

Máster Universitario en Derecho de la Empresa

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER



Autor: Carlos Villota Nieva

Tutor: José Carles Delgado

ÍNDICE

A. Accidente sufrido por el peatón

- 1.1 Responsables de los daños sufridos por el trabajador.....* 3-8
- 1.2 Acciones que ejercitar y plazos de prescripción.....* 8-10

B. Accidente del trabajador de SINFRIO, S.L

- 2.1 Responsabilidad de los agentes intervinientes en la obra.....*10-17
- 2.2 Correspondencia 1 -Acciones a ejercitar y jurisdicción.....* 17-18

C. Desperfectos y defectos constructivos tras la recepción de las viviendas

- 3.1 Correspondencia 2 - cobertura de los daños bajo la póliza decenal.....* 18-22
- 3.2 Responsabilidad de cada uno de los agentes intervinientes en la obra... 22-29*

D. Problemas de impermeabilización y cimentación

- 4.1 Cobertura de la póliza decenal.....* 29-33
- 4.2 Agentes responsables del daño.....* 33-38
- 4.3 Acciones y plazos.....* 38-39

E. Préstamo de Real Estate Ventures, S.C.R

- 5.1 Correspondencia 3 – Condición de REAL ESTATE VENTURES, S.C.R..*39-42
- 5.2 Análisis del term sheet.....* 42-44
- 5.3 Paquete de garantía adecuado a la práctica de mercado.....*44-45

A. Accidente sufrido por el peatón

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, produciéndole la rotura de la clavícula. Según se pudo comprobar más tarde, el martillo se le cayó accidentalmente a uno de los trabajadores de la constructora que estaba trabajando en lo alto del andamio, el cual se coló por un hueco del andamio hasta impactar con el peatón. Tras recibir el alta médica, dicho peatón recurre a un abogado para que plantee la correspondiente reclamación. En este escenario, deberá contestarse a las siguientes preguntas, explicando y fundamentando jurídicamente cada respuesta:

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

De acuerdo con la información que se nos traslada de los hechos acontecidos, conviene resaltar que, en lo que a los daños sufridos por el peatón concierne, la responsabilidad ante la que nos encontramos sería de carácter extracontractual.

La jurisprudencia a lo largo del tiempo ha asentado doctrina, en virtud de la cual se recogen los siguientes presupuestos para certificar la existencia de responsabilidad extracontractual:

- La existencia de una acción u omisión antijurídica

- Culpabilidad

- Existencia de un daño (De acuerdo con la doctrina jurisprudencial, podrá constituir un daño cualquier lesión a un interés legítimo. Este puede ser de carácter material, personal o moral)

- Nexo causal (Ha de existir una relación entre la acción u omisión y el daño)

En base a las consideraciones previas, pasaremos a analizar la responsabilidad de manera individualizada entre los sujetos intervinientes:

a) TRABAJADOR DE LA CONSTRUCTORA

En primera instancia, se ha de barajar la responsabilidad del daño por parte del trabajador, dado que de acuerdo con el artículo 1902 del Código Civil, *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*.

No obstante, resulta importante reseñar que los tribunales habitualmente han llegado a la conclusión de que, el trabajador, en este tipo de supuesto, no es habitual que tenga la consideración de agente responsable del daño causado al peatón. En este respecto, se han manifestado los tribunales señalando que una *“actitud negligente obliga al trabajador a resarcir al demandante de los daños”*, en sentencia como en la del Tribunal Superior de Justicia de Granada de 8 de enero de 2003.

b) LADRILLOS S.L.

En este respecto, en virtud del mismo precepto señalado anteriormente, se le podría atribuir la responsabilidad en todo caso a LADRILLOS S.L. por no haber contado con las medidas de seguridad y prevención de riesgos adecuadas para evitar el daño, cometiendo así una omisión por lo previamente expuesto.

Más allá de lo señalado con respecto a la potencial responsabilidad del trabajador y LADRILLOS S.L., derivada del artículo 1902 del Código Civil, hemos de hacer hincapié en la certera responsabilidad del segundo en virtud de lo dispuesto por el artículo 1903 del Código Civil. En este sentido, el artículo citado manifiesta de manera expresa que la obligación de reparar el daño causado será también atribuible a *“dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”*. En consecuencia, siendo la misma la empresa constructora del proyecto y la empleadora del trabajador que causó el daño, no surgen dudas sobre la obligación de esta de reparar el daño.

Entendemos en este sentido que se pueden dar por cumplidas las características previamente citadas para que se de la existencia de responsabilidad extracontractual. De esta manera, la existencia de una acción u omisión es clara por parte de LADRILLOS S.L., que debería de haber obrado con mayor cuidado para evitar el daño o haber adoptado las medidas de seguridad convenientes para prevenirlo. Asimismo, en lo que respecta al daño, de acuerdo con lo previsto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, habiéndose acreditado este por el perjudicado, quedará constatado.

En el presente caso, resulta evidente y fácilmente demostrable por parte del viandante, la existencia de un daño. Asimismo, en lo que respecta a la culpabilidad, la jurisprudencia ha asentado la determinación de la inversión de la carga de la prueba para la misma en sentencias como la número 337/2006 del 3 de abril de 2006 del Tribunal Supremo. De esta manera, en el supuesto de responsabilidad extracontractual se partirá de la asunción de que la acción u omisión que haya causado un daño será, en todo caso culpable, en defecto de que el autor pueda demostrar que actuó con debida diligencia. Finalmente, la existencia de un nexo causal resulta también notoria, puesto que la acción u omisión del sujeto ha derivado indudablemente en el daño. En cualquier caso, en este respecto, podemos asumir que se dará la existencia de culpabilidad puesto que, ya sea porque LADRILLOS S.L. no implementó las medidas de seguridad adecuadas o que por falta de diligencia del trabajador se derivó en el daño, la constructora será responsable del mismo.

En definitiva, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, no cabe duda acerca de la responsabilidad de LADRILLOS S.L. en base al artículo 1903 del Código Civil. Este último precepto recoge los supuestos como el presente y atribuye la responsabilidad al contratista de los actos de sus dependientes, acogiendo la denominación comúnmente conocida de “*responsabilidad por hechos ajenos*”. En esta línea, apreciamos a lo dispuesto por el Tribunal Supremo en sentencias como la Sentencia 307/2009 de 6 de mayo de 2009, donde se dispone que ni siquiera se precisa de que exista una relación laboral entre el causante del daño y el contratista, o que el daño sea consecuencia del desarrollo de las labores del trabajador, como en el presente caso, sino que es suficiente con el mero hecho de que el autor actúe bajo órdenes del empresario.

c) ARMAND CASERO

De cara al análisis de responsabilidad de este sujeto en particular, resulta imprescindible señalar que le corresponden al mismo *“las funciones de Dirección de la Ejecución de Obra, y de otro, de Redacción del Plan de seguridad de la obra y de Coordinación de Seguridad y Salud en el Trabajo”*. En reproducción de la justificación de responsabilidad de LADRILLOS S.L., entendemos que habría de atribuirle la misma responsabilidad a Armand Casero, puesto que habiéndose materializado un daño como consecuencia de la falta de diligencia de este (ya sea por la falta de medidas de seguridad adecuada o vigilancia del cumplimiento de las mismas), no cabría eximir de responsabilidad al mismo. En este sentido, no puede ignorarse el hecho de que el puesto que Armand Casero ostentaba lo hacía responsable de la ejecución material y seguridad de la obra. De esta manera, se han manifestado en sendas ocasiones los tribunales españoles, en casos como el de la Sentencia 693/2015 de la Audiencia Provincial de Málaga de 17 de diciembre de 2015, al afirmar la responsabilidad del arquitecto técnico señalando que la falta de diligencia por el arquitecto técnico *“le hace responsable solidario del daño causado, como sostiene el Juzgador de Instancia”*. Esta falta de diligencia podría, como venimos explicando, sostenerse tanto por la falta de vigilancia por parte del sujeto del cumplimiento de la normativa de seguridad, como por la deficiente redacción del plan de seguridad de la obra.

El análisis previamente realizado para LADRILLOS S.L en cuanto al cumplimiento de las características que denotan la existencia de un daño extracontractual, resulta de aplicación para el supuesto Armand Casero, lo que nos lleva a la conclusión de que este resulta responsable en conjunto con LADRILLOS S.L. del daño ocasionado al peatón.

d) EUGENIO VINCI

Resulta considerablemente más compleja la atribución de responsabilidad al arquitecto para con los hechos acaecidos. En términos generales, podemos aseverar que inicialmente no cabría atribuirle responsabilidad a Eugenio Vinci del daño al peatón, puesto que no ostenta cargos relativos a la ejecución material de la obra ni a la redacción del plan de seguridad de la misma. De esta manera, en diversas ocasiones han sentenciado los tribunales que cabe eximir de responsabilidad al arquitecto. De esta forma, sentencias

como la número 103/2009 de la Audiencia Provincial de Toledo vienen a constatar que, no correspondiéndole la vigilancia del proyecto ni la elaboración del estudio básico de seguridad y salud, el arquitecto habría cumplido diligentemente con sus obligaciones y por tanto no tendría responsabilidad.

Consecuentemente, consideramos que en base a los datos de los que se nos hace traslado (dado que aparentemente el mismo no ostenta ninguna labor de ejecución material ni de seguridad), no cabría atribuirle la responsabilidad a Eugenio Vinci por los daños causados al peatón.

e) HOGAR S.L.

Bajo su consideración de promotor, podríamos llegar a pensar que el mismo potencialmente habría de responder del daño como responsable solidario. En este respecto, si nos remitimos a lo dispuesto por el artículo 17.3 la Ley de Ordenación de la Edificación, podemos entender que, el promotor adquiere la postura de una suerte de responsable solidario permanente: *“En todo caso, 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”*. Sin embargo, bajo nuestra consideración, el artículo mencionado no sería de aplicación puesto que está previsto para supuesto relativos a *“daños materiales en el edificio”* y deriva de la responsabilidad contractual.

De esta manera, los tribunales se han manifestado en diversas ocasiones eximiendo al promotor de responsabilidad en supuestos en los que, no habiendo participado en el proceso de construcción ni teniendo conocimiento en el sector, acontece un suceso como el que se nos presenta. En este sentido se manifestó la Audiencia Provincial de Salamanca en la Sentencia 87/2013 de marzo de 2013, al considerar que hay un amplio grado de autonomía por el contratista en un supuesto como el presente en el que no tiene por qué tener conocimiento del sector el promotor y que *“el contrato de obra no engendra de por sí solo relación de subordinación ni dependencia alguna”*. En consecuencia, consideramos que no podría ser de aplicación la responsabilidad por hecho ajeno recogida en el artículo 1903 del Código Civil, al no haber subordinación entre promotor y contratista. A estos efectos, el Tribunal Supremo en diversas sentencias, entre las que

cabe citar la Sentencia 515/2008 de 11 de junio de 2008, apunta a que, sin la existencia de la subordinación, la cual anteriormente ya se ha descartado, no cabe la aplicación del artículo 1903 del Código Civil, a menos que el promotor se hubiera visto envuelto en el proceso de construcción (ya sean labores de vigilancia o dirección de la misma). De esta manera, la anterior sentencia establece expresamente que:

“Cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relación de subordinación entre ellos, falta toda razón esencial para aplicar el art. 1903, puesto que, por lo general, no puede decirse que quien encarga una obra a una empresa autónoma en su organización y medios, y con asunción de riesgos inherentes al cometido que desempeña, deba responder por los daños ocasionados por los empleados de esta, a menos que el comitente se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia o dirección”.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que, en algunas ocasiones los tribunales han atribuido culpa al promotor en base a los hechos particulares del caso, por *“culpa in vigilando”* o *“culpa in eligendo”* (como sería el caso de la Sentencia 566/2005 de la Audiencia Provincial de Barcelona). No obstante, al contrario del caso anteriormente señalado, bajo nuestra consideración, en el presente supuesto HOGAR S.L., en ausencia de conocimiento técnico sobre labores de obra, siendo meramente una empresa dedicada a promoción y venta de inmuebles, no podría ser atribuida *“culpa in vigilando”*. De esta misma manera, no hay pruebas que nos llevan a la conclusión de existencia de *“culpa in eligendo”*, por el contrario, parece indicarse que la elección del contratista podría precisamente venir condicionada por el hecho de que *“ya ha trabajado en otras ocasiones de forma satisfactoria”* con ella.

En definitiva, tras un análisis pormenorizado, entendemos que HOGAR S.L. no sería un agente responsable del daño sufrido por el peatón.

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

Con el fin de que el cliente pueda llevar a cabo de manera adecuada el proceso legal correspondiente para reclamar la responsabilidad de los sujetos anteriormente señalados,

resulta imperativo señalar las acciones que pueden ejercitarse, así como los plazos correspondientes a las mismas. De esta manera, para facilitar la lectura y la comprensión, procedemos a señalar brevemente los mismos. De acuerdo con lo señalado a lo largo de todo el análisis de responsabilidad anteriormente realizado, nos encontraríamos ante un supuesto de acción por responsabilidad extracontractual amparado, según el caso, por el artículo 1902 o 1903 del Código Civil. En cualquier instancia, en remisión a lo dispuesto por el artículo 1968.2 del Código Civil, podemos aseverar que en términos generales se establece el plazo de prescripción de 1 año. En lo que respecta al momento en el que empieza a contar el plazo señalado, el precepto señalado se limita a apuntar que comenzará *“desde que lo supo el agraviado”*. En este sentido, la jurisprudencia ha determinado de manera reiterada que no habría que remontarse al momento en el que el daño fue causado, sino que la *“fijación del dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual ha de ser referido al momento en que se conozca de modo definitivo las consecuencias del quebranto sufrido”*. En definitiva, el plazo de prescripción de un año empezará a contar no desde el momento en el que sucedieron los hechos, sino en el que se conozca el alcance definitivo del daño que habría sufrido el peatón.

B. Accidente del trabajador de SINFRIO, S.L

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

En este contexto, se nos solicita, como abogado del trabajador, lo siguiente:

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”

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

A efectos de facilitar la lectura y comprensión de la potencial responsabilidad que se le podría atribuir a cada uno de los agentes intervinientes en la obra, como consecuencia del accidente laboral que nos trasladan, procedemos a agrupar a los distintos sujetos:

I. Responsabilidad de LADRILLOS, S.L, SINFRIO, S.L. Y ARMAND CASERO

o SINFRIO, S.L.

Dada la naturaleza de la relación contractual entre LADRILLOS, S.L. y SINFRIO, S.L., donde la segunda interviene en la obra para realizar la instalación de calefacción, en calidad de empresa subcontratada por la primera, entendemos que no sería adecuado analizar la potencial responsabilidad de uno sin antes haber entrado a analizar la del otro.

En primer lugar, y en lo a la responsabilidad de “SINFRIO, S.L.” se refiere, siendo un trabajador de esta el que sufre el daño, cabe destacar que la misma resulta patente. En base a la jurisprudencia de los tribunales, destacamos en particular la Sentencia de 22 de junio de 2005 por la que se resuelve el recurso 786/2004, donde la sala de lo Social del Tribunal Supremo expresamente manifiesta que:

“El empleador, asume la obligación en el contrato de trabajo de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo (art. 14.2 LPRL), deber de seguridad en el trabajo que es calificado de básico en los arts. 4.2.d) y 19.1 ET. Esta obligación, impuesta ex lege, debe implicar que la no observancia de las normas garantizadoras de la seguridad en el trabajo, por el empleador, constituye un incumplimiento del contrato de trabajo contrato que constituye el parámetro esencial para determinar y delimitar la competencia del orden jurisdiccional laboral”.

En concordancia con la conclusión del Inspector de Trabajo que hemos podido observar, donde este entiende que no había medidas preventivas adecuadas ante el riesgo de caída en altura, resulta más que evidente la falta de diligencia de SINFRIO, S.L. En este

respecto, nos remitimos a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 429/2011, de 30 de octubre de 2011, donde en analogía al caso, quedaría constatado que, tal y como falló dicho Tribunal, SINFRIO, S.L. no cumplió el deber de diligencia que le era exigible por no ejercer un control exhaustivo relativo a las medidas de seguridad de la zona de trabajo. En este sentido, el mismo entendió que el empleador debió interesarse acerca de las razones por las cuales no había medidas preventivas adecuadas ante el riesgo de caída en altura y haber actuado en consecuencia, en particular cuando tales deficiencias de seguridad resultaban aparentemente evidentes y, además, afectaban directamente a sus trabajadores. En esta línea, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, remitiéndose a la doctrina asentada, asevera que *“basta con que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador para apreciar que la empresa ha cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial”*.

En virtud de lo anterior, resulta claramente apreciable la responsabilidad de SINFRIO, S.L. que ostentaba la obligación de garantizar la seguridad de su trabajador y que se demuestra, no fue diligente estableciendo las medidas de seguridad adecuadas para el trabajo.

- **LADRILLOS, S.L.**

En cuanto a la responsabilidad de LADRILLOS, S.L., partiendo de la asunción anterior de que SINFRÍO, S.L. sería considerado responsable por su falta de diligencia en el establecimiento de medidas de seguridad adecuadas, consideramos que también sería un agente responsable.

Ello se justifica por el hecho en virtud del cual, al haber asumido contractualmente con el promotor, esto es, con HOGAR S.L., el compromiso de ejecutar la obra atendiendo al proyecto y al contrato tiene la consideración, a efectos del artículo 3, apartado e) de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, de contratista o empresario principal.

Asimismo, y como consecuencia de lo anterior, a lo que ha de añadirse que las actuaciones de la subcontrata se desarrollaban en su propio centro de trabajo, donde, además, se

produjo el accidente, hacen que le resulten de aplicación tanto el artículo 24.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, el cual dispone que *“Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales”*; como el artículo 42.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, el cual prescribe que la empresa principal responde solidariamente con los contratistas y subcontratistas *“del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”*.

Además, cabe destacar que la jurisprudencia, por su parte y en base a los dos artículos citados en el párrafo precedente, determina la responsabilidad solidaria de la empresa principal por los accidentes laborales sufridos por los empleados de contratas y subcontratas en supuestos en los que, como en el presente, dicha empresa principal no haya efectuado un control efectivo de las medidas de seguridad pertinentes en su propio centro de trabajo, donde, además, los empleados de la subcontrata realizaban su actividad y en el que se produjo el accidente laboral. En este respecto, nos remitimos a lo dispuesto por el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de mayo de 2005 que resuelve el recurso 3726/2004 estableciendo que: *“lo que ocurra en ese lugar de trabajo no le es en absoluto ajeno, sino que forma parte de las responsabilidades de ejecución que ha de asumir”*.

○ **ARMAND CASERO**

En lo que respecta a la responsabilidad que podría derivar del arquitecto técnico, Armand Casero, entendemos que también sería evidente dado el puesto que ostentaba y su relación con el accidente del caso en concreto.

De esta manera, su responsabilidad deriva del hecho de que se le había encomendada tanto la redacción del Plan de seguridad de la obra como la Coordinación de Seguridad y Salud en el Trabajo. En este sentido, en base a su puesto le correspondería la obligación

de, no solo redactar un plan de seguridad adecuado y asegurar que se cumplieran las correspondientes medidas de seguridad del mismo, sino también en virtud de lo dispuesto por el artículo 14 del Real Decreto 1627/1997, de hacer constar la falta de la medida de seguridad y paralizar la obra si fuese necesario.

En atención a lo que resuelven los tribunales con respecto a la responsabilidad del Coordinador de Seguridad y Salud en el Trabajo en este tipo de supuesto, podemos aseverar con rotundidad que en el presente supuesto Armand Casero, habiendo incumplido sus obligaciones derivadas del cargo, sería un agente responsable del accidente. En base a lo expresado por la anteriormente nombrada Sentencia 429/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, se acuerda que el que ostenta esta figura de coordinación de seguridad es responsable en supuestos de accidente al sentenciar que:

“El coordinador no es solamente alguien que, si advierte deficiencias o bien omisiones de medidas exigibles, deba actuar previniendo de su cumplimiento necesario y deba disponer los medios para promover tal cumplimiento, sino alguien que debe precisamente por lo anterior detectar la eventualidad de tales deficiencias. Si el coordinador hace dejación de esta función, o bien si la cumple de forma incompleta en modo que determinadas omisiones o insuficiencias de seguridad pasen inadvertidas y terminen conduciendo a un accidente, de ningún modo puede admitirse que sus funciones hayan sido debidamente cumplidas”.

Armand Casero, debido a su puesto, contaba con la responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, de vigilar de forma periódica la correcta aplicación de los principios de la acción preventiva, debiendo en consecuencia, advertir tanto a la empresa principal como a la subcontrata de las deficiencias de seguridad existentes y, contando incluso con la facultad y la obligación de paralizar la obra. En este respecto, se contempla la posibilidad de que el mismo paralice la obra, si lo considerase necesario, en virtud del artículo 14 del Real Decreto 1627/1997, en el caso de que el plan de seguridad no se estuviera ejecutando correctamente.

Cabría añadir que, nuevamente, que de acuerdo con lo expresado por el Inspector de Trabajo el motivo del accidente fue la inexistencia de dispositivos de seguridad que impidiesen una caída en altura. El ser la anterior una medida de seguridad elemental, no

hace sino confirmar que este fue negligente en el cumplimiento de sus cometidos de dirección ejecutiva y coordinación de seguridad y consecuentemente responsable del accidente laboral que tuvo lugar.

○ **RESPONSABILIDAD DE LOS TRES**

En conclusión, en virtud de todo lo expuesto previamente, consideramos que tanto SINFRIO, S.L. y LADRILLOS, S.L. como Armand Casero ostentarían en conjunto la posición de agentes responsables del accidente acaecido.

II. RESPONSABILIDAD DE HOGAR, S.L., EUGENIO VINCI Y OCT

Desde nuestro entendimiento, Hogar, S.L., Eugenio Vinci y OCT no serían considerados responsables del accidente laboral sufrido por el trabajador de SINFRIO, S.L. A continuación, podrán encontrar un análisis individualizado de la responsabilidad de cada uno de los sujetos para argumentar nuestra postura.

○ **HOGAR, S.L.**

Las promotoras, como es el escaso de Hogar, S.L., se han visto exentas de responsabilidad de forma reiterada a lo largo de la jurisprudencia. Los tribunales, en remisión a lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, han entendido que las labores de las mismas son ajenas al proceso de construcción y edificación.

De esta manera, la promotora no es responsable de la elaboración, supervisión o llevanza de las medidas de seguridad, en particular cuando como en el presente caso, pertenecen a un sector al que no pertenece y donde no han intervenido medios técnicos o humanos propios. Por el contrario, se puede entender que en este supuesto, HOGAR, S.L., en calidad de promotor, cumplió las obligaciones que en base al ordenamiento jurídico vigente le eran exigibles. En este sentido, solicitó las licencias correspondientes, contrató los servicios de una empresa especializada y competente para desarrollar actividades en el sector de la construcción con la que, además, ya contrató en el pasado de forma satisfactoria, lo que excluye la culpa *in eligendo*, y además encargó a un arquitecto

técnico, el cual tiene, a tenor de lo prescrito en el artículo 2.1 de la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros técnicos, competencias para ello, la redacción en los términos que le eran exigibles al promotor en base al artículo 4 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción, del Plan de seguridad de la obra y de Coordinación de Seguridad y Salud en el Trabajo, hecho que le exime de la culpa *in vigilando*.

De esta manera, podemos observar cómo en supuesto similares al presente, los tribunales han eximido, como ya adelantábamos, al promotor de toda responsabilidad. En esta línea argumental se manifiesta el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia número 4580/2019 al apuntar que el promotor está exento de responsabilidad porque:

“ni había asumido ningún control sobre la misma, más allá de la adjudicación de la obra a la empresa BELLAPART FRANCE, para que llevara a cabo la construcción del edificio del museo conforme a lo adjudicado, por lo que el accidente no se produjo dentro de la esfera su responsabilidad, ya que si bien se produjo en solar o terreno de su propiedad, es decir, el centro de trabajo, no lo fue con maquinaria o elementos de producción bajo su control”.

En conclusión, entendemos que el promotor, dadas las circunstancias del caso (donde presumimos, no empleo medios técnicos o humanos propios), no sería responsable del accidente. En palabras de los tribunales, si podría entrarse a reclamar responsabilidad al mismo si hubiese realizado *“directamente con medios humanos y materiales propios la totalidad o determinadas partes de la obra”* puesto que en esas circunstancias *“tendrá también la consideración de contratista”* y por tanto se le atribuiría responsabilidad bajo los mismos argumentos que a LADRILLOS, S.L.

○ OCT (ORGANISMO DE CONTROL TÉCNICO)

La labor del organismo de control técnico se limita a realizar un informe favorable sobre la cimentación, estructura de la obra, impermeabilización de fachadas, sótanos y cubiertas para posterior uso de lo asegurado de cara a conceder su cobertura. Como resulta evidente, la relación del OCT con el trabajador, con SINFRIO, S.L., con las medidas de seguridad

o con la ejecución de la obra más allá de lo citado, es inexistente. En consecuencia, no cabría imputarle al mismo tipo alguno de responsabilidad por el accidente del trabajador, dado que resulta totalmente ajeno al mismo. Podría entrar a valorarse la responsabilidad de la misma si en una fase avanzada de la obra hubiera habido un accidente que pudiera tener relación con una inadecuada cimentación o estructura derivada de su informe favorable. No obstante, en el supuesto que se nos traslada, no cabría atribuirle responsabilidad de ningún tipo.

○ **EUGENIO VINCI**

En lo que, a Eugenio Vinci, arquitecto, redactor del Proyecto y Director de obra se refiere, consideramos que el mismo carece de responsabilidad alguna por el accidente laboral.

En primer lugar, en base al artículo 12 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, al director de obra le compete la *“ejecución más bien intelectual y general”*, pero no se hace así mención de que le competan las cuestiones relativas a la seguridad que recaerían en todo caso sobre Armand Casero.

En este sentido, la Sentencia 88/2008 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en relación con la responsabilidad de los arquitectos y directores de obra, destaca, como ya se ha expuesto, que la responsabilidad sobre estos hechos recae sobre los directores de ejecución de obra. En este mismo sentido, el Tribunal Supremo se ha manifestado en diversas ocasiones, señalando que, por norma general, *“la vigilancia del cumplimiento de las medidas de seguridad laboral... no forma parte de las funciones del Arquitecto, como director de la obra”*.

Por otra parte, la responsabilidad del mismo sería evidente cuando, como en el caso de Armand Casero, tengan también expresamente encomendadas las facultades de coordinación de seguridad y salud en el trabajo. No obstante, en el presente caso debemos asumir que no las tiene y por tanto no sería en ningún caso responsable.

- **RESPONSABILIDAD DE LOS TRES**

En este respecto, desde nuestro punto de vista y en base a los argumentos anteriormente señalados, no cabría imputarle responsabilidad a ninguno de los tres sujetos en cuestión por el accidente del trabajador.

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

Estimado cliente:

Esperamos que, a pesar de los trágicos hechos acontecidos, su recuperación sea temprana y se encuentre usted en buen estado de salud.

Con respecto a las dudas que nos traslada, relativas a las acciones que cabría ejercitar y las jurisdicciones competentes, tras haber analizado pormenorizadamente su caso, puede usted encontrar nuestros comentarios a continuación:

Jurisdicción aplicable

- La jurisdicción competente para conocer de su caso es la jurisdicción social. En virtud de lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social, claramente manifiesta que los órganos jurisdiccionales sociales será los que conocerán de *“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”*.
- En particular, con respecto al arquitecto, Eugenio Vinci y al arquitecto técnico, Armand Casero, cabe remitirse a lo dispuesto por el Tribunal Supremo en la resolución del recurso 2692/2011 en octubre de 2012, por analogía al presente

caso. En el supuesto mencionado, el tribunal entra a valorar si en casos de responsabilidad en los que hay personas con vinculación contractual con la víctima y sin la misma, es competente la jurisdicción social, civil o ambas para cada caso. El Tribunal Supremo en este caso aclara que es “competencia del orden social de la jurisdicción el conocimiento de la reclamación de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo cuando sean demandados además del empresario, personas que ninguna relación laboral tienen con el trabajador”.

Acciones que ejercitar frente a la jurisdicción social

- En concordancia con el principio de evitación del proceso, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social: “*Será requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a los que se refiere el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como mediante los acuerdos de interés profesional a los que se refieren el artículo 13 y el apartado 1 del artículo 18 de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo*”.

Quedamos a su plena disposición para cualquier otra duda que le pueda surgir al respecto.

Un cordial saludo,

Carlos Villota

Socio / Partner

Colegiado ICAM número XXXXX

C. Desperfectos y defectos constructivos tras la recepción de las viviendas

3. Afortunadamente, la obra termina sin más incidentes, se firma el Acta de recepción de obra y la aseguradora emite el suplemento de entrada en vigor del

seguro decenal tras comprobar que los informes del OCT son favorables y confirman la conformidad de la obra en los puntos solicitados. Seguidamente, tras inscribirse la obra nueva en el Registro de la Propiedad, HOGAR S.L., vende la totalidad de los pisos a terceros adquirentes en menos de 3 meses.

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

a) Sistema de calefacción deficiente por falta de uniformidad en el calor.

b) Las baldosas de la cocina no están bien alineadas.

c) Falta de aislamiento acústico de las habitaciones, hasta el punto de que se oyen los ronquidos del vecino de arriba como si estuviera en la misma habitación. En este contexto, se nos solicita, como abogados de los propietarios afectados:

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

Estimados clientes,

Atendiendo a los defectos y desperfectos constructivos que nos trasladan, consideramos que, para dar una respuesta óptima a la cuestión planteada, resulta imprescriptible estudiar la cobertura de la póliza decenal contratada por HOGAR, S.L. para poder confrontarla para con las deficiencias advertidas y, de esta manera, determinar si las mismas están, o no, cubiertas por la misma.

De esta manera, en primer lugar, cabría entrar a valorar el régimen de garantías exigibles para este tipo de obras por el artículo 19.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, el cual establece el régimen de garantías exigibles para “*las obras de edificación comprendidas en el artículo 2 de esta Ley*” entre las que encontramos las obras de nueva edificación como serían las de HOGAR, S.L.

En dicho régimen anterior de garantías exigibles se establecen tres tipos:

- En el apartado a) de dicho artículo hace referencia a los daños materiales causados *“por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras”*.
- El apartado b), por su parte, a los *“vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad”* a los que hace referencia el artículo 3.1.c) del mismo texto legal.
- El apartado c) se limita a señalar los *“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”*.

Una vez delimitado el sistema de garantías del artículo 19.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, es imprescindible señalar que la disposición adicional segunda de la misma determina que únicamente será preceptiva la garantía a la que hace referencia el antes mencionado apartado c) del artículo 19.1, es decir, aquella decenal referida a defectos que afecten a la cimentación, soporte, vigas, etc. y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio. En este respecto, la Disposición Adicional Segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación, manifiesta que: *“la garantía contra daños materiales a que se refiere el apartado 1.c) del artículo 19 de esta Ley será exigible, a partir de su entrada en vigor, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda”*.

Por otro lado, en ausencia de una obligación legalmente prevista para el promotor, de suscribir las garantías previstas en los apartados a) y b) del artículo 19.1, nada puede objetarse al hecho de que HOGAR, S.L. únicamente haya contratado la póliza que le era exigible por ley, es decir, la póliza decenal por vicios o defectos a los que hace referencia el apartado c) del artículo 19.1. Presumimos, al menos que se nos diga lo contrario, que HOGAR, S.L., en estricto cumplimiento de la legislación vigente, habría contratado la póliza decenal que garantiza los daños previstos en el artículo 19.1 c) de la ley.

Una vez aclarada la cuestión relativa a las garantías exigibles para la obra llevada a cabo por HOGAR, S.L., resta determinar en qué categoría se encuadran los desperfectos y defectos que se nos hacen llegar.

En relación con los mismos, cabe destacar que:

- El sistema de calefacción deficiente, al afectar a los requisitos de habitabilidad establecidos, en los subapartados c.3) y c.4), del artículo 3.1.c), son cuestiones que se encuadrarían, por las razones expuestas con anterioridad, en los vicios o defectos señalados por el apartado b) del artículo 19.1 y, en consecuencia, quedarían fuera de la cobertura decenal suscrita por vicios o defectos del artículo 19.1.c). En este respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa 717/2019, de 31 de octubre de 2019, entre otras, viene a establecer que la calefacción deficiente afecta a la habitabilidad de los inmuebles en tanto que por ella no se dan *“las condiciones aceptables para un uso racional de la energía necesaria para la adecuada utilización del edificio”*.
- En lo que a la deficiente alineación de las baldosas de la cocina se refiere, cabe destacar que la misma, tal y como señala la Audiencia Provincial de La Rioja en su sentencia 263/2019, de 30 de mayo de 2019, constituye un vicio o defecto de ejecución que afecta a un elemento de terminación o acabado de las obras. Por tanto, y al ser este un defecto al que hace referencia el apartado a) del artículo 19.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, quedaría excluido de la cobertura del seguro decenal.
- La falta de aislamiento acústico de las habitaciones, en el presente caso en el que se relata que *“se oyen los ronquidos del vecino de arriba como si estuviera en la misma habitación”*, entendemos que también entraría a considerarse que incumple los requisitos de habitabilidad. En este caso, se vería incumplido el recogido en el artículo 3.1.c.2) en virtud del cual se recoge 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”*. De esta manera, el Tribunal Supremo en la Sentencia 293/2013, de 22 de abril de 2013, asevera que la falta de aislamiento acústico afecta la habitabilidad puesto que *“supone una incomodidad grave para los ocupantes de las viviendas que perciben los sonidos, ruidos y conversaciones de los colindantes; afecta a la falta de intimidad; produce un incordio constante”*. Quedaría por tanto también excluida de la póliza decenal.

En definitiva, en virtud de los datos que nos han sido facilitados sobre la póliza suscrita, tras haber analizado los daños que nos han sido trasladado, entendemos que ninguno de ellos se vería cubierto por dicha póliza decenal.

En caso de tener información adicional sobre la póliza suscrita, estaríamos encantados de proceder a analizar en mayor profundidad la misma para otorgarles un asesoramiento aún más completo.

Quedamos a su plena disposición para cualquier otra duda que le pueda surgir al respecto.

Un cordial saludo,

Carlos Villota

Socio / Partner

Colegiado ICAM número XXXXX

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.

Con respecto a la presente cuestión, y con el objeto de dar una respuesta óptima a la misma, se analizará la responsabilidad de los intervinientes en la obra individualmente para cada uno de los defectos y vicios advertidos. En este sentido, se valorará la responsabilidad de forma independiente para el sistema de calefacción deficiente, los defectos en las baldosas y la falta de aislamiento acústico de las habitaciones.

➤ **Sistema de calefacción**

En primer lugar, se valorará la responsabilidad de los intervinientes en la obra para con los defectos del sistema de calefacción. Este defecto, como ya pudimos comentar en anteriormente, afecta, a tenor de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 19.1 de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación en conexión con el artículo 3.1.c.3) del mismo texto legal, a la habitabilidad del edificio por constituir un incumplimiento de los requisitos de esta.

De esta forma, y al afectar dicho defecto al sistema de calefacción y, por ende, a la habitabilidad del inmueble, cabe destacar que el artículo 17.1.b) de la Ley de Ordenación de la Edificación considera que, por dicho defecto, responderán, frente a los propietarios del edificio, todas las personas físicas o jurídicas que hubieran intervenido en el proceso de edificación.

Así pues, y más concretamente a lo que a responsabilidades se refiere, puede decirse, en primer lugar, que el arquitecto Eugenio Vinci sería responsable por dicho vicio. Ello se debe a que, y además del hecho por el cual los artículos 10 y 12 de la Ley 38/1999 le dan la consideración de interviniente en el proceso de edificación, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 402/2009 de 1 de septiembre de 2009, dispone que, si bien el proyectista, en base a los artículos 10.1 y 2.b de la Ley de Ordenación de la Edificación, no responde, en este caso concreto, por esta suerte de defectos, el director de obra, a tenor de los artículos 12.1 y 3.c de dicha Ley, sí responde por el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad.

El arquitecto técnico Armand Casero, por su parte y debido, tal y como señala el artículo 13 de la Ley de Ordenación de la Edificación, a sus funciones de director de ejecución de obra, también sería responsable por el ya mencionado defecto.

Ello encuentra su razonamiento y justificación en el hecho en virtud del cual la jurisprudencia, entre las que pueden citarse, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo 293/2013 de 22 de abril de 2013 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 41/2013 de 16 de septiembre de 2013, afirma que el arquitecto técnico, en su función de director de ejecución de la obra, ha de responder de los defectos y vicios de la misma que afecten a los requisitos de habitabilidad a los que hace referencia el artículo 3.c de la Ley de Ordenación de la Edificación en conexión con los ya citados artículos 13 y 17 del mismo texto legal.

El promotor HOGAR, S.L., y además de por ser, tal y como señala el artículo 9 de la Ley 38/1999, un agente interviniente en el proceso de edificación cuenta con responsabilidad a tenor de lo dispuesto en la doctrina jurisprudencial. Esta afirma en sentencias como la

ya citada Sentencia del Tribunal Supremo 293/2013, de 22 de abril de 2013, que el promotor *“responde de la calidad y cualidades de los pisos y viviendas que vende”*.

LADRILLOS S.L., en su calidad de contratista, el cual, por su parte, es, tal y como señala el artículo 11 de la Ley de Ordenación de la Edificación, un agente que interviene en el proceso de edificación también cuenta con responsabilidad por el defecto ya expuesto; expresándose también en estos términos la antes mencionada Sentencia del Tribunal Supremo 293/2013.

Por otra parte, la subcontrata SINFRIO S.L., por no tener la consideración de agente interviniente en el proceso, entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo 141/2018 de 14 de marzo de 2018 y 553/2018 de 9 de octubre de 2018, no le atribuyen responsabilidad en los términos establecidos por la Ley 38/1999. De esta manera, en la Sentencia 55/2018 el Tribunal Supremo señala que *“no tiene sentido introducir la posibilidad de demandar con base en la LOE, al subcontratista, cuando los intereses de los propietarios ya están amparados por la responsabilidad del promotor (principalmente), del contratista y de otros agentes que tengan responsabilidad, máxime cuando el subcontratista estará ligado al contratista por un contenido contractual que solo le vincula a él y al contratista, limitándose el subcontratista a seguir las instrucciones de su contratista”*.

Así las cosas, el Tribunal Supremo considera, sin perjuicio de las acciones civiles entre contratistas y subcontratistas, las cuales no resultan relevantes en este caso, que los subcontratistas se encuentran excluidos del ámbito de responsabilidad al que hace referencia el artículo 17 de la mencionada Ley 38/1999.

En este respecto, al ser los problemas de la calefacción derivados de una acción negligente de la subcontrata SINFRIO S.L., según dispone el artículo 17.6 de la Ley de Ordenación de la Edificación, responde directamente de ellos el contratista, esto es, LADRILLOS S.L. por ser este último quien subcontrató a la ya citada empresa para realizar la instalación del sistema de calefacción que resultó defectuoso.

Finalmente, y en relación con la responsabilidad del Organismo de Control Técnico, cabe destacar que su actuación, en el proceso de la obra, se limitó a la supervisión de los procedimientos y elementos objeto de la cobertura del seguro decenal que, por las razones

ya expuestas, no cubre esta suerte de vicios y defectos. Ello, unido a que no es considerado interviniente en el proceso de obra por la Ley de Ordenación de la Edificación, impide que sea imposible ejercitar contra la misma cualquier tipo de acción, ya sean las dispuestas en la Ley 38/1999 o en el Código Civil.

En definitiva, desde nuestro entendimiento, en base a los argumentos previamente desarrollados, consideramos que los siguientes sujetos serían responsables:

- Eugenio Vinci (arquitecto)
- Arman Casero (arquitecto técnico)
- HOGAR, S.L. (promotora)
- LADRILLOS, S.L. (contratista)

- Acciones que ejercitar

Una vez analizada la responsabilidad de cada uno de los sujetos intervinientes en la obra, cabe resaltar el tipo de acción a ejercitar, así como el resto de cuestiones accesorias a la esta.

Así pues, y en lo que a la acción a ejercitar contra Armand Casero, Eduardo Vinci, HOGAR S.L. y LADRILLOS S.L. se refiere, cabe destacar que la misma sería una acción por vicios o defectos constructivos *ex* artículo 17.1.b) de la Ley Orgánica de Edificación.

En lo que al plazo de caducidad de la responsabilidad civil de los agentes intervinientes en el proceso de edificación se refiere, al cual, sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010 se refiere como plazo de garantía, resulta de importante resaltar que, al respecto, la doctrina se encuentra dividida entre aquellos que afirman que dicho plazo, de tres años en este caso por afectar a los requisitos de habitabilidad, ha de iniciarse en la fecha en la que se suscriba el acta de recepción (artículo 6.5 de la Ley de Ordenación de la Edificación) y entre los que postulan que el *dies a quo* comienza (*ex*

artículo 17.1 del mismo texto legal) desde el momento en el que acaece la recepción de la obra sin reservas o, si las hubiere, desde que las mismas se subsanaran.

Sea como fuere, las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010 y de 18 de febrero de 2016, así como otras Sentencias tales como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 402/2009 de 1 de septiembre de 2009, aseveran que dicho plazo es aquel al que hace referencia el artículo 17.1 de la Ley 38/1999, es decir, en este caso tres años a contar desde la recepción de la obra al no haberse producido reservas en este caso.

Así pues, y al haber transcurrido, según se afirma, menos de tres meses desde dicho acto de recepción y la observancia de dicho defecto, se estaría dentro del plazo de tres años para exigir responsabilidad por vicios o defectos constructivos del artículo 17.1.b) de la Ley 38/1999.

Por otra parte, es preciso matizar que, tal y como prescribe el artículo 18.1 de la ya citada Ley 38/1999, el plazo de prescripción de la acción dirigida a exigir la responsabilidad *“por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos”* es de dos años, siendo el *dies a quo* el momento en el que se producen los daños.

Otro punto a destacar en este sentido es que, al no poder simplemente con los datos expuestos, individualizar la causa de dichos daños ni precisar el grado de intervención de cada uno de los agentes expuestos para con los mismos, la responsabilidad se les exigirá solidariamente a todos ellos *ex* artículo 17.3 de la Ley 38/1999.

Finalmente, destacar que, si bien la doctrina del Tribunal Supremo en Sentencias como la de 27 de diciembre de 2013 o la Sentencia de 7 de enero de 2014 permiten la compatibilidad de la acción del artículo 17.1.b) de la Ley 38/1999 con la responsabilidad contractual a la que hace referencia el artículo 1591 del Código Civil, esta última acción, en la práctica, suele ejercerse en los casos en los que no sea posible ejercer aquella a la que hace referencia la Ley 38/1999 por haber devenido la caducidad de la misma.

Al poder ejercitarse en plazo la acción a la que hace referencia el artículo 17.1.b) de la Ley de Ordenación de la Edificación, no haber transcurrido dos años desde que se

produjeron los daños y ser esta una ley especial, la interposición de la misma tendría una mayor viabilidad con respecto a la acción genérica de responsabilidad contractual del artículo 1591 del Código Civil.

➤ **Falta de aislamiento acústico de las habitaciones**

Al igual que en el caso de los vicios que presentaba el sistema de calefacción este problema afecta a los requisitos de habitabilidad del artículo 3.1.c) de la Ley 38/1999, si bien en este caso concreto este defecto se encuadra en los apartados c.2) y c.4) del ya mencionado artículo, por tanto, nos reafirmamos sobre lo anteriormente expuesto.

Ello encuentra su justificación en el hecho según el cual, al ser este también un defecto relativo a la habitabilidad del inmueble, tanto el régimen de responsabilidad, las acciones a ejercitar, los plazos de caducidad, prescripción de la acción y la viabilidad de esta resultan idénticos a los ya detallados.

➤ **Alineación de las baldosas**

Esto, como ya se ha expuesto, constituye, *ex* artículo 19.1.a) de la Ley 38/1999, un “*vicio o defecto que afecta a un elemento de terminación o acabado de las obras*”. En consecuencia, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 17 del mismo cuerpo legal, es responsable el constructor, esto es, LADRILLOS S.L. y, de forma solidaria, el promotor, es decir, HOGAR S.L.

En este mismo sentido se expresa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 402/2009 de 1 de septiembre de 2009 al aseverar, por lo expuesto con anterioridad, que ni el proyectista, ni el director de obra ni el director de ejecución de las obras son responsables por esta suerte de deficiencias de ejecución.

Asimismo, dicha Sentencia establece, en base a los artículos ya expuestos de la Ley 38/1999, que la responsabilidad recae, en exclusiva, sobre el constructor y, de forma solidaria, sobre el promotor, en particular cuando los mismos habrían podido subsanar estos defectos “*realizando... un repaso final de las obras ejecutadas*”, lo que, en última

instancia, “*conlleva a una cierta desconfianza en la ejecución de los repasos por quienes pudieron haberlos corregidos en su momento, no lo hicieron*”.

Así pues, ello exoneraría, por este hecho, de responsabilidad al arquitecto Eduardo Vinci y al arquitecto técnico Armand Casero.

Con respecto a la subcontrata SINFRIO S.L. se refiere, y además de por lo ya expuesto, no cabría, al no participar la misma en esta fase del proceso de construcción, imputarle responsabilidad alguna. Esta recaería, en todo caso, sobre el constructor *ex* artículo 17.6 de la Ley 38/1999.

En lo que al Organismo de Control Técnico atañe, solo cabe recalcar que el mismo carece de responsabilidad en base al artículo 17 de la Ley 38/1999.

Las acciones que ejercitar para este caso serían: una acción por defecto de acabado de las obras y de terminación, que se puede observar en el artículo 17.1, párrafo cuarto, contra la constructora LADRILLOS S.L. y, de forma solidaria, contra el promotor HOGAR S.L. en los términos establecidos por el artículo 17.3, párrafo segundo de la Ley de Ordenación de la Edificación.

El plazo de caducidad de la responsabilidad civil de los agentes que han intervenido y que son responsables de los daños, tal y como señala el ya mencionado artículo 17.1 y la citada con anterioridad Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de septiembre de 2009, es, tal y como prescribe dicho artículo 17.1, de un año y siendo el *dies a quo* del mismo el momento de recepción de la obra.

En cuanto a la viabilidad de dicha acción, hay que resaltar que al advertir los propietarios de dichos defectos cuando apenas habían transcurrido tres meses desde la recepción de la obra, aún no ha transcurrido ni el plazo de caducidad de un año ni el plazo de prescripción de dos años para ejercitar la acción desde el momento en el que se manifiestan los daños.

D. Cobertura de defectos bajo la póliza decenal

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

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

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

En este contexto, se nos solicita, como abogados de los propietarios afectados:

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

En primera instancia, en lo que respecta a la póliza decenal, resulta imperativo resaltar el hecho de que, en virtud de lo dispuesto por la Ley de Ordenación de la Edificación en su exposición de motivos, la suscripción de tal seguro es preceptiva para: *“los edificios cuyo destino principal sea el de vivienda”*.

En aras de poder realizar un análisis óptimo de los sucesos señalados y poder así dar un asesoramiento acertado, resulta conveniente hacer una distinción entre los daños:

- I) Grietas en la fachada del edificio y viviendas

En atención al informe pericial, partimos de la consideración de que el origen de las grietas tiene lugar en la *“deficiente cimentación porque la solución adoptada en el proyecto no era la adecuada”*.

En este respecto, remitiéndonos a lo dispuesto por el art.19 c) de la Ley de Ordenación de la Edificación, se prevé una cobertura de diez años por lo vicios o defectos que, entre otros, provengan de la cimentación y *“comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio”*. Resulta en este sentido importante anotar que las grietas han de comprometer a la resistencia mecánica y estabilidad del edificio dado que la mera existencia de las mismas no implica que aplique la cobertura prevista en el apartado anterior. Los tribunales se han manifestado en esta línea en diversas ocasiones, manifestando en diversas resoluciones como Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 2021/747609, que la mera existencia de las grietas no tiene por qué comprometer la resistencia mecánica y estabilidad del edificio. En el caso anterior, la Audiencia Provincial de Murcia usa como criterio para determinar que no se vería afectada la resistencia mecánica y estabilidad del edificio, el hecho de que el daño se había estabilizado puesto que pasados 6 años no se podía observar un empeoramiento.

No obstante, la existencia de una deficiencia notable en la cimentación nos lleva a entender que nos encontramos ante un daño permanente y por tanto es muy probable que las condiciones del edificio empeoren con el tiempo. A estos efectos, el Tribunal Supremo ha considerado en su sentencia 596/2019 que un daño permanente es *“es el que se produce en un momento determinado, pero persiste a lo largo del tiempo, con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya ajenos a la acción u omisión del demandado”*. De esta manera, traemos a colación lo dispuesto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso 2022/626826 ante un supuesto en el que las filtraciones se llega a considera que pueden afectar a la cimentación y por tanto se entienden englobadas bajo el art.19 c): *“entendemos que estas anomalías que presenta la fachada si no se soluciona su causa, continuaran produciéndose, restando seguridad a la estabilidad del edificio, y comprometiendo la integridad del edificio”*

En virtud de lo previo, consecuentemente nos encontraríamos ante el supuesto recogido por el art.19 c) de la Ley de Ordenación de la Edificación y por tanto entendemos que las grietas se encontrarían bajo cobertura de la póliza decenal.

I.i.) Acción de subrogación, tipo de acción y plazo

Tras haber aclarado la duda de si las grietas se podían o no encontrar garantizadas por la póliza decenal, cabe entrar a valorar una potencial acción de subrogación frente a los agentes responsables del daño (los cuales se detallarán más adelante). En este respecto, hemos de remitirnos a lo dispuesto por la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro (en adelante, “Ley 50/1980”), así como a la Ley de Ordenación de la Edificación, para dilucidar si cabe o no la potencial acción de subrogación frente a los agentes responsables de los daños.

La posibilidad de ejercitar una acción de subrogación por parte del asegurado se encuentra expresamente recogida en el artículo 43.1 de la Ley 50/1980, donde se estipula que *“el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente las personas responsables, del mismo, hasta el límite de la indemnización”*. En lo respectivo al tipo de acción, la misma adquiere la denominación de *“acción de repetición”*.

En el caso de la acción de repetición, de acuerdo con lo previsto por el artículo 18.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, se prevé un plazo de prescripción *“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”*. No obstante, de acuerdo con el reiterado criterio de los tribunales, el cual puede observarse en sentencias como la de la Audiencia Provincial de Castellón ante el recurso 2010/104391 y es asentado por el Tribunal Supremo en 2003 en la sentencia 2003/3628, *“la aseguradora demandante ejercita la acción de repetición, que igualmente tiene su fundamento en el art. 43 LCS, con lo cual el dies a quo no comienza desde la producción del daño, sino desde que pudo ejercitarse la acción y que en estos casos **no es otro que desde que se produce el pago de la indemnización generadora del derecho a repetir**”*.

II) Humedades en los techos de los pisos áticos

De acuerdo con el informe pericial, *“las humedades se deben a una deficiente ejecución de la impermeabilización de la cubierta”*. En estrecha similitud con el caso anterior, nos dirigimos a la Ley de Ordenación del Territorio para poder discernir de si nos encontramos ante un supuesto que podría verse cubierto bajo la póliza decenal. En este sentido, entendemos que ese daño en particular se vería recogido en el artículo 17.1 b) relativo a los daños que ocasionan incumplimientos legales que regulan lo relativo a la habitabilidad. En virtud del anterior, la cobertura tendrá una duración de exclusivamente 3 años y, por ende, habiendo pasado 5 años en el presente supuesto, no podría considerarse al amparo de la póliza decenal.

No obstante, cabe destacar que la persistencia de tales humedades puede llevar a que potencialmente se aplique un plazo de cobertura de 10 años, de acuerdo con lo retirado por los tribunales, así como al criterio del Tribunal Supremo anteriormente señalado para este tipo de daños. En este respecto, traemos a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que resuelve el recurso 2019/636365, donde se llega a la conclusión de que unas humedades en un edificio de viviendas se encuentran bajo la cobertura de 10 años al manifestar el mismo que *“efectivamente nos encontramos con defectos continuados, pues ante la deficiente instalación de las impermeabilizaciones, las humedades fueron penetrando en la edificación, causando progresivamente el deterioro”*. De esta manera, el tribunal en cuestión resuelve que *“se descarta la aplicación de los plazos de los art. 17 y 18 de la LOE”*.

En definitiva, entendemos que en virtud de la información trasladada no podría considerarse que las humedades se encuentran cubiertas bajo la póliza decenal. Sin perjuicio de lo anterior, en el supuesto de que pudiera demostrarse que las mismas derivan en daños que *“comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio”* o si se hubiera tratado de un daño continuado como en el caso anterior, si se podría acoger al plazo de diez años.

4.2 Qué agentes son responsables del daño

En primera instancia, remitiéndonos a lo recogido por la Ley de Ordenación de la Edificación en el artículo 17 relativo a la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, responderán ante el daño *“las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación frente a los propietarios y los*

terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos”. Consecuentemente, en este sentido sería correcto señalar que aquellos que hayan intervenido en el proceso de edificación serían potencialmente agentes responsables del daño que responderán ante los damnificados.

En cuanto a los agentes que son responsables del daño, de nuevo conviene llevar a cabo una individualización de los mismos, para determinar potencial responsabilidad con respecto a los daños en cuestión:

I. Grietas en la fachada del edificio y viviendas

a) EUGENIO VINCI

En línea con aquello dispuesto por el Código Civil en su artículo 1591, a nuestro entender, el principal agente responsable del daño sería Eugenio Vinci en su condición de redactor del proyecto y director de la obra:

“El contratista de un edificio que se arruinase 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.”

De esta misma manera, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.3 b) de la Ley de Ordenación de la Edificación constituye específicamente una obligación del director de la obra:

“Verificar el replanteo y la adecuación de la cimentación y de la estructura proyectadas a las características geotécnicas del terreno”

En este sentido, en lo que respecta a las grietas, consecuencia de la inapropiada cimentación para el terreno de acuerdo con informe pericial, la reiterada jurisprudencia de los tribunales atribuye en todo caso tal responsabilidad al arquitecto del proyecto.

De esta manera, traemos a colación lo señalado, entre otras, por la Audiencia Provincial de Granada en la Sentencia frente al recurso 2016/250276, donde remitiéndose a lo asentado por el Tribunal Supremo, se señala que la responsabilidad por un vicio constructivo en consecuencia del suelo será incuestionablemente individualizada en el arquitecto. De manera aún más contundente se han manifestado tribunales como la Audiencia Provincial de Baleares frente al recurso 2012/250289 al señalar que:

*“la proyección singular no fue la adecuada y, mucho menos, la dirección de obra, en la que no se observa intervención decisiva alguna del arquitecto director, cuando en temas de suelo, de asentamiento, cimentaciones y cuestiones estructurales **su responsabilidad es exclusiva y excluyente**, pues sólo a él corresponde el acierto en el proyecto y diseño, su corrección en su caso sobre el terreno iniciada la excavación y la vigilancia y alta dirección de su correcta ejecución.”*

En este sentido, en el presente caso en el que podemos aseverar, en virtud de lo dispuesto por el informe pericial que el daño proviene de un problema relativo a la inadecuación de la cimentación para el suelo, Eugenio Vinci en su condición de arquitecto tendría la consideración de agente responsable del daño. En este respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de junio de 2021 frente al recurso 167/2021, estipula que:

“la normal previsión exigible al arquitecto director no cabe confundirla con la simple diligencia de un hombre cuidadoso, sino que es aquella obligada por la especialidad de su conocimiento y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, incluyendo claro está entre sus deberes el conocimiento y estudio del terreno sobre el que se edifica”

II. Humedades

Aunque a priori se podría llegar a considerar que, al no constituirse de manera expresa por la ley la responsabilidad del arquitecto en cuanto a la ejecución de la obra no cabría la consideración de este como agente del daño, los tribunales llegan a otra conclusión al respecto.

En esta línea, se ha manifestado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones como el de 19 de noviembre de 1996, 19 de octubre de 1998, 3 de abril de 2000 o 9 de marzo de 2000, así como la Sentencia 343/2018 de la Audiencia Provincial de Vizcaya cuando manifiestan que al arquitecto también le corresponde “*como función principal, al ser el encargado de la obra y por imperativo legal, la superior dirección y control de la misma y el deber de vigilar que su ejecución sea lo más correcta posible*”. Queda consecuentemente patente que el arquitecto sería un agente del daño dada su responsabilidad sobre la correcta ejecución del proyecto en cuestión.

b) Armand Casero (arquitecto técnico) y LADRILLOS, S.L. (empresa constructora)

I. Grietas

En lo respectivo a estos dos agentes, consideramos que inicialmente no serían responsables del daño consistente en las grietas. De nuevo, remitiéndonos a la Ley de Ordenación de la Edificación, al contrario del supuesto de responsabilidad claro del arquitecto, no encontramos ningún precepto que responsabilice a estos agentes de asegurarse de la adecuación de la cimentación y las características particulares del terreno.

Asimismo, podemos ver que en términos generales los tribunales se manifiestan contrarios a atribuir la responsabilidad en estos supuestos de daños derivados del suelo a las constructoras y arquitectos técnicos.

Nos remitimos entre otras a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid antes mencionada en la que expresamente se atribuye tal responsabilidad de manera “*exclusiva y excluyente*” al arquitecto. Esta exclusión de responsabilidad para los dos agentes que entramos a analizar en este momento, está sustentada entre otras en la consideración de que no sería adecuado exigirle a los anteriores el conocimiento técnico en lo que respecta a las características geotécnicas del terreno o a la cimentación. La anterior consideración se ve amparada por el Tribunal Supremo cuando manifiesta en la sentencia 426/2012:

*“sólo cuando el vicio se debe a su propia conducta existirá la obligación de responder. Supone que, **sin perjuicio de la necesaria coordinación que ha de***

existir entre todos los profesionales, cada uno asume los resultados de su propia actividad”

En este sentido, podemos entender que en cualquier caso Armand Casero y LADRILLOS, S.L. habrían actuado de acuerdo con sus obligaciones y conocimientos técnicos.

II. Humedades

Al contrario del daño relativo a las grietas, entendemos que estos agentes si serían responsables de las humedades. Ello se debe a que en virtud de lo dispuesto por el artículo 11.2 a) de la Ley de Ordenación del Territorio, es responsabilidad de LADRILLOS S.L. en su condición de constructor el *“Ejecutar la obra con sujeción al proyecto, a la legislación aplicable y a las instrucciones del director de obra y del director de la ejecución de la obra, a fin de alcanzar la calidad exigida en el proyecto”*. De esta manera, de acuerdo con el informe pericial podemos entender que las humedades se debieron a la deficiente ejecución y consecuentemente cabría la responsabilidad del constructor en el daño acontecido. En este respecto se han manifestado, entre otros, el Tribunal Supremo en la Sentencia 387/2021 y la Audiencia Provincial de Valencia en la Sentencia 268/2021, manifestando que resultando evidente un defecto de ejecución material, la constructora sería responsable:

“resulta evidente la existencia de un defecto que debemos calificar como de ejecución material, por lo que sería responsabilidad de la constructora”.

En lo que respecta a Armand Casero en su condición de arquitecto técnico, resulta nuevamente indudable su responsabilidad por los daños en cuestión. De esta manera, la Ley de Ordenación de la Edificación en su artículo 13.2 le atribuye expresamente la obligación de *“Dirigir la ejecución material de la obra comprobando los replanteos, los materiales, la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones, de acuerdo con el proyecto y con las instrucciones del director de obra”*. De esta misma manera, en las sentencias que se citan a lo largo de todo este análisis de responsabilidad del daño, se atribuye en cualquier caso al arquitecto técnico todo aquel derivado de los defectos ejecución del proyecto.

III. Organismo de Control Técnico (encargado a realizar un informe por la promotora)

Antes de entrar a valorar la posibilidad de considerar a este como un agente del daño, habría que determinar cuál es la labor del mismo en el proyecto en cuestión. En este respecto, en observancia a lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley de Ordenación de la Edificación, se desprende que los Organismos de Control Técnico son *“aquellas entidades capacitadas para prestar asistencia técnica en la verificación de la calidad del proyecto, de los materiales y de la ejecución de la obra y sus instalaciones de acuerdo con el proyecto y la normativa aplicable”*. De acuerdo con la información que se nos traslada, el Organismo de Control Técnico es contratado para llevar a cabo un informe acerca de la cimentación de la obra e impermeabilización de fachadas, sótanos y cubiertas. De esta manera, se podría entender que el Organismo Técnico de Control habiendo dado un informe favorable sobre la cimentación, podría ser responsable de los daños causados por la inadecuación de la misma.

De esta manera, los tribunales han sostenido en diversas circunstancias, como en la Sentencia 439/2009 de la Audiencia Provincial de Madrid, que para determinar la responsabilidad de este órgano hay que atender a *“cuál ha sido el campo de actuación sobre el que han actuado o se han propuesto actuar”* dado que así lo impone *“el propósito de individualización de las responsabilidades recogido en el artículo 17.2 LOE”*.

Sin perjuicio de lo anterior, en concordancia con lo dispuesto por los tribunales, en particular por la Audiencia Provincial de Salamanca en 2010 entre otros, el informe favorable de este *“no quiere decir que se suplante o sustituya a tal agente (arquitecto) del proceso de edificación, que evidentemente debe responder de su conducta, y así lo ha considerado el Juez de Instancia”*. En virtud de lo previsto por el informe realizado, donde se le atribuye un estudio de la cimentación, podemos entender que el Organismo de Control Técnico ostentaría la condición de agente responsable del daño en conjunto con el arquitecto.

IV. HOGAR S.L

En virtud de lo dispuesto por el artículo 17.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en cualquier caso, *“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 este respecto, atendiendo a lo dispuesto, entre otras por la Sentencia 21/2022 de 17 de enero de 2022 del Tribunal Supremo donde resuelve que cabe declarar la *“responsabilidad solidaria de la entidad promotora Finca Don Amaro, S.L. y del arquitecto, redactor del proyecto y director de la obra, D. Benjamín”*.

De esta forma, resulta indudable que, en cualquier caso, tanto para los daños consistentes en las grietas como en los relativos a las humedades, la promotora HOGAR S.L. es un agente del daño que responderá de manera solidaria con los demás agentes nombrados hasta el momento.

4.3 Acciones frente a los agentes y el plazo de prescripción y/o caducidad

En primera instancia, de acuerdo con lo manifestado al comienzo del presente asesoramiento, cabe señalar que podría considerarse que las humedades se encuentran cubiertas bajo la póliza decenal. En este respecto, como ya apuntábamos, han pasado más de los tres años recogidos en la Ley de Ordenación de la Edificación para que quedase cubierta bajo tal cobertura.

En cualquier caso, se podría ejercitar la acción contemplada en el artículo 1591 del Código Civil durante un plazo de 10 años desde que concluyó la construcción. En este sentido, el citado artículo expone que:

“El contratista de un edificio que se arruinase 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”

Por otro lado, el plazo de prescripción recogido para esta acción en cuestión sería el de prescripción de 5 años previsto por el Código Civil.

En este sentido, el plazo de prescripción contemplado por la Ley de Ordenación de la Edificación en su artículo 18 se establece en “*dos años a contar desde que se producen dichos daños*”.

E. Préstamo de Real Estate Ventures, S.C.R

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

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

Estimado cliente,

En primera instancia, de cara a resolver la cuestión que nos traslada, resultaría conveniente remitirse a lo dispuesto en la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, de cara a analizar el tipo social de Real Estate Ventures, S.C.R. En este respecto, el artículo 9 de la ley mencionada, expresamente señala que el objeto principal de dichas entidades será:

“la toma de participaciones temporales en el capital de empresas de naturaleza no inmobiliaria ni financiera que, en el momento de la toma de participación, no coticen en el primer mercado de bolsas de valores o en cualquier otro mercado regulado equivalente

de la Unión Europea o del resto de países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos”.

En este sentido, no se hace mención alguna a que las entidades de capital-riesgo tengan por objeto la intermediación de contratos de crédito inmobiliario, sino por el contrario, la toma de participaciones en empresas.

Por otra parte, con el fin de aclarar los conceptos, resulta oportuno también acudir a aquello dispuesto por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, donde se señala en el artículo 4.5 que un intermediario de crédito inmobiliario será aquella persona física o jurídica que:

“no actuando como prestamista, ni fedatario público, desarrolla una actividad comercial o profesional, a cambio de una remuneración, pecuniaria o de cualquier otra forma de beneficio económico acordado, consistente en poner en contacto, directa o indirectamente, a una persona física con un prestamista y en realizar además alguna de las siguientes funciones con respecto a los contratos de préstamo a que se refiere el artículo 2.1, letras a) y b):

a) presentar u ofrecer a los prestatarios dichos contratos de préstamo;

b) asistir a los prestatarios realizando los trámites previos u otra gestión precontractual respecto de dichos contratos de préstamo;

c) celebrar los contratos de préstamo con un prestatario en nombre del prestamista”.

En virtud de lo anterior, señalamos que:

- Por un lado, una entidad de capital-riesgo no tiene objeto de realizar operaciones de intermediación de crédito inmobiliario, sino de adquirir participaciones en empresas.

- La actividad que vendría a desarrollar Real Estate Ventures, S.C.R en el supuesto del que se nos hace traslado sería en todo caso *“conceder una financiación por el importe solicitado”*, no tendría la consideración de intermediación de crédito inmobiliario.

- A efectos de lo dispuesto por la Ley 5/2019, el intermediario de crédito inmobiliario será el que ponga en contacto a un prestamista con una persona física.

En concordancia con lo dispuesto anteriormente, dentro de su condición de prestamista y no de intermediador de créditos inmobiliarios, a Real Estate Ventures, S.C.R, no le sería aplicable la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario anteriormente señalada. En este sentido, el artículo 2 de la anterior establece que el ámbito de aplicación de la misma engloba la concesión de préstamos para la adquisición de de derechos de propiedad de *“inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor”*. En el presente caso nos encontramos con que el prestatario sería Hogar, S.L., es decir, no sería un consumidor. No obstante, tal y como desarrollaremos más adelante, en casos como el presente en el que Hogar, S.L. pasaría a transmitir el bien hipotecado, las disposiciones previstas en la ley 5/2019 serían de aplicación en virtud de lo dispuesto por la Disposición adicional sexta de la misma.

En cualquier caso, de cara a responder a la cuestión que se nos hace llegar, cabe señalar que en el supuesto de que Real Estate Ventures, S.C.R quisiera obtener la condición de intermediador de crédito inmobiliario, este tendría que cumplir una amplia diversidad de requisitos. Cabe señalar que deberá cumplir con los requisitos previstos en la ley 5/2019, en la cual se recogen, entre otros:

- Estar inscrito en un registro de intermediadores de créditos inmobiliarios, de acuerdo con el artículo 27.

- Disponer de un seguro de responsabilidad civil profesional o un aval bancario, en virtud del artículo 36.

- Informar al registro que le corresponda de sus representantes designados y de sus establecimientos, en vista de lo expuesto por el artículo 39.

Esperamos que la información previa le sea de utilidad. En cualquier caso, quedamos a su plena disposición para cualquier otra duda que le pueda surgir al respecto.

Un cordial saludo,

Carlos Villota

Socio / Partner

Colegiado ICAM número XXXXX

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

Después de haber realizado un estudio pormenorizado de la operación de préstamo que pretende llevarse a cabo entre Real Estate Ventures, S.C.R y Hogar, S.L., cabe, en un primer lugar, aclarar si sería o no de aplicación la ley 5/2019. Sin perjuicio de lo dispuesto en la misma para el caso de un intermediador de crédito inmobiliario, desde nuestro entendimiento, esta se aplicaría en el presente supuesto en el cual Real Estate Ventures, S.C.R actuaría de prestamista. A pesar de que la ley anterior en su artículo 2.1 b) señale que será de aplicación en la concesión de préstamos “*siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor*”, tal y como ya adelantamos, serán de aplicación las disposiciones de dicha ley en casos como el presente, dado que en virtud de lo dispuesto por la Disposición adicional sexta:

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

En virtud del artículo anterior, así como por lo dispuesto por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 diciembre 2019, interpretamos que en el presente caso sería de aplicación la ley 5/2019 a pesar de que el prestatario sea Hogar, S.L., es decir, una persona jurídica y no física, si los compradores de las viviendas se subrogaran en la posición del deudor.

A tenor de la explicación anterior, consideramos que consecuentemente habría que entrar a analizar si los términos y condiciones del *term sheet* se ajustan a la legalidad en base a lo dispuesto por la ley 5/2019.

En este respecto señalamos que, en atención a la información de la que se nos hace traslado, que no encontramos razones para dudar de la legalidad de los siguientes términos y condiciones del *term sheet*:

1. Exclusión del pacto de vencimiento anticipado
2. Plazo de amortización de diez años
3. Exclusión de periodo de carencia
4. Dación en pago
5. Un tipo deudor fijo por un plazo mínimo de seis años
6. Paquete de garantías adecuado a la práctica de mercado

Resulta imprescindible resaltar que este análisis se lleva a cabo desde el entendimiento de que Real Estate Ventures, S.C.R no se encuentra adherida al código de buenas prácticas en su condición de sociedad que realiza la concesión de préstamos. En este respecto, el artículo 5 de la Ley 6/2912 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, expresamente señala que: “*el Código de Buenas Prácticas incluido en el Anexo será de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito o de cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios*”.

Consecuentemente, a tenor de lo anterior, los términos y condiciones se encontrarían perfectamente amparados bajo la legalidad vigente. A pesar de que la ley haga determinadas matizaciones sobre algunos de los términos y condiciones anteriores, de acuerdo con la información de la que se nos hace traslado, todos ellos parecen ajustarse a la legalidad. Consecuentemente, se requeriría indispensablemente de información adicional para poder discernir de si En lo que respecta al plazo de amortización de diez años, simplemente señalar que en ausencia de que el mismo establezca la prohibición de que el prestatario pueda reembolsar la deuda antes de la expiración del término anterior,

estaría amparado el artículo 23 de la Ley 5/2019 que dispone que: “*el prestatario podrá en cualquier momento anterior a la expiración del término pactado reembolsar de forma anticipada total o parcialmente la cantidad adeudada*”. De esta misma manera, en cuanto al tipo fijo deudor, el artículo 8 de la citada ley establece requisitos, entre otros, de carácter informativo, pero en ningún caso prevé la imposibilidad de establecer un plazo mínimo de 6 años para el mismo.

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

En lo que concierne a las garantías que, bajo nuestro entendimiento comprenderían un paquete de garantía adecuado a la práctica de mercado, cabe poner en relieve las siguientes anotaciones:

- La garantía más común con respecto a los créditos inmobiliarios es la constitución de una hipoteca sobre el inmueble que se adquiere si este es, como en el presente supuesto, de uso residencial. Ellos además es uno de los supuestos de hecho que permiten la aplicación de la Ley 5/2019 tal y como dispone el artículo 2.1.a) de la misma. El concepto de uso residencial, según dicho artículo, ha de entenderse en sentido amplio, que además de la vivienda, comprendería también tanto los trasteros y los garajes como cualquier otro elemento que, sin tener la consideración de vivienda en sentido estricto, cumpla una función doméstica.
- Otra garantía posible sería el fiador. Esta figura se encuentra regulada en los artículos 1822 y siguientes del Código Civil los cuales, entre otras cuestiones, establecen que el fiador, si bien puede obligarse a menos que el deudor principal, no puede obligarse a más; siendo, por ende, nulo cualquier pacto que dispusiera mayores obligaciones del fiador con respecto a las del deudor (artículo 1826 del Código Civil). Resulta necesario destacar que la principal diferencia existente entre el fiador y el hipotecante no deudor más allá de la constitución, por parte de este último, de un derecho real de garantía de hipoteca sobre un bien de su propiedad, es que, en caso de incumplimiento por parte del deudor principal, el fiador responde con todo su patrimonio, mientras que el hipotecante no deudor únicamente responde con la finca hipotecada.

- Cabe, asimismo, señalar la figura del garante. A pesar de que esta figura se suele usar como sinónimo de fiador, la doctrina la ha relacionado con la del hipotecante no deudor, es decir, un tercero que garantiza la deuda del prestatario hipotecando un bien de su propiedad para ello.

Sin perjuicio de lo anterior, hemos de resaltar que la protección que brinda la Ley 5/2019 a lo largo de su articulado se extiende también, tal y como prescribe su artículo 1, a los fiadores y garantes. Consecuentemente, sería nulo cualquier pacto que prevea la renuncia de los derechos que la mencionada Ley les confiere.

Además de lo anterior, se prevé en la ley de manera expresa que además de la garantía real, pueden establecerse otros derechos reales de garantía, además de la ya mencionada hipoteca, sobre el inmueble a adquirir.

Esto implicaría, de forma teórica, la posibilidad de someter el inmueble a un derecho real de garantía de anticresis (regulado en los artículos 1881 y siguientes del Código Civil). Sin embargo, dado que el instituto de la anticresis se basa en que el acreedor reciba, como pago del crédito y sus intereses, los frutos que produzca el inmueble, difícilmente puede encontrar esta figura acomodo en un inmueble de uso residencial, razón por la cual, no sería adecuada a la práctica del mercado.

Sin embargo, la doctrina ha señalado que dentro del concepto “otros derechos reales de garantía”, podría encontrar acomodo la condición resolutoria explícita. Esta figura se encuentra regulada en el artículo 1504 del Código Civil y en el artículo 59 del Reglamento Hipotecario. En virtud de ella, y si así lo establecen las partes, en el supuesto de que el deudor incumpla sus obligaciones para con la devolución del crédito inmobiliario, el contrato de compraventa se resolvería de tal manera que el inmueble retornaría, automáticamente, al patrimonio del comprador y al vendedor se le devolvería las cantidades satisfechas hasta el momento, salvo una cantidad a convenir en concepto de indemnización por daños y perjuicios.

En definitiva, podemos concluir que un paquete de garantía adecuado a la práctica del mercado estaría conformado por la constitución de un derecho real de garantía de hipoteca

sobre el inmueble en cuestión, el nombramiento de uno o más fiadores o garantes y, además, sería posible también establecer una condición resolutoria explícita.