

El tomador del seguro de caución inmobiliario no tiene regreso contra el asegurador cuando el primero paga la deuda

Primera decisión interesante del Tribunal Supremo a propósito del seguro de caución del artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación, y las consecuencias paradójicas que derivan de su condición.

ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. La Sentencia del Tribunal Supremo 790/2024, de 4 junio

La cuestión litigiosa estriba en determinar si un promotor, que había sido el tomador de un seguro decenal de daños, que vendió una vivienda unifamiliar (interés asegurado) y que fue condenado a abonar una indemnización al comprador por los vicios de la edificación, conserva la legitimación activa para reclamar el importe de dicha indemnización a la aseguradora, que no fue demandada por el adquirente.

El seguro decenal de daños fue introducido en nuestro Derecho por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, por lo que la jurisprudencia invocada por

la recurrente para justificar el interés casacional, referida a situaciones anteriores a la promulgación de dicha ley, no resulta directamente aplicable al caso. Además, no se trataba de asuntos en los que el promotor se dirigiera contra la aseguradora del seguro decenal de daños, sino de casos en los que la promotora demandaba a otros agentes de la edificación (SSTS 84/2004, de 10 de febrero, y 119/2011, de 28 de febrero) o a la constructora (SSTS 871/2005, de 7 de noviembre, y 655/2011, de 11 de octubre).

Esta modalidad de seguro obligatorio garantiza que los propietarios de viviendas de nueva construcción sean indemnizados por los daños materiales que sufra el edificio por la propia construcción o que afecten a los elementos

estructurales y comprometan su resistencia y seguridad (STS, Pleno, 221/2014, de 5 de mayo). En concreto, el artículo 19.1c de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) lo define como el seguro que garantiza «durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio».

No es un seguro de responsabilidad civil que proteja o cubra la responsabilidad de los agentes de la edificación o intervinientes en la obra frente a terceros, conforme al artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS), sino un seguro de daños (sobre la diferencia entre el seguro decenal de daños y el seguro de responsabilidad civil profesional se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo 779/2011, de 4 de noviembre).

Según el artículo 19.2a de la Ley de Ordenación de la Edificación, en el seguro decenal de daños materiales tendrán la consideración de *asegurados* «el propio promotor y los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo». Es decir, la cualidad de asegurado corresponde a quien sea en cada momento propietario del inmueble o de las unidades en que éste se divide, por lo que tendrá tal condición el promotor hasta que transmita el inmueble y los sucesivos adquirentes a partir de la primera y ulteriores ventas.

Esta previsión de la Ley de Ordenación de la Edificación sobre la cualidad sucesiva de asegurado, que se reproduce contractualmente en las cláusulas antes transcritas, conlleva que la posición del asegurado sea asumida durante la vigencia del seguro por quien pueda realmente resultar perjudicado por los vicios o defectos referidos en el artículo 19.2c

de dicha ley y coincide, básicamente, con lo previsto en el artículo 34 de la Ley de Contrato de Seguro sobre la transmisión del objeto asegurado, con la particularidad de que no será de aplicación la previsión del artículo 35.1 de esta última ley que permite al asegurador rescindir el contrato dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la transmisión del objeto asegurado.

Al igual que sucede con lo previsto en el citado artículo 34 de la Ley de Contrato de Seguro, el artículo 19.2a de la Ley de Ordenación de la Edificación dispone una «cesión de contrato» del primitivo asegurado al adquirente del objeto asegurado. No se trata propiamente de una novación de los artículos 1204 y concordantes del Código Civil ni tampoco de una novación subjetiva ni objetiva, con los efectos extintivos del contrato que ello pudiera acarrear. La previsión legislativa es que el contrato siga existiendo, si bien con los efectos del cambio de titularidad de derechos sobre el bien asegurado.

Aunque el artículo 34 de la Ley de Contrato de Seguro se refiere a la transmisión del «objeto asegurado», en realidad lo fundamental es que coincida el «interés asegurado» con lo transmitido (SSTS 563/1998, de 13 de junio, y 260/2006, de 23 de marzo).

Los efectos de la subrogación se producen *ope legis*, de tal manera que desde el momento de la transmisión del interés asegurado los derechos y obligaciones del contrato de seguro continúan con el adquirente (STS 520/2011, de 30 de junio).

En estos casos, el seguro decenal de daños se contrata, aunque no se indique así expresamente en la póliza, «por cuenta de quien corresponda». Según la Sentencia del Tribunal Supremo 790/2024:

Si el propietario del inmueble demanda al promotor o constructor como agentes responsables, y éstos indemnizan el daño, no podrán sostener que han pagado la deuda ajena del asegurador, frente al que ellos eran, en su caso, tomadores del seguro, porque al pagar la indemnización, estos agentes no hicieron otra cosa que extinguir su propia deuda de responsabilidad civil.

Como se declaró en la Sentencia 13/2022, de 12 de enero:

En el seguro por cuenta ajena una persona (el contrayente o tomador) contrata con un asegurador un seguro, actuando en nombre propio y asumiendo personalmente las obligaciones que emanan del contrato, pero haciéndolo por cuenta de un tercero (asegurado o beneficiario), que es el titular del interés asegurado y el destinatario o beneficiario de la prestación del asegurador. Y es frecuente en actividades mercantiles en que alguien está en la posesión transitoria de bienes ajenos para su venta, custodia, prestación de un servicio, realización de una obra, etc.

Además, como resulta de la dicción literal del transcrito artículo 7 LCS, en esta modalidad de seguro la determinación del asegurado no es imprescindible y caben varias posibilidades: (i) que se designe la persona del interesado o, por lo menos, la relación de éste con el objeto asegurado que le haga identificable; (ii) que no se designe a persona alguna, sino que dependerá de las circunstancias del caso descritas en la póliza («seguro por cuenta de quien corresponda», en dicción acogida por la Sentencia 480/1987, de 14 de julio; por ejemplo arquetípico, cuando se asegura la compraventa de

una mercancía tanto para el eventual interés del vendedor como el del comprador, ambos como propietarios sucesivos de la cosa en función del proceso de entrega y traslación del dominio).

Y al ser distintos el tomador y el asegurado, como regla general, al primero le corresponden las obligaciones y deberes derivados del contrato, mientras que al segundo le corresponden los derechos que dimanen del mismo. Como declaró la citada Sentencia 480/1987, de 14 de julio, «lo esencial para la determinación legitimadora no es otro factor que el del interés en la obtención de la indemnización del daño, sin que pueda ser motivo u ocasión de enriquecimiento injusto».

De acuerdo con lo expuesto, desde que el promotor vendió la vivienda unifamiliar objeto de construcción (interés asegurado) a un tercero, perdió la condición de asegurado y, por tanto, la legitimación para reclamar contra la aseguradora con fundamento en el contrato de seguro en el que había dejado de ser parte, legitimación que, desde la transmisión de la vivienda, corresponde al adquirente, sobre quien desconocemos si se ha dirigido o no a la aseguradora en virtud del contrato de seguro decenal de daños (sobre todo, una vez que obtuvo la sentencia condenatoria contra el promotor), lo que podría haber realizado desde la compra de la vivienda.

Lo anterior queda confirmado por la siguiente consideración: si, conforme a la doctrina mayoritaria, el asegurador que paga la indemnización se subroga contra el agente de la edificación al que el defecto le resulte imputable (arts. 43 LCS y 18.2 LOE) y también contra el promotor —tomador del seguro— cuando pierda su condición de asegurado por haber transferido la totalidad del edificio a terceros, carece de sentido que el promotor que ya no

es propietario pueda reclamar una indemnización que incluso podría serle reclamada por vía de repetición.

2. Comentario

Hay un error de referencia en la sentencia. Ni el artículo 34 de la Ley de Contrato de Seguro ni el artículo 18.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación arbitran un regreso del asegurador contra el tomador en el seguro de caución. La norma que lo arbitra es el artículo 68 del Ley de Contrato de Seguro. Si no fuera por su disposición explícita, el asegurador de caución carecería de regreso contra el tomador del contrato.

La sentencia es correcta en el fondo. Si el asegurador de caución —se obligue o no de forma solidaria con el tomador promotor— es como un fiador, será el caso de que el acreedor pueda dirigirse directamente contra el deudor principal, y no contra el fiador, aunque aquél pagara a éste una prima de riesgo por salir fiador, y que el deudor principal no tenga regreso contra el fiador por dicho pago. Lo mismo ocurre cuando los sujetos son un tomador y un asegurador del artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro.

El seguro de caución es un seguro por cuenta ajena. Y precisamente por cuenta de quien corresponda. La cualidad de asegurado se determinará en cada momento por la titularidad jurídica del inmueble que es la base del seguro. De hecho, el tomador es igualmente asegurado por cuenta propia cuando el inmueble permanece en su dominio. Pero observemos que no es un seguro de daños en el sentido propio, porque el seguro de caución garantiza el pago de una deuda que correspondería al tomador contra el asegurado, no el daño que el

asegurado-propietario-comprador haya sufrido como propietario del inmueble arruinado.

Ahora bien, si el seguro de caución puede tener (transitoriamente) al mismo tomador como asegurado, en tal caso, esta figura «asegurativa» tendría que configurarse necesariamente como un seguro de daños cuando asegurado y tomador coincidieran, porque el promotor no tendría frente a sí a un tercero que fuera deudor suyo por los defectos de ruina, necesariamente. Mas esto no puede ser. A diferencia del seguro de daños, el de caución no puede tener como asegurado nunca al promotor tomador (art. 19.3a LOE).

Lo cierto es que, tanto si se trata de un seguro de daños como de un seguro de responsabilidad por deuda ajena, el tomador no propietario (promotor que ya vendió) no puede reclamar el pago de la indemnización al asegurador. ¿Pero podrá exigirle en acción de regreso lo que el promotor pagó al adquirente en concepto de propia responsabilidad por la ruina y que hubiera estado cubierto por el seguro si el adquirente hubiera optado por demandar al asegurador?

Y resulta que tampoco puede. Porque el seguro de caución no está configurado como un seguro de responsabilidad civil. Si el seguro garantizase la deuda de responsabilidad civil contractual del promotor frente al adquirente, no sólo dispondría éste de la correspondiente acción directa (si bien en concepto de tercero, no de asegurado), sino que también el promotor tendría una acción en caso de haber pagado él su deuda de responsabilidad, porque el asegurador de responsabilidad civil es el sujeto que debe asumir «finalmente» la deuda de responsabilidad, ya pague primero el tomador,

Para el tomador, el seguro de caución no funciona como seguro de responsabilidad civil

ya se dirija el tercero al asegurador por medio de acción directa. Sin embargo, no existe ninguna regla —todo lo contrario, como advierte la sentencia— que haga caer en el asegurador de caución la responsabilidad final por la deuda en cuestión.

La cuestión finalmente se revela algo capciosa. Porque el seguro de caución —extraña figura en el régimen de responsabilidad en la construcción— podría haberse sustituido, incluso por ley, por un seguro de responsabilidad civil profesional múltiple y una prima pagada por el promotor. En tal caso, éste dispondría de acción de regreso contra el asegurador, mientras que ahora no tiene esta posibilidad.

Frente al seguro de responsabilidad civil y frente al de daños, el de caución es ostensiblemente un instrumento que favorece a las asegura-

doras a costa de los promotores. Parece que no es así cuando el artículo 19 insiste en que en este seguro (no en el daños) tiene el asegurado un crédito inmune a las excepciones personales del deudor principal. Mas también está inmune el beneficiario que ejerce la acción directa en el seguro de responsabilidad civil. Y sería lógico que también en el seguro de daños se pactara una exclusión de excepciones que se tuvieran frente al tomador.

A nuestro promotor sólo le quedaría intentar un remedio bastante indirecto. Tendría que probar que, en el entendimiento de las partes, el seguro se quería como de responsabilidad civil, es decir, que tanto el promotor como el asegurador estaban de acuerdo en que éste estaba cobrando una prima para asumir efectivamente el riesgo cuando el adquirente reclamara.