



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 9 / 1 9 9 4

La Laguna, a 11 de octubre de 1994.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden que resuelve la reclamación de responsabilidad por daños sufridos en las viviendas propiedad de J.J.C.E. y dos más (EXP. 62/1994 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, que se emite a solicitud del Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, es la Propuesta de Orden formulada en un procedimiento, iniciado el 2 de julio de 1992, de responsabilidad por daños patrimoniales a tres ciudadanos cuyo origen se imputa a la ejecución, por medio de un contratista, de obras de titularidad autonómica.

La solicitud de Dictamen se halla amparada en el art. 11 de la Ley 4/84, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con los arts. 10.6 de la misma y 22.13 de la Ley Orgánica 3/80, de 22 de abril, del Consejo de Estado. Estos dos últimos preceptos son los que fundamentan la competencia del Consejo para emitir el presente Dictamen con carácter preceptivo, ya que el primero reenvía al segundo a cuyo tenor el Dictamen del órgano consultivo es preceptivo en las reclamaciones que en concepto de indemnización de daños y perjuicios se formulen ante la Administración. Ello significa que la preceptividad del Dictamen no es determinada porque el perjudicado pretenda que la obligación de reparación recaiga sobre la Administración (con otras palabras, no deriva de que la pretensión resarcitoria sea formulada contra la Administración), sino porque esa pretensión haya de ser decidida

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

por la Administración; es decir, por exigir la normativa aplicable que esa pretensión se formule ante la Administración.

II

En el presente supuesto, la reclamación indemnizatoria trae causa de los daños originados por la ejecución de una obra pública realizada en cumplimiento del correspondiente contrato.

Uno de los efectos típicos del contrato civil de obras es la distribución de la carga de indemnizar por los daños a terceros originados por la ejecución de la obra. Así, el contratista responde por los daños ocasionados por las personas que ocupare en la obra -tanto frente al comitente (art. 1.596 del Código Civil, CC) como frente a terceros (art. 1903, párrafo cuarto, CC- así como por los daños que infiera la ruina de la obra si ésta se produce por vicios de construcción, tanto frente al comitente (art. 1.591 CC) como frente a terceros (art. 1.909 CC, en relación con el art. 1.907 del mismo). El dueño de la obra sólo responde por los daños que la ejecución de ésta cause a terceros con base en el art. 1.902 CC, lo cual requiere una intervención suya, mediata o inmediata, en la ejecución y dirección de la obra; por lo que no es responsable de los daños originados por el contratista y sus operarios cuando es ajeno a la actuación material y técnica de éstos (SSTS de 12 de noviembre de 1986; 5 de enero y 5 de febrero de 1991), no pudiendo fundamentarse en el art. 1.903, párrafo cuarto, CC la responsabilidad del contratista por los daños inferidos a terceros por aquél al ejecutar la obra, porque el contrato de obra constituye "una relación jurídica contractual no integrada por relaciones de subordinación ni de dependencia entre ellas (las partes), que es la esencia y fundamento del art. 1.903 CC, puesto que por lo general no puede decirse que quien encarga cierta obra o trabajo a una empresa autónoma en su organización y medios y con asunción de sus propios riesgos deba responder *in vigilando* o *in eligendo* de los daños causados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado la vigilancia o participación en los trabajos o parte de ellos" (STS de 18 de junio de 1979).

En resumen, en el contrato civil de obra el contratista no desarrolla su actividad bajo la dependencia del comitente, ni entre éste y los trabajadores de aquél existe relación alguna; por ello, el comitente sólo responde de los daños a terceros cuando sean producidos por una intervención suya en la obra subsumible en el art. 1.902 CC, o cuando se haya reservado la dirección personal de la obra, llevándola bajo su

administración, de modo que caiga bajo el ámbito del art. 1.903 CC. Efecto típico del contrato civil de obra es, entonces, la asunción por el contratista de la responsabilidad por los daños a terceros que origine la ejecución de la obra, salvo que éstos se causen por la intervención del comitente en dicha ejecución, lo que no es sino una de las concreciones de la norma general que impone diligencia y buena fe en el cumplimiento de las obligaciones y la sanción de indemnizar los daños y perjuicios originados en caso de que se falte a dichas exigencias (arts. 1.101 y 1.258 CC).

La naturaleza de las cosas impone esta solución porque la contraria -que consistiría en que el dueño de la obra respondiera por los perjuicios a terceros causados por la actividad del contratista- conduciría a que éste, para maximizar su ganancia, se desentendiera de invertir tiempo, esfuerzo y medios en evitar esos perjuicios, seguro de que su ganancia y su patrimonio no sufrirán merma alguna a consecuencia de la negligencia o descuido frente a terceros en que incurra en la ejecución de su prestación, puesto que los efectos lesivos que originen serán cubiertos en todo caso por el comitente. En tal hipótesis, el comitente tendría la obligación de desembolsar una indemnización por una actuación que no es ni suya ni de alguien que dependa de él, y la carga de perseguir su reembolso.

Para determinar si respecto a esta cuestión da diferente respuesta la regulación del contrato administrativo de obras, hay que partir de que:

a) Los efectos de este contrato se rigen por la Ley de Contratos del Estado (LCE) y su Reglamento (RCE) y, supletoriamente, por las normas generales de Derecho Administrativo, en primer grado, y por las normas civiles, en segundo grado (arts. 4 y 43 LCE).

b) Las cuestiones litigiosas surgidas sobre los efectos de los contratos administrativos son resueltas por el órgano de contratación competente, cuyos acuerdos ponen fin a la vía administrativa (art. 19 LCE).

c) La ejecución del contrato se realiza a riesgo del contratista (art. 46 LCE, ubicado en el Capítulo V cuya rúbrica es "efectos del contrato de obras").

Con base en las habilitaciones de los arts. 4 y 43 y de la disposición adicional 1ª LCE, el art. 134 RCE (ubicado en la sección primera, "ejecución del contrato de obras" del Capítulo V, "efectos del contrato de obras") concreta que el riesgo del contratista al que hace referencia el art. 19 LCE conlleva la obligación de indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de las obras, salvo que sean consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o de vicios del proyecto. El fundamento de la obligación de resarcir del contratista se halla, por tanto, en estos preceptos y no, como dice la Propuesta de Orden en el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, ni en el art. 72.3 LCE, que regula la responsabilidad extracontractual de los concesionarios de servicios públicos.

En línea con el art. 19 LCE, el art. 134 RCE concluye estableciendo que las reclamaciones de terceros se presentarán ante el órgano de contratación el cual, oído el contratista, decidirá con carácter definitivo en vía administrativa sobre su procedencia, su cuantía y la parte responsable.

Esta exposición pone de relieve que en el aspecto que se está tratando la regulación de Derecho Administrativo presenta fundamentales coincidencias con la regulación de Derecho Civil. Efecto típico del contrato administrativo de obras es la distribución de la obligación de indemnizar los daños a terceros que origine la ejecución de la obra pública conforme a las siguientes reglas:

- Si han sido ocasionados por una intervención directa e inmediata de la Administración en la ejecución o dirección de la obra, o por vicios de su proyecto, la Administración responde, en virtud del art. 139.1 de la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, porque la actuación administrativa se halla en una inmediata relación de causa a efecto con la lesión, y el contratista no es más que una mera herramienta pasiva de esa actuación.

- Si han sido producidos por la empresa contratista, ésta debe responder porque la lesión no se presenta como causada por la actuación administrativa, sino por su propia actividad como contratista. En este supuesto, la lesión es producida por una actividad propia y autónoma del contratista, de titularidad suya, no de la Administración, que no es imputable a ésta ni reconducible a su actividad. Ella no es la autora o la titular de la actividad causante del daño, ni el contratista se inserta en su organización ni es instrumento pasivo de su actuar. Al contrario, se encuentra

vinculado por una relación jurídica contractual para ejecutar una prestación con organización y medios propios y con asunción de sus propios riesgos (art. 46 LCE) por lo que debe responder de los daños a terceros que cause su actividad (art. 134 RCE).

Es esta regulación la que ha hecho declarar a la jurisprudencia (ante supuestos en que se pretendía la responsabilidad solidaria de la Administración y de un contratista suyo, con base en ser la primera dueña de la obra realizada y haber participado directamente en la elaboración del proyecto y en el replanteo del mismo en conjunción con el segundo) que ello no era suficiente para generar la responsabilidad patrimonial de la Administración porque "la mera intervención de ésta en una contrata de obra con una entidad particular no es suficiente por sí sola para responsabilizarla de las consecuencias de la ejecución de las obras contratadas, ya que la atribución de dominio que corresponde a la Administración de la obra realizada no supone que también sea responsable de los perjuicios a terceros resultantes del obrar culposo o negligente del contratista; lo que tampoco cabe deducir de participar directamente en la elaboración del proyecto y replanteo del mismo, puesto que lo único que significa es participar en las características de la obra a realizar, pero no en el desarrollo, conforme a lo proyectado y replanteado, de la ejecución material de dicha obra, ya que esto es de la exclusiva incumbencia del mencionado contratista, como lo está poniendo claramente de manifiesto el art. 134 RCE al prevenir que serán de cuenta del contratista el indemnizar todos los daños que se causen a terceros como "consecuencia de las operaciones que requieren la ejecución de la obra" (STS del 31 de octubre de 1984).

Esta responsabilidad patrimonial del contratista cesa cuando la Administración ocupa, "de facto" o formalmente, las obras, por lo que a partir de ese momento responde directamente por los daños que éstas hayan causado a terceros, sin perjuicio de que luego pueda repetir contra el contratista por la realización defectuosa de la obra (SSTS de 24 de octubre de 1984; de 1 de abril y de 13 de julio de 1985 y de 13 de febrero de 1987).

III

El presente procedimiento se inició por la presentación en la Consejería de Obras Públicas el 2 de julio de 1992 de un escrito, fechado el 25 de junio del mismo año,

que denunciaba que "se han venido realizando estos últimos días excavaciones" relacionadas con la construcción de una carretera que produjeron daños en las viviendas de los reclamantes. Ninguno de los informes técnicos obrantes en el expediente, ni la Administración, ni el contratista ponen en duda la afirmación de los reclamantes concerniente a la fecha de producción de los daños, los cuales, por lo demás, se siguieron manifestando con posterioridad. En atención a ello, hay que considerar que la reclamación se ha interpuesto dentro del plazo legal.

La legitimación de los reclamantes deriva de su alegación de haber sufrido un perjuicio patrimonial antijurídico. Cosa distinta es su derecho a ser resarcidos, lo cual depende de que en el expediente hayan demostrado la titularidad de los bienes dañados, lo que se ha producido mediante la presentación de las correspondientes escrituras públicas de compraventa de los inmuebles por cuyos daños reclaman, que están otorgadas a su favor y cuyas fotocopias adveradas figuran en el expediente.

Legitimados pasivamente están tanto la Administración titular de la obra a cuya ejecución los perjudicados imputan la causación de la lesión como la contratista encargada de su realización; siendo también distinta la cuestión de cuál de las dos partes legitimadas pasivamente estaría obligada a indemnizar, cuestión que sólo se puede decidir conforme a las reglas expuestas en el Fundamento anterior y una vez que se ha tramitado el correspondiente expediente. Sólo a la conclusión de éste se podrá decidir si los daños a terceros han sido consecuencia de una orden de la Administración o de un vicio del proyecto, o si, por el contrario, son imputables a la actividad del contratista.

Esta distinción entre legitimación pasiva y obligación de resarcir permite afirmar, a la vista de los arts. 10 LCE y 26 y 27 RCE, que en el presente procedimiento está legitimada pasivamente junto a la Administración la unión temporal de empresas A. U.T.E., constituida por C.M., S.A. y D.C., S.A. Mas, si se estableciera la responsabilidad de esa unión temporal en la causación de los daños y ésta no los indemnizara, obligadas solidariamente a su resarcimiento estarían las empresas que la constituyen.

Están debidamente acreditadas en el expediente, y así se recoge en la Propuesta de Orden, la existencia del hecho lesivo y su causa, que consisten, respectivamente, en daños de diversa entidad en las viviendas habitadas por los reclamantes que se originaron por las excavaciones exigidas por la explanación de una obra de carretera

de titularidad autonómica, excavaciones que realizó el contratista sin adoptar las medidas de contención del terreno donde se asentaban las viviendas.

La ausencia de esas medidas de contención no son imputadas en ningún momento por el contratista ni al proyecto de la obra ni a órdenes de la Administración. Por tanto, esa ausencia de medidas de contención deben ser imputadas exclusivamente a la omisión por el contratista de la debida diligencia profesional en la realización de las obras, de donde se sigue que la obligación de resarcir recae sobre él con idéntico carácter exclusivo.

La existencia del hecho dañoso, su causa y la imputación exclusiva de ésta a la actividad del contratista no sólo se encuentran debidamente acreditadas en el expediente, sino que, además, -y esto no lo señala la Propuesta de Orden- estos tres extremos están reconocidos por el contratista, el cual (con conocimiento previo de las cuantías de la indemnizaciones que ha fijado la Administración, que no contradijo en los oportunos trámites de audiencia que se le concedieron a tal fin) por escrito de siete de abril del corriente comunica a la Administración que ha dado traslado de la reclamación a su compañía aseguradora para que indemnice a los perjudicados. La negativa de esta última a indemnizar la totalidad de la suma en que se valoraron los daños ha sido la causa de la reanudación de la tramitación del expediente.

En lo referente a las cuantías de las indemnizaciones, se comparte la consideración de la Propuesta de Orden que afirma que han sido expresamente aceptadas por los dos primeros reclamantes las que para ellos figuran en dicha Propuesta; y que respecto a la fijada para el tercer reclamante, F.S.N., se le dio oportunamente traslado de la valoración realizada por el técnico de la Administración al tiempo que se le concedía nuevo trámite de audiencia para que realizara las alegaciones oportunas, sin que el interesado haya efectuado manifestaciones, por lo que se ha de declarar que la ha aceptado tácitamente.

Sin embargo, por idéntica razón, la Propuesta de Orden ha de declarar que esas cuantías también han sido aceptadas por la empresa contratista, porque de las dos primeras tuvo conocimiento el 19 de enero de 1994, con ocasión de la notificación de la primera Propuesta de Orden de la Dirección General de Obras Públicas, de fecha once de enero del corriente, al tiempo que se le concedía vista del expediente y trámite de audiencia. De la tercera, tuvo conocimiento con ocasión del traslado de la

nueva peritación del técnico de la Administración al tiempo que se le concedía nuevo trámite de audiencia para que realizara las alegaciones oportunas. La contratista dejó transcurrir los plazos al efecto sin alegar contradicción alguna respecto a la determinación de esas cuantías y sin realizar más manifestación que la contenida en su referido escrito de siete de abril comunicando la identidad de su compañía aseguradora y declarando que le ha dado traslado de las reclamaciones de los perjudicados a fin de que los indemnice, lo cual constituye una aceptación expresa de las cuantías de las indemnizaciones de las cuales tuvo conocimiento previo y que no contradijo.

C O N C L U S I O N E S

1. El fundamento de la obligación de los contratistas de obras de la Administración de resarcir los daños a terceros ocasionados por la ejecución de las obras se encuentra en los arts. 46 LCE y 134 RCE, y no en el art. 72.3 LCE, ni en el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado (Fundamento II).

2. La existencia de los daños, su causación por la actividad del contratista y su extensión y cuantía se encuentran debidamente acreditadas y, además, reconocidas por el contratista.

3. Procede, de acuerdo con la Propuesta de Orden, ordenar a la contratista (la unión temporal de empresas A.) que satisfaga las indemnizaciones que se determinan en aquella Propuesta, con expresa declaración de que, en caso de incumplimiento, quedan obligadas solidariamente a satisfacerlas las empresas que han constituido esa unión temporal.