

## **VEREDICTO EJEMPLAR (FEBRERO DE 2017)**

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO: De la cuestión litigiosa sometida a consideración judicial.-**

Es objeto del presente proceso el ejercicio de la acción subrogatoria del art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS), que es deducida por la entidad actora la compañía ALLIANZ SEGUROS Y REASEGUROS S.A., contra las mercantiles GAIVENG S.A., en su condición de contratista, INVECO S.L., en su calidad de subcontratista y D. TICIO, como coordinador de seguridad y salud en ejecución de obra, así como contra sus respectivas aseguradoras las compañías AXA, REALE y PELAYO.

La base fáctica en la que se funda la demanda consiste en síntesis en que la mercantil PROMOVER S.L., con cobertura de seguros de daños “multiriesgo empresarial” concertado con la actora, contrató los servicios de la entidad GAIVENG S.A, para la ejecución de unas obras de acondicionamiento de una nave industrial de su titularidad.

Las referidas obras fueron recepcionadas provisionalmente, pendientes de la ejecución de unos trabajos de acabado y subsanación, el 20 de diciembre de 2013. Entre los referidos defectos se encontraba la ausencia de varios tornillos de sujeción de la estructura del tejado y de la torre de equipos previstos en el proyecto arquitectónico.

Con tal finalidad GAIVENG contrató los servicios de la también demandada INVECO S.L, quien asumió, en su condición de subcontratista, la realización de trabajos de oxicorte y soldadura para ampliar los orificios que debían albergar los tornillos.

Así las cosas, sobre las 12.30 horas del día 19 de febrero de 2014, en la realización de tal cometido se provocó un incendio en la nave, por el desprendimiento de chispas incandescentes del material de soldadura que, sin la adopción de mínimas prevenciones de seguridad, manejaba un operario de la subcontratista.

La ausencia de medidas de seguridad no fue controlada debidamente por D. TICIO, en su cometido de coordinador de seguridad durante la ejecución de las mentadas obras.

A consecuencia del siniestro se produjeron daños en la nave industrial de PROMOVER, que ascendieron a la suma de 2.500.000 euros, que le fueron abonados por su aseguradora ALLIANZ, y cuya repetición, por parte de esta compañía contra los autores materiales del daño sufrido, junto con los intereses legales de demora, constituyen el objeto del presente proceso, a través de una acumulación subjetiva de pretensiones entablada con la finalidad de obtener una decisión judicial en una única sentencia, que solvete las conductas culposas concurrentes, mediante la proclamación de una responsabilidad solidaria impropia de los demandados.

Emplazadas las demandadas y constituida en forma la relación jurídica procesal, por parte de las mismas se alegaron distintos motivos obstativos a la

prosperabilidad de la demanda, que serán objeto de pormenorizado examen en esta resolución, a los efectos de dar satisfacción a los litigantes en su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que les reconoce el art. 24.1 de la Carta Magna y que exige de los titulares de la jurisdicción dar una respuesta motivada y congruente a las pretensiones oportunamente deducidas.

## **SEGUNDO: De los hechos declarados probados.-**

A los efectos decisorios de la presente controversia judicializada hemos de partir de los siguientes hechos, que expresamente declaramos probados, en función de las cuales justificaremos fácticamente la decisión que se adopta resolviendo la contienda suscitada:

1) La entidad PROMOVER S.L. y la compañía actora ALLIANZ SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., se encuentran vinculadas por un contrato de seguro de daños (denominado «multiriesgo empresarial»), concertado en fecha 15 de enero de 2010 y prorrogado anualmente, el cual se formalizó en la póliza número 150004567, que, entre otros, cubría el riesgo de incendio. El mentado contrato de seguro se encontraba en vigor al desarrollarse los presentes hechos.

2) La mercantil PROMOVER S.L. contrató con la demandada GAINVEG S.A., la realización de obras de acondicionamiento de la nave industrial de su propiedad, sita en la Parcela 2-B del Polígono Industrial de Verdes., en el término municipal de A Coruña, según el proyecto redactado por el Arquitecto D. RAMÓN C. y con la correspondiente licencia municipal. Las obras contratadas afectaban especialmente a la reparación de la estructura de la cubierta. Su ejecución fue compatible con el mantenimiento de la maquinaria industrial en su interior, (congeladores industriales) y también con existencias y mercancías propias de la actividad empresarial (en particular, alimentos congelados importados, en orden a su distribución).

3) Las referidas obras fueron provisionalmente recepcionadas por la propiedad, el día 20 de diciembre de 2013. Según se hizo constar en el acta de recepción, firmada por los representantes de la propiedad, de la empresa contratista y por el Director técnico o facultativo de la ejecución, estaba sujeta a los acabados y subsanaciones que se apreciaban en la obra.

4) Entre los referidos defectos de acabado, que fueron constatados a principios del mes de enero de 2014, estaba la ausencia de varios tornillos de sujeción de la estructura del tejado y de la torre de equipos, previstos en el proyecto arquitectónico y que no fueron puestos o instalados por la constructora. Para subsanar esta deficiencia era necesario realizar trabajos de oxicorte, con la finalidad de ampliar los orificios que debían albergar los tornillos, que faltaban en las vigas metálicas, y a las que debían atornillarse las placas de la cubierta y de la torre de equipos.

5) Para la ejecución de los mentados trabajos, la contratista GAINVEG S.A. celebró a su vez un contrato de ejecución de obra, en el mes de enero de 2014, con la subcontratista INVECO S.L.

Para cumplir su compromiso contractual empleados de INVECO se trasladaron a la nave litigiosa, y, entre ellos, D. CAYO, en su condición de soldador. El jefe de obra de la contratista D. JUAN FRANCISCO, conforme consta en el libro de órdenes, señaló a los trabajadores de INVECO, S.L., los lugares en los que debían insertarse los tornillos, que faltaban, y en los que había que recurrir a la técnica de oxicorte, con arreglo a un plano, indicándoles exactamente dónde debía emplearse soplete («soldadura octógona»).

6) Dichos trabajos se desarrollaron por IVECO, sin que para ello se hubiesen adoptado específicas medidas de seguridad en orden a reducir el riesgo derivado de las operaciones de oxicorte, a pesar de resultar evidente que las chispas e incandescencias, que se producen durante la ejecución de tal procedimiento de soldadura, son susceptibles de propagarse, provocando incendios.

7) Así las cosas, sobre las 12:30 h del día 19 de febrero de 2014, precisamente el desprendimiento de partículas incandescentes derivadas de los trabajos, que realizaba el precitado operario de la empresa INVECO, al impactar con material inflamable existente en la nave industrial, provocó un incendio, que no pudo ser inicialmente combatido por los empleados de la mercantiles demandadas, no hallándose tampoco ningún extintor en las inmediaciones del lugar en el que se originó el fuego.

8) Las llamas se expandieron con rapidez, alcanzando un volumen tal que se hicieron acreedoras de la intervención del servicio municipal de bomberos. Personados en la nave litigiosa, horas después, lograron sofocar el fuego.

9) D. TICIO, en su condición de ingeniero industrial, profesional autónomo, contratado por GAINVEG S.A, desarrollaba en la obra la función propia de coordinador en materia de seguridad y salud conforme al RD 1627/1997, de 24 de octubre, sobre medidas mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, el cual seguía acudiendo a la misma, tras la recepción provisional de la obra, siendo quien, en el ejercicio de tales funciones, autorizó la entrada de la empresa INVECO, S.L. en las instalaciones de PROMOVER S.L.

Al producirse el incendio le fue oportunamente comunicado.

10) Los daños causados por la acción del fuego fueron de gran importancia, pericialmente tasados en la suma de 2.500.000 euros. El 10 de febrero de 2015, la actora haciendo honor al contrato de seguro concertado con PROMOVER S.L. procedió a abonar a ésta última la cantidad de 2.644.606,16 €, incluyéndose en esta suma 144.606,16 €, en concepto de intereses moratorios.

11) Por medio de burofax, recibido por los codemandados el 2 de marzo de 2015, ALLIANZ instó de éstos que le fuera abonada la cantidad satisfecha en concepto de daños y perjuicios derivados del incendio. La falta de atención a dicho requerimiento provocó la formulación del presente litigio.

**TERCERO: Sobre la relaciones jurídicas existentes en el presente caso.-**

Las partes en este proceso se encuentran vinculadas por distintas relaciones jurídicas, tanto de carácter contractual como extracontractual.

### **3.1 La relación jurídica existente entre la actora ALLIANZ y la entidad comitente PROMOVER S.L.**

En este caso es la propia de un contrato de seguro, definido en el art. 1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, como “aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”. La modalidad de la cobertura suscrita es la propia de un seguro de daños.

Por mor del pago del siniestro, la aseguradora se subroga vía art. 43 de la LCS, en los derechos que correspondían a PROMOVER S.L. contra los causantes materiales del daño sufrido en la nave de su titularidad.

### **3.2 Relación jurídica existente entre PROMOVER S.L. y GAINVEG S.A.**

Los vínculos existentes entre dichas personas jurídicas son los propios de un contrato de ejecución de obra, regulado en el art. 1544 del CC, conforme al cual uno de los contratantes se obliga a ejecutar una obra a cambio de un precio cierto.

En este caso, la actora acciona en base a lo normado en el art. 1101 del CC, según el cual “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

Pues bien, conforme a lo normado en el art. 1596 del CC, el contratista, condición jurídica que ostenta GAINVEG S.A., “es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra”. Este precepto se refiere, no sólo a las personas que tienen vínculo directo de dependencia con el contratista, los denominados por la doctrina auxiliares del contratista, sino también comprende a las personas físicas y jurídicas subcontratadas.

Se trata en definitiva de una suerte de incumplimiento por parte de terceros, ajenos al contrato de obra suscrito con el comitente, que, al intervenir directamente en la obra gestionada por el contratista, éste ha de responder de los daños y perjuicios causados por aquéllos; por consiguiente, la entidad contratista GAINVEG S.A., a tenor del mentado precepto, no puede liberarse de responsabilidad atribuyéndosela a la subcontratista IVECO S.L. Es más se trata de una responsabilidad propia y exclusiva, que no exige la interpelación de las personas que ocupase en la obra, para la válida constitución de la relación jurídica procesal, sin perjuicio de la intervención voluntaria de los mismos a tenor del art. 13 de la LEC.

En la exégesis del precitado art. 1596 CC es reiterada la jurisprudencia que se pronuncia en el sentido de que incluye tanto a los operarios del contratista, como a los subcontratistas (SSTS de 30 de diciembre de 1993, 16 de marzo de

1998 y 4 de junio de 2002 entre otras muchas). Esta última sentencia señala al respecto que: “que no exime de responsabilidad la circunstancia de que se encomiende la ejecución de la obra a otro contratista, pues el art. 1596 CC hace responsable al contratista del trabajo efectuado por las personas que ocupare en la obra (STS 28 septiembre 1987) y que dicho precepto «se refiere a la responsabilidad del contratista frente al dueño de la obra por los trabajos que realicen las personas que emplee –no excluyéndose a los subcontratistas– alcanzando a los daños y perjuicios por causa de deficientes ejecuciones» (STS de 16 marzo 1998)”.

En este mismo sentido, en el ámbito de esta Audiencia Provincial de A Coruña, podemos citar las sentencias 227/2000, de 30 de junio, de la sección 1ª y 603/2009, de 24 de noviembre, de la sección 6ª.

Por lo expuesto, y con arreglo a tal precepto, la contratista codemandada responde de los daños o desperfectos causados por los empleados de la subcontratista INVECO, S.L.

Igualmente la LOE establece la responsabilidad por hecho ajeno en su art. 17.2, y, en congruencia con ello, el apartado 6.º del mentado precepto, hace directamente responsable al constructor de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución causados por las personas físicas o jurídicas a las que encargue, como subcontratistas, la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar.

### **3.3 Relación jurídica entre la constructora GAINVEG S.A. y la subcontratista INVECO, S.L.-**

Entre ambas partes litigantes se celebró un contrato de ejecución de obra por mor del cual INVECO se comprometió con GAINVEG a proceder a la ejecución de los trabajos pendientes en la recepción provisional de obra antes descritos.

La Ley 32/2006, de 18 de octubre, regula la subcontratación en el Sector de la Construcción. En ella se define, en su art. 3 e) al contratista o empresario principal, como "la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato".

Y al subcontratista, en su apartado f), como "la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente".

La subcontratación es un contrato privado de ejecución de obra, que genera una relación jurídica de tal naturaleza entre contratista y subcontratista. En sus relaciones puramente internas, el subcontratista ha de responder ante el contratista de la correcta realización del trabajo que se le ha encomendado, y

si, a consecuencia de su mala praxis, el contratista es condenado a hacerse cargo de los daños causados por su negligente actuar, no ha de ofrecernos duda alguna que podrá repetir lo indemnizado contra aquél, sin que quepa confundir los distintos planos de responsabilidad, comitente y contratista por una parte, y contratista y subcontratista por otra.

El contratista continúa obligado con respecto al "dominus operi" (dueño de la obra) y los subcontratistas lo están con el constructor, que los contrató para llevar a efecto una parte de la obra. No existe, por consiguiente, vínculo contractual entre comitente y subcontratista. Todo ello, sin perjuicio claro está, de la acción directa del art. 1597 del CC a la que se refieren las SSTS de 2 julio 1997, 16 julio 2003, 19 abril 2004, 12 diciembre 2007, 26 septiembre 2008, 20 noviembre 2009, 14 octubre 2010, siempre que concurren los requisitos señalados por las SSTS de 25 abril 2013 y 193/2015, de 6 de abril; es decir que se trate de una obra ajustada alzadamente por el contratista y que el objeto de la acción (reclamación pecuniaria) esté dentro de la deuda que el demandado -dueño de la obra, contratista o subcontratista- deba a cualquiera de éstos, hasta la cantidad que éste adeude.

La inexistencia de una relación contractual entre comitente PROMOVER S.L. y subcontratista IVECO S.L. no significa que no pueda ejercitar contra ésta última mercantil una acción de responsabilidad extracontractual de los arts. 1902 y 1903 IV del CC, cuya prosperabilidad exige la demostración de los consabidos requisitos reiteradamente recordados por la jurisprudencia, consistentes en: 1) Concurso de una conducta negligente en la actuación de la persona contra la que se dirige la acción o de sus dependientes; 2) la existencia de un daño y 3) el correlativo nexo causal entre la conducta del demandado y el resultado dañoso cuyo resarcimiento es objeto del proceso (SSTS de 24 de diciembre de 1992, 7 de abril de 1995, 20 de mayo de 1998, 25 de octubre de 2001, 11 de julio de 2002 y 10 de diciembre de 2008 entre otras muchas).

#### **3.4 Relación jurídica entre PROMOVER S.L. y D. TICIO coordinador de seguridad.-**

Comoquiera que D. TICIO, en su condición de profesional autónomo, fue contratado por la constructora GAINVEG S.A. la responsabilidad de este último frente a la comitente, titular de la nave incendiada, halla su fundamento jurídico en el art. 1902 del CC, en sede responsabilidad extracontractual.

#### **3.5 Las acciones contra las distintas aseguradoras de los demandados.**

Conforme al art. 76 de la LCS: "El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar". En el supuesto enjuiciado, como consecuencia del pago de los daños sufridos al comitente asegurado, la compañía ALLIANZ se subroga en los derechos y acciones que corresponden a su asegurado, contra los autores materiales del daño por la vía del mentado art. 43 de la LCS.

Como dicen las SSTS de 11 de octubre 2007 y 21 de noviembre de 2011 se trata de una acción dirigida a obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el responsable del siniestro, causante material del quebranto patrimonial indemnizable, que es la misma que tenía originariamente el perjudicado contra aquél, si bien con la particularidad de que el contenido

patrimonial del derecho que otorga la subrogación legal al asegurador no coincide necesariamente con el daño y perjuicio sufrido por el asegurado-perjudicado, sino que comprende, o alcanza, únicamente, a la indemnización pagada por la aseguradora.

#### **CUARTO: Breves consideraciones sobre la acción subrogatoria ejercitada.-**

La posibilidad de la subrogación del asegurador en las acciones correspondientes al asegurado contra el tercero causante del daño se consagró normativamente en el art. 43 de la LCS, tras una lenta evolución, en tanto en cuanto en principio se plasmó como mera estipulación de los contratos de seguro pactados, y, posteriormente, se reflejó en la normativa de determinadas ramas sectoriales como, por ejemplo, en el seguro marítimo.

En definitiva, dice el art. 43 de la LCS, que recoge un verdadero supuesto de subrogación legal, que "el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización".

Su fundamento, siguiendo a la mejor doctrina y la exposición de motivos del Código de Comercio de 1885, nos lo explica la reciente STS de 19 de noviembre de 2013 sobre las siguientes bases:

"Primera, evitar que el asegurado que, como consecuencia del siniestro, tiene una doble vía de resarcimiento del daño (contra el asegurador y contra el causante del daño), pueda enriquecerse ejercitando ambos derechos (el principio indemnizatorio a que se refiere el art. 26 LCS); segunda, impide que el tercero responsable se vea libre de su obligación de resarcir el daño por la protección que obtiene el asegurado merced al contrato de seguro; tercera, supone un beneficio para el asegurador, pero también para el asegurado en la medida en que el primero obtiene unos recursos que le favorecen una mejor explotación del negocio y el segundo no verá incrementada la prima que, en caso de insolvencia del responsable del daño, debiera soportar.

La jurisprudencia se ha ocupado igualmente por indicar cuáles son los presupuestos normativos viabilizantes de la acción subrogatoria, como así se exponen en la STS de 19 de noviembre de 2013, en los términos siguientes:

(i) que el asegurador haya cumplido la obligación de satisfacer al asegurado la indemnización dentro de la cobertura prevista en el contrato, (ii) que exista un crédito de resarcimiento del asegurado frente al tercero causante del daño, de modo que cuando no existe deuda resarcitoria por parte de un tercero no opera la subrogación ( SSTS 14 de julio 2004 , 5 de febrero de 1998 entre otras); (iii) la voluntad del asegurador de subrogarse, como un derecho potestativo que puede hacer valer o no, según le convenga, por lo que la subrogación no operaría ipso iure, conforme preveía el Código de Comercio. En el mismo sentido, la STS de 12 de junio de 2013.

En definitiva, por el fenómeno subrogatorio, el asegurado transmite a la compañía aseguradora, que le satisfizo el daño sufrido y que además constituía riesgo asegurado por la cobertura del seguro suscrito, las acciones que tendría contra el tercero a quien se le puede imputar objetivamente el daño causado.

De esta manera, éste último no se ve beneficiado por una cobertura de seguro que no ha concertado, ni la aseguradora soporta la carga económica de un siniestro, que dejaría patrimonialmente indemne al tercero responsable del daño a costa de su patrimonio.

En lo que se subroga la compañía aseguradora conforme al art. 43 LCS, una vez pagada la indemnización, es en los derechos y acciones "que correspondieran al asegurado", en este caso a la comitente, titular de la nave siniestrada, PROMOVER, contra los codemandados por el incendio causado al haber incurrido la subcontratista en patente negligencia en la prestación de su trabajo. En definitiva, nos hallamos ante una subrogación específica a la prevista en el art. 1111 del CC.

Pues bien, en este caso, es indiscutible la viabilidad de la acción subrogatoria ejercitada, en tanto en cuanto la compañía de seguros se hizo cargo del siniestro, abonando la indemnización procedente a su asegurado. Y comoquiera que, en la causación del daño, fue totalmente ajena PROMOVER S.A., ejercita legítimamente las acciones que ésta última, por vía contractual y extracontractual, le corresponden contra quienes son considerados responsables del siniestro acaecido. Es evidente, por otra parte, que el requerimiento previo de pago llevado a efecto, por medio de burofax de 2 de marzo de 2015, así como la presentación de la presente demanda, constituyen actos inequívocos de la voluntad de ejercitar el derecho potestativo que le corresponde a ALLIANZ a entablar las correspondientes acciones de repetición.

#### **QUINTO: Valoración del Tribunal sobre las responsabilidades de la constructora y subcontratista.-**

Poca dificultad jurídica conlleva la determinación de la responsabilidad civil de ambas mercantiles. La negligencia de IVECO es evidente. Encargada de los trabajos de oxicorte, que conforma una técnica auxiliar de la soldadura, que se lleva a efecto a través de dos fases: en la primera, el acero se calienta a alta temperatura con la llama producida por el oxígeno y un gas combustible (900 °C); y, en la segunda, una corriente de oxígeno corta el metal y elimina los óxidos de hierro producidos.

En dicho proceso se generan chispas incandescentes, cuya posibilidad de expansión, con la correlativa génesis de una combustión indeseada, si no se adoptan medidas para evitar la dispersión indiscriminada de las referidas partículas de fuego por la nave industrial, es fácilmente previsible para cualquier persona que contemple dichos trabajos, y, especialmente, para alguien tan cualificado como el soldador de IVECO, D. CAYO, con 30 años de experiencia profesional, quien incurrió, con su descuidada conducta, desarrollada además a la vista, ciencia y paciencia del jefe de obra y otro operario de la constructora, que toleraron indiferentes tal situación de peligro concreto que se generaba, en una verdadera imprudencia profesional, de la que debe responder la empresa para la que trabaja, al amparo de lo normado en el art. 1903 IV del CC, frente al titular de la nave, para dejarle indemne del daño injustamente sufrido y enteramente reprochable, al menos a título de culpa grave, al referido soldador.

No es preciso contar con cualificados conocimientos, sino simplemente con elemental sentido común, para apercibirse de que, al emplear dicha técnica de soldadura, se deben evitar que las chispas producidas por el soplete alcancen o lleguen a caer sobre productos susceptibles de inflamación. Y, precisamente, al no hacerse así, al no adoptarse tan evidente medida de precaución, las chispas entraron en contacto con material de fácil combustión existente en la nave -durante la ejecución de la obra no se desalojaron las máquinas y material de la comitente- que generó una inmediata expansión del fuego, que no pudo, por su pronta y expansiva intensidad, ser extinguida por los trabajadores de GAINVEG S.A. e INVECO, S.L., que se vieron obligados a requerir el servicio municipal de bomberos, los cuales, personados en el lugar, pese a su diligente actuar, no pudieron evitar que se produjeran importantes daños materiales por la acción de un fuego, que se resistía a ser controlado y sofocado.

Tampoco procede liberar a las partes demandadas de su responsabilidad con fundamento a que se produjo la recepción de la obra, dado que ésta se ha llevado a efecto con reservas, según lo establecido en el art. 6.2 d) de la LOE, precepto que señala que la declaración de la recepción de la obra puede hacerse con o sin reservas, especificando, en su caso, éstas de manera objetiva, y el plazo en que deberán quedar subsanados los defectos observados. Una vez subsanados los mismos, se hará constar en un acta aparte, suscrita por los firmantes de la recepción. Pues bien, precisamente en este caso, los daños se producen durante la ejecución de las obras de subsanación, sin que la contratista hubiera abandonado la obra.

#### **SEXTO: Sobre la inexistencia de caso fortuito o fuerza mayor.-**

A ellos se refiere el art. 1105 del CC, cuando establece que “fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”. El tratamiento jurídico de ambos supuestos no es uniforme en el ámbito propio de nuestro Derecho, y así en ocasiones el Código se refiere únicamente al caso fortuito (arts. 1129.3, 1136, 1575, 1744, 1745 y 1891), a veces, tanto al caso fortuito como a la fuerza mayor (arts. 1602 y 1625 CC), utilizando en otros casos expresiones tales como “siniestro o caso extraordinario” (art. 484 CC); “acontecimiento no común” (art. 499) o “causa inevitable” (art. 1561).

La diferencia entre ambos supuestos, según la mejor doctrina, se encuentra en que la fuerza mayor se configura como un evento imprevisible ajeno a la actividad del deudor al desarrollarse desde el exterior, mientras que, por el contrario, el caso fortuito se desarrolla en el ámbito interno de la propia actividad del obligado a la prestación.

De esta forma se expresa la STS 3/2015, de 4 de febrero, cuando dice que: “La doctrina más autorizada distingue, en relación con la procedencia del hecho que impide el cumplimiento, si la procedencia es externa al círculo de la actividad en el que la obligación se desenvuelve, o si es interna” y añade “que el caso fortuito encierra siempre la posibilidad de una sospecha de culpa que no existe cuando el suceso consiste en una fuerza mayor extraña o ajena al riesgo desplegado”.

Y, por su parte, STS de 17 de julio de 2008, rec. 200/2002, señala que “la fuerza mayor en su distinción con el caso fortuito “se funda en la ajeneidad de aquélla a la actividad de la empresa” (p. ej. SSTS 5 de noviembre de 1993, 28 de diciembre de 1997, 13 de julio de 1999 y 4 de abril de 2000).

La reciente STS 624/2016, de 24 de octubre, proclama que “tampoco puede concebirse como caso fortuito exonerador de responsabilidad (artículo 1105 del Código Civil) un suceso que cae dentro de la esfera de control de riesgo a cargo del deudor, y al que es ajeno el cliente o consumidor”. Igualmente, como es natural, se descarta la consideración de caso fortuito o fuerza mayor de los eventos previsibles en las SSTS 440/2012, de 28 de junio y 305/2016, de 11 de mayo.

Pues bien, en el caso que enjuiciamos, no concurren los mentados efectos exoneradores de responsabilidad civil de los demandados, en tanto en cuanto nos encontramos ante un riesgo interno de la actividad de la demandada subcontratista perfectamente previsible, que debió de haber controlado, al ser garante en la evitación del resultado dañoso, al constituir un peligro típico que entra dentro de la esfera propia de su actividad, remitiéndonos a los razonamientos antes consignados sobre su imprudente actuación profesional, causante directa, material y eficiente del daño producido; conducta culposa además tolerada por los propios empleados de la contratista como su jefe de obra, que nada hicieron para corregirla, incurriendo en una omisión culposa concausal del daño.

Por todo ello, la responsabilidad civil de dichos codemandados –contratista y subcontratista y sus respectivas compañías de seguros- deviene indiscutible a tenor de los arts. 1101, 1544, 1596, 1902 y 1903 IV del CC y 43 y 76 de la LCS.

**SÉPTIMO: Sobre la postulada responsabilidad civil de D. TICIO, en su condición de coordinador de la seguridad y salud de la obra.-**

A diferencia de los otros codemandados no podemos apreciar su responsabilidad civil, toda vez que no concurren los requisitos precisos para imputarle objetivamente el daño material sufrido.

Conforme establecen las SSTS de 19 de febrero de 2009 y 25 de noviembre de 2010: "para la imputación de la responsabilidad, cualquiera que sea el criterio que se utilice (subjetivo u objetivo), es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la determinación del daño (SSTS 11 febrero 1998; 3 de junio de 2000; 19 octubre 2007), el cual ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba (SSTS 17 diciembre 1988; 21 de marzo de 2006; 30 de mayo 2008)».

La determinación de la relación de causalidad entre un hecho y un autor implica una valoración judicial motivada de doble secuencia.

A) La primera la determinación como cuestión fáctica de la relación causal entre un comportamiento humano y un resultado (criterio del “but for test”, “de no haber sido por” del derecho norteamericano, o de la “conditio sine qua non”

o de la “equivalencia de las condiciones”: causa causae causa causati, del derecho continental europeo).

B) Determinar la causalidad jurídica, (criterio de la causalidad jurídica: causation in law del derecho norteamericano, o de la imputación objetiva: objektive zurechnung del derecho alemán).

La causalidad material es un presupuesto de la causalidad jurídica, que se desenvuelve en el ámbito puramente fáctico, mientras que la jurídica bajo criterios de imputabilidad del resultado dañoso a un sujeto de derecho, seleccionando un subconjunto de causas para la atribución del hecho al autor.

En este sentido, se expresan SSTS 338/2012, de 7 de junio y 737/2014, de 22 de diciembre: «(l)a fijación del nexo causal entre un comportamiento y el daño determinante de la responsabilidad civil tiene, a los fines del recurso de casación, una primera secuencia de carácter puramente fáctico y, por ende, dependiente de la valoración de la prueba, y otra jurídica que se identifica con el posterior juicio de imputación ( Sentencias 203/2005 , de 29 de marzo, y 815/2010, de 15 de diciembre ). Entre ambas, no obstante, existe una intensa conexión, pues la segunda no puede desvincularse del antecedente insoslayable que constituye la realidad de una causalidad material o física, que se fija mediante la prueba».

Pues bien, en este caso, no ofrece duda que la inobservancia de las medidas de seguridad fue la causa material de la producción del daño, esto es los trabajos desarrollados por una empresa subcontratista, que accede a la nave industrial con conocimiento y autorización del referido codemandado, no obstante lo cual no cabe, desde el punto de vista de la causalidad jurídica, imputarle el resultado dañoso, dado que la norma que se considera transgredida -Real Decreto 1627/1997, 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción- no tiene por objeto la protección del daño material sufrido por el titular de la nave industrial, sino la salud y seguridad de los trabajadores que no se ha visto lesionada.

En efecto, el mentado RD 1627/1997, es desarrollo reglamentario, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que constituye la disposición legal por la que se determina el cuerpo básico de garantías y responsabilidades preciso para establecer un adecuado nivel de protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos derivados de las condiciones de trabajo. De acuerdo con el artículo 6 de dicha Ley, serán las normas reglamentarias las que fijarán y concretarán los aspectos más técnicos de las medidas preventivas, a través de normas mínimas que garanticen la adecuada protección de los trabajadores. Entre éstas se encuentran necesariamente las destinadas a garantizar la salud y la seguridad en las obras de construcción.

El precitado RD 1627/1997, transpone además, la Directiva 92/57/CEE, de 24 de junio, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles.

El art. 1 del Real Decreto especifica el objeto y ámbito del mismo, al normar que “establece, en el marco de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de

Prevención de Riesgos Laborales, las disposiciones mínimas de seguridad y de salud aplicables a las obras de construcción”.

Pues bien, siendo ello así como así es, el resultado dañoso se produjo fuera del marco de protección de las precitadas normas, que regulan las obligaciones del referido codemandado como coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, por consiguiente no cabe imputarle los daños materiales sufridos por el dueño de la nave, por cuyos derechos no le corresponde velar, sino exclusivamente por los relativos a los trabajadores que desarrollan su actividad en la obra de construcción.

En definitiva, como señala el art. 163 del Libro 6 del Código Civil holandés: “Ninguna obligación de indemnización de daños existe, cuando la norma transgredida no tiene por objeto la protección contra un daño como el sufrido por la víctima”.

Precisamente en un caso idéntico al presente la STS 200/2010, de 30 de marzo, absolvió al coordinador de seguridad y salud en el trabajo, estimando el recurso de casación, en el que se indicaban infringidos los arts. 1544 y 1101 del CC, razonando al respecto que: “Efectivamente, se estiman infringidas dichas normas sobre responsabilidad por incumplimiento del contrato de obra, no tanto en sí mismas, sino en relación con las que regulan la función del coordinador de seguridad y salud que han sido expuestas y vienen referidas al ámbito laboral. El coordinador, dentro de sus funciones, no incumplió las mismas respecto a la obra que se venían realizando, que provocó un grave incendio. El incumplimiento o más bien cumplimiento defectuoso (artículo 1101 del Código civil) del contrato de obra (artículo 1544) que produjo el incendio, no es imputable al coordinador de seguridad y salud, tal como ha sido razonado”.

#### **OCTAVO: Respeto a los intereses de demora reclamados.-**

Es cierto que conforma reiterado criterio jurisprudencial el que proclama que el art. 20 de la LCS no es aplicable a la acción subrogatoria del art. 43 de la LCS, ejercitada por las compañías aseguradoras contra los causantes materiales del daño indemnizado, siendo manifestación de lo expuesto las SSTS 5 de febrero 2009, RC n.º 2352/2003, 30 de marzo de 2010, RC n.º 199/2006, 193/2011, de 24 de marzo o 308/2012, de 24 de mayo; por consiguiente tal pretensión no debe ser acogida.

En este sentido, la última de las sentencias dictadas señala que: “No procede aceptar la petición de abono que hace la demandante de los intereses del art. 20 de la LCS, generados en este procedimiento, pues los mismos solo son admisibles cuando el reclamante es el tomador, asegurado o perjudicado, y no cuando el procedimiento se entabla entre aseguradoras (STS de 05 de Febrero del 2009. Recurso: 2352/2003).

No obstante, procede la condena a los intereses legales de demora contemplados en los arts. 1100, 1101 y 1108 del CC, que se devengan, desde la reclamación extrajudicial de la deuda, llevada a efecto por la actora mediante burofax recepcionado por las codemandadas el 2 de marzo de 2015. A partir de sentencia procede la condena de los establecidos en el art. 576 de la LEC.

## **NOVENO: Sobre las costas procesales.-**

Las costas procesales se determinan conforme al criterio del vencimiento objetivo, sin que concurran en este pleito serias dudas de hecho o de derecho determinantes de una excepción a la aplicación del régimen legal del art. 394 de la LEC. La circunstancia de que los intereses legales aplicables a las aseguradoras no sean los del art. 20 LCS, no empece dicha condena, pues el Tribunal Supremo ha admitido la equivalencia entre la estimación total de la demanda y su estimación sustancial, o en lo esencial ( SSTS de 29 de octubre de 1992, 27 de noviembre de 1993, 26 de febrero y 5 de diciembre de 1998, 23 de abril y 12 de julio de 1999, 26 enero y 14 diciembre 2001, 15 de diciembre de 2004, 10 marzo y 20 de octubre de 2005 entre otras muchas), en el mismo sentido SAP de A Coruña, sección 4ª, 186/2014, de 10 de junio.

## **FALLO**

Estimar parcialmente la demanda interpuesta por ALLIANZ SEGUROS Y REASEGUROS S.A., y, en consecuencia, se condena a las mercantiles GAIWENG S.A e INVECO S.L. y, a sus respectivas aseguradoras AXA y REALE, a abonar solidariamente a la actora la cantidad reclamada de 250.000 euros, más los intereses legales de la misma, desde la fecha de interpelación extrajudicial de la deuda llevada a efecto el 2 de marzo de 2015, y, a partir de esta sentencia, los del art. 576 de la LEC, todo ello con imposición de las costas procesales de primera instancia correspondientes a dicho pronunciamiento.

Se absuelve a D. TICIO y a su aseguradora PELAYO de la demanda deducida contra ellas, con imposición a la actora de las costas relativas a dicho pronunciamiento.

Contra esta sentencia cabe recurso de apelación a interponer en el plazo de 20 días antes este mismo Tribunal para su conocimiento por parte de la Audiencia Provincial de A Coruña.

Así por este mi sentencia, de la que se llevará certificación a los autos de su razón, lo pronuncio, mando y firmo.

En A Coruña, a 9 de febrero de 2017.