



COMILLAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO FIN DE MÁSTER

CASO PRÁCTICO EMPRESA

MÁSTER EN DERECHO DE EMPRESA

Paula López García

PRIMERA PREGUNTA

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

En principio, el responsable directo del daño causado al peatón es el trabajador, puesto que no observó las medidas de seguridad y diligencia esperadas en la ejecución de su labor, causando la rotura de clavícula del peatón. No obstante, la empresa contratista, esto es, LADRILLO S.L., deberá responder frente a los daños y perjuicios que sus empleados puedan ocasionar como consecuencia de una actividad encomendada por la empresa para la que trabaja.

Ello se debe a que en estos supuestos es de aplicación la llamada responsabilidad extracontractual por hecho ajeno, regulada en el artículo 1903 del Código Civil (en adelante, “CC”). Esta figura determina que, en determinadas situaciones, es obligatorio reparar el daño por los actos y omisiones realizados por aquellas personas con las que exista una relación jerárquica o de dependencia, como la que se da entre LADRILLO S.L. (en su calidad de empresario) y el trabajador causante del daño.

En este sentido, el Tribunal Supremo viene determinando (vid., entre otras, STS Rec. 165/1993 de 6 de junio de 1997) que la responsabilidad del empresario viene determinada por el incumplimiento de los deberes de vigilancia a las personas y a las cosas que están bajo a su dependencia, debiendo emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos.

Además, también se precisa que los daños causados por sus empleados se produzcan como consecuencia de las tareas encomendadas en el ejercicio de su cargo (vid., entre otras, SAP Albacete nº 44/2013 de 7 de marzo de 2013)

Por tanto, solo si LADRILLO S.L demuestra que ha aplicado la diligencia debida en ambos cometidos, podrá eximirse de la responsabilidad que se le imputa. Por el contrario, si se demuestra que el accidente del impacto del martillo se debió a que, por ejemplo, se incumplieron los estándares de seguridad del andamio o porque se debió vigilar que para el desempeño de la tarea que se estaba practicando se debía vigilar que no estuviera pasando nadie por la calle, el contratista deberá responder por el daño ocasionado.

En conclusión, LADRILLO S.L será responsable si; (i) existe una relación jerárquica; (ii) el daño deriva de una tarea asignada y (iii) la vigilancia fue insuficiente.

Por otro lado, también le podría ser exigible responsabilidad al arquitecto técnico Armand Casero en su condición de Redactor del plan de seguridad de la obra y coordinador de Seguridad y Salud en el Trabajo. A pesar de que este plan va dirigido a la seguridad y salud de los trabajadores, se le podría trasladar la responsabilidad frente al peatón si se prueba que la caída del martillo tuvo su causa en alguna deficiencia en la redacción del plan o en la coordinación de la seguridad.

En cuanto al promotor, en su condición de propietario de la obra, también podría exigírsele responsabilidad ya que fue el que encargó la obra al contratista. Sin embargo, probar el nexo causal entre su acción culposa o negligente y el daño efectuado es bastante complicado, teniendo en cuenta que para este caso, la ley no establece un régimen de responsabilidad objetiva o solidaria por daños producidos a terceros en ejecución de la obra. En consecuencia, la teoría subjetivista del CC exige la prueba de todos los elementos de la responsabilidad civil para poder exigírse responsabilidad.

En todo caso, resulta conveniente saber exactamente las circunstancias de la caída, así como si pudo existir concurrencia de culpas o culpa exclusiva de la víctima. Ello implicaría una atenuación de la responsabilidad o incluso una exención, para el caso de que, por ejemplo, el peatón no debía haber pasado por la obra por existir una señalización que advertía del peligro.

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

En cuanto a la acción ejercitable, debemos acudir al art. 1902 del CC donde se regula la responsabilidad civil extracontractual: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*.

Esto es así puesto que en la ocurrencia del daño provocado por la acción u omisión culpable o negligente, la persona que ha sufrido el daño no está vinculada contractualmente con los responsables del mismo. Dicho de otro modo, la responsabilidad civil extracontractual sería toda aquella que no nace como consecuencia de la existencia,

el cumplimiento o el incumplimiento de ningún contrato existente entre la parte causante de un daño y la parte que padece ese daño.

A la luz del caso, el peatón no era un trabajador de la obra, ni ninguna otra persona que está vinculada por contrato a cualquiera de los agentes intervinientes y, por tanto, no ha mediado incumplimiento de obligación alguna.

En cuanto al plazo de prescripción de esta acción, el art. 1968.2 CC lo establece en un año. Ahora bien, para determinar el inicio del *dies a quo* se han de tener en cuenta los artículos 1969 y 1968.2 CC.

El art. 1969 CC señala que “*El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*”. Así, y de conformidad con este precepto, el cómputo empieza una vez que el daño se ha manifestado y se puede valorar (no empieza hasta que tengamos claro el daño y se haya manifestado de tal manera que podamos valorarlo) aunque se manifieste varios años después del hecho dañoso. A la vista de lo anterior, la doctrina jurisprudencial es clara: no empieza hasta que se está en condiciones de evaluar el daño. Lo anterior se aplica en todo caso pero, en sede de responsabilidad extracontractual, hay que tener en cuenta además el 1968.2: “*...desde que lo supo el agraviado*”.

Esta regulación ha llevado a múltiples interpretaciones y discusiones en el caso de reclamación por lesiones y daños personales como es la rotura de clavícula del peatón, puesto que puede entenderse que el perjudicado supo de su lesión el mismo día de su lesión, pero, por otro lado, es posible que no conozca el alcance total de sus lesiones hasta bastante tiempo después. Finalmente, la Jurisprudencia se ha ido decantando con el tiempo, para el caso de lesiones, por considerar que el plazo de prescripción de la acción empieza a contar desde que el perjudicado conoce el total alcance de sus lesiones, pues es en este momento cuando pueden conocerse las consecuencias del hecho de una forma completa, así como cuantificarse debidamente la indemnización que dicha persona puede reclamar (vid., entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1998, 22 de marzo de 1985, 21 de abril de 1986, 2 de julio de 2002, 28 de enero de 2004)

Ahora bien, al tratarse de un plazo de prescripción, este puede ser interrumpido por el perjudicado mediante un requerimiento fehaciente a los responsables, reanudándose el cómputo de un año tras dicha reclamación.

Por último, en cuanto al cálculo de la indemnización que podría exigir el perjudicado, será preciso atender al baremo de tráfico contenido en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, recientemente reformado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Ello se debe a que, a pesar de que este baremo está previsto para accidentes de circulación, ante la dificultad de valorar las lesiones causadas por supuestos como el presente, la jurisprudencia viene aplicándolo para el cálculo de indemnizaciones de carácter corporal sin que se aplique otro método de valoración, salvo que la parte que lo alega, justifique y pruebe que, para ese caso concreto, la valoración del daño se ha de realizar conforme a otros parámetros.

SEGUNDA PREGUNTA

3. 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”

Dado que el accidente del trabajador de la empresa SINFRIO se produce en el marco de una obra de construcción, se habrá de atender a la normativa específica de prevención de riesgos laborales contenida en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción (en adelante, “Real Decreto”), así como en el convenio colectivo que resulte de aplicación para este concreto sector.

Antes de especificar el régimen de responsabilidad de cada agente interviniente, es preciso mencionar que la normativa de prevención de riesgos en general y la específica de este sector (por tratarse de una actividad con mayores peligros para los trabajadores) imponen una serie de obligaciones y deberes a cargo de los responsables de la obra que, de incumplirse, podrían generar responsabilidades de toda índole como administrativa, civil e incluso penal.

A. HOGAR S.L (Promotor)

HOGAR podría ser responsable solidario del accidente del trabajador si no cumple con las principales obligaciones que se le imponen en materia de seguridad laboral.

Están son las siguientes:

- Designar a un coordinador en materia de seguridad y de salud durante la elaboración del proyecto de obra. Si no hay proyecto (es decir, cuando no hay proyecto de obra mayor, como ocurre en una reforma) no sería necesario este coordinador.
- Cuando en la ejecución de la obra intervenga más de una empresa (o más de un autónomo), el promotor, antes del inicio de los trabajos o tan pronto como se constate dicha circunstancia, designará un coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra.
- El promotor también debe velar por que el contratista que vaya a realizar las obras, presente la comunicación de apertura de centro de trabajo correspondiente. Se trata de un documento que acredita que el lugar donde se está realizando la obra es un centro de trabajo, donde se van a realizar determinadas actividades que entrañan determinados riesgos, indicando la empresa o empresas que se encargarán de trabajar en este lugar durante el periodo de tiempo que sea necesario. Así, si ocurre un accidente, el contratista que ha solicitado la apertura de un centro de trabajo (su “oficina” durante un tiempo) es el responsable.

En el presente caso, el promotor sí que ha designado un coordinador en materia de seguridad y salud (Armand Casero) por lo que, en principio, no deberá responder por el accidente del trabajador que cayó del andamio por un mareo. Sin embargo, si no se ha presentado la referida comunicación, el promotor podría ser responsable por el accidente en cuestión.

B. EUGENIO VINCI (Arquitecto redactor del Proyecto y director de la obra)

En principio, Eugenio no tendría que responder por el accidente del obrero. En este sentido, existe un sujeto designado para velar por la integridad de los trabajadores de la obra (Armand Casero) en su condición de coordinador de seguridad y salud encargado de adoptar todas las medidas de seguridad, y velar por su cumplimiento. No obstante, todos los agentes intervinientes en el proceso constructivo deben velar por el cumplimiento de las medidas de prevención y, por tanto, si incumple alguna de

ellas en ejecución de sus funciones, contribuyendo al accidente, podrá exigírsele responsabilidad.

C. ARMAND CASERO (Arquitecto técnico y redactor y coordinador del plan de seguridad de la obra)

Armand sería uno de los principales responsables del accidente acaecido puesto que él es el encargado de redactar el Plan de seguridad de la obra y de coordinar la Seguridad y Salud en el Trabajo, así como el arquitecto técnico.

El art.9 del Real Decreto establece las funciones del coordinador en materia de seguridad y salud entre las que podemos destacar las siguientes:

- Facilitar en obra el libro de incidencias, donde se anotarán (por parte tanto del coordinador como de la dirección facultativa) advertencias u observaciones relacionadas con la seguridad y salud de los trabajadores en la obra. Toda anotación realizada se informará al contratista y al representante de los trabajadores.
- En todo caso, incluso cuando se ha designado a un coordinador, el arquitecto director de obra debe cumplir con estas responsabilidades si el coordinador de seguridad y salud designado no lo hace (esto es lo que se ha señalado en el apartado anterior).
- Adoptar las medidas necesarias para que solo las personas autorizadas puedan acceder a la obra.
- Remitir en 24 horas a la Inspección de Trabajo, las anotaciones efectuadas en el libro de incidencias referidas a advertencias u observaciones ya anotadas anteriormente en dicho libro.
- Paralizar las obras parcial o totalmente en caso de riesgo inminente o grave para la seguridad (ya sea el coordinador de seguridad y salud o la dirección facultativa), notificando a Inspección de Trabajo, Seguridad Social, Contratista y al representante de los trabajadores.

A la luz de lo expuesto, como indicó el inspector de trabajo, el accidente podría haberse evitado si en el plan de seguridad redactado hubiera previsto medidas preventivas ante el riesgo de caída de altura. En consecuencia, Armand Casero, al no

haber previsto esta concreta medida, ha incurrido en responsabilidad por el accidente del obrero.

D. LADRILLO S.L (Contratista)

Como encargado de la ejecución material de la obra, aportando medios materiales y humanos necesarios para llevarla a término, tiene que cumplir las medidas previstas en el art. 11 del Real Decreto:

- Aplicar los principios de la acción preventiva que se recogen en el artículo 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en particular al desarrollar las tareas o actividades indicadas en el artículo 10 del presente Real Decreto.
- Cumplir y hacer cumplir a su personal lo establecido en el plan de seguridad y salud al que se refiere el artículo 7.
- Cumplir la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, teniendo en cuenta, en su caso, las obligaciones sobre coordinación de actividades empresariales previstas en el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, así como cumplir las disposiciones mínimas establecidas en el anexo IV del presente Real Decreto, durante la ejecución de la obra.
- Informar y proporcionar las instrucciones adecuadas a los trabajadores autónomos sobre todas las medidas que hayan de adoptarse en lo que se refiere a su seguridad y salud en la obra.
- Atender las indicaciones y cumplir las instrucciones del coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra o, en su caso, de la dirección facultativa.

Por tanto, si el contratista no ha cumplido con las obligaciones previstas en el plan o si, por ejemplo no las comunicó a los trabajadores, deberá responder del accidente del trabajador. Ahora bien, si el accidente trae en su causa por la falta de contemplación de esta medida en el Plan de Seguridad y se demuestra que el contratista cumplió con todas las obligaciones que sobre prevención se le imponen, podría verse exonerado de responsabilidad. No obstante, demostrar lo contrario resulta muy difícil y la carga probatoria corresponderá a este agente ya que existe un informe de la inspección de trabajo desfavorable. Es decir, la responsabilidad empresarial se dará cuando exista un nexo causal entre el siniestro y la conducta pasiva del empleador que se puede ver

materializada con la omisión de medidas de seguridad. De igual forma, se excluye cuando la producción del evento acontece de manera fortuita, de forma imprevista o imprevisible.

En todo caso, el contratista y el subcontratista responderán solidariamente de las consecuencias que se deriven del incumplimiento de las medidas previstas en el plan.

Finalmente es oportuno mencionar la responsabilidad en la que también incurrirían LADRILLO Y SINFRIO, en el caso de que no estuvieran inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas, tal y como exige el art. 4 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.

E. SINFRIO S.L. (Subcontratista)

Al igual que LADRILLO, SINFRIO debe de cumplir con las mismas normas de prevención de riesgos laborales del art.11 del Real Decreto como son las medidas de cumplimiento del plan elaborado por Armand Casero, trasladar su cumplimiento a los trabajadores etc. Por tanto, le es reprochable la responsabilidad por el accidente de su trabajador en los mismo términos que al contratista.

A mayor abundamiento, su responsabilidad es todavía más directa si cabe puesto que es el empleador del trabajador accidentado y, en consecuencia, es el principal obligado y responsable de la seguridad y salud del obrero perjudicado por la inobservancia de las medidas de seguridad previstas en el plan.

F. OCT

Las funciones de este organismo radican en elaborar un informe sobre las cimentación y estructura de la obra, así como de la impermeabilización de fachadas, sótanos y cubiertas. Ello implica que el accidente del trabajador no entra en la esfera de su responsabilidad ya que la misión de este sujeto nada tiene que ver con la seguridad de la obra en relación con los riesgos.

En definitiva, OCT no será responsable de nada que no guarde relación con su cometido y, por ende, no deberá responder por el accidente del trabajador.

CONCLUSIÓN

En atención a los datos presentes podemos concluir que los principales responsables serán: Armand casero, en su condición de redactor y coordinador de las medidas de seguridad puesto que si no previó la medida concreta que hubiera evitado el accidente, será uno de los principales responsables; LADRILLO, en su condición de contratista y obligado a cumplir y ejecutar todas las medidas de prevención de riesgos laborales y SINFRIO, por ser empleador directo del trabajador accidentado y también obligado a cumplir y ejecutar todas las medidas de prevención de riesgos laborales.

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

Jurisdicción social

Ante la jurisdicción social deberán tramitarse las acciones de indemnización por accidente de trabajo, la de recargo de las prestaciones (dado que el accidente a ocurrido por una falta de contemplación de medidas de prevención específicas para alturas), así como la impugnación judicial del acta de la inspección de trabajo en la que se imponga una multa por dicho incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales.

En relación con la **acción de indemnización por el accidente**, el art. 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social (en adelante, LRJS) indica que será competente “*en relación con las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente*”. Además, el trabajador afectado deberá ejercitar la acción en el plazo máximo de 1, iniciándose el cómputo desde la estabilización de las secuelas y, en el caso de Incapacidad Permanente, cuando adquiere firmeza la resolución del INSS que definitivamente resuelve sobre las prestaciones de esta. Si esta resolución no es impugnada, el cómputo se inicia una vez transcurrido el plazo de 30 días establecido para formular la reclamación previa frente a dicha resolución (STS nº 589/2017 de 5 de julio de 2017 [Roj: STS 3163/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3163])

En cuanto al **recargo de las prestaciones** debemos de tener en cuenta que aunque su imposición provenga del INNS, el art. 2.o) LRJS señala que este orden será también competente para conocer “*en materia de prestaciones de Seguridad Social, incluidas la*

protección por desempleo y la protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, así como sobre la imputación de responsabilidades a empresarios o terceros respecto de las prestaciones de Seguridad Social en los casos legalmente establecidos [...]”

El recargo de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, viene establecido en el artículo 164 Real Decreto Legislativo 8/2015, de la Ley General de la Seguridad Social y supone el incremento de entre el 30% y el 50% de las prestaciones económicas en relación con el trabajador accidentado si dicho accidente de trabajo (o enfermedad profesional) se ha producido como consecuencia de una deficiente aplicación de las medidas de prevención de riesgos laborales. De esta forma, el trabajador pasa a ser beneficiado de una prestación económica de la Seguridad Social.

Para que un inspector laboral pueda determinar un recargo en las prestaciones se tienen que dar unos requisitos básicos:

1. Se debe producir un accidente de trabajo o una enfermedad profesional
2. Que la víctima tenga derecho a percibir prestaciones económicas por la seguridad social
3. Existencia de un incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales.
4. Relación causal entre la omisión de medidas de seguridad y el resultado lesivo
5. Que de dichas lesiones surja un derecho al cobro de algún tipo de prestación frente a la Seguridad Social.

En el presente caso, el inspector de trabajo a determinado que el accidente podría haberse evitado si se hubiera previsto una medida específica para el riesgo de las alturas. En su virtud, si de la lesión producida por el accidente surge el derecho a cobrar algún tipo de prestación, como incapacidad permanente, temporal, absoluta etc. se podría llegar a imponer este recargo de las prestaciones con cargo a la empresa subcontratista (SINFRIO) pudiendo extenderse la responsabilidad solidaria a la empresa principal (LADRILLO), si se cumplen una serie de presupuestos. Todo ello sobre la base del art. 164 de la LGSS y entre otras, la STS 842/2018 18 de septiembre de 2018 [Roj: STS 3454/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3454])

Por otro lado, el procedimiento para su aplicación tiene 2 vías: la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, o bien la solicitud directa por parte del trabajador.

- A instancia de la Inspección de Trabajo: este organismo, habiendo tenido constancia del accidente de trabajo, o de la enfermedad profesional, y habiendo levantado acta de sus actuaciones, si considera que se dan las circunstancias para que corresponda aplicar el recargo de prestaciones, **propondrá esta medida al Instituto Nacional de Seguridad Social, indicando por qué lo considera oportuno, y fijando el porcentaje, entre el 30% y el 50%**, que se deberá aplicar en función de la gravedad de infracción cometida por la empresa. En caso de disconformidad del empresario o empresarios sujetos a la obligación, deberán agotar la vía administrativa y, posteriormente acceder a la jurisdicción social mediante la correspondiente demanda.
- A instancias del trabajador afectado: deberá presentar la solicitud dentro del plazo de 5 años, y el INSS dispone de 135 días para resolver, según artículo 6.1 Real Decreto 1300/1995. En el caso de que se produzca la desestimación, se abre un nuevo plazo de 30 días, como indica el artículo 71.2 LRJS para que se presente reclamación previa ante el mismo organismo, que vuelve a tener otros 45 días. Si de nuevo deniega al trabajador el recargo de prestaciones, abre a éste la puerta a la vía judicial, ante la que deberá presentar demanda en un nuevo plazo de 30 días, artículo 71.6 LRJS.

Finalmente, en relación con **la posible sanción que derive del acta de infracción de la inspección de trabajo**, en el caso de disconformidad por el empleador, deberá agotar en primer lugar la vía administrativa y, posteriormente acudir al orden jurisdiccional social en virtud del art. 2.n) LRJS donde se señala que será competente este orden en *“En impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral recaídas en los procedimientos previstos en el apartado 3 del artículo 47 y en el apartado 7 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, así como las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical y, respecto de las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho*

Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional” Es decir, deberá seguirse el procedimiento para la impugnación del acta de infracción de la Inspección de Trabajo del art. 14 y ss. del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social y, en caso de verse desestimadas sus pretensiones tras agotar la vía administrativa, interponer demanda.

Jurisdicción Penal

El trabajador que sufre un accidente de trabajo tiene la opción de reclamar judicialmente ante el Juzgado de lo Social o ante el Juzgado de lo Penal.

Ahora bien, en virtud del principio de intervención mínima, sólo aquellas más graves son sancionadas por el derecho penal. En este sentido, el art. 316 del Código Penal (“CP”) señala que *“Los que, con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multas de seis a doce meses”*. Así mismo, el art. 317 CP indica que *“Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado”*.

Los documentos esenciales para determinar si la conducta del empresario es constitutiva de alguno de estos tipos delictivos son: El informe de la Inspección de Trabajo, la investigación del accidente realizada por los servicios de prevención y el informe de los servicios de seguridad laboral de la comunidad autónoma. En función de lo que se disponga en ellos y la entidad de las acciones u omisiones que sobre prevención de riesgos laborales haya cometido el empresario, se puede entender cometido el ilícito penal.

Así mismo, por medio de la responsabilidad civil del delito, se podrá obtener la correspondiente indemnización.

A modo de conclusión, solo conviene acudir a la jurisdicción penal en caso de que los hechos causantes del accidente revistan de especial gravedad, justificando la intervención de la normativa penal.

TERCERA PREGUNTA

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

La cobertura de la póliza decenal se limita a cubrir 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 (arts. 17. 1.a) y 19. 1. c) LOE)

Por tanto, se trata de vicios que recaen sobre elementos estructurales del edificio de nueva construcción (en caso de no ser de nueva construcción se aplicaría el régimen de vicios ocultos del Código Civil) siempre y cuando estén motivados por la propia construcción y no por reformas posteriores y comprometan la solidez y estabilidad de la vivienda. No basta, por tanto, con que haya daños en una viga, por ejemplo, sino que este desperfecto pueda suponer un riesgo real de desplome total o parcial del edificio. Este seguro garantiza la seguridad de los habitantes de las viviendas frente a los daños que tengan su origen en errores a la hora de construir la estructura o en problemas de asentamiento del suelo, que inciden en la cimentación.

En su virtud, los daños observados por los adquirentes de las viviendas no tienen encaje en este régimen de garantía decenal por tratarse de vicios que no afectan o comprometen la estabilidad del inmueble. No obstante, ello no implica que los agentes intervinientes no deban responder por ellos. En este sentido, la ley, en el art. 17.1 LOE establece un régimen de responsabilidad en función del vicio o defecto del que se trata con un régimen de garantía distinto a contar desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas.

- 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, sin embargo, no aplica a los defectos constatados por los compradores de las viviendas ya que no comprometen la estabilidad del edificio o su resistencia mecánica.
- 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.

Este último artículo entiende como requisitos de habitabilidad, entre otros, la 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, así como el ahorro de energía y aislamiento térmico, de tal forma que se consiga un uso racional de la energía necesaria para la adecuada utilización del edificio.

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.

- 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.

Por esta vía, se podrán reclamar 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.

6. 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.

Como se ha indicado, la póliza decenal no cubre los vicios constatados por los propietarios de las viviendas de nueva construcción. Por tanto, se deberá exigir la responsabilidad a cada uno de los agentes intervinientes, en función del grado de participación que hayan tenido en relación con el elemento afectado por el vicio advertido.

En este sentido, 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 su virtud, trataremos de individualizar la responsabilidad de cada agente interviniente. No obstante, si no fuera posible, la LOE señala que *“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”* (art. 17. 3 LOE).

Para valorar la responsabilidad de cada agente, se indicará el defecto y el grado de participación de cada uno en el mismo:

A. HOGAR S.L (Promotor)

Como se indica en el artículo 9 de la LOE 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.

A la luz de lo dispuesto en dicho precepto, el promotor no participa directamente en la edificación, sino que únicamente tiene un factor de toma de decisiones. Sin embargo, su intervención decisoria en el proceso edificatorio como profesional del mercado inmobiliario, así como la confianza razonablemente generada en los adquirentes sobre la idoneidad de una edificación son dos criterios que permiten su imputación. Ahora bien, de conformidad con el 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. Lo que significa que el perjudicado podrá dirigirse directamente contra el promotor para reclamar los daños producidos y obtener de él la reparación de los mismos (incluyendo la eventual indemnización), por los daños que deberían responder diversos agentes distintos al promotor.

Por tanto, a diferencia de lo que acontece con los demás «agentes de la edificación», la responsabilidad del promotor ex LOE no está vinculada al incumplimiento de sus obligaciones. En otros términos, el promotor (a diferencia de los demás «agentes de la edificación») no tiene un ámbito de riesgo propio.

En consecuencia, la única defensa del promotor frente a la reclamación por daños materiales en el edificio basada en la LOE cuando el demandante demuestre la existencia de defectos consiste en probar que los daños se han ocasionado por caso fortuito o fuerza mayor, por intervención de terceros o por el propio demandante.

En cuanto a la acción ejercitable 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. En este caso, por tratarse de un daño que afecta al sistema de aislamiento y ahorro energético.

Esta misma acción es de aplicación para el defecto de aislamiento acústico por incidir en un requisito de habitabilidad como es la protección del ruido.

En definitiva, ambas acciones tienen un plazo de garantía de tres años, es decir, solo se podrán reclamar este tipo de daños si aparecen durante los tres primeros años desde la recepción de la obra.

En relación con la falta de alineación de las baldosas, como se trata de un defecto que afecta al acabado de la obra, el plazo de garantía es de un año desde la recepción de la obra (art. 17.1. últ. Párrafo LOE). Si bien, aunque este tipo de vicios, en principio, sólo se atribuyen al contratista, es posible que esta responsabilidad anual puede afectar asimismo al promotor en su calidad de responsable solidario.

En todo caso, el plazo de prescripción de las acciones señaladas es de dos años a contar desde que se produzcan los daños (art. 18 LOE).

Finalmente, en cuanto a la viabilidad de la acción frente al promotor por estos daños, ya se ha advertido que en su calidad de “impulsor” de la obra, responde solidariamente por todos los vicios constructivos sin que sea necesario probar por parte de los adquirentes de las viviendas que se debe a negligencia o incumplimiento por parte del promotor. Existe una presunción de nexo causal, por lo que no se necesita probar que el daño se derive de la acción (u omisión) del promotor. La prueba de haberse producido el daño es suficiente para declarar la responsabilidad del promotor, con independencia de que éste haya cumplido sus obligaciones o de que se halle o no involucrado en la producción de tales daños. La única defensa del promotor frente a la reclamación por daños materiales en el edificio basada en la LOE cuando el demandante demuestre la existencia de defectos consiste en probar que los daños se han ocasionado por caso fortuito o fuerza mayor, por intervención de terceros o por el propio demandante.

Por todo lo expuesto, la viabilidad de ejercitar estas acciones frente al promotor tendría futuro, sin perjuicio de que el promotor llame al proceso a cualquier otro agente de la edificación para que participe en el procedimiento (intervención provocada de terceros art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil “LEC”)

B. EUGENIO VINCI (Arquitecto redactor del Proyecto y director de la obra)

Eugenio Vinci actúa tanto como proyectista como director de la obra. Ambas figuras vienen definidas en la LOE en sus artículos 10 y 12 de la LOE.

El proyectista es aquel agente que por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto. Mientras que el director de la obra es la persona que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto.

Como proyectista, el artículo 17.5. 2 LOE regula un supuesto específico de responsabilidad directa del proyectista frente al propietario perjudicado cuando el origen del daño causado en el edificio se encuentra en la actuación de otro profesional que, por

encargo de aquél, le provee información errónea que es aprovechada para elaborar el proyecto. Concretamente se indica que *“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”*. Así mismo, el artículo 17.7. 2º LOE señala que *“quien acepte la dirección de una obra cuyo proyecto no haya elaborado él mismo, asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto, sin perjuicio de la repetición que pudiere corresponderle frente al proyectista”*. En nuestro caso, el proyectista y director de la obra es la misma persona.

A raíz de lo expuesto, el proyectista sólo responderá si los defectos apreciados se deben a una falta de información o a un suministro de información errónea que fuera necesaria para la elaboración de los elementos afectados.

En el caso de que así fuera, los plazos de garantía son los mismos que los anunciados en el apartado 1, con un plazo de prescripción de 2 años desde que aparece el daño en cuestión.

En consecuencia, la viabilidad de la acción frente al arquitecto en su condición de proyectista por los defectos apreciados no está del todo clara. A la vista de los daños que se imputan, no parece que, en principio, se deba a un déficit de información ni a que esta haya sido errónea. Ahora bien, si se prueba que los defectos de aislamiento acústico y térmico tuvieron su origen en la redacción del proyecto porque, por ejemplo, no se tuvo en cuenta el grosor de los muros o que los canales de ventilación previstos no eran los pertinentes para la uniformidad del calor, el proyectista sería responsable directo. En lo que respecta a la falta de alineación de las baldosas, al tratarse de un defecto de acabado, la responsabilidad recaería sobre el ejecutor material de la obra. En todo caso, se necesitaría saber bien el porqué de los daños para poder llevar a cabo un análisis más exhaustivo de responsabilidad.

Por otro lado, en su condición de director de la obra, Eugenio deberá responder por los daños causados por vicios o defectos de mala dirección de obra o por utilizar materiales inadecuados, debiendo subsanar y comprobar que todo se realiza conforme al proyecto. De esta manera, si prueba que realizó la dirección conforme a las instrucciones dadas por

el promotor y de acuerdo con el proyecto, no deberá responder por ninguno de los tres elementos afectados.

C. ARMAND CASERO (Arquitecto técnico)

En su calidad de redactor del del Plan de seguridad de la obra y de Coordinación de Seguridad y Salud en el Trabajo, no se le podría imputar ningún tipo de responsabilidad ya que los defectos constructivos apreciados no tienen nada que ver con dicho plan puesto que este está orientado a la protección de la salud laboral de los obreros y no como garantía o responsabilidad para los futuros adquirientes de las vivienda.

Sin embargo, en su condición de director de ejecución de la obra, como aquel agente que, formando parte de la dirección facultativa, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado (art. 13.1 LOE), sí que podría exigírsele responsabilidad.

El director de la ejecución de la obra, al igual que el director de la obra, tiene funciones de control y supervisión pero de carácter más reforzado puesto que participa en mayor medida en la ejecución en sí puesto que el que día a día debe estar presente en la obra, controlando que todo vaya bien. Entre sus funciones se encuentran las siguientes:

- Visitar la obra para constatar que se sigue la planificación y verificar el estado de la ejecución.
- Hacer el seguimiento de los costes y analizar posibles desviaciones.
- Controlar los plazos de ejecución y de contratación.
- 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.
- Revisar las certificaciones de la empresa constructora, para que éstas sean correctas y la obra tenga en regla toda la documentación que exige la LOE (Ley de Ordenación de la Edificación) y el CTE.

- Elaborar y seguir el programa de control de calidad de los materiales de la obra en los diferentes procesos constructivos.

Por último y junto con el director de la obra (Eugenio), responden solidariamente por la veracidad y exactitud del certificado final de obra.

Por tanto, en cuanto a los vicios que afectan a los requisitos de habitabilidad (aislamiento acústico y el sistema de calefacción deficiente) el arquitecto técnico deberá responder si se demuestra que tales daños tienen su origen en la inadecuación de los materiales, en su mala calidad o en una deficiente técnica constructiva la responsabilidad. En definitiva, todo defecto constructivo vinculado a una deficiente ejecución material podría (y debería) ser atribuido al arquitecto técnico.

Por último y en relación con las baldosas, también podría imputársele la responsabilidad si se demuestra que proviene por la mala ejecución de la obra, aunque probablemente sea un defecto atribuible al constructor.

D. LADRILLO, S.L (Ejecución material de la obra)

Como constructor, asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato (art. 11 LOE). En su virtud, si no actúa conforme a los pactado y al proyecto realizado por el proyectista, podría exigírsele responsabilidad por el promotor en virtud del art. 1101 y ss. del Código Civil (CC).

Además de esta responsabilidad contractual, el constructor deberá responder frente a los adquirentes en virtud de la LOE. En este sentido, la LOE establece que deberá designar al jefe de obra y, por ello, el artículo 17.6 LOE establece que *“el constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos derivados de la impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidas al jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan”*

Por tanto, deberá responder por los defectos de aislamiento térmico si se prueba que el defecto en cuestión se debe a falta de impericia, capacidad, negligencia o incumplimiento

del jefe de obra o cualquiera de los obreros durante la realización de los muros que separan las casas.

En cuanto al defecto de aislamiento térmico, este es, en principio, imputable a la subcontrata. No obstante 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 (cuando este haya sido contratado por el constructor), sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar.

Finalmente, en cuanto a la falta de alineación de las baldosas, el art. 17.1. 4º LOE establece la responsabilidad objetiva del constructor de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año. En consecuencia, con independencia de si efectivamente o no tuvo culpa en la causación del daño, deberá responder por ello.

E. SINFRIO, S.L (Subcontrata de del sistema de calefacción)

Como encargado directo de la instalación del sistema de calefacción, deberá responder por los vicios del mismo. Ahora bien, al no tener la condición de agente de la edificación puesto que ha sido subcontratado por la constructora, la responsabilidad se le ha de exigir por otros medios: Por un lado, los adquirientes podrían exigirle responsabilidad por la vía del art. 1902 del CC (responsabilidad extracontractual), ajustándose al plazo de prescripción de 1 año. Por otro lado, tal y como se anunció en el apartado anterior, lo más conveniente sería exigirle la responsabilidad al constructor (como responsable directo de los vicios cometidos por la subcontrata) y que luego éste exija la responsabilidad a SINFRIO por la vía de la acción de repetición. En este supuesto, al afectar a un requisito de habitabilidad, el plazo de garantía es de tres años y el de prescripción de dos desde que se detecta tal vicio.

Finalmente, en cuanto a los otros dos vicios (falta de alineación de baldosas y aislamiento acústico), no tendrá que responder por ninguno de los mismos ya que no ha intervenido en la ejecución de ninguno de ellos.

CUARTA PREGUNTA

- 7. 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.**

El seguro decenal es un seguro de contratación obligatoria cuando se construyen edificios cuyo destino principal es la vivienda (Disposicional adicional segunda LOE). Este tiene por objeto *“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”* (art. 19.1.c) LOE).

En su virtud, la responsabilidad prevista para este tipo de vicios y daños que se imponen a los agentes del proceso de edificación del art. 17.1.a) LOE queda cubierta por la aseguradora contratada.

Para determinar qué vicios pueden estar cubiertos por la póliza decenal, conviene realizar un análisis de aquellos que han sido detectados.

A. GRIETAS EN LA FACHADA DEL EDIFICIO Y DE ALGUNAS VIVIENDAS.

El informe pericial solicitado por la Comunidad de Propietarios ha determinado que el origen de las grietas se debe a una deficiente cimentación por la inadecuada solución adoptada en el proyecto al no acomodarse a las características del terreno. Por tanto, al tratarse de un vicio que afecta directamente a la cimentación del edificio, en principio, estaría cubierto por la póliza decenal contratada.

No obstante es importante determinar que la garantía que cubre el supuesto de responsabilidad del art. 17.1.a) LOE requiere que el defecto comprometa la resistencia mecánica del edificio y su estabilidad, es decir, aquellos factores que inciden en la seguridad de la edificación. A modo de ejemplo, que los daños apreciados puedan suponer el derrumbe parcial o total del edificio.

Ahora bien, para determinar si los daños pueden comprometer la resistencia o estabilidad, se requerirá un informe pericial con un mayor grado de exhaustividad en el que se indique si esto puede ocurrir. En el caso de que así sea, las grietas quedarán cubiertas por la póliza decenal. En caso contrario, se habrá de acudir a otro medio de resarcimiento distinto.

B. HUMEDADES EN LOS TECHOS DE LOS PISOS ÁTICOS

Las humedades son daños que no afectan a los cimientos o cualquier otro elemento estructural comprometiendo la resistencia mecánica del edificio o a su estabilidad y, consecuentemente, no quedarán cubiertos por la póliza decenal. Además, el perito que ha realizado el informe técnico ha señalado que la causa de estas se ha debido a un defecto de ejecución. Sin embargo, en el caso de que tales humedades afectasen a elementos estructurales comprometiendo la resistencia y estabilidad, sí que estarían cubiertos por la póliza. A pesar de esta posibilidad, en la práctica, las humedades no suelen generar la responsabilidad cubierta por esta garantía.

Ahora bien, ello no implica que el agente causante de este vicio no deba responder por él, pero lo hará por el supuesto de responsabilidad del art. 17.1.b) LOE aunque no goza de la cobertura del seguro decenal contratado. En dicho supuesto se cubren 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 de la LOE.

ACCIÓN SUBROGATORIA Y PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

El artículo 43 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre de contrato de seguro (“LCS”) permite ejercitar al asegurador una vez pagada la correspondiente indemnización *“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”*

Así mismo, el art. 18.2 LOE señala que *“La acción de repetición que pudiese corresponder a cualquiera de los agentes que intervienen en el proceso de edificación contra los demás, o a los aseguradores contra ellos, prescribirá en el plazo de dos años desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los*

daños, o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial”.

Por tanto, a la luz de ambos preceptos la aseguradora podrá repetir frente al agente causante de los daños que se reprochan. Ahora bien, no podrá repetir contra el asegurado (en este caso parece ser el promotor HOGAR) salvo que en la concurrencia de los daños haya mediado dolo (el dolo nunca es asegurable).

En definitiva, la aseguradora podrá repetir contra el responsable el pago de la cuantía de la indemnización dada al tercero perjudicado en el plazo de dos años desde la firmeza de la resolución o desde el pago extrajudicial de la citada cantidad.

8. Determinar qué agentes son responsables de los daños.

Como se indicó en la tercera cuestión, la LOE señala que la responsabilidad civil sea exigida de 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 (art. 17.2 LOE). Solo para el caso de que no sea posible individualizar 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 (art. 17.3 LOE)

En el presente caso, parece posible individualizar la responsabilidad de cada vicio o daños detectado. En su virtud, los principales responsables por los vicios de grietas y humedades son los siguientes:

- Eugenio Vinci: Como responsable de la redacción del proyecto debería haber tenido en cuenta las circunstancias del terreno a la hora de elaborarlo. Como se indicó en el informe pericial, la solución proporcionada en el proyecto no era la adecuada y, en consecuencia, sean producido las grietas por la deficiente cimentación.
- Armand Casero: También podría verse sujeto a responsabilidad por el vicio de humedades ya que él es el director de ejecución de la obra y, por ello, debería haber estado pendiente de cómo se estaba ejecutando la impermeabilidad de la cubierta. Entre sus funciones está la de supervisar que todo se esté realizando conforme al proyecto, de manera que deberá responder por este vicio.

- LADRILLOS S.L: Como responsable de la ejecución material del edificio, deberá responder por la mala impermeabilización de la cubierta al tener este su origen en la deficiente ejecución del elemento constructivo. Además, aunque la ejecución de este elemento hubiera sido realizada por SINFRIO (subcontratista), deberá responder igualmente en virtud del art. 17.6. 3º LOE en el que se señala que *“Cuando el constructor subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, será directamente responsable de los daños materiales por vicios o defectos de su ejecución, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar”*.
- HOGAR S.L: Aunque no haya intervenido como tal en la ejecución de los elementos afectados, el art. 17.3 LOE indica que *“el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción”*. En consecuencia, los perjudicados podrán accionar contra este agente tanto por los daños de grietas como por las humedades.

9. 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 (como responsable solidario) 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 y la estabilidad del edificio (art. 17.1.a) LOE). Como se indicó en cuestiones anteriores, el plazo de garantía es de 10 años, es decir, solo se cubren los daños de este tipo si surgen durante los 10 primeros años desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de estas. 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 garantía.

Ahora bien, una vez que surja el daño, la LOE indica en su art. 18.2 que la acción de responsabilidad deberá ejercitarse en el plazo de 2 años a contar desde el momento en el que el mismo se haya materializado. Por tanto, si las grietas hubieran aparecido el primer año desde la recepción del edificio, la acción frente al responsable habría prescrito, a pesar de que la garantía cubra 10 años. Sin embargo, a la luz de los datos facilitados, tales

grietas han surgido recientemente, por lo que la acción de responsabilidad no habría prescrito.

Frente a Armand Casero, HOGAR y LADRILLO por el daño de humedades deberá ejercitarse la acción de responsabilidad del art. 17.1.b) LOE relativa a los vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad por afectar a la estanqueidad y salubridad de los áticos afectados por la humedad. Sin embargo, esta acción estaría caducada puesto que el referido artículo establece un plazo de garantía de tres años para este tipo de vicios desde que se entrega el inmueble de nueva construcción. A pesar de ello, podría acudir al régimen de responsabilidad contractual del CC ya que el art. 17.9 LOE señala que *“Las responsabilidades a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio de las que alcanzan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, a los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil y demás legislación aplicable a la compraventa”*

Conforme la legislación civil el plazo para reclamar vicios ocultos es de 6 meses desde la entrega del bien siendo, por tanto, muy inferior al establecidos en la LOE. Sin embargo se podría ejercitar la acción de incumplimiento contractual del art. 1101 frente al promotor en su condición de vendedor, ya que habría incumplido el contrato en la medida de que, entre sus obligaciones, está la de entregar la vivienda sin deficiencias. El plazo de prescripción de esta acción es de 5 años conforme al art. 1964. 2 CC. De manera que si no han transcurrido los 5 años completos, podrían interrumpir el plazo mediante una reclamación extrajudicial para reclamar el vicio de humedades frente a HOGAR (en su condición de vendedor). En este sentido, se ha de tener en cuenta el dies a quo del plazo para ejercer esta acción que, de conformidad con el art. 1969, es desde el día que se pudieron ejercitar. Ahora bien, la jurisprudencia no es pacífica a este respecto cuando se trata de incumplimiento por vicios de la construcción.

Entre otras, la STS de 13 de julio de 1987 (Roj: STS 4959/1987) y de 11 de diciembre de 2003 (Roj: STS 8008/2003) declaran que no es incompatible el ejercicio de la acción del 1101 y ss. del CC con la regulación de la loe y señala como *dies a quo* para su ejercicio la fecha en la que se advierte el vicio:

*“Al margen de la responsabilidad decenal que el artículo 1591 del Código Civil sanciona, corresponde a la demandada aquella otra que por el incumplimiento de sus obligaciones como vendedora le correspondan, entre las que destaca por su fundamental importancia la de que la cosa objeto de la convención reúna las condiciones que la hacen apta para ser habitada, lo que no sucede cuando existen vicios en la construcción determinantes de su ruina, dando lugar cuando ésta se manifiesta a la correspondiente acción indemnizatoria, cuyo lapso de prescripción es el de quince años establecido en el artículo 1.964 del Código Civil , y **la raíz de inicio para su cómputo ha de contarse desde el día en que la acción pudo ejercitarse, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.969 del citado Código sustantivo , y en el caso de la controversia cuando se manifestaron externamente los indicios de la ruina**”.*

Sin embargo, la STS de 13 de abril de 2007 (Roj: STS 1430/2007 - ECLI:ES:TS:2007:1430) confirma el pronunciamiento de la sentencia de apelación en la que se señalaba que el dies a quo de la acción de incumplimiento contractual *“habría de remontarse a la fecha en que concluyó la construcción de las viviendas de referencia, en el año 1974”*

En todo caso, será necesario conocer exactamente los plazos de conclusión de la obra, así como el del momento de aparición de los daños para saber si sería viable ejercer esta acción.

Finalmente, a los meros efectos aclaratorios en todo lo relacionado con los vicios o daños del edificio, el art. 1591 del CC prevé la responsabilidad del contratista y el arquitecto por ruina de un edificio señalando que *“El contratista de un edificio que se arruina por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección. Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años”*.

Sin embargo, este régimen no resulta de aplicación al presente caso. Al respecto, por todas, se pueden citar las sentencias del Alto Tribunal de 4 octubre de 2013 (rj 2013, 7054) y, de forma más reciente, de 15 de junio de 2016 (rj 2016,2766). La primera resolución señala lo siguiente:

*“Este particular régimen transitorio de la LOE, ha hecho que en la actualidad subsistan dos regímenes diferenciados de responsabilidad: el que se establece a partir de la aplicación del artículo 1.591 del Código Civil, para las obras cuyos proyectos se había solicitado licencia de edificación con anterioridad al día 5 de mayo de 2000, y el posterior a esta fecha. **El primero regido por el artículo 1591 del CC. El segundo por el artículo 17 de la LOE.** Y una cosa es que aun no siendo directamente aplicable esta Ley a los casos surgidos con anterioridad a su entrada en vigor, se tengan en cuenta principios esenciales para interpretar de forma adecuada la responsabilidad establecida en el artículo 1.591, y otra distinta aplicar directamente una normativa prevista para otros casos. Lo contrario supone crear un problema donde no lo había, ni debía haberlo, dotando al sistema de una indudable inseguridad jurídica”.*

En este sentido, la Disposición Transitoria 1ª de la LOE fija como hecho determinante que la solicitud de la licencia de obra de nueva construcción se hubiese realizado con posterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la loe (el 6 de mayo de 2000).

A pesar de lo expuesto, existe otra corriente doctrinal y jurisprudencial que admite la compatibilidad del art. 1591 CC en ciertas ocasiones. De ser así, el plazo de garantía contemplado por este precepto es de 10 años, pudiendo subsumirse los vicios constatados en este régimen de responsabilidad. En este caso, las humedades surgidas después de 5 años podrían quedar cubiertas por esta vía, aunque su encaje resultaría más complejo.

QUINTA PREGUNTA

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

En España, la actividad de concesión de créditos está limitada a una serie de entidades que tengan la consideración de autorizadas. En consecuencia es preciso determinar si conforme a la normativa de sociedades de capital riesgo, estas pueden tener por objeto la concesión de préstamos en el marco de su actividad principal de inversión.

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 (en adelante, “**Ley Capital Riesgo**”) define las sociedades de capital riesgo como *“aquellas entidades de inversión colectiva de tipo cerrado que obtienen capital de una serie de inversores mediante una actividad comercial cuyo fin mercantil es generar ganancias o rendimientos para los inversores y cuyo objeto principal viene definido en el artículo 9 de esta Ley”*. Este tipo de entidades solo pueden desarrollar actividades que estén expresamente amparadas por la Ley (art. 10.2 Ley Capital Riesgo)

Ahora bien, el hecho de que su actividad empresarial sea la compra de empresas con el objetivo de reestructurarlas y venderlas por un precio mayor al que adquirieron su participación, no implica que no puedan llevar a cabo actividades complementarias. Es por ello por lo que el art. 10 de la Ley Capital Riesgo señala 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”*.

A la luz de las previsiones contempladas por la Ley Capital riesgo, debemos concluir que las ECR no pueden tener por objeto, aunque sea complementario, la concesión de préstamos en término generales. Ello se diferencia de otras entidades como las entidades de inversión Colectiva de tipo cerrado (art. 4 bis Ley Capital Riesgo).

Sin embargo, la actividad de intermediación del crédito es distinta. Esta consiste en facilitar la celebración de un contrato de préstamo o crédito entre las partes que lo suscriben. La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, regula la materia objeto de este caso, es decir, la concesión e intermediación de créditos inmobiliarios.

En todo caso, como ya se señaló previamente, la sociedades de capital riesgo solo pueden ejercer aquellas actividades permitidas por la Ley Capital Riesgo y, en consecuencia, no

puede ejercer esta actividad. No obstante, se podría plantear la alternativa de construir una sociedad vehículo participada por Real Estate Ventures S.C.R y HOGAR S.L de manera que la SCR pueda llevar a cabo las actividades complementarias descritas en el art. 10 Ley Capital Riesgo y conceder por esta vía un crédito a HOGAR.

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

El term sheet es una carta de intenciones en la que, entre otros contenidos, se establecen las condiciones del negocio jurídico que se pretende llevar a cabo, en este caso la concesión del crédito para su posterior perfeccionamiento mediante el contrato firmado entre las partes. El *enforcement* del mismo dependerá de lo expresamente pactado por las partes.

Ahora bien, dado que HOGAR S.L no es consumidor o usuario, los requisitos de legalidad habrán de regirse por lo pactado entre las partes y, en su defecto, por lo previsto en la legislación civil y mercantil que le fuera de aplicación.

Para determinar la legalidad del Term Sheet se analizará de forma separada cada una de las cláusulas previstas por este.

A. PLAZO DE AMORTIZACIÓN

Se ha previsto un plazo de amortización de 10 años, lo que supone que el prestatario deberá liquidar el principal y los intereses en dicho plazo. Por tanto y, en principio, no existe ningún impedimento legal a esta cláusula ya que el principio de autonomía de la voluntad de las partes del CC (art. 1255 CC) permite a las partes pactar lo que deseen, salvo que sea contrario a la ley, a la moral o al orden público.

No obstante, en la práctica, la amortización de este tipo de créditos suele ser más longeva, sobre todo cuando se conceden a consumidores y usuarios. Ahora bien, conviene resaltar el hecho de que para este tipo de financiaciones, el plazo de amortización se suele acordar en función de la previsión de flujos de caja que se espera obtener. Para ello, se usan distintos ratios como el ratio *Loan-to-value* que se aplica para calcular el valor del crédito sobre el valor del activo.

B. EXCLUSIÓN DEL PERIODO DE CARENCIA

El periodo de carencia es un retraso, o aplazamiento de pago recogido en muchos tipos de relación contractual. Supone un periodo de tiempo de exención de cumplimiento de un contrato.

En su virtud, el pacto de periodo de carencia es una opción que normalmente es propuesta por el prestatario con la finalidad de obtener un tiempo adicional al inicio de su obligación de devolver, conforme al plazo pactado, la cuantía del capital.

Por tanto, dado que su inclusión en el contrato obedece al principio de autonomía de voluntad, su expresa exclusión no resulta contraria a ninguna norma. En definitiva, es una facultad de las partes, no una obligación imperativa.

C. TIPO DEUDOR FIJO POR UN PLAZO MÍNIMO DE SEIS AÑOS

El tipo deudor fijo es aquel en el que el interés que se establece sobre la cantidad concedida en el crédito se fija conforme a un porcentaje fijo específico. En consecuencia, no está sujeto a un parámetro que puede oscilar en función de distintos factores. A modo de ejemplo, si el interés se fija en el EURIBOR más dos puntos, la cantidad que el deudor tiene que pagar en concepto de intereses oscilará en el tiempo. Ello implica que, cuando el parámetro variable disminuya, el deudor pagará menos interés. En cambio, si este sube, el deudor tendrá que pagar más por este concepto.

La fijación de un tipo de interés fijo o variable es muy frecuente en la práctica (especialmente en el ámbito hipotecario). Por tanto, no hay problema alguno en que las partes establezcan este pacto ya que no contraviene ninguna norma.

D. DACIÓN EN PAGO DEL 85% DE LA DEUDA

La dación en pago consiste en una transmisión al acreedor del dominio de una cosa en compensación de una deuda.

Ahora bien, nuestra legislación prohíbe expresamente llevar a cabo esta práctica a través de la prohibición del pacto comisorio. Esta prohibición impide que se contemple la posibilidad en el contrato de que el acreedor, verificado el incumplimiento del deudor

hipotecario o pignoraticio, haga suya la cosa entregada en garantía, bien directamente mediante su apropiación, o bien indirectamente mediante su disposición.

Son dos los presupuestos que caracterizan la aplicación de esta figura:

- En primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, previo o coetáneo a la garantía, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza.
- En segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor.

En su virtud, la inclusión de este pacto en el *term sheet* contravendría la legislación civil. Este pacto es nulo porque, por un lado, el bien dado en garantía puede tener un valor superior al crédito garantizado, lo que supondría un enriquecimiento injusto del acreedor e impidiendo obtener un mejor precio con su venta en perjuicio del deudor; por otro lado, no tiene en cuenta los posibles derechos de posteriores acreedores de peor rango, quienes no podrían cobrar su crédito con cargo al sobrante que pudiera obtenerse en la venta del bien en pública subasta.

No obstante, la prohibición del pacto comisario conoce excepciones. El Convenio de Ciudad del Cabo de 16 de noviembre de 2001, relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, ratificado por España, permite que el acreedor garantizado se apropie, venda o arriende el objeto de forma comercialmente razonable cuando así se pacte con el deudor. También el Real Decreto-Ley 5/2005 permite un pacto similar cuando la garantía recaiga sobre dinero, valores negociables o derechos de crédito. Incluso el Tribunal Supremo, en las sentencias de 24 de junio de 2010 y 21 de febrero de 2017 dio a entender, *a sensu contrario*, que no sería aplicable la prohibición del pacto comisario si la facultad del acreedor de adjudicarse la cosa garantizada se condicionara a la existencia de un procedimiento objetivable de valoración (lo que se conoce como pacto marciano).

E. LA EXCLUSIÓN DEL PACTO DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

El vencimiento anticipado implica que el acreedor pueda dar por vencido el préstamo cuando el prestatario incumple cualquiera de las obligaciones establecida en el contrato,

en especial la falta de pago de cualquiera de los vencimientos. No obstante, también se podría prever esta disposición para el caso de que, por ejemplo, se llevara a cabo un cambio de control de la sociedad o se destinase el dinero prestado para otro fin al previsto contractualmente.

En su virtud, un pacto de exclusión del vencimiento anticipado implica que el préstamo no se dará por vencido con carácter previo a lo pactado por las partes. En el ámbito inmobiliario, la inclusión o exclusión de este tipo de pactos puede resultar decisiva ya que al requerirse ciertas licencias o permisos administrativos, dejar a voluntad del prestamista la facultad de resolver el contrato, puede incidir en la aprobación del proyecto final.

Finalmente, es conveniente resaltar que dado que no es un contrato entre consumidores y usuarios, sino entre profesionales, la doctrina y jurisprudencia sobre abusividad de estas cláusulas no puede ser aplicada. En este sentido, la Ley deja claro que la nulidad de una cláusula por abusiva de acuerdo con lo que establezca la Ley de consumidores **no puede declararse en un contrato en que ninguna de las partes es un consumidor**, sino que ambos son empresarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias).

Ahora bien, a estos efectos se debe tener en cuenta el art. 1256 CC en el que se señala que “*La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*”. Por tanto, si la cláusula de vencimiento anticipado implicase que el cumplimiento del mismo quedase al arbitrio del prestamista, esta devendría nula.

En cualquier caso, la exclusión realizada en el *term sheet* del vencimiento anticipado resulta ajustada a la ley de acuerdo con lo pactado por las partes.

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

El motivo de la financiación es obtener un préstamo inmobiliario por importe de 12 millones de euros. Ello permite determinar cuáles son las garantías más beneficiosas para ambas partes y excluir aquellas que por las circunstancias del contrato, no conviene alcanzar.

El paquete de garantías podrá incluirse en el propio contrato de financiación o bien llevarse a cabo como anexo adjunto puesto que se tratan de obligaciones accesorias que dependen de la principal.

1. Garantías personales

Una garantía personal es aquella donde el prestatario pone como garantía su generación regular de ingresos y su patrimonio. Es decir, se evalúan los fondos que tiene disponibles y los que se espera que reciba a futuro. De esta manera, el prestatario responde con el conjunto de su patrimonio, sin afectar a un bien concreto de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1911 CC: *“Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”*.

Así mismo, constituye una garantía personal la figura del aval, es decir, una tercera persona que se compromete con cumplir con las obligaciones del deudor en caso de impago. En el ámbito de operaciones intragrupo, suelen establecerse garantías en las que la deuda asumidas por una sociedad se ven garantizadas por el patrimonio de otras entidades pertenecientes a su mismo grupo empresarial. De este modo, la sociedad prestataria puede financiarse en condiciones más favorables, pues la entidad prestamista ve reforzado su derecho de crédito con el patrimonio de un tercero.

No obstante, de los hechos del caso no se desprende que la sociedad prestataria forme parte de un grupo de empresas y, por ende, no se podría llevar a cabo.

Ahora bien, como se indicó previamente, la garantía personal podría ser un aval concedido por los propios socios de la sociedad prestataria. De esta forma, el prestamista estaría protegido ante el caso de que la sociedad no diera los rendimientos esperados y no pudiera cumplir con la devolución del crédito.

2. Garantías reales

Las garantías reales suelen ser las más usadas para estos casos. Implican la entrega de un bien tangible para poder garantizar el cumplimiento de la obligación de pago. Se utiliza principalmente en préstamos bancarios y los bienes que se dejan como garantía usualmente son casas, edificios o terrenos.

En el ámbito del crédito inmobiliario suele ser muy frecuente que se otorgue la financiación solicitada siempre y cuando se establezca garantía real sobre prácticamente todos los activos de la sociedad.

Ello implica que se constituya la garantía hipotecaria sobre el inmueble o inmuebles objeto de la promoción. El rasgo definidor esencial de la hipoteca es que concede al titular del crédito que garantiza, un derecho a la realización del bien hipotecado para, por este medio, conseguir la satisfacción de su derecho y ello con independencia de quien sea el poseedor en el momento de realización, tal y como recuerda la STS 154/2001 de 26 febrero 2001 (Roj: STS 1450/2001 - ECLI:ES:TS:2001:1450).

En todo caso, para llevar a cabo la constitución de esta garantía se debe tener en cuenta lo siguiente:

- La hipoteca voluntaria y real habrá de constituirse mediante un contrato de hipoteca (art.138 LH)
- Las partes del contrato, con frecuencia las mismas partes del contrato de préstamo, acreedor prestamista y deudor prestatario. Pero la garantía se puede constituir por alguien que no es deudor de la obligación garantizada, en cuyo caso no coincide la parte del contrato de préstamos y parte del contrato de hipoteca, no afectando a la responsabilidad universal del deudor.
- Se requieren requisitos formales de constitución, ha de figurar en documento público y su inscripción en el registro de la propiedad (art.1875 CC y art.145 LH)
- Deberá inscribirse en el registro de la propiedad puesto que, aunque el contrato es válido y obligatorio entre las partes desde que se formalice, no adquirirá eficacia frente a terceros y no podrá ser oponible frente a estos.

Por otro lado, también se podría establecer prenda sobre las participaciones de la sociedad prestataria. La pignoración es el equivalente a la hipoteca en cuanto a garantía real se refiere, garantizando con un bien o derecho el cumplimiento de la obligación de pago. Con la pignoración de acciones o participaciones sociales se impide la libre disposición de los activos pignoralados mientras esté vigente la obligación principal, es decir, no se pueden transmitir libremente sin el consentimiento del acreedor pignoralicio. Este tipo de

garantías conforma una fórmula habitual a la hora de acceder a financiación para empresas. La regulación de la prenda se incluye en nuestro Código Civil, en los artículos 1857-1862 y en los artículos 1863-1873.

En todo caso, para poder formalizar esta garantía se debe tener en cuenta las siguientes pautas: la prenda sobre participaciones debe elevarse a público, es decir, será necesario que conste en escritura pública; debe incluirse en el libro registro de socios de la sociedad, para lo que deberá remitirse comunicación de lo anterior al órgano de administración; y, finalmente, si el acreedor pignoraticio quiere tener acceso a los derechos políticos inherentes a la condición de socio estos deben estar incluidos en los estatutos, ya que se regirá por lo que estos dispongan. En caso de que no esté así previsto será necesario modificar los estatutos.