugar al pago de indemnización por parte de la Aseguradora. Por tanto, podrá accionar contra el causante material del perjuicio (por ejemplo, contra SINFRIO en el caso de la calefacción o contra LADRILLO en el supuesto de las humedades).

El plazo de prescripción de la acción subrogatoria comienza el día en que el asegurado – HOGAR – tuvo conocimiento del siniestro. La razón de este *dies a quo* se justifica en la misma esencia de la acción: al subrogarse la Aseguradora en la posición del asegurado, se sustituye a éste en su posición como responsable del daño.

4.2 Determinar qué agentes son responsables de los daños. Analizar el tipo de acción frente a cada uno de los agentes responsables así como el plazo de prescripción y/o de caducidad.

Debemos volver al régimen de atribución de responsabilidades del artículo 17 de la LOE, ya desarrollado en el punto 3.2.

Para empezar, en relación con las grietas de la fachada podemos comprobar que la causa de estas grietas fue la deficiente cimentación debido a una propuesta en el proyecto inadecuada. Así, podemos comprobar que el Arquitecto, encargado de la redacción y dirección del proyecto, sería el responsable directo de los daños materiales causados por las grietas en la fachada. Aunque las grietas aparezcan dentro del periodo de garantía de 10 años, hemos concluido en el apartado 4.1 anterior que estos daños no serán suficientes para que un juez los califique de daños materiales que puedan afectar a la estabilidad del edificio. Por tanto, ni el Arquitecto ni HOGAR deberán responder.

Por otro lado, las humedades se deben a una incorrecta impermeabilización de la cubierta. Dicha impermeabilización parece responsabilidad de LADRILLO como constructor de la Obra, si bien éste podrá defender que su fallo se basó en unas malas instrucciones en la ejecución de la obra por parte del Arquitecto Técnico, o incluso una redacción deficiente del proyecto por parte del Arquitecto. No obstante, parece que, a priori y en función de lo que determinase el perito contratado, el responsable material de los daños sería la constructora LADRILLO. La Comunidad de Propietarios deberá, por tanto, interponer una acción de responsabilidad civil de reclamación de daños y perjuicios contra LADRILLO.

Como establece el artículo 17.1b) LOE, los daños causados en el edificio por vicios que afecten a elementos constructivos que ocasionen incumplimiento de los requisitos de habitabilidad contarán con un plazo de tres años desde la fecha de recepción de la obra. Por desgracia, como el *dies a quo* comienza en la fecha de la recepción de la obra y no en la fecha de adquisición por parte de cada propietario de la vivienda, esta acción ya ha prescrito y, por tanto, los agentes no serán responsables bajo lo establecido en la LOE.

- 5. HOGAR, S.L. contacta con REAL ESTATE VENTURES, S.C.R. con el fin de solicitar un préstamo inmobiliario por valor de 12 millones de euros. Este último prepara un borrador de *term sheet* en el que expresa que está dispuesto a conceder la financiación solicitada con un plazo de amortización de diez años, la exclusión del 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 las prácticas del mercado.**

5.1 ¿Es REAL ESTATE VENTURES, S.C.R. una entidad habilitada para la intermediación de contratos de intermediación inmobiliarios?

Para abordar esta cuestión, deberemos determinar si REAL ESTATE VENTURES, S.C.R. (“**RE Ventures**”) está autorizada para la concesión de créditos, de conformidad con la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo (“**Ley Capital Riesgo**”).

El artículo 10.2 de la Ley Capital Riesgo establece que serán sociedades de capital riesgo aquellas entidades de inversión colectiva que obtienen capital de una pluralidad de inversores mediante una actividad comercial, con la finalidad de generar ganancias para los inversores. Así, las sociedades o entidades de capital riesgo solo podrán desarrollar actividades que se encuentren expresamente recogidas en la Ley de Capital Riesgo.

El artículo 10 también establece que *“para el desarrollo de su objeto social principal, las ECR podrán conceder préstamos participativos, así como otras formas de financiación, en este último caso, y sin perjuicio de lo previsto para las ECR-Pyme, únicamente para sociedades participadas que formen parte del coeficiente obligatorio de inversión. Asimismo, podrán realizar actividades de asesoramiento dirigidas a las empresas que constituyan el objeto principal de inversión de las ECR según el artículo anterior, estén o no participadas por las propias ECR. En el caso de los FCR, las actividades anteriores serán realizadas por las sociedades gestoras. En el caso de las SCR, podrán ser realizadas por ellas mismas o bien, en su caso, por sus sociedades gestoras “.*

De la literalidad del artículo se puede deducir que las sociedades de capital riesgo no pueden tener por objeto social, menos con la pequeña excepción de las sociedades participadas que cumplan unos requisitos mínimo, la concesión de préstamos. Además, el mismo artículo 10 establece que estas sociedades solo podrán ejercer las actividades que a las que la Ley de Capital Riesgo expresamente les autorice, y la concesión de préstamos a terceros no es una de ellas.

Como solución alternativa, se podría constituir una sociedad vehículo (“**SPV**”), participada en su totalidad por RE Venturs y HOGAR, para que la sociedad de capital riesgo pudiese concederle un crédito a la SPV y que así HOGAR finalmente pudiese recibir los fondos.

5.2 ¿Se ajustan a la legalidad los términos y condiciones expresados en el *term sheet*?

A través del *Term Sheet* (Acuerdo de intenciones) se establecen las intenciones y condiciones de un futuro negocio jurídico, así como otras cláusulas genéricas de confidencialidad para

proteger la información confidencial que se haya compartido en las negociaciones. Jurisprudencialmente, ha llegado a ser considerado un contrato autónomo cuando en este documento se han incluido suficientes elementos esenciales como para determinar su autonomía (causa, objeto y precio).

Pasamos a analizar el contenido de las cláusulas. Para empezar, se prevé un plazo de amortización del préstamo de 10 años, tras la finalización de los cuales no debería quedar deuda remanente por pagar. Estos plazos de amortización suelen responder a las previsiones financieras y de liquidez que se tengan sobre la sociedad financiada, pero más allá del punto de vista financiero no existirá mayor limitación. Por tanto, rige el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

En segundo lugar, la exclusión del periodo de carencia implica no conceder un aplazamiento en el pago en los primeros meses u años del préstamo. Aunque el periodo de carencia sea una cláusula o principio habitual en estos contratos, para ayudar al prestamista a recuperar su inversión, no existe limitación legal a su exclusión más allá de poder ser considerada, improbablemente, una cláusula abusiva.

En cuanto al tipo deudor fijo por un plazo de seis años, esta cláusula fija un interés estable durante el periodo mencionado. Por tanto, no se ve sujeto a ningún otro parámetro (como podría ocurrir en el tipo de interés variable referenciado al EURIBOR). Tanto la utilización del tipo de interés fijo como la del tipo de interés variable son muy comunes y no contravienen ninguna ley. No obstante, habrá que analizar el mercado financiero para determinar si la imposición de un tipo de interés del 6% es excesivamente elevada – constituyendo una cláusula abusiva en el eventual contrato – o no.

En relación a la dación en pago del 85% de la deuda, la legislación española prohíbe expresamente la transmisión de la propiedad sobre una cosa en compensación de una deuda, ya que se prohíbe el pacto comisorio. De esta forma se evita que el acreedor pignoraticio haga suya el bien entregado en garantía. Por esta razón, la inclusión de esta cláusula en el *Term Sheet*, y sobre todo en el contrato de financiación final, contravendría la ley. Por tanto, tanto en el *Term Sheet* como en el contrato final esta cláusula deberá ser eliminada.

Por último, el *Term sheet* incluye una disposición relativa a la exclusión del pacto de vencimiento anticipado, de forma que se impide que el acreedor pueda dar por resuelto el contrato. Habrá que distinguir entre la exclusión de la posibilidad de vencimiento anticipado de forma voluntaria y aquella que surja del incumplimiento. La exclusión de la primera, aunque

no sea recomendable, es legítima y posible, mientras que la exclusión del vencimiento anticipado por incumplimiento no, por contrariar lo establecido en el CC.

5.3 ¿Qué tipo de garantías representarían un paquete de garantías adecuado a la práctica del mercado?

Para empezar, el paquete de garantías deberá ajustarse a las propiedades de HOGAR y de su capital, de forma que deberá tenerse en cuenta, desde un punto de vista financiero, las posibilidades de autofinanciación, los flujos de caja, su plan de negocios y, sobretodo, la facilidad de ejecución de sus activos.

Diferenciamos entre (a) garantías personales y (b) garantías reales. Mientras en las primeras el prestatario o un tercero compromete fondos o patrimonio para que estos se utilicen en caso de impago, las garantías reales son usualmente más utilizadas en el mercado. Mediante estas garantías, se entrega un bien en caso de incumplimiento de la obligación de pago. Típicamente, la garantía por excelencia en el mercado del crédito y en el mercado inmobiliario es la hipoteca, mediante la cual se concede al titular del crédito un derecho a la realización del bien hipotecado. De esta forma, en caso de incumplimiento por parte del deudor se procederá a la satisfacción del derecho del acreedor a la realización del bien.

Por consiguiente, lo más recomendable sería que constituyesen, por un lado, una garantía personal de aval en caso de que alguna empresa del grupo societario de HOGAR pudiese financiarla, y una garantía de hipoteca sobre bienes inmuebles propiedad de HOGAR.

ANEXO I - GLOSARIO DE TÉRMINOS

“Accidente de Trabajo”	significa el accidente sufrido por el trabajador de SINFRIO en el marco de sus funciones como empleado, por el cual se precipita al vacío y se rompe la cadera y la rótula derecha.
“Arquitecto”	significa el arquitecto encargado de la redacción del Proyecto y la Dirección de la Obra, D. Eugenio Vinci.
“Arquitecto Técnico”	significa el arquitecto técnico encargado de la dirección de la ejecución de la Obra y de la redacción del plan de seguridad, D. Armand Casero.
“Aseguradora”	significa la entidad encargada de asegurar los daños materiales que se deriven de la construcción del edificio.
“CC”	significa el Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se aprueba el Código Civil español.
“CTE”	significa el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de Edificación.
“HOGAR”	significa la empresa dedicada a la promoción y venta de inmuebles, HOGAR, S.L.
“LADRILLO”	significa la empresa constructora LADRILLO, S.L.

“LCS”	significa la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
“Ley Capital Riesgo”	significa la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo.
“Ley de Prevención de RL”	significa la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
“LOE”	significa Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.
“Obra”	significa el proceso de construcción de 20 pisos destinados a uso residencial en Madrid, para el cual se suscriben todos los contratos.
“OCT”	significa el Organismo de Control Técnico, encargado de la elaboración de riesgos exigidos por la aseguradora.
“RC Contractual”	significa la responsabilidad civil recogida en el artículo 1101 CC.
“RC Extracontractual”	significa la responsabilidad civil recogida en el artículo 1902 CC.
“RE Ventures”	Significa Real Estate Ventures, s.c.r.
“SINFRIO”	significa la empresa SINFRIO, S.L., encargada de la instalación de la calefacción en los inmuebles parte de la Obra.
“SPV”	Significa la sociedad vehículo constituida por RE Ventures y HOGAR.