

# doctrina

## **Presupuestos para la aplicación del art. 1903.4 CC a los daños causados directamente por las empresas subcontratadas.**

**Vicente Jesús Tovar Sabio**  
*Magistrado, Profesor de la Escuela Judicial*



### **Sumario**

- 1) Introducción**
- 2) Doctrina mayoritaria: reserva de facultades de control o dirección sobre la obra**
- 3) Doctrina minoritaria**
- 4) Supuestos especiales**
  - a) Trabajadores por cuenta ajena
  - b) Subcontratación de la totalidad de la obra
  - c) UTES
- 5) Conducciones subterráneas**
  - a) Lugar descampado no urbano
  - b) Se tienen los planos y la información del lugar
  - c) No se solicitan planos



- 6) Empresa especializada en excavaciones
- 7) Negligencia del operario de la subcontratada
- 8) Ejecutor ciego
- 9) Empresas especializadas en general
- 10) Carga de la prueba de las reservas de facultades
- 11) Cláusulas de exclusión de responsabilidad
- 12) Sucesivas subcontrataciones
- 13) Misma empresa, distintas denominaciones
- 14) Responsabilidad de los administradores de la sociedad subcontratada

## 1) INTRODUCCIÓN

No cabe duda que la cuestión que se adelanta en el enunciado constituye uno de los principales problemas que plantea el fenómeno de la subcontratación, y para ello no hay más que ojear la jurisprudencia recaída sobre la misma, para comprobar la ingente cantidad de sentencias que tratan esta cuestión, y en este particular conviene destacar que la jurisprudencia ha ido evolucionando desde unas primeras sentencias en las que se hace responsable también, siempre y en todo caso, al contratista, por los daños y perjuicios causados a terceros por la empresa subcontratada, entendiéndose que es siempre de aplicación el art. 1903.4 CC, hasta otras más recientes, y a mi juicio más acertadas, en las que sólo se hace responder al contratista principal si concurren ciertos presupuestos.

No obstante, y a pesar de que, como se verá, la mayoría de la jurisprudencia discurre ya por estos criterios, no puede hablarse de una jurisprudencia unánime, ni siquiera de una evolución en un sentido o en otro, pues a pesar de que todavía se puede hablar de un sector mayoritario, éste no lo es por goleada y se pueden encontrar todavía, sentencias recientes que mantienen el criterio anterior.

Es más, en el estudio de la jurisprudencia de los últimos años se encuentran un mayor número de sentencias que en años anteriores que vuelven a aplicar el criterio de que el contratista responde siempre y en todo caso por los daños ocasionados por el subcontratista en virtud del art. 1903 CC, como si éste fuese empleado o dependiente de aquel.

### 1. Doctrina mayoritaria: reserva de facultades de inspección o de dirección sobre los trabajos del subcontratista.

Según se ha expuesto, este sector mayoritario de jurisprudencia (SAP Córdoba de 11 de septiembre de 2001, SAP de Murcia de 11 de febrero de 2004) y doctrina sostiene que la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana es exigible, ciertamente, no sólo por actos u omisiones propios realizados sin la debida y necesaria diligencia (regulada en el art. 1902 CC, que contempla la denominada culpa “in operando” o “in omitiendo”) sino también por los actos u omisiones culposos o negligentes de aquellas personas por las que se debe responder (contemplada en el art. 1903 del mismo cuerpo legal, que regula la denominada culpa “in eligendo” o “in vigilando” del empresario y demás personas que en dicho precepto se relacio-

---

*Este artículo constituye un extracto del trabajo más amplio titulado “Aspectos civiles de la subcontratación en el proceso de edificación”, elaborado junto a Miguel Pasquau Liaño y M<sup>a</sup> José Rivas Velasco, y que fue premiado, a nivel nacional, con una bolsa de investigación, por la Fundación Wellington y el Consejo General del Poder Judicial.*



nan con respecto a la conducta de sus dependientes, responsabilidad ésta última, que viene a ser objetiva, soslayando prácticamente el elemento de culpabilidad y que requiere, como presupuesto indispensable, una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada, siendo el caso, que cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar la norma a no ser que una de ellas (la contratista) se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos, reservándose la facultad de dirección, inspección o vigilancia de la obra subcontratada. En definitiva, que la comitente ostente cierto control sobre lo subcontratado. Dicho de otro modo, sólo de persistir una relación más o menos extensa o intensa de dependencia persiste a la par el deber de vigilancia y control.

En estos casos no se pone en duda que los empleados de la empresa subcontratada para ejecutar unas obras concretas y determinadas son los que causaron directamente el daño a terceros y que, por tanto, actuaron de forma negligente al no advertir los previsibles y evitables daños, respondiendo esta entidad directamente en virtud del art. 1902 CC que, como es sabido, regula los daños propios.

## **2. Reserva de facultades directivas como fundamento de la responsabilidad**

Donde surge la discrepancia jurídica es en si debe predicarse o no, además, la responsabilidad de la empresa que subcontrata a otra para la ejecución material de los trabajos o de parte de ellos.

Y aquí es donde la jurisprudencia coloca el acento en la existencia de reserva de ciertas facultades de dirección, inspección o vigilancia de la obra subcontratada para hacer caer también la responsabilidad de la contratista.

Como se ha dicho, ello tiene su fundamento en el hecho de que la empresa subcontratada no es una empresa jerárquicamente dependiente de la contratista. Son dos empresas independientes y autónomas entre sí que celebran un contrato determinado para efectuar unos trabajos.

Entre las dos entidades celebran un contrato libremente aceptado y consentido que genera obligaciones para ambas partes, pero ambas están situadas en un plano de igualdad que solo las obliga a cumplir con los deberes inherentes al contrato, como ocurre con cualquier contrato que se celebra en el mundo jurídico, sin que ninguna de ellas pueda dirigir ordenes o instrucciones hacia la otra.

Esta argumentación tiene como corolario necesario, que cuando en virtud del principio de libertad de pactos, consagrado en nuestro Ordenamiento en el art. 1255 CC, ambas entidades consientan de mutuo acuerdo que la contratista se reserva sobre los trabajos subcontratados una cierta facultad de inspección, supervisión o dirección, ahí sí debe responder también de las consecuencias dañosas de la falta de diligencia de la subcontratada, pues para ese caso concreto sí existe cierta relación subordinada pues la contratista puede cursar ordenes sobre la subcontratada y puede fiscalizar su trabajo.

Para que ello ocurra, hay que insistir, es presupuesto necesario e indispensable que se haya subcontratado la ejecución de la obra o servicio determinado con la reserva de la facultad de dirección, inspección o vigilancia de la misma.

En el mismo sentido, la SAP de Madrid de 11 de junio de 1998 señala que el dato de la dirección o control ejercido por la contratista, el sometimiento del agente productor del daño a sus ordenes o instrucciones, constituye un criterio de imputación de la responsabilidad a que se refiere el art. 1903 CC.



También recoge esta doctrina, y lo hace de forma magnífica, la SAP de Sevilla de 11 de julio de 2006, y a modo de resumen concluye diciendo que no es preciso que exista una relación de dependencia sino que lo relevante es la atribución de facultades de fiscalización, vigilancia y control y la correlativa obligación para la empresa ejecutora de atender y seguir las instrucciones

La SAP de Tarragona de 8 de mayo de 2003, recogiendo la doctrina expresada en la SAP de Córdoba de 7 de junio de 2002, señala que en el ámbito de personas o empresas ligadas entre sí por una relación contractual (en este caso una subcontrata), se puede concluir en la existencia de un doble régimen de responsabilidad determinado por la distinta incidencia de las relaciones de jerarquía o dependencia entre el ejecutor del acto causante del daño y en su caso empresa de la que depende, por un lado, y el dueño de la obra o comitente, por otro.

Un primer régimen el que el contratista actúa con plena independencia o total autonomía, es decir libre de todo tipo de intromisión del dueño o comitente, en cuyo supuesto la doble responsabilidad extracontractual de aquel no puede hacerse extensiva a éste. Y un segundo régimen, en el que actuando ambos con una cierta autonomía en el desempeño de sus respectivos cometidos, el dueño viene a reservarse algunas facultades de dirección, vigilancia o participación en los trabajos del contratista, o en parte de ellos, en cuyo caso esta injerencia, más o menos intensa y extensa, hace persistir aquella relación de dependencia, generadora de una doble responsabilidad, en su caso, tanto del ejecutor material de la actividad, como del comitente en cuanto participe en las tareas directivas y controladoras.

Por tanto, cuando las empresas contratan en régimen de igualdad, trabajos que no son de su especialidad, se establecen relaciones que se ca-

racterizan por su horizontalidad, con autonomía e independencia de cada una de las empresas y sin que cada una de ellas tenga que responder frente a terceros de las actividades de la otra.

Ahora bien, cuando la empresa subcontratada se somete a la dirección e instrucciones de la empresa principal se establece entre ellas una relación caracterizada por la verticalidad, con relación de dependencia o subordinación que obliga a la principal a asumir las consecuencias de las directrices dadas a las subcontratistas cuando se someten a ellas y precisamente por cumplirlas se ocasionan daños y perjuicios. En este sentido es significativa la SAP de Badajoz de 18 de marzo de 2004.

A sensu contrario, cuando ninguna facultad de dirección o inspección se haya reservado el contratista principal sobre los trabajos de la subcontratada, sólo responderá frente a terceros, la empresa subcontratada, única que incurrió en imprudencia al ejecutar su trabajo.

Como dice la Audiencia Provincial de Las Palmas en sentencia de 15 de enero de 2001, cuando se trata de empresas ligadas entre sí por vínculos contractuales, si el subcontratista goza de plena independencia o autonomía para realizar el trabajo encomendado, asume los riesgos inherentes a la labor desempeñada, pero si la autonomía fuere relativa porque el contratista se ha reservado algunas facultades de dirección, vigilancia o supervisión de los trabajos encomendados al subcontratista, surge el vínculo de dependencia determinante de la aplicación del art. 1903 del CC, respondiendo entonces de manera solidaria, frente a terceros, de los daños producidos en la ejecución material de la obra subcontratada tanto la empresa subcontratista como la entidad contratista o subcontratante de las obras.

Por este motivo, la SAP de Zaragoza de 1 de julio de 2003, absuelve al contratista, al afirmar



que constituye principio jurisprudencial consagrado aquel que sostiene que, por lo general, quien encarga cierta obra o servicio a una empresa, autónoma en su organización y medios, y con asunción de los riesgos inherentes al cometido que desempeña, es lógico que no deba responder e los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia o dirección.

Con esta sentencia no se hace sino seguir escrupulosamente la doctrina marcada por el propio Tribunal Supremo en sentencias de 12 de marzo de 2001, 5 y 11 de junio de 1998, o la de 26 de diciembre de 1995 por citar sólo algunas, y condena sólo al subcontratista por considerar probado que

ésta ejecutó las obras con absoluta independencia de la comitente, con medios técnicos propios y que ésta a su vez, no se reservó facultad alguna de vigilancia o dirección.

Pero para que opere esta responsabilidad de la contratista no se requiere que de manera expresa se reserve las facultades de control o fiscalización, sino que a las cláusulas contractuales ha de darse una interpretación extensiva y así junto a determinadas cláusulas referentes a controles sobre el cumplimiento del contrato entre las partes, como las que se suelen incluir para controlar que se pongan todos los medios técnicos y humanos necesarios para la ejecución en el plazo pactado, se han de entender incluidas las que comprenden facultades de vigilancia sobre la obra propiamente





dicha o de supervisión para la correcta ejecución del trabajo encomendado.

Idéntica doctrina será de aplicación a los supuestos en los que los daños sean causados por la imprudencia de los empleados de la empresa subcontratada, de tal forma que con carácter general no responderá quien encarga cierta obra a una empresa autónoma en su organización y medios y con asunción de los riesgos inherentes al cometido que desempeña, respondiendo sólo, cuando la empresa subcontratada no asuma tales riesgos.

### **3. Jurisprudencia minoritaria: se responde siempre, bien por culpa in eligendo, bien por culpa in vigilando**

Expuesto ya el fundamento de la responsabilidad, considero acertadas la mayoría de las sentencias que he tenido ocasión de analizar, aunque no todas siguen la línea mayoritaria, y así, creo que es interesante comentar una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de febrero de 2001 que prescinde totalmente de la doctrina que venimos exponiendo y que es ampliamente mayoritaria.

Tal sentencia hace responsable al contratista siempre y en todo caso sobre el criterio de que no puede exigirse al tercero que realice una minuciosa investigación de la responsabilidad de los distintos intervinientes en las obras, máxime cuando consta claramente quien es el beneficiario de las mismas.

Naturalmente, no comparto tal criterio, y pese a que la sentencia quiere proteger en cualquier caso al perjudicado, lo cierto es que habrá que examinar en cada caso si concurren los presupuestos técnicos, es decir, si hay o no reserva de facultades directivas, porque si se subcontrata a una empresa especializada en el sector de que se trate y precisamente se la contrata por ello, y el contratista no tiene ningún poder de disposición de control ni de inspección sobre ella, no hay ningún

título de imputación frente a ella ni es aplicable ni el art. 1902 ni el art. 1903 CC y deberá responder única y exclusivamente el causante directo de los daños y único culpable.

También constituye una excepción a esta regla general, la SAP de Cádiz de 23 de mayo de 2001 cuando dice que del mismo hecho de la subcontratación se deduce una relación de dependencia o subordinación entre el subcontratista y el contratista, que justifica la imputación a este último de la responsabilidad por los daños ocasionados. Habitualmente, continúa diciendo la sentencia, aunque no de modo necesario, aquella relación de dependencia o subordinación implica la emisión de órdenes o ejercicio del poder de dirección por parte del contratista principal.

Esta sentencia, aunque admite que puede haber reserva de facultades directivas, concluye diciendo que eso no es lo relevante para determinar la responsabilidad de la contratista y que ésta responde siempre y en todo caso, porque la relación de subcontratación implica necesariamente una subordinación o relación jerárquica.

En este sentido, la SAP de Barcelona de 30 de marzo de 2005, se limita a decir que el comitente ha de responder frente al tercero perjudicado, de la eventual negligencia de los operarios de ésta por conducto de lo dispuesto en el art. 1903 CC, modalidad de responsabilidad patrimonial directa por hecho ajeno.

Es decir, esta sentencia hace responsable siempre y en todo caso al comitente, de los daños causados a terceros por parte de una empresa subcontratada y lo hace con el exclusivo fundamento del art. 1903 CC, como si el subcontratista fuese un empleado de la empresa contratista.

Creo que estas resoluciones son erróneas, pues por el simple hecho de la subcontratación, no



hay relación de jerarquía ni de dependencia entre ellas al tratarse de sociedades independientes y colocadas en un plano de igualdad, a menos que sí vaya acompañada de la reserva de facultades directivas, y por tal razón, acierta más la SAP de Tarragona de 1 de junio de 2001 cuando desarrolla muy bien la doctrina general del art. 1903.4 CC y finaliza con tres conclusiones que además comparto:

- a. La regla general es que entre contratista y subcontratada no existe ninguna relación de jerarquía o de subordinación.
- b. La excepción a esa regla general viene dada, precisamente, por aquellos supuestos en donde el contratista se reserve alguna facultad de control o vigilancia.
- c. Se presume responsabilidad en todos los intervinientes o implicados en la obra salvo que estos demuestren que la empresa causante material del daño ha actuado autónomamente por aplicación de la objetivación de la responsabilidad que viene haciendo la jurisprudencia.

No obstante lo cual y aunque creo que está resuelto con claridad, a pesar de ello, en la jurisprudencia más reciente se encuentran un mayor número de resoluciones que se acogen a esta doctrina (que creemos errónea), como le ocurre también a la SAP de Sevilla de 30 de diciembre de 2005 y en la que se imputa responsabilidad al contratista por daños causados por la subcontratista, basándose sólo en la culpa in eligendo, sin hacer ninguna mención a la reserva de facultades de dirección o inspección.

Esta doctrina, puede encontrar una explicación muy lógica, pero carece de un fundamento legal para imputar la responsabilidad al contratista.

Más o menos el razonamiento sería el siguiente:

Si un contratista se compromete a ejecutar una obra y lo hace por medio de su propia organización empresarial y con sus propios trabajadores, el daño a terceros que éstos ocasiones le será imputable al contratista al amparo del art. 1903 CC. Por tanto, si el contratista opta, no por ejecutar la obra a través de sus empleados sino a través de otra empresa a la que subcontrata, sería razonable que respondiera como si de sus trabajadores se tratase, pues no tiene sentido que se premie más al contratista que subcontrata que al que ejecuta la obra por sí mismo.

Hasta ahí, podemos compartir el razonamiento, pero el mismo se encuentra con un obstáculo y es que el art. 1903 CC exige que entre una y otra exista una relación de jerarquía o de dependencia y esa relación de subordinación no existe cuando las dos empresas son autónomas e independientes.

Por ello, creemos que sólo cuando haya reserva sobre el control de la subcontratada se generará un vínculo de dependencia que justifica la aplicación del art. 1903 CC, sin el cual, deviene inaplicable.

Lo mismo cabe decir de la SAP de Huelva de 4 de septiembre de 2003 que condena indistintamente a contratista y subcontratista por los daños causados en la vivienda colindante a causa de las obras de reforma ejecutadas y sostiene que no cabe individualizar responsabilidades porque de hacerlo se estaría desconociendo un principio esencial de la responsabilidad aquiliana, cual es la solidaridad entre los responsables ex art. 1902 del Código Civil, sin perjuicio de las facultades de repetición que luego del pago pudieran darse entre ellos. Y concluye diciendo que en base a este principio y al dispuesto en el art. 1903 CC la constructora que subcontrató la demolición, excavación y cimentación del nuevo edificio debe responder solidariamente con dicha empresa subcontratada frente al tercero perjudicado.



Insisto en lo erróneo de esta doctrina que parte del principio de la solidaridad entre los responsables, lo cual, a no dudarlo, comparto plenamente, pero olvida esta resolución que antes de aplicar la relación de solidaridad entre responsables, habrá que determinar primero quiénes son los responsables, y ahí sí que hay que colocar el acento en la reserva o no de facultades directivas como se ha expuesto en repetidas ocasiones sin que se pueda obviar este dato y hacer responsable sin más a todos los intervinientes sin distinción.

#### 4. Supuestos especiales

##### A) Trabajador por cuenta ajena

Hechas estas declaraciones de carácter general, hay que mencionar algunas especialidades de carácter concreto, y así una cuestión mencionada en alguna sentencia (aunque es verdad que resuelta con total unanimidad y sin ningún tipo de polémica) viene determinada por los casos en los que el daños terceros sea causado por trabajadores por cuenta ajena de la empresa subcontratada.

En estos supuestos está claro que responde siempre la empresa para la que trabaja y si es una empresa subcontratada, responderá en todo caso, en tanto que la contratista sólo responderá si se reservó facultades de dirección.

Así lo ha entendido la AP de Sevilla en la sentencia de 13 de febrero de 2006, recogiendo esta doctrina que no es sino una aplicación de la teoría general que venimos exponiendo en todo el trabajo y que por tanto no merece mayor atención al carecer de especialidad alguna.

##### B) Subcontratación de la totalidad de la obra

Una pequeña referencia merece también el supuesto concreto y específico de subcontratación de la totalidad de una obra.



Es decir, el contratista que asume la obligación de ejecutar una obra, y no realiza ni una sola de las actividades que la ejecución del proyecto prevé, sino que a pesar de esta obligación del todo, con una finalidad meramente especulativa, a su vez, subcontrata de nuevo la totalidad de los trabajos a otra empresa.

Tal actividad no está expresamente prohibida en nuestro Ordenamiento, y por tanto, en principio es plenamente lícita.

En estos supuestos sí aplica la jurisprudencia el art.1903 CC acudiendo exclusivamente a la culpa in eligendo o in vigilando, considerando que hay





una presunción de relación de dependencia que ha de presumirse existente entre quien se compromete a la realización de la totalidad de una obra y las diferentes personas o empresas a las que encomienda su ejecución.

(Muy significativa en este sentido resulta la SAP de Asturias de 14 de octubre de 2003).

Sí creo que esta doctrina es la correcta, pues existe una clara diferencia con la subcontratación parcial en donde al contratarse a empresas especializadas para la ejecución de una parte de toda la obra puede no haber reserva de facultades directivas, pero en el caso de subcontratación de la

totalidad de la obra, el contratista, debe responder por la mala elección de la empresa subcontratada.

Pero incluso, aún aplicando la doctrina general, entiendo que en estos casos siempre ha de haber una reserva de facultades de control, pues no sería admisible que el contratista se enriqueciera, que subcontratara la totalidad de la obra y que se desentendiera de la misma sin más.

Es decir, no cabe contratar una obra, especular, enriquecerse y que sea otro el responsable.

Deberá siempre mantener al menos una mínima inspección, lo que le va a hacer responsable en todos los casos.

### C) UTES

Este mismo criterio es utilizado por la Audiencia Provincial de Madrid en la Sentencia de 29 de marzo de 2001, para atribuir a una Union Temporal de Empresas que actúa como contratista de unas obras, la responsabilidad de unos daños causados a un tercero por una empresa subcontratada.

Esta resolución dice que los posibles pactos internos de la concreta ejecución de la obra o de una posible limitación de la responsabilidad de cualquiera de los contratantes carecerían de virtualidad frente a terceros conforme a las previsiones contenidas en el art. 1257 del C.Cv, en tanto que conforme a lo previsto en los arts 7 y 8 de la Ley 18/1982 de 26 de mayo sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones Temporales de Empresas y de Sociedades de Desarrollo Industrial Regional, la responsabilidad de las empresas integrantes de una unión temporal de empresas es solidaria frente a terceros, sin perjuicio de las acciones de repetición que entre las mismas pudieran ejercitarse, y ello en cuanto a los actos y operaciones realizados en beneficio del común.



En definitiva, sostiene la Audiencia de Madrid, que habiéndose ejecutado las obras en beneficio de la UTE, la cual cobró por ellas, sin que ninguna de las empresas integrantes en la misma cobrase por su ejecución, el beneficio obtenido con ello no redundó sino en la propia UTE, y atendiendo a esta circunstancia aplica el principio de responsabilidad solidaria.

Como en la sentencia anterior, el destino del beneficio no debe ser el criterio rector para atribuir o no responsabilidad a la empresa subcontratista, debiendo acudir, como se ha dicho antes, a si hay o no reserva en la dirección de la obra, y si la hay, entonces sí será de aplicación el principio de responsabilidad solidaria entre todas las integrantes de la UTE, pero no antes.

## 5. Conducciones Subterráneas

Un análisis de toda la jurisprudencia recaída en esta materia de responsabilidad extracontractual por daños a terceros ocasionados por empresas subcontratadas por otras para la ejecución de una obra o parte de ella demuestra que la mayoría de las sentencias se han dictado en supuestos de daños ocasionados en conducciones subterráneas.

Ninguna especialidad presentan en principio estos siniestros, y por tanto, será de aplicación lo que hasta ahora se ha expuesto con carácter general sobre la reserva de facultades de dirección al objeto de dilucidar qué empresa o empresas están obligadas a responder, pero sí que concurren algunos matices que deben precisarse.

Con carácter general, cuando existen conducciones subterráneas, las mismas, se encuentran reflejadas en los correspondientes planos sobre el terreno. Por tanto, a la hora de fijar la responsabilidad, hay que distinguir varios supuestos:

### a) Lugar decampado y no urbano

En primer lugar, diferenciar según se trate de una obra que se pretende ejecutar en un lugar decampado, alejado de una población o núcleo urbano, de una obra que se vaya a ejecutar en el núcleo urbano, en donde es mucho más previsible que tales conducciones subterráneas existan y por tanto, el daño es mucho más evitable.

Tal y como se explica en la SAP de Cuenca de 13 de febrero de 2004, que dados los riesgos que implica la excavación de zanjas en los núcleos urbanos ante la proliferación de conducciones subterráneas de electricidad, agua, gas y teléfono, la empresa que realiza la excavación deberá iniciar sus trabajos conociendo o debiendo conocer la posible existencia en el subsuelo de estas conducciones, que si bien discurren en general por las aceras, es común o cuanto menos frecuente que al llegar a la altura de las arquetas existentes en las mismas, en ocasiones se desvíen por la calzada con la finalidad de salvarlas y eso debe saberlo una empresa que de ordinario, por su especialización, está dedicada a la ejecución de trabajos de excavación, lo que le obliga a extremar su diligencia y a adaptarse a todas las precauciones necesarias.

### b) Se tienen planos y se causan daños

En segundo lugar, habrá que distinguir, según que el que ejecuta las obras haya o no reclamado los planos que existan sobre el terreno y en los que tienen su reflejo las referidas conducciones, de manera, que si el encargado de la subcontrata dispone de los planos, los tiene en su poder, en los mismos figura la existencia de una conducción subterránea y a pesar de ello provoca los daños, sólo él será responsable, pues su imprudencia fue máxima al no mirar ni siquiera los planos, en tanto que ninguna responsabilidad será predicable del contratista quien ha cumplido fielmente con sus obligaciones y en concreto, con del deber de informarse por



donde discurren las posibles conducciones subterráneas antes de dar inicio a la obra para evitar, precisamente la posible causación de daños.

No obstante, sí responderá también el contratista si pese a cumplir con su obligación de información, se reserva la dirección de la obra o parte de ella y no vela porque los trabajos se ejecuten en los lugares donde según el plano hay conducciones en el subsuelo.

En este caso responderán los dos, como ocurrió en la SAP de Sevilla de 10 de abril de 2002.

### c) No se solicitan los planos

Mayor problema presenta, sin embargo, el supuesto en el que los daños en las conducciones subterráneas se ocasionan porque no se ha tenido la diligencia de reclamar los tan referenciados planos, y surge entonces la cuestión de dilucidar a quien le es exigible reclamar tales planos por cuanto en función de ello, la negligencia será predicable de uno o de otro.

Y en este particular, la jurisprudencia ha sido oscilante, aunque sí que puede hablarse de una línea mayoritaria, la cual, claro está, al no ser unánime, presenta sentencias contradictorias.

Como ejemplo de estas resoluciones minoritarias, se puede citar la Sentencia de la AP de Castellón de 2 de septiembre de 2002 que no distingue y condena a todos los intervinientes en el proceso constructivo. Se trata de un supuesto en el que una empresa subcontrata con otra los trabajos de excavación de una obra y ésta a su vez, encarga los trabajos a otra persona con la que no guarda ninguna relación personal o profesional.

Entiende la Audiencia que todos tenían el deber de informarse donde estaban las conducciones y no distingue si hay alguno que tenga el verdadero

deber y si los demás son meros ejecutores, basándose, en esencia, en que todos los intervinientes se dedican a ello y son profesionales en la materia, por los que cabe suponerles a todos una adecuada experiencia en la materia y finaliza condenándolos a todos.

La SAP de Barcelona de 30 de octubre de 2002 también busca un fundamento para condenar a todos los partícipes en los trabajos de excavación y proteger con ello a los perjudicados y lo encuentra en la atribución de culpa en todos los intervinientes en la obra en tanto que resulta previsible la existencia en todo subsuelo urbano de las citadas conducciones evidenciándose su falta de diligencia por no haber desarrollado las precauciones requeridas y debiéndose desvirtuar dicha imputabilidad por quienes verificaron la obra o se lucraron con su explotación con aplicación de la inversión del onus probandi que rige en materia de la obligación de indemnizar tipificada en el art. 1902 CC sobre el elemento subjetivo de la culpa, para lo cual, la demandada habrá de justificar la interferencia de caso fortuito o fuerza mayor o la culpa exclusiva de la empresa propietaria de las líneas o conducciones enterradas ene. subsuelo.

Desde luego, al propietario de las conducciones subterráneas no se le podrá imputar responsabilidad alguna si remitió los planos de situación de las instalaciones o mantuvo conversaciones con el contratista para acudir in situ a comprobar el lugar de las conducciones antes del comienzo de las obras (SAP Pontevedra 15 de noviembre de 2002).

Sólo se le podrá atribuir culpa en su actuar si no facilita los planos al contratista o facilita unos planos o da indicaciones equivocadas y la rotura se produce por seguir sus instrucciones.

Podemos compartir con esta sentencia la presunción de que todos son responsables mientras no se pruebe otra cosa al ser todos ellos profesio-



nales en la materia, pero no estamos de acuerdo en que sin más, se haga responsable a todos los partícipes en la obra, so pretexto de que todos se han lucrado con la obra.

Pero, insisto, lo determinante no debe ser quien se lucra, porque ello en sí mismo es una conducta lícita. Lo que hay que probar es quien tenía la dirección de la obra o quien estuvo negligente, porque si el contratista encargado de informarse sobre el lugar de las conducciones, las cuales deben constar en el proyecto, incumple con su deber, será responsable en todo caso, al igual si el subcontratista, observando la proximidad de núcleo urbano y observando que el contratista no le facilita los planos, en vez de retrasar el inicio de las obras hasta la facilitación de los mismos, prescinde de ello y comienza la excavación, en cuyo caso también será el responsable de los daños ocasionados.

Ahora bien, como señala la SAP de Badajoz de 18 de marzo de 2004, a la contratista, como directamente beneficiaria de los trabajos subcontratados es a la que corresponde comprobar el estado del terreno donde deben excavar, ya que, si no se prueba otra cosa, ella tiene la dirección técnica de la obra. De donde se desprende que debe partirse de la presunción de que es a la contratista a la que corresponde realizar los actos de investigación y averiguación necesarios para evitar la rotura de las conducciones subterráneas, presunción que como todas las que son "iuris tantum" admite prueba en contrario.

De esta manera, si tras el juicio, no consta si se solicitaron o no los planos o se realizaron actos de averiguación del lugar por donde podrían discurrir las conducciones, deberá responder el contratista pues a él le corresponde la carga de probar que hizo todo lo que estaba en sus manos para evitar el resultado dañoso (SAP de Asturias de 9 de julio de 2004).

Pero junto a esta norma general, la jurisprudencia cada vez es más estricta y exige también responsabilidad a la empresa subcontratada cuando las zanjas en cuestión se hacen en las calles o núcleos de población, pues en tales casos, considera que el subcontratista nunca es un mero ejecutor ciego (la pregunta siguiente va dedicada a esta figura), sino que cuenta, por razón de su profesión, con los conocimientos necesarios para advertir las consecuencias perjudiciales o la improcedencia de las soluciones constructivas adoptadas por el constructor principal, de manera que para salvar su responsabilidad debe indicar las consecuencias perjudiciales que pueden seguirse de determinadas ordenes y direcciones en la ejecución de las obras, siempre que por su profesión puedan conocerlas (en este sentido se pronuncian las sentencias de la AP de Tarragona de 1 de septiembre de 2006 y de Pontevedra de 10 de mayo de 2005).

Mas modernamente, la SAP de Barcelona de 14 de marzo de 2007 condena al contratista por los daños ocasionados por un trabajador de la subcontratada al considerar que el maquinista actuaba bajo órdenes de la contratista, pero también condena al subcontratado, pues pese a tales órdenes no hizo nada para cerciorarse por donde iban las conducciones subterráneas, cuando por ser núcleo urbano había bastantes posibilidades de ello.

En base a estos criterios, la Orden de la Generalitat de Cataluña 341/03 de 22 de julio exige la petición de planos antes de efectuar zanjas, y tal exigencia se impone tanto al promotor como al ejecutor material de la obra, con lo que, al menos en Cataluña, se zanja el problema, pues desde el punto de vista normativo la exigencia de averiguar el sitio de las conducciones es de todos los intervinientes.

## 6. Empresas especializadas en excavaciones

Ahora bien, esta doctrina es matizada por las SS del TS de 18 de abril de 1994 y de 26 de di-



ciembre de 1995 en el sentido que tal dependencia o subordinación absoluta no puede hacerse valer cuando la subcontratista es una empresa que por su especialización y conocimientos en la ejecución del concreto trabajo de que se trate fue contratada precisamente en atención a tales conocimientos o dedicación específica en tal actividad.

La jurisprudencia distingue además otro supuesto concreto cuando el subcontratista es una empresa especializada en la materia y existen importantes indicios sobre la posible existencia de conducciones subterráneas. En tal caso, como hace la SAP de Murcia de 9 de octubre de 2002, además de declarar la responsabilidad de la contratista por no cerciorarse previamente del lugar concreto de las conducciones subterráneas, hace también responsable al subcontratista por cuanto dada su especial pericia en esta materia debió prever la posible existencia de las mismas, pues en este caso eran evidentes las cámaras de registro y las arquetas junto al lugar de la excavación, lo que

hace predecible que en las proximidades hubiera alguna conducción en el subsuelo.

Como dice la SAP de Barcelona de 22 de abril de 2005, la especialización y naturaleza del encargo recibido por estas empresas especializadas le conceden efectivo poder de dirección sobre su propia actividad, de tal modo que ha de ser consciente de los riesgos de la misma, a cuyo efecto debe asegurarse de que actúa conforme a las prescripciones de la dirección facultativa.

Doctrina que se ha seguido en la SAP de Badajoz de 23 de mayo de 2006 cuando sostiene que cuando varias empresas intervienen en la ejecución material de una obra, unas subcontratadas de otras, a éstas últimas no se les puede exigir responsabilidad por daños a terceros si la primera se reservó íntegramente las facultades de dirección y supervisión, pero lo dicho hasta aquí no es aplicable a empresas especializadas en una materia y que se contrataron por ello.





## 7. Negligencia del operario de la subcontrata

Un supuesto curioso se contempla en la SAP de Murcia de 23 de enero de 2002 en donde los daños ocasionados en el tendido telefónico fueron debidos a un proceder negligente del operario que manejaba la máquina retroexcavadora de una empresa que, previamente, había sido subcontratada por otra.

Entiende la sentencia objeto de comentario que la culpa es del conductor por no extremar la precaución y cautela y por la propia previsibilidad de los daños ya que éstos hubieran sido evitables da haber solicitado la información y planos oportunos referentes a la ubicación del tendido telefónico, considerando también responsable a la entidad adjudicataria y contratista, la cual debió solicitar información sobre la eventual instalación telefónica.

A su vez, la sentencia, condena también solidariamente a la empresa subcontratada para la que prestaba su trabajo el conductor de la excavadora pero no por actos u omisiones propios, sino precisamente por la acción llevada a cabo por su operario, por la vía del art. 1903 CC, por razón de culpa in vigilando o in eligendo y en consecuencia sin perjuicio de la facultad que le confiere el art. 1904 CC.

La meritada sentencia merece varias consideraciones:

- a) Así, por una parte, la declaración de responsabilidad del contratista por no recabar la información de la posible conducción subterránea, que compartimos plenamente.
- b) La atribución de responsabilidad a la subcontratista, pero sopor actos ropios sino por negligencia de su empleado, locuaz no compartimos, pues si como dice la sentencia era pre-

visible que en el lugar hubiera una conducción de teléfono, suponemos que porque estuviera ejecutándose la obra en núcleo urbano o porque hubiera indicios externos, el propio subcontratista, que fue contratado como especialista en la materia, al observar la inexistencia de los planos de las posibles conducciones en el proyecto, debió reclamarlos al contratista y no iniciar las obras, no dando instrucciones a su conductor para que comenzara la excavación.

- c) Si el conductor de la excavadora era un simple empleado de la empresa subcontratada, su actuación era de mero ejecutor ciego y por tanto, a él no le debiera haberle sido exigida ningún tipo de responsabilidad, pues si se limitó a cumplir órdenes de su empresa la cual le dijo por donde tenía que hacer la excavación, carecía de autonomía e independencia, y no tenía que cerciorase de si había planos o no, pues era presumible que su jefe los tuviera a su disposición y por tanto que en el lugar que le indicaron para ejecutar su trabajo era un lugar seguro y sin riesgos de daños a terceros

## 8. El llamado “ejecutor ciego”

Este figura, ha sido muy estudiada por la jurisprudencia, que es la que en definitiva ha venido a dar esta denominación, considerando el supuesto en donde el subcontratista o tiene ninguna capacidad decisoria en la ejecución de la obra.

Así, y aunque lo normal será que el subcontratista responda, nunca podrá ser considerado responsable el subcontratista que actúa como mero ejecutor de la obra y se limita a seguir las instrucciones del contratista que le dice por donde debe hacer los trabajos, conservando el contratista la dirección exclusiva y colocando un jefe de obra para que controle los trabajos del subcontratista,



pues en estos casos salvo que haya elementos que permitan deducir la existencia de conducciones (arquetas, etc) el subcontratista puede pensar que el lugar que le indica el contratista no hay ningún riesgo de daño a terceros pues éste ya se ha encargado de verificar este extremo.

Por ello, y a pesar de estas sentencias minoritarias, que vengo comentando, lo cierto es que la mayoría de la jurisprudencia considera que el responsable de comprobar el trazado de las canalizaciones es el titular de la ejecución de obra, dado que la función del subcontratista es realizar unidades de obra que le marca el responsable de la obra, ya que el subcontrato carece por definición, salvo pacto en contra, de poder de dirección sobre la obra a realizar.

En palabras de la SAP de Málaga de 24 de mayo de 2001 el contratista es el único obligado a comprobar el trazado de las infraestructuras subterráneas y el subcontratista se limita a trabajar con la excavadora allí donde le indique el contratista, actuando como un mero ejecutor.

La AP de Barcelona en la sentencia de 29 de noviembre de 2002, sintetiza muy bien la doctrina mayoritaria y dice que es una realidad incuestionable que en suelo urbano son previsibles conducciones de todo tipo, no sólo telefónicas, sino agua, luz, gas, etc que por lo general son fácilmente observables por signos externos que muestran su existencia, como arquetas, cámaras de registro, etc, habida cuenta, además, que tales servicios suelen discurrir por los mismos o muy próximos lugares, de tal suerte que, identificado uno, puede presumirse la existencia de otros cercanos, sosteniendo también este criterio jurisprudencial que no se precisan requerimientos, admoniciones, o advertencias especiales para predicar o exigir una diligencia por parte de quien, ejecutando una obra en dichos lugares, ha de perforar o excavar en las inmediaciones.

Cuando se trata de varias empresas, unas contratantes y otras subcontratadas, la jurisprudencia exime de responsabilidad a quien no es más que un ejecutor ciego a las órdenes impartidas por otro que le dirige y controla su trabajo porque en tal supuesto no existe independencia o autonomía en la actuación del primero.

Ahora bien, como señala la SAP de Tarragona de 8 de mayo de 2003, si bien es cierto que la jurisprudencia exime de responsabilidad a quien no es más que un ejecutor ciego de las órdenes impartidas por otras personas que le dirigen y controlan su trabajo, ya que en tal caso no existe independencia en su actuación como ejecutora material de la obra, la misma jurisprudencia se encarga de matizar que tal dependencia o subordinación no puede hacerse valer cuando el contratista es una empresa que por su especialización y conocimiento en la ejecución del concreto trabajo de que se trate, fue contratada precisamente en atención a esos conocimientos o dedicación específica en tal particular.

En estos casos, la propia especialización le otorga un margen de autonomía independiente de la vinculación formal con el dueño de la obra, que también le obliga y responsabiliza para con el tercero perjudicado.

En este sentido las SSTS de 8 de febrero de 1994 y 26 de diciembre de 1995 precisan que el subcontratista, como profesional que es en el ramo para el que ha sido contratado, debe indicar las consecuencias perjudiciales que se pueden seguir de determinadas órdenes y direcciones en la ejecución de la obra, salvando su responsabilidad, siempre que por su profesión pueda conocerlas, no requiriéndose para ello otros conocimientos, pero lo que no puede es escudarse en la simple y socorrida excusa de que hace lo que le mandan, pues siempre estaría en su mano huir de la responsabilidad pretextando las órdenes recibidas.



También se analiza este concepto de ejecutor ciego en la SAP de Murcia de 29 de enero de 2004 o en la SAP de Cantabria de 2 de febrero de 2004, que centran la responsabilidad en el grado de autonomía en la realización de los trabajos, eximiendo de responsabilidad al ejecutor “a ciegas” de trabajos íntegramente dirigidos por otro, pero tal dependencia o subordinación absoluta no puede hacerse valer cuando la subcontratista es una empresa que por su especialización y conocimientos en la ejecución del concreto trabajo de que se trate, fue contratada precisamente en atención a sus conocimientos o dedicación específica en tal particular.

### 9. Empresas especializadas en general

Esta misma jurisprudencia (SAP Asturias 23-6-1998 o STS 26-12-95, entre otras muchas) se encarga de matizar que, además, tal subordinación o dependencia necesaria para la aplicación al contratista del art. 1903.4 CC no puede predicarse o hacerse valer, en principio, cuando la subcontra-

tista es una empresa que por su especialización y conocimientos en la ejecución del concreto trabajo de que se trate fue contratada precisamente en atención a sus conocimientos o dedicación específica de tal particular.

Si a pesar de esta especialización en la empresa subcontratada hay reserva de dirección y control por el comitente sí responderá también éste, pero nunca en caso contrario por cuanto como se reitera, y en aplicación del art. 1903 CC y de la doctrina jurisprudencial que lo define, no existe ninguna relación de dependencia sino, por cuanto, a mayor abundamiento, mal puede imputarse tampoco al demandado culpa “in eligendo” o “in vigilando” cuando contrata de forma diligente a una entidad solvente para la realización de una obra sobre la que no tiene control ninguno –en este sentido se ha pronunciado la SAP Córdoba de 21 marzo de 2001 que exige como presupuesto indispensable la relación de jerarquía o dependencia entre el ejecutor material del daño y la contratista–.



Finalmente se puede concluir señalando que cuando la empresa subcontratada, lo fue, precisamente por sus conocimientos especializados sobre los trabajos de que se trate, y, al amenos aparentemente sea una empresa solvente que opera en el tráfico jurídico publicitando esa especialidad, existirá una presunción de que el contratista no se ha reservado ninguna facultad directiva y de control sobre la misma, correspondiendo, en suma, a la subcontratada, demostrar que sí hubo un pacto de reserva de dirección a cargo del comitente.

Dicho esto, sin embargo hay que significar que en la práctica se dan una serie de situaciones concretas y particulares que matizan este principio general.

#### **10. Carga de la prueba de la reserva de facultades de control o dirección.**

Si, como vengo manteniendo, la reserva de las facultades directivas constituye la piedra angular de este tipo de responsabilidad cuando intervienen empresas subcontratadas, se hace necesario determinar a quien le corresponde probar en el acto del juicio, que existe o que no tal reserva, por aplicación de las reglas generales sobre carga de la prueba del art. 217 LEC.

En este sentido, se encuentran un gran número de sentencias que parte de la presunción de que no hay reserva de facultades directivas por parte del contratista principal.

En base a esta presunción negativa de no reserva de facultades directivas por parte del contratista, la Audiencia provincial de Burgos, en la Sentencia de 5 de enero de 2001 condena a la empresa subcontratada por los daños ocasionados con una excavadora en unas conducciones subterráneas y entiende que “precisamente, por no haber acreditado la dependencia de otro en el trabajo, es a ella a quien le correspondía adoptar las medidas precisas

para saber si en un lugar donde, lógicamente, cabe la existencia de conducciones subterráneas, como lo es el borde de una carretera, las mismas existían mediante la solicitud de planos o informaciones al respecto. Por ello, era la empresa subcontratada a quien le correspondía desplegar la actividad normal al efecto, sobre todo si actuaba a través de un profesional que sabía lo que tenía que hacer y si no lo hizo, y no interesó los planos de referencia, ello implica una clara desatención a las obvias medidas de cautela que eran exigibles a cualquier profesional, por lo que al haber causado los daños, debe responder de los mismos, según la doctrina de los arts. 1902 y concurrentes del Código Civil.

Aplicando esta misma teoría, la SAP de Asturias de 15 de mayo de 2001 exonera al contratista encargado de la conservación de una carretera, de los daños ocasionados por una empresa subcontratada diciendo que se trata de una empresa autónoma en organización y medios que debería cerciorarse de que los vehículos que trabajaban para ella no derramaran tierra sobre la calzada ( que fue la causa del accidente), sin que quepa imputar responsabilidad a su contratista porque no consta que se hubiera reservado vigilancia alguna o dirección de estas labores que es el requisito exigido jurisprudencialmente para que responda un contratista de los daños causados por subcontratista.

No obstante, y a pesar de esta doctrina muy seguida por las Audiencias, existen algunos pronunciamientos contrarios, y así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de noviembre de 2001, sostiene que el hecho mismo de la subcontratación de parte de una obra, implica ya una cierta relación de dependencia o subordinación entre la subcontratista y la contratista, una cierta participación o vigilancia de ésta última (puesto que se trata del desarrollo de su propia actividad, de la ejecución de sus propios deberes contractuales), que justifica la imputación a la misma de la



responsabilidad por los daños causados por la primera conforme a lo dispuesto en el art. 1903 CC (en este sentido también las SS de la AP de Madrid de 11 de junio y 11 de septiembre de 1998).

Para exonerar a la empresa contratista se hace necesario, pues, que verifique que ha habido exclusión y/o dejación de las facultades de dirección o supervisión de los trabajos a desarrollar en la obra.

A sensu contrario, si no prueba que no se reservó facultades directivas se presumirá que sí mantenía cierta dirección de la obra.

El propio TS en la reciente sentencia de 25 de enero de 2007 matiza que se presume que el contratista se reserva el control de la obra cuando en ella tenga un director de obra.

Opino que en esta cuestión de las presunciones también hay que distinguir, según se trate de la subcontratación a otra empresa especializada en la construcción en cuyo caso, normalmente ésta actuará con autonomía e independencia de personal y de medios, o de la subcontratación de una parte específica de la obra (instalación eléctrica, carpintería, etc) manteniendo la contratista la ejecución del resto de la obra, en cuyo caso, la contratista no tendrá que mantener siempre cierto control en la dirección de obra.

Por ello, en el primer caso debe presumirse que no hay reserva de facultades directivas, como hace la sentencia de la AP de Alicante, mientras que en el segundo, la presunción será de reserva.

Así lo entiende también la SAP de Barcelona de 11 de diciembre de 2006, que parte de la presunción de que el contratista se reserva siempre facultades directivas o de control de los trabajos de la empresa subcontratada aclarando que la prueba de que no hay vigilancia o dirección corresponde al contratista.

El caso que resuelve esta sentencia tiene además la particularidad de que sólo hay una persona física subcontratada y realiza los trabajos conjuntamente con los trabajadores del subcontratista.

Otras sentencias, sin embargo, sostienen que según las normas sobre carga probatoria, al perjudicado compete únicamente demostrar la realidad del daño que ha sufrido, mientras que a los demandados atañe acreditar que tales desperfectos no son consecuencia adecuada o eficiente de su actuación, según se predica en materia de culpa extracontractual en general y de la doctrina del riesgo en especial, sin olvidar la del interés por el beneficio obtenido a través de la actividad productora del daño, de la que, ciertamente se lucra quien lo causó.

Por todo ello, como señala la SAP de Alicante de 5 de julio de 2004, para que a la contratista no le fuera exigida responsabilidad con base en el art. 1903 del CC, debe probar que la empresa subcontratada actuaba con plena independencia o autonomía, libre de todo tipo de intromisión por parte de ella, y sin que la misma se reservara alguna facultad de dirección, supervisión o vigilancia de los trabajos que realizaba la subcontratada.

Y esta prueba no puede recaer en el perjudicado al no haber sido él parte en dicho contrato, sino que a quien le corresponde probar dicha relación es a la propia empresa subcontratante, ya que conforme a la moderna doctrina sobre normalidad y facilidad probatoria, a cada parte le corresponde la prueba de lo que, conforme a la razón ya la experiencia es más fácil probar para ella que para la parte contraria.

Esta doctrina, encuentra su fundamento en la necesidad de proteger a la víctima o al perjudicado, en el sentido de no hacer recaer sobre él la carga de probar si hubo o no hubo reserva de facultades, sino que el perjudicado demanda a am-





bas empresas y que sean ellas las que diriman sus diferencias en juicio.

Técnicamente es más incorrecta, aunque busca soluciones de justicia material.

### **11. Cláusulas de exclusión de la responsabilidad**

Es también frecuente en el mundo de la construcción, que en el contrato que liga a la contratista y a la subcontratista se incluyan cláusulas por las que se exime de cualquier tipo de responsabilidad al contratista de los daños que el subcontratista ocasione a terceros.

Pues bien, como queda ya dicho, lo determinante para responder frente a terceros es la prueba de que no hay reserva de facultades directivas y de control de la obra que ejecuta la subcontratada pero tal cláusula de asunción de responsabilidad por la entidad subcontratada registrará solo en las relaciones internas entre las partes contratantes, siendo completamente ineficaz frente al tercero perjudicado, debiendo en tal caso, responder ambas entidades solidariamente, y ello sin perjuicio de la acción de repetición que, en su caso, ostentará la contratista para reclamar frente a la subcontratista, lo abonado por ella, pues así lo exige el principio de relatividad de los contratos proclamado en el art. 1257 CC con carácter general y que impide que lo pactado entre partes afecte o pueda afectar a terceras personas ajenas al negocio jurídico.

### **12. Sucesivas subcontrataciones**

Otro supuesto frecuente en la práctica es el de que a su vez, la empresa que ha sido subcontratada, subcontrate parte de las obras a otra tercera empresa y así sucesivamente.

En estos casos, cuando los daños son causados directamente por esta tercera empresa, las

empresas contratistas tratan de eludir su responsabilidad alegando que ninguna relación contractual tienen ellas con esta tercera empresa causante de los daños, la cual fue contratada directa y exclusivamente por la subcontratista.

Tales argumentos, sin embargo deben ser rechazados y así lo hace a SAP de Asturias de 25 de junio de 2001 cuando afirma que lo relevante no es si la contratación se hizo de forma autónoma o desvinculada entre los diferentes intervinientes en el proceso de ejecución, sino, como ya se indicó, si entre todos existe una cierta dependencia jerárquica, porque como enseña la jurisprudencia, aún actuando cada una de las empresas con una cierta autonomía en el desempeño de sus respectivos cometidos o actividades, la contratante principal puede reservarse algunas facultades de dirección, vigilancia o participación en los trabajos de sus respectivos contratistas o en parte de ellos, en cuyo caso, esta ingerencia, más o menos extensa o intensa hace persistir aquella relación de dependencia generadora de una doble responsabilidad, tanto del subcontratista ejecutor material de la actividad negligente como del contratista principal que participe en las tareas directivas y de control o supervisión.

De nuevo el énfasis para atribuir responsabilidad es colocado por la jurisprudencia en la existencia o no de cierto control sobre la ejecución de las obras, sean una o varias las empresas intervinientes.

Esta materia ha experimentado algunos cambios con la nueva Ley de subcontratación de 2006 en el ámbito de la construcción.

### **13. Responsabilidad del contratista cuando el subcontratista es un trabajador autónomo y sufre lesiones o daños**

El Tribunal Supremo contempla este supuesto en la sentencia de 7 de abril de 2006 y condena



al contratista porque el trabajador autónomo subcontratado no trabajaba en forma autónoma en la obra, si no, en condiciones de igualdad con los demás que sí eran trabajadores por cuenta ajena, y en consecuencia, realizaba su labor bajo el régimen de organización y dirección de la empresa contratista aunque el contrato que le unía con ella no fuese de naturaleza laboral.

#### **14. Misma empresa con distintas denominaciones**

La SAP de Valencia de 8 de marzo de 202 recoge un supuesto interesante, y lo resuelve de forma muy acertada.

Se trata del supuesto de daños a tercero ocasionados por una empresa, si bien, a pesar de que la contratada era ésta, la que ejecutó las obras fue otra, pero existiendo entre ellas idéntico accionariado, objeto social, administradores domicilio social, etc.

En suma, se está ante el supuesto de una misma empresa ue opera en el trafico jurídico como dos sociedades diferentes, gozando claro está, cada una de ellas de propia personalidad jurídica.

La Audiencia de valencia condena solidariamente a ambas y sostiene que si bien es cierto que de derecho, una era la sociedad adjudicataria y otra la que ejecutó las obras y que ambas tienen distinta personalidad jurídica, de hecho, las mismas suelen colaborar en las obras a una o a otras adjudicadas.

Es decir, media una subcontratación que aún no documentada se induce del actuar de ambas o de ciertos datos objetivos exteriores como que en la obra figuraba el logotipo de la no contratada, en las vallas el nombre de ésta empresa, etc, lo que implica que como subcontratista y ejecutora material de las obras en virtud del art.





1902 cc deba responder frente a tercero, sin que sea de recibo excusarse de ello por esas diferentes personalidades y mera colaboración pues ello sería contrario al art. 7CC al permitir, según se dirija el pleito contra una u otra, alegar para eximirse de responsabilidad o tal adjudicación o tal subcontrata.

### **15. Responsabilidad de los administradores de la sociedad subcontratada**

Ninguna especialidad sobre las reglas generales presenta esta cuestión, cuando deba responder una sociedad anónima o limitada subcontratada de los daños ocasionados a terceras personas.

La SAP de Valencia de 14 de febrero de 2005 ha tenido la oportunidad de analizar este concreto problema y se refiere expresamente a la doctrina jurisprudencial que señala que la obligación que se impone en el supuesto del art. 262.5° de la LSA, de responsabilidad solidaria de los administradores del pago de las deudas sociales “ex lege” se da en el supuesto que incumplan la obligación de convocar a junta general para acordar la disolución de la sociedad cuando la misma se encuentre en imposibilidad del cumplimiento del fin social, supuesto del art. 260.3 de la misma Ley.

Igualmente, la STS de 22 de diciembre de 1999 indica que resulta de aplicación a los supuestos de responsabilidad ex art. 262.5 LSA la causa de exoneración que establece el art. 133.2 de la propia Ley al decir que responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción o ejecución, desconocían su existencia, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o al menos se opusieron expresamente a aquel.

Es de destacar que a los efectos de la responsabilidad que se analiza, los supuestos más



corrientemente apreciados son aquellos que se refieren a la imposibilidad de realizar el fin social, paralización de los órganos sociales, falta de ejercicio de actividad durante el plazo de tres años, supuesto de pérdidas, reducción del capital social por debajo del mínimo legal o cualquier otra establecida en los estatutos.

En todos estos supuestos, si se trata de una sociedad subcontratada para la ejecución de una obra y en su actuar ocasiona daños a terceros, también deberán responder los administradores, si en ellos concurren todos los presupuestos que se exigen en los preceptos citados de la LSA o LSRL.

Pudiendo, entonces, el perjudicado, acumular en su demanda las dos acciones, frente a la sociedad, por responsabilidad extracontractual y frente a los administradores, por resultar responsables por la negligencia en su administración.

Para el conocimiento de esta demanda será competente el Juzgado de lo Mercantil según dispone el art. 86 ter de la LOPJ, si bien hay que reconocer que cuando se ejercitan de forma acumulada ambas acciones, no todos los Juzgados de lo mercantil se consideran competentes para conocer de la acción acumulada frente a la sociedad, pero esa cuestión excede de la materia propia de este trabajo.

