

### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 25-01-07.**

La responsabilidad de la empresa comitente, cuando se demuestre la existencia de culpa en la selección de la empresa contratada para la realización de servicios, y ésta no es a la adecuada para las debidas garantidas de seguridad, no se considera como una responsabilidad por hecho de otro del artículo 1.903 CC, sino como una responsabilidad derivada del artículo 1.902 CC.

### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 25-1-2007, nº 68/2007, Recurso 1100/2000. Ponente Seijas Quintana, José Antonio**

En la Villa de Madrid, a veinticinco de enero de dos mil siete.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía 172/96, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de Granada, cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador D. Fernando García de la Cruz Romeral, en nombre y representación de D. José Ángel , y el Procurador D. Isacio Calleja García, en nombre y representación de Winterthur Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros y Centro Comerciales Continente S.A. y como parte recurrida la Procuradora Dª Montserrat Rodríguez Rodríguez, en nombre y representación de la Entidad Banco Vitalicio de España S.A.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- 1.- La Procuradora Dª Josefa Rubia Escasibar, en nombre y representación de D. José Ángel interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra " Enrique ", contra Centro Comercial Continente S.A.", contra la Compañía Aseguradora Winterthur S.A. y contra la Empresa "Dae Construcciones S.L." y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare haber lugar a la demanda y se condene solidariamente a los codemandados como responsables del accidente sufrido por mi patrocinado a indemnizar a mi mandante en la cantidad de sesenta millones (60.000.000) de pesetas en concepto de indemnización por los daños, perjuicios, secuelas y gastos, daños morales y lucro cesante sufridos por el mismo y que se describen en la parte dispositiva, más los intereses que se causen desde la interposición de la presente demanda, condena en intereses que, respecto de la aseguradora, habrá de incrementarse en la forma prevenida en el artículo 20 de la Ley de Contratos de Seguros aplicable en el momento de la producción del siniestro , condenándoseles también, de manera solidaria al pago de cuantos nuevos gastos se le produzcan a mi representado con fecha posterior a la presentación de esta demanda y

que queden debidamente justificados en fase probatoria o en ejecución de Sentencia y pago de costas.

2.- La Procuradora D<sup>a</sup> María Jesús Hermoso Torres, en nombre y representación de Winterthur Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia en la que, bien por estimación de la excepción de prescripción alegada por esta parte, bien por el fondo del asunto, se desestime la demanda interpuesta por D. José Ángel absolviendo a mi mandante de todos los pedimentos formulados en su contra, por ser todo ello de justicia que, respetuosamente pido y espero. Por la Procuradora María Jesús Hermoso Torres, en nombre y representación de Centros Comerciales Continente S.A., contesto la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia bien por estimación de la excepción de prescripción alegada por esta parte, bien por el fondo del asunto, se desestime la demanda interpuesta por D. José Ángel absolviendo a mi mandante de todos los pedimentos formulados en su contra, con imposición al actor de las costas del procedimiento. Por el Procurador D. José Antonio Rico Aparicio, en nombre y representación de Dae Construcciones S.L, contestó la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia desestimando la demanda en todos sus extremos y pedimentos con expresa condena en Costas para la parte Demandante .Por el Procurador D. Carlos Alameda Ureña, en nombre y representación de Banco Vitalicio de España (Grupo Vitalicio), contestó la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime la demanda, absolviendo de la misma a mi mandante, la Cía de Seguros Banco Vitalicio de España (Grupo Vitalicio) por estimación total o parcial de las excepciones y alegaciones planteadas por esta parte en el presente procedimiento y con expresa imposición de costas a la actora.

3.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus escritos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de Granada, dictó sentencia con fecha tres de noviembre de 1997 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que, desestimando las excepciones dilatorias planteadas y estimando parcialmente la demanda presentada por D<sup>a</sup> Josefa Rubia Ascasibar, en representación de D. José Ángel , contra D. Enrique , Centro Comercial Continente S.A., Winterthur S.A., D.A.E. Construcciones S.A. y Banco Vitalicio de España S.A., debo condenar y condeno a los demandados a que satisfagan solidariamente al actor la cantidad de treinta y dos millones de ptas. (32.000.000 ptas.) con el límite para Banco Vitalicio de España S.A. de veinticinco millones de ptas. (25.000.000); con los intereses legales desde la presente sentencia; y con imposición a cada parte de las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad .

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de D. José Ángel , de Centro Comercial Continente, Cia de Seguros Wintherthur, Banco Vitalicio de España S.A., D. Enrique , la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, dictó sentencia con fecha 23 de noviembre de 1999 , cuya parte dispositiva es como

sigue: FALLAMOS: Con estimación parcial del recurso de apelación planteado por el demandante y desestimación de cuantos han sido interpuesto por las demandadas, debía revocar y revocaba la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número uno de esta Capital, en las actuaciones reseñadas, de fecha 3 de noviembre de 1997, en el solo sentido y extremo de conceder al actor una indemnización por los daños y perjuicios sufridos de cincuenta millones de pesetas, confirmando íntegramente cuantos demás pronunciamientos contiene aquella resolución, sin hacer expresa imposición en las costas causadas en esta alzada, notifíquese esta resolución y con testimonio de ella, devuélvase los originales al citado Juzgado, a los efectos procedentes.

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Fernando García de la Cruz Romeral, en nombre y representación de D. José Ángel interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS: PRIMERO.- Al amparo del artículo 1692.4º de la LEC , por infracción de las normas del ordenamiento Jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate. SEGUNDO.- Al amparo asimismo del artículo 1.692. 4º de la LEC , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate.

El Procurador D. Isacio Calleja García, en nombre y representación de las entidades mercantiles Winterthur Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros y Centro Comerciales Continente, S.A. interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS: PRIMERO.- Artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate: se vulnera manifiestamente el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, al interpretarse erróneamente el artículo 1903 del Código Civil e infringirse por no ser tenidos en cuenta los artículos 1103 y 1091 del mismo Cuerpo Legal. SEGUNDO.- Artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, por cuanto se eleva la indemnización de forma absolutamente arbitraria y contraria a las normas de la lógica.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Fernando García de la Cruz Romeral, en nombre y representación de D. José Ángel presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de enero del 2007, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Centro Comercial Continente y la Cia Aseguradora Winterthur SA recurren la sentencia que les condena a abonar a D. José Ángel cincuenta millones de pesetas por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del accidente laboral ocurrido

al caerse de un andamio situado a una altura aproximada de ocho metros, cuando se encontraba realizando trabajos de pintura por cuenta de la empresa de D. Enrique , subcontratista de D.A.E. Construcciones SL, para las obras que en sus instalaciones encargó la parte ahora recurrente. Se le condena con el argumento de que en el "contrato suscrito el día 5 de septiembre de 1.994, entre CENTROS COMERCIALES CONTINENTE, SA, como contratista, se dice expresamente que la dirección facultativa de la obra será realizada por el Sr. Ingeniero Agrónomo Juan María , a quien compete exigir el cumplimiento de las especificaciones del proyecto, las normas de buena ejecución y las de Seguridad e Higiene en el Trabajo, cláusula que dada su redacción y claridad, extiende y abarca su eficacia y validez para el supuesto de que una parte específica de la obra sea subcontratada, y en la confesión llevada a cabo por el legal representante de aquella primera entidad citada, claramente manifiesta que es cierto que la propiedad designó como director facultativo a Juan María a quien competía exigir el cumplimiento de las normas de seguridad en el trabajo".

SEGUNDO.- Asegurada y aseguradora formulan dos motivos de impugnación. En el primero, denuncian interpretación errónea del artículo 1.903 del Código Civil, e infracción por no haberse tenido en cuenta los artículos 1.103 y 1.091 del mismo texto Legal. En la argumentación del motivo se mezclan diversas cuestiones que tienen que ver, de un lado, con el contrato formalizado entre Continente y DAE Construcciones, del que, a su juicio, no se infiere que la obra fuera asumida por Continente, sin que tampoco existan relaciones de subordinación y dependencia, incluso en el supuesto de que el Director Facultativo hubiera sido nombrado por ella, y, de otro, en el incumplimiento por la empresa para la que trabajaba el accidentado, Enrique , de las medidas de seguridad exigidas por Ley y Reglamento de Prevención de Riesgos Laborales, dado que el andamio en que se encontraba subido no disponía de barandilla protectora y carecía de cualquier tipo de anclaje o sujeción de su estructura, siendo además negligente la propia conducta del trabajador al no bajarse del andamio para moverlo, máxime cuando este no cumplía las medidas de seguridad, con lo que -concluye- DAE tenía un evidente deber de vigilancia con Enrique siendo el daño producido resultado de conductas concausales, todas ellas reprochables culpabilísticamente.

El motivo se desestima puesto que lo que se denuncia inicialmente no es un posible error derecho en la aplicación del artículo 1902 CC, como efecto de una equivocada calificación y aplicación jurídica que a éste debe darse, sino los extremos que resultan de la relación de contrato existente con la contratista para la designación del Director Facultativo de la obra, lo que supone desconocer las conclusiones alcanzadas por la Sala de instancia a través de las pruebas documental y de confesión, haciendo además supuesto de la cuestión, no permitido en recurso extraordinario como el que nos ocupa, desde el momento en que parte de una base fáctica contraria a la establecida en la sentencia sin haberla impugnado adecuadamente (SSTS 9 de febrero y 25 de septiembre de 2006 , entre otras). Contradice, también, la doctrina de este Tribunal en cuanto a la aplicación del artículo 1.903 del CC, en lo que se refiere a las relaciones entre la promotora de la obra, las empresas contratistas y los subcontratistas, en la responsabilidad por accidente laboral.

En primer lugar, la sentencia considera probado que la propiedad designó como director facultativo a Juan María a quien competía exigir el cumplimiento de las normas de

seguridad e higiene en el trabajo. La argumentación de la parte recurrente en el sentido contrario, resulta manifiestamente contraria a la resultancia probatoria a que llegó el Tribunal de apelación, a partir de la valoración del contrato suscrito entre ambas partes y de la confesión del legal representante de CONTINENTE, y esta valoración no ha sido contradicha eficazmente en casación.

En segundo, el artículo 1.903 del CC ha sido interpretado de forma reiterada por esta Sala en el sentido de que en los casos en los que la realización de la obra se encarga a un contratista, la responsabilidad corresponde exclusivamente a éste, como contratista independiente, siempre que dicho contrato no sea determinante de una relación de subordinación o dependencia entre la empresa promotora y la contratista, asumiendo de manera exclusiva sus propios riesgos (SSTS de 4 de enero de 1982; 8 de mayo de 1999), dependencia que se produce cuando el contratista no actúa formalmente como autónomo si, de hecho, está sujeto al control de la propiedad o promotora de la obra o se encuentra incardinado en su organización correspondiéndole el control, vigilancia y dirección de las labores encargadas, de tal forma que será posible responsabilizarle del daño en aquellos supuestos en que no solo encarga la obra a personal especializado y cualificado profesionalmente con suficientes conocimientos para un ejercicio normalmente correcto de la "lex artis", sino que designa a un director facultativo de la obra a quien compete exigir el cumplimiento de las especificaciones del proyecto, las normas de buena ejecución y las de Seguridad e Higiene en el Trabajo, pues ello es determinante de la responsabilidad por hecho de otro, según la interpretación jurisprudencial del artículo 1903, y ésta no puede ser enervada por la existencia de un pacto en contrario entre los responsables, que no puede producir efectos en perjuicio de terceros ajenos al ámbito contractual en virtud del principio de relatividad del contrato.

Es asimismo jurisprudencia de esta Sala la que señala que puede también incorporarse al vínculo de responsabilidad extracontractual a la empresa comitente en aquellos supuestos en los cuales se demuestre la existencia de culpa en la elección, cuya concurrencia depende de que las características de la empresa contratada para la realización de la obra no sean las adecuadas para las debidas garantías de seguridad, caso en el que podrá apreciarse la existencia de responsabilidad -que la más moderna doctrina y jurisprudencia no consideran como una responsabilidad por hecho de otro amparada en el artículo 1903 CC, sino como una responsabilidad derivada del artículo 1902 CC, por incumplimiento del deber de diligencia en la selección del contratista - (SSTS de 18 de julio de 2005; 3 de abril y 7 diciembre de 2006).

Finalmente, la cita en el motivo del artículo 1.103 resulta extemporánea, no solo porque la sentencia no aprecia una concurrencia causal, sino porque es doctrina reiterada de esta Sala, que siendo la moderación de responsabilidades prevenida en dicha norma una facultad discrecional del Juzgador de instancia dependiente de las circunstancias del caso, no es revisable en casación (STS de 9 de febrero de 1990; 20 de julio 2006).

TERCERO.- El motivo segundo no cita ningún precepto infringido, limitándose a afirmar que "se eleva la indemnización de forma absolutamente arbitraria pese a ser una facultad atribuida al Juzgador de instancia" y que la fundamentación "no es razonable, es arbitraria, no conforme a las reglas de la lógica". Se desestima, por consiguiente, no sin precisar que la disconformidad con las bases de hecho que determinaron la

aplicación del baremo debió ser objeto de impugnación a través de la cita del precepto que consideraba infringido.

CUARTO.- También recurre la sentencia D. José Ángel . El primer motivo viene referido a la indemnización por cuanto la sentencia omite dos partidas: una relativa al daño emergente; otra al perjuicio estético, que no han sido analizadas ni referidas en la misma. El motivo se desestima puesto que lo que se reclamó en la demanda fueron sesenta millones de pesetas en concepto de indemnización por los daños, perjuicios, secuelas, gastos, daños morales y lucro cesante, y esta cifra englobaba todas las partidas. Es razón por la que la sentencia no entró a valorar los conceptos ahora omitidos puesto que ni se había cuantificado el perjuicio estético en la forma en que ahora lo hace, ni incluyó el otro concepto en referida suma, como se colige del hecho duodécimo de la demanda en el que se dice que "al margen de los gastos acreditados y del lucro cesante", se reclaman esos sesenta millones de pesetas que son los únicos que se concretan finalmente en su parte dispositiva.

QUINTO.- Se desestima asimismo el segundo, sobre intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro. Con reiteración ésta Sala ha declarado en relación con la exención del recargo por demora en el pago de la indemnización que imponía el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro tanto en su primitiva redacción como en el texto vigente dado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, que se excluye su aplicación, cuando aparece causa justificada, o, al menos, explicable, la existencia de controversia judicial, por discrepancia razonable en torno a la procedencia o no de la cobertura del siniestro ( STS 12 de marzo de 2001; 9 de marzo 2006 ). Y es evidente que no puede hablarse de que por las aseguradoras se haya aceptado ninguna cantidad mínima que hubiera de satisfacer dentro del plazo de cuarenta días, como establece el artículo 18 , ni que no exista causa justificada del impago del asegurador para no tener que adelantar cantidad alguna cuando era objeto razonable de discusión la determinación de la entidad responsable de la producción del siniestro, desde la indeterminación y discusión inicial acerca de la vinculación del Director Facultativo a una u otra.

SEXTO.- Desestimados ambos recursos, las costas causadas serán de cargo de los recurrentes, conforme al artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLO

Declarar no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por el Procurador D Fernando García de la Cruz Romeral, en la representación que acredita de D José Ángel , y por D Isacio Calleja García, en la de Winterthur Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros y Centros Comerciales Continente, S A, contra la sentencia de fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, dictada por la Audiencia Provincial de Granada - Sección Tercera -; con imposición a los referidos recurrentes de las costas de este recurso.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Román García Varela. José Antonio Seijas Quintana, Pedro González Poveda. Firmado y Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.