

Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente *

POR JOSE MARIA MIQUEL

Cuando los obreros del contratista o del subcontratista causan daños a terceros, hay que preguntarse si además de responder el contratista o el subcontratista, respectivamente, responderán también el comitente o el contratista. Es decir, el comitente por los daños causados por los obreros del contratista y el contratista por los daños causados por los del subcontratista.

La regla general (1) está formulada con bastante claridad en la Sen-

* Don Federico de Castro, a cuya memoria dedico este modesto trabajo, se ocupó de la responsabilidad del empresario en la contestación al Discurso de ingreso de J. RUBIO en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, *La responsabilidad civil del empresario*, Madrid, 1971. Del tema de este trabajo me ocupé como ponente en un seminario dirigido precisamente por don Federico en el Instituto de Estudios Jurídicos, en el curso 1979-1980. La expresión «contratante independiente» la he tomado de la inglesa *independent contractor*, que no veo ningún inconveniente en traducir literalmente.

(1) Esta regla general es afirmada en principio en los Derecho francés, alemán, italiano y anglosajón. Vid. H. y L. MAZEAUD-TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. I, 6.^a ed., París, 1965, núm. 896, p. 968 y s. En la doctrina alemana la dualidad entre el § 278 y el § 831, uno de los preceptos más cuestionados del BGB está en la base de muchos problemas del Derecho de daños. El § 278 se ocupa de la responsabilidad por hecho de otro en la responsabilidad contractual y el § 831 en la extracontractual, admitiendo éste, como nuestro Código, la prueba de la diligencia del empresario con eficacia liberatoria de responsabilidad. Se considera que la reforma del § 831 constituye una de las tareas más importantes de la reforma del Derecho de obligaciones que actualmente se acomete en Alemania, vid. CH. VON BAR, *Deliktsrecht, in Überarbeitung des Schuldrecht*, II, Colonia, 1981, p. 1776; sobre la diferencia entre ambos preceptos vid. también en la misma obra y tomo el trabajo de P. SCHLECHTRIEM, p. 1617. Además HANAU, en *Münchener Kommentar*, II, 1979, Rdn. 5 y ss., al § 278. Vid. también VON CAEMMERER, *Verträge zugunsten Dritter*, en *Festschrift Wieacker*, 1978, p. 312 y s., donde pone de relieve cómo el llamado contrato con efectos protectores para terceros se ha desarrollado para resolver problemas de responsabilidad en principio extracontractual y a causa de la necesidad de evitar la aplicación del § 831. En la doctrina italiana puede verse G. VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Padova,

tencia de 18 de junio de 1979, que con la de 5 de julio del mismo año parecen ser las que marcan la pauta de la doctrina jurisprudencial. Según la Sentencia de 18 de junio citada: «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

1967, p. 363. Vid. también TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milán, 1961; niega este autor que la relación de «preposizione» pueda quedar reducida a las situaciones de dependencia, o pueda identificarse con criterios como el control o el *commoda* (propuesto este último por DE CUPIS). Conforme a su tesis general del riesgo de empresa la función de la responsabilidad vicaria se puede reconocer en la distribución del riesgo, con el fin de determinar una reducción del mismo dentro de los límites justificados por el punto de vista de la economía general y con el fin de hacerlo asegurable y así hacerlo menos dañoso. Para que tal función pueda ser realizada es necesario que la responsabilidad se atribuya a quien pueda eficazmente actuar sobre el riesgo, para modificar su alcance donde sea el caso, refiriéndose no tanto a la posibilidad de prevenir los hechos dañosos aislados, sino más bien a la posibilidad de modificar los métodos de producción, sustituirlos, y en casos extremos, de poner fin a la actividad de la empresa. En segundo lugar, es necesario que la responsabilidad se atribuya a quien traduzca el riesgo en costo. En el caso que nos ocupa hace una serie de precisiones jugando con los distintos criterios de imputación y ofreciendo una serie de tópicos como índices de la relación de «preposizione».

A. GALOPINI, que ha estudiado muy detenidamente la jurisprudencia italiana acerca del «rapporto de preposizione», nos informa de los criterios para excluir la responsabilidad del comitente por el hecho del contratista o sus dependientes: 1) que el ejecutor de la obra sea empresario y ejercite la actividad a propio riesgo; 2) Que la obra sea realizada por el contratista con adecuada autonomía, de tal modo que no pueda ser considerado como un *nudus minister* del comitente; 3) Que no exista un específico defecto de diligencia del comitente en la elección del ejecutor de la obra. Vid. RTDPC, 1968, págs. 1204-1251.

En el Derecho anglosajón se mantiene como regla general la no responsabilidad por los hechos de un contratante independiente, pero se afirman buen número de excepciones cada día mayor, dado que la utilización de tales contratantes va en aumento. Sin embargo, SALMOND-HEUSTON, afirman que se presta a equívocos creer que hay una regla general sujeta a una lista más o menos amplia de excepciones. La cuestión real a decidir es si el demandado en las circunstancias del caso concreto ha infringido un deber que le incumbe respecto del demandante. Para ello se traza una distinción entre dos clases de deberes: 1) deber de tomar la diligencia razonable, y 2) deber de observar que la diligencia sea adoptada. En el primero, no hay en general responsabilidad por la negligencia de un contratante independiente; en el segundo, la hay. SALMOND-HEUSTON, *Law of Torts*, Londres, 1969, p. 649 y ss. Vid. también J. G. FLEMING, *The Law of Torts*, 6.ª ed., Sidney, 1983, p. 359 y ss, y PROSSER, *Handbook of Law of Torts*, 4.ª ed., St. Paul Minn., 1971, p. 468 y ss.

En el Proyecto del libro de obligaciones del Código civil holandés, junto a un artículo que regula la tradicional responsabilidad por los dependientes, se contiene otro en el que se afirma la responsabilidad de la empresa por los daños causados a terceros por contratantes independientes, si bien se deja a salvo que pueda descargarse de tal responsabilidad si prueba que no incurrió en culpa *in eligendo aut in custodiendo* o si demuestra que el daño se hubiera producido también, aunque se hubiera adoptado la diligencia necesaria. Ahora bien, es preciso que la obra se realice en la consecución de

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» (2).

Si esta es la regla general tratándose de responsabilidad extracontractual, en cambio en caso de responsabilidad contractual hay que afirmar lo contrario, esto es, que el deudor responde también aunque haya utilizado para el cumplimiento de su obligación a un sustituto que actúe con autonomía respecto de él. Suponiendo que el deudor pueda —por no ser personal— encargar a otro la ejecución de la prestación, no cabe duda de que no podrá liberarse de responsabilidad por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso, sólo por decir que

sus negocios. La responsabilidad se basa en la idea de que la empresa en sus relaciones con la parte lesionada debe ser considerada como una unidad. El riesgo de que la empresa no pueda recuperar del causante del daño (contratante independiente), lo que haya pagado al tercero debe considerarse como un riesgo del negocio. Vid. comentario al artículo 6. 3. 10 en «The Netherlands Civil Code. Book 6. The Law of Obligations. Draft text and commentary», Leyden, 1977, p. 420.

(2) Las sentencias de 4 de enero de 1982 y 2 de noviembre de 1983 repiten la doctrina de las de 18 de junio de 1979. Los casos resueltos por estas dos sentencias son bastante parecidos. En ambos casos el «comitente» era el propietario de lo transportado o se pretendía que lo fuera (en la de 4-1-82). En un caso, S. 2 de noviembre de 1983, se remolcaba por el puerto una embarcación de Dragados por un remolcador y una falúa y dado el estado de la mar, se soltó o la soltaron y fue a chocar, produciendo daños, con el buque del demandante. En la otra sentencia, un camión con remolque que transportaba material para una central telefónica chocó con un puente de la demandante (Hunosa). No resulta que la Telefónica, demandada, fuera propietaria del remolque ni de la carga. En la sentencia de 5 de julio de 1979 a consecuencia de unos trabajos en una grúa del puerto saltaron unas chispas que prendieron e incendiaron la carga que se encontraba en el muelle. Los obreros que reparaban la grúa eran dependientes de la subcontratista, a quien la contratista recurrente había encargado tal obra. En este caso, no ha sido demandada la Junta de Obras del Puerto, que según la sentencia de 28 de febrero de 1983 respondió por corresponderle respecto de la grúa un deber de vigilancia y control. El Tribunal Supremo estimó el recurso de la contratista, declarando que «conforme al texto claro del artículo 1903, párrafos 1 y 4, del Código civil, la responsabilidad por hechos ajenos únicamente es exigible a los dueños o directores de un establecimiento o empresa, cuando el daño o perjuicio ha sido causado por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieron empleados, o con ocasión de sus funciones...».

Resulta bastante paradójico que la sentencia de 18 de junio de 1979 sea quizá la más invocada a propósito de la responsabilidad extracontractual por el hecho de contratantes independientes, y, sin embargo, en el caso por ella resuelto existiera una clara responsabilidad contractual. De modo que si se hubiera ejercitado la acción derivada del contrato contra el transportista, no hubiera habido —a mi juicio— duda de su responsabilidad por el hecho del empleado de la empresa encargada de la descarga del buque. No comprendo, por tanto, la razón que movió al abogado a ejercitar contra el transportista la acción de responsabilidad extracontractual ex artículo 1.903, porque ahí sí tenía que tropezar con la falta de dependencia de la empresa que efectuaba la descarga. Vid. lo que se dice en el texto y en la nota siguiente sobre la responsabilidad del deudor por hecho ajeno en la responsabilidad contractual.

encargó el cumplimiento a un contratante que actuaba con independencia (3).

¿Pero hasta qué punto la doctrina enunciada por la sentencia citada, recogida por otras, se sigue sin excepciones? Hay un buen número de sentencias en las que, por unas u otras razones, los demandados responden por el daño causado por un contratante independiente. Así, p. ej.: 10 de octubre de 1930, 17 mayo 1977, 17 marzo 1980, 17 y 24 de noviembre de 1980, 4 de mayo de 1982, 28 de febrero de 1983 (Ar. núm. 1083) y 16 de junio de 1983 (4). Quizá no sea conveniente

(3) Sobre el tema TORRALBA, *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, en ADC, 1971, págs. 1143-1166. Se manifiesta favorable a la responsabilidad del deudor por los «sustitutos» (no en el sentido del 1721) que actúan en el cumplimiento de la obligación del deudor con autonomía, es decir, no son propiamente auxiliares del deudor en el sentido de depender de él, así, por ejemplo, un Banco. Del artículo 1.596 se ocupa en *Los vicios del suelo: Reflexiones sobre el artículo 1.591 del C. c.*, en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán*, T. II, Pamplona, 1969, p. 607 y ss. y en ADC, 1970, p. 137 y ss.

(4) Además pueden verse las siguientes sentencias de la Audiencia territorial de Cáceres, ambas en la Revista General de Derecho, 1983, págs. 1.178 y 1.200, respectivamente. S. de 11 de febrero de 1982:

CONSIDERANDO: Que se encuentra reiteradamente reconocido por la jurisprudencia, la responsabilidad solidaria que deviene de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, es decir, tanto en los supuestos de culpa *in operando*, como en los de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, por lo que aun cuando sea conveniente y hasta útil a la parte actora acumular las citadas acciones en bien de sus intereses y aun de los intereses de los demandados, este mismo carácter de responsabilidad solidaria lleva consigo la imposibilidad de alegarse la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, fundada en no haberse traído a la litis a otras personas afectadas por el vínculo de solidaridad.

CONSIDERANDO: Que la alegación hecha por la parte apelante de que el conductor de la máquina era un empleado de un tercero, por lo que la responsabilidad del artículo 1.903 deberían ser imputable a citado tercero, plantea el interesante tema de la consideración o no del subcontratista como dependiente. La jurisprudencia interpretadora del artículo 1.354 del Código francés, 2.049 del italiano y 831 del alemán, cuyos textos son más amplios que el español, entienden que no existe relación de dependencia entre el contratista y así pareció entenderlo la reciente jurisprudencia expresada en las sentencias de 5 de julio y 18 de julio de 1979, ello no obstante, jurisprudencia más reciente como la expresada en la sentencia de 17 de noviembre de 1980, proclama dicha responsabilidad en virtud de tal dependencia, y que ha de ser la acogida por esta Sala, máxime si tenemos en cuenta que la forma de retribución de la que se dice subcontrata lo es por unidades de medida, metros cúbicos extraídos, o por horas de trabajo, lo que pone de manifiesto una falta de autonomía en el dueño de la máquina, autonomía que, precisamente, es la base de la irresponsabilidad que proclamaban las sentencias de 1979 antes citadas y que aprecia no se dan en este supuesto, por lo que procede confirmar la sentencia apelada.

Sentencia de 11 de junio de 1982:

CONSIDERANDO: Que es doctrina de esta Sala en sentencias reiteradas, siendo la última la de 28 de noviembre de 1980, que el problema de legitimación pasiva en la culpa extracontractual, en daños producidos por subcontratistas, al romper cables o tuberías de alcantarillado, en virtud del juego legal de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, y la jurisprudencia reiterada que considera a la empresa principal responsable directa y solidaria

considerar a estas sentencias como excepciones a la regla general. Seguramente tal proceder parte de considerar que todo se reduce al artículo 1.903-4 y a la comprobación de la existencia de una relación de dependencia o de una excepción.

En efecto, si se parte del artículo 1.903-4 como único dato para resolver la cuestión, quedará decidida de una forma muy simple desde que se constate que sólo se impone responsabilidad por el hecho del *dependiente*, y que ni el contratista es dependiente respecto del comitente, ni el subcontratista del contratista. Habría que forzar el concepto de dependencia, hasta dejarlo desprovisto de sentido, para incluir en el artículo 1.903-4 a los contratistas. Por otra parte, resultaría bastante extraño acudir a la idea de que el artículo 1.903 contiene una enumeración abierta para llegar a la conclusión de que también se responde por el hecho del que actúa con independencia.

Este planteamiento no toma en consideración que el artículo 1.903 lo que hace es imponer unos específicos deberes de cuidado por los hechos de ciertas personas. De este modo la «dependencia» aparece como fuente de un deber específico de cuidado, pero el hecho de que no haya dependencia no excluye que no existan otros deberes de cuidado en ciertas situaciones, cuya existencia planteará problemas muy parecidos a los derivados de la responsabilidad contractual.

A nuestros efectos no se trata, por tanto, de determinar si el artículo 1.903 contiene una enumeración exhaustiva o no (5), sino de

de los daños causados por sus empleados, o los de las empresas satélites, basado en el beneficio económico de la constructora del edificio, siendo los subcontratistas meros ejecutantes de las órdenes, de la promotora. Como aquí se observa, debiendo constar en el proyecto el trazado del alcantarillado, altura, dificultad de cables, etc., fácil de prever, teniendo en cuenta los registros de teléfonos frente al edificio en construcción. Por lo tanto, debe desestimarse la única causa del recurso aducida, ya que, reiteramos, está legitimada pasivamente la constructora demandada, y es innecesario el litisconsorcio pasivo necesario, ya que no afecta a los ejecutores materiales el litigio y la resolución correspondientes de efectarles a éstos, están vinculados solidariamente a la empresa.

(5) SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, 1981, p. 405, no considera exhaustiva la enumeración del artículo 1.903, rectificando una opinión anterior, vid. nota 404 en la misma página citada. De otra opinión, ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1977, p. 127. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, 1983, II-3, p. 106, siguiendo a PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, III-2, Barcelona, 1966, p. 1177-1179. Estos tres autores opinan que la enumeración es cerrada, pero PUIG PEÑA, con razón añade, «lo que no obsta, claro está para que a personas no mencionadas *nominatim* se les declare responsables, en virtud de la fórmula general del artículo 1.902». La diferencia, sin embargo, sería importante por razón de la prueba de la culpa. No obstante, recuérdese que la Jurisprudencia presume la culpa también en los casos del artículo 1.902. A mi juicio, el problema de los supuestos que no entren en el artículo 1.903 será fundamentalmente acreditar que el pretendido responsable omitió las medidas necesarias para prevenir el daño, pero eso presupone que tenía un deber de adoptarlas. Si existiendo ese deber se incumplió culposamente es algo que puede quedar probado por los medios generales; pero es obvio que lo primero que habrá que hacer será demostrar

evitar la idea de que si no hay relación de dependencia no hay responsabilidad de quien no sea el causante directo del daño. Es decir, los supuestos del artículo 1.903 han de considerarse como fuentes de específicos deberes de prevenir el daño, pero no prejuzgan que no existan otros deberes de prevenir el daño por otras razones, en cuyo caso habrá que ver qué sucede si el daño lo causa un contratante que actuaba con independencia del titular del deber de cuidado.

Hay que observar que es posible que debiéramos llegar a la idea de que en tales casos no hay responsabilidad por hecho ajeno (artículo 1.903), sino por hecho propio (art. 1.902) y que, por tanto, no resulta adecuado el título de este trabajo. Es perfectamente posible que esto sea así, pero también lo es en alguna medida —como ya ha sido puesto de relieve en la doctrina— cuando se trata del artículo 1.903, porque es preciso que exista culpa del empresario según resulta del párrafo final del precepto. No implica diferencia importante a mi juicio el hecho de que en el artículo 1.903 la culpa del empresario se presuma, porque es sabido que en la responsabilidad ex artículo 1.902 se afirma también por la jurisprudencia la presunción (6).

Ahora bien, al margen de estas cuestiones, lo que trato de poner de relieve es que cuando se causa daño por quien ha sido encargado por otro de realizar cierta actividad, la cuestión a decidir no consiste solamente en si existía o no existía relación de dependencia. Si se constata la relación de dependencia queda claro que habrá responsabilidad (naturalmente si se dan otros presupuestos), pero no basta comprobar que no existía dependencia para negar la responsabilidad.

Por de pronto, parece bastante claro que si la responsabilidad por hecho ajeno se basa en algunos casos en una culpa *in eligendo*, podrá existir responsabilidad por el hecho ajeno de un contratante independiente, porque parece indiferente la dependencia a estos efectos. De

que alguien se encontraba en una situación en la que debía prevenir los daños incluso causados por otros. Así, pues, aunque en parte comparto la opinión de Puig Peña, no creo que la diferencia en el estado actual de nuestra jurisprudencia, derive como entiende este autor de la existencia en el 1.903 de una presunción de culpa que no se aplicaría a los supuestos del 1.902. A mi juicio cuando el daño haya sido causado inmediatamente por otra persona, habrá que probar que el demandado tenía un específico deber de prevenir el daño y después su culpa seguirá las reglas generales, que son, según la jurisprudencia también en el 1.902, que se presuma.

(6) Vid. la nota anterior. La doctrina ya ha señalado que en el caso del 1.903 hay un supuesto de responsabilidad por hecho propio, vid. ROGEL VÍÑE, op. cit., p. 126. De todos modos teniendo claros los presupuestos de la responsabilidad, lo demás puede ser una cuestión meramente terminológica, con tal de que quede claro que en virtud de una omisión —cuando debemos actuar— puede responderse por el hecho de otro, fuera del artículo 1.903, en lo que al margen de cómo se llegue, creo que están de acuerdo los autores citados en la nota anterior. Por todas estas razones mi amigo y compañero J. Cándido Paz Arés, a quien además agradezco que me facilitará las dos sentencias de la Audiencia Territorial de Cáceres, que he citado, observa que la responsabilidad por el contratante independiente podía quizá titularse *ex artículo 1.902 y 1/2*.

modo que si de los dos criterios de imputación, culpa *in vigilando* y culpa *in eligendo*, que se suelen barajar a efectos de la responsabilidad por hecho ajeno, sólo es relevante la dependencia respecto de uno de ellos, ya no parece tan «general» la regla de la no responsabilidad por contratante independiente.

Lo que trato de destacar es que quizá contribuya muy poco a resolver los problemas que se plantean el partir de una regla general y excepciones más o menos numerosas (7). La idea de que existe una regla general en un sentido determinado contribuye sin duda a restringir los supuestos de responsabilidad fuera de ella.

A mi juicio lo que se hace preciso es señalar la función del artículo 1.903 en el sentido de imponer ciertos deberes de cuidado cuando se dan ciertos supuestos de hecho, entre ellos, la dependencia, pero no tiene por función excluir que allí donde no haya relación de dependencia no pueda existir responsabilidad por el daño causado por otro. Del mismo modo que cuando existe una obligación contractual, el deudor no puede eximirse de responsabilidad por el hecho de haber encargado el cumplimiento a un contratante independiente, cuando existe un deber específico de prevenir el daño en cierto ámbito, el hecho de que otro realice con independencia la actividad de la que deriva el daño no parece que pueda descargar de responsabilidad al que tiene tal deber. El planteamiento no es, pues, si el artículo 1.903 contiene una lista exhaustiva de supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, porque lo único que hace es establecer unos específicos deberes de cuidado. Cuando por otros preceptos se impongan otros deberes de cuidado, su infracción no deberá ser juzgada reconduciendo el tema al artículo 1.903, sino, por el contrario, observando cómo ha incidido en el cumplimiento de ese deber la interposición de otro sujeto —dependiente o independiente— entre el obligado a prevenir el daño y el hecho dañoso.

Lo que vengo diciendo puede ilustrarse con un breve comentario de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1983. Se trata de un típico caso de daños a un edificio colindante con el solar que se estaba excavando y vaciando (8). Las obras han sido encarga-

(7) Vid. los autores anglosajones citados en la nota 1.

(8) Los supuestos de daños causados a edificios colindantes son muy frecuentes. En ocasiones los propietarios de los solares prometen (de modo semejante a como sucedía en D. Romano con la *cautio damni infecti*), que indemnizarán todos los daños. Este es el caso de la S. de 17 de octubre de 1975, que precisamente comentó DON FEDERICO en el *Anuario de Derecho civil* de 1977, p. 194 y ss., considerando la doctrina de la declaración unilateral de voluntad. Caso parecido es el de la S. de 24 de noviembre de 1980, aunque aquí se argumenta la responsabilidad del propietario sobre otras bases distintas a su compromiso. Obsérvese que en estos casos puede entenderse que si el reconocimiento de deuda es causal, sólo sería eficaz en base a la existencia de una deuda previa. No obstante, hay que recordar las palabras que el maestro cuya memoria honramos escribía al fin de su citado comentario: «Esta figura vulgarmente denominada «arreglo», «compromiso», «avenencia», «fórmula transaccional» y «liquidación definitiva», es de uso constante en la práctica. No encaja exactamente en el contrato típico de transacción tipificado en el

das por el propietario del solar a un arquitecto y a un contratista, que proceden negligentemente y provocan el derrumbamiento del citado edificio colindante. Previamente se había desmoronado una tapia de otra propiedad colindante. La sentencia del Tribunal Supremo estima el recurso del propietario del solar, que había sido condenado en las dos instancias junto con el arquitecto, el contratista y otros (dos pa-listas y un capataz o subcontratista). En este caso, y en lo que a nosotros nos interesa, no cabía preguntarse solamente si el propietario estaba incluido en la enumeración de personas del artículo 1.903 y si había procedido con culpa *in eligendo*. De ese modo, se llega muy fácilmente a negar la responsabilidad del propietario, porque como dice la sentencia: «... no es ninguna de las personas a que se refiere el artículo 1.903 del Código civil a efectos responsabilizadores por culpa extracontractual», y, por otra parte, dado que hizo el encargo «a personas que por su profesión técnica eran las objetivamente adecuadas al respecto ... ha empleado toda la diligencia exigible a un buen padre de familia...». De esta sentencia resulta que el propietario, en el caso planteado, sólo tenía que elegir bien y que cumple si elige a quien le corresponda ejecutar la obra, en virtud de la técnica de que es titulado, como dice la misma sentencia.

Ahora bien, si todo esto parece en principio correcto, creo que no puede quedar ahí la diligencia exigible al propietario del solar; es decir, me parece sumamente dudoso que solamente le incumba un deber de elegir bien a los técnicos y contratista encargados de realizar la obra. Es posible que le incumba algo más en virtud de un específico deber de cuidado con respecto a las propiedades vecinas, consistente en evitar que se sigan daños a éstas de las obras que realice en su terreno; deber que puede considerarse que deriva de lo dispuesto en el artículo 590 del Código civil (9). De este precepto resulta que el

Código civil, mas no habrá duda en admitir su eficacia como negocio atípico (art. 1.255) y también no la cabrá sobre su afinidad con la transacción, dado su fin de sustituir por otra cierta una situación dudosa o controvertida». En el caso de la S. de 17 de mayo de 1977 se produjeron daños en la propiedad vecina consecuencia de unas chispas que provocaron un incendio de la techumbre y el desplome consiguiente. El propietario es condenado a pesar de que el obrero causante material del daño lo era de una empresa subcontratista. No obstante en este caso se tiene en cuenta que actuaba bajo la dirección e inspección de los técnicos por él (propietario) nombrados. Además se toma en cuenta que la obra se realizaba «por administración»; sobre este sistema véase LÓPEZ MORA y DE LA CÁMARA MINGO, *Derecho civil básico. Los contratos relacionados con la construcción*, 1964, p. 563 y ss.

(9) Sobre *Las relaciones de vecindad*, vid. el reciente, interesante y muy documentado estudio de M. ALONSO PÉREZ en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1983 (II), págs. 357-396. Sobre el artículo 590 nos dice M. ALONSO, p. 387. «... no se limita a exigir que se observen unas distancias desde la pared ajena o medianera para hacer edificaciones o excavaciones peligrosas o lesivas por sí o por sus productos, sino que prevé la adopción de medidas conducentes a la eliminación del daño». En la doctrina alemana no hay acuerdo sobre si en el caso del § 909 (contempla concretamente el caso de las excavaciones o vaciado de un solar) es aplicable el § 278 o el § 831. Vid., por ejemplo, HANAU, en *Münchener Kommentar*, Rdn. 8 al § 278, está en contra de la aplicación de este

propietario debe ejecutar las obras de resguardo necesarias según los reglamentos, y que «a falta de reglamentos se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos». No me parece necesario argumentar que en el caso de la sentencia el artículo 590 era aplicable por un argumento de menor a mayor. Lo importante de todos modos es identificar un específico deber de cuidado que recae sobre el que hace obras en su fundo respecto de los edificios vecinos. Esta identificación de un deber de prevenir el daño tiene mucha importancia (10) porque nos encontramos con una situación parecida a la que existe en la responsabilidad contractual a los efectos que nosotros tratamos. Es decir, en lo que a nosotros nos interesa podemos repetir lo que decíamos respecto de la responsabilidad contractual: no puede liberarse por haber delegado en un contratante independiente su deber de cuidado.

Si volvemos al caso resuelto por la sentencia y observamos que según los hechos el arquitecto no compareció por la obra, ni examinó el edificio colindante, ni dirigió los trabajos de vaciado, ni adoptó ninguna medida cuando se derrumbó una tapia de otra propiedad, nos debemos preguntar hasta qué punto la independencia del arquitecto libera al propietario del solar de su deber de cuidado. ¿El propietario puede cruzarse de brazos después de haber elegido bien, esto es, por el título, a un técnico? Si bien él ni puede ni debe dirigir al arquitecto, ni al contratista, ¿no debe preocuparse, al menos, de observar si el arquitecto dirige efectivamente la obra?, ¿no debe asegurarse de que se estén tomando medidas para la seguridad del edificio colindante, esto es, al menos, que el arquitecto ha examinado la solidez, estructura, etcétera, de tal edificio? Si el artículo 590 era aplicable, como creemos que lo era, el propietario tiene un deber de prevenir el daño que al menos consistirá en observar que otros encargados por él toman las precauciones necesarias.

Me parece cierto que el propietario no tiene respecto del vecino

precepto; en cambio, WESTERMANN, *Sachenrecht*, 5.ª ed., Karlsruhe, 1966, p. 314, si inclina por la aplicación del 278 al caso del 909, si bien matiza su posición. Vid. también BAUR, *Sachenrecht*, München, 1981, p. 36, y SÄCKER, en *Münchener Kommentar, Sachenrecht*, 1981, Rdn. 23 al § 909, p. 553: «Al propietario-dueño de la obra no le basta con haber encargado los trabajos en su inmueble a un arquitecto o un empresario de la construcción para cumplir con los deberes de cuidado que le incumben».

(10) La evolución del Derecho de daños en Alemania ha tenido lugar precisamente, entre otras cosas, a través de la configuración de los llamados deberes de tráfico (*Verkehrspflichten*) que han servido fundamentalmente para el desarrollo de la responsabilidad por omisión, la elaboración de una responsabilidad del Estado bajo esquemas civiles, y la trasposición del arsenal de ideas propio de la responsabilidad por riesgo a la responsabilidad por culpa, como dice CH. VON BAR, *Entwicklung und rechtsstaatliche Bedeutung der Verkehrs (sicherung) pflichten*, en *Jz*, 1979, p. 332; vid. también MERTENS, en *Münchener Kommentar*, III-2, Vor §§ 823-855 RdNr. 3, München, 1980) y VON CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktsrechts*, en *Gesammelte Schriften I*, Tübingen, 1968, págs. 452-553, aquí p. 478 y ss.

una obligación igual a una obligación contractual, pero existe un específico deber de cuidado que requerirá una determinada medida de diligencia. Parece que la responsabilidad del propietario del solar es una responsabilidad por culpa, pero el problema que debemos resolver es si debe o no debe responder por la culpa del arquitecto o del contratista. Parece claro que si la responsabilidad del dueño del solar no ha de ser una responsabilidad objetiva, sino por culpa y siendo en todo caso la interposición del arquitecto en la obra absolutamente necesaria, no parece que el propietario responda excepto por caso fortuito.

El problema es que el deudor tiene un deber de cuidado que, aunque parece formulado en relación con un resultado, no parece que su infracción sea objetiva, sino que se trata de una responsabilidad por culpa. La culpa del propietario del solar ha de ser juzgada teniendo en cuenta lo que le es exigible, y parece que no le es exigible que controle si las medidas técnicas adoptadas por el arquitecto son o no son adecuadas. Ahora bien, de ahí no se sigue que no le sea exigible nada más al dueño del solar. Del caso resuelto por la citada sentencia de 7 de octubre de 1983 deriva bastante claramente que el dueño pudo haber reparado en que el arquitecto no atendía a sus obligaciones. Hay dos aspectos diferentes en la culpa del arquitecto, y que pueden corresponder a lo que en la doctrina alemana se ha llamado cuidado externo (*äussere Sorgfalt*) y cuidado interno (*innere Sorgfalt*). Con la primera expresión se hace referencia, como dice U. Huber, a que el «sujeto en cuestión ha observado en su conducta ciertas reglas de cuidado, reglas del arte o semejantes, que sirven para obtener los resultados deseados o evitar los resultados no deseados. El médico cuidadoso esteriliza la aguja antes de poner la inyección y desinfecta el lugar del cuerpo en el que quiere inyectar». Por otra parte, con la expresión cuidado puede querer decirse que «el sujeto en cuestión actúa con una determinada actitud interior. El conductor cuidadoso no se salta ninguna señal de tráfico, porque está atento» (11). Esta distinción puede ser en nuestro caso de utilidad, porque podemos afirmar que al dueño del solar le era exigible que cuidara de que el arquitecto pusiera la diligencia interna, aunque no le fuera exigible que el arquitecto pusiera la diligencia externa. De este modo podemos observar que la interposición de un contratante independiente no tiene por qué excluir la responsabilidad del que encarga la actividad, pero que puede modalizar el deber de cuidado al referirse a que otros actúen con cierta diligencia, pero no a que éstos procedan absolutamente de una forma diligente en todos sus aspectos, porque precisamente en algunos aspectos tal diligencia escapa al sujeto del deber de cuidado y no se le puede exigir. La diferencia que puede existir con la responsabilidad contractual es que en ésta el deudor no puede quedar liberado por el hecho de su auxiliar en el cumpli-

(11) U. HUBER, *Zivilrechtliche Fahrlässigkeit*, en *Festschrift für Ernst Rudolf Huber*, Göttingen, 1973, p. 253-289, aquí p. 265 y ss. La distinción se remonta a ENGISCH, vid. las citas en U. HUBER, op. cit.

miento (dependiente o no), precisamente porque tal hecho no es un caso fortuito y mientras no se dé el caso fortuito el deudor no queda liberado. Por el contrario, el específico deber que, a mi juicio, deriva del artículo 590 por razón de la relación de vecindad, es un deber de cuidado que queda satisfecho con la diligencia que le es exigible al propietario del solar. Ahora bien, la diligencia exigible puede ser distinta según que el dueño del solar utilice o no utilice un contratante independiente.

La existencia de un deber previo en el responsable nos ha parecido decisiva en el caso anteriormente comentado en relación con la exigencia o no exigencia de una relación de dependencia. Ahora convendría examinar, aunque fuera también brevemente, otra afirmación de la doctrina jurisprudencial según la que la responsabilidad dependería de que el comitente se hubiera reservado la vigilancia o participación en los trabajos.

Esta afirmación puede entenderse en diferentes sentidos, como también puede tener diferentes sentidos la reserva de la vigilancia del contratista.

Sorprende que los derechos de los terceros vengan determinados por lo pactado entre el comitente y el contratista. Si el comitente se reserva la vigilancia de la actividad del contratista responderá, y si no se la reserva, no responderá. Parece sumamente probable que si la reserva de la vigilancia no tiene otro alcance, los comitentes acabarán por reservársela. ¿Acaso no es esa reserva algo semejante a un contrato en favor de terceros? ¿Para qué obligarse innecesariamente? Todo resulta bastante extraño, a no ser que se reflexione algo, ayudados de un autor, como Rubino, que introduce las adecuadas precisiones en este tema (12). De otra parte, si en algunos casos existe un específico deber de cuidado habrá que convenir en que la reserva o no reserva de la vigilancia en nada afectará a la responsabilidad por el incumplimiento de aquel deber.

No parece tan importante la reserva de la vigilancia que pueda constar en el contrato, sino 1) el deber de vigilar en base a un deber específico de cuidado que no desaparece por el hecho de encargar la obra a un contratante independiente, 2) que se hayan desarrollado las actividades productoras del daño bajo la efectiva dirección del comitente, porque entonces el contratista en esa esfera de actividades ha actuado como dependiente, 3) que el daño derive del proyecto directamente, o mejor, de su exacta ejecución.

Respecto de lo primero, en la Sentencia de 17 de marzo de 1980, lo decisivo, a mi juicio, no era que la Diputación Foral de Alava se hubiera reservado en el pliego de condiciones la vigilancia del cumplimiento correcto de las obras proyectadas y que se dijera que «el ingeniero de construcción podía prohibir la utilización de métodos de voladura que considere peligrosos». Lo decisivo, creo, es que tenía un específico deber de cuidado consistente en que las obras de construc-

(12) RUBINO, *L'Appalto*, Turín, 1951, p. 353 y ss.

ción de una variante en la carretera no produjeran daños. La reserva de la vigilancia del cumplimiento correcto de las obras además se hacía en propio interés: comprobar que las obras se hacen bien. También se trataba de poner los medios para velar por el cumplimiento del deber de cuidado, pero éste no nacía del pliego de condiciones, sino de su competencia sobre las carreteras, de modo semejante a cómo en el caso anterior, surgía el deber de cuidado de las relaciones de vecindad. No es decisivo, por tanto, que en el pliego de condiciones se aludiera a ese deber o no. Si se han producido daños en un caserío vecino por la utilización de explosivos de modo negligente por un subcontratista, la Diputación debe responder aunque no asumiera la vigilancia en el pliego de condiciones. La sentencia, por otra parte, correctamente afirma que «no impone a la entidad recurrente responsabilidad alguna por la actuación del contratista y del subcontratista, sino por la negligencia con que la propia Corporación actuó al no cumplir o hacer cumplir a sus empleados o técnicos las obligaciones de vigilancia», pero creo que se equivoca cuando continúa «que asumieron», en vez de decir «que le incumbían».

En la Sentencia de 28 de febrero de 1983 (Aranzadi nR. 1083) se desestimó el recurso de la Junta de Obras del Puerto y de la Organización de Trabajadores Portuarios basado en que dichos entes no eran patronos de los obreros que causaron la muerte de un compañero en las operaciones de carga de un buque, y en que por tanto no existía relación de dependencia como exige el artículo 1.903 y precisaron las Sentencias de 18 de junio y 5 de julio de 1979. La sentencia rechaza el recurso apoyándose en la matización contenida en la doctrina de la primera de las sentencias citadas consistente en que «la empresa comitente responde» cuando se hubiera reservado la vigilancia o participación en los trabajos o parte de ellos». Ahora bien, los citados entes no se habían reservado dicha vigilancia en el caso concreto. La Organización de Trabajadores Portuarios responde por culpa *in eligendo* porque a ella le incumbe la selección de los trabajadores que las empresas han de contratar con su mediación. La Junta de Obras del Puerto responde porque «en un sentido material, y legal incluso —Ley de Puertos de 28 de enero de 1966—, dicho(s) organismo(s) —la Junta de Obras del Puerto respecto de la grúa contratada— no está(n) totalmente desligado(s) en cuanto a la vigilancia y control de operaciones portuarias...». La diferencia con la formulación de la Sentencia de 18 de junio de 1979 es muy clara, pero a pesar de todo se trata de encajar en ella la responsabilidad de la Junta de Obras del Puerto, para concluir que «la relación de dependencia, más o menos extensa o intensa, permanece viva con referencia a las entidades públicas que ahora recurren y que por eso se cumplen los presupuestos del artículo 1.903 del Código civil». En realidad, puede observarse claramente que la sentencia hace derivar la responsabilidad de la Junta de deber de cuidado respecto de la grúa impuesto por la Ley de Puertos y no, como resulta de la tan citada frase de la Sentencia de 18 de junio de 1979, de que ella se hubiera reservado la vigilancia, o, como

decía la Sentencia de 17 de marzo de 1980, de que hubiera asumido esa vigilancia. No parece claro que haya que acudir al artículo 1.903 y forzar el concepto de dependencia, en vez de referirse al artículo 1.902 como fuente de responsabilidad por omisión del deber de cuidado impuesto por la Ley. La citada Sentencia de 17 de marzo, como ya vimos, acudió al artículo 1.902 para fundamentar la responsabilidad por la omisión de los deberes de vigilancia que la Diputación recurrente había «asumido».

Respecto del segundo punto aludido, cabe citar la Sentencia de 17 de noviembre de 1980. Ahora bien, esta sentencia trata de un caso en el que podía haberse estimado que existía responsabilidad contractual, sin embargo se estimó calificada correctamente la acción como derivada de culpa extracontractual. En esta sentencia se entiende que el contratista debe responder por el daño causado por el obrero del subcontratista (daño al inmueble en el que se realizaban las obras y a los muebles guardados en él, por tanto daños al comitente, no a terceros), porque concurrió culpa *in vigilando* en la contratista respecto de la persona del empleado de la subcontratista, ya que actuaba bajo la vigilancia, dirección y control de la contratista. Si esto es así, no es muy comprensible que también responda la subcontratista, esto es, si quien tenía el control, dirección y vigilancia del obrero era la contratista. Esta sentencia alude como fundamento de la responsabilidad de la contratista al riesgo de empresa, pero también, y además de la culpa *in vigilando*, a la culpa *in eligendo* respecto de la empresa a la que acudió en concepto de subcontratista.

En la Sentencia de 16 de junio de 1983 se hace responsable al contratista por los daños causados por el obrero de la subcontratista, con la particularidad de que se absuelve a estos últimos y se condena al contratista. Aquí no es tanto que se haya reservado la vigilancia o dirección, sino que el obrero de la subcontratista ha procedido en virtud de los antecedentes que le ha proporcionado la contratista.

En la Sentencia de 10 de octubre de 1930 se desestimó el recurso de Telefónica que había contratado la apertura de unas zanjas para el tendido de sus cables con una empresa constructora. A consecuencia de la apertura de las zanjas se había causado daño a un edificio vecino. El Tribunal Supremo consideró que se daban todas las circunstancias del artículo 1.902 para que surgiera la responsabilidad de la compañía Telefónica. Entendió que no había adoptado «las medidas de previsión que la prudencia y la ley imponen para que las obras que debieran ejecutar las personas a quien en uso de su perfecto derecho encargara no lesionaran a los dueños de la casa y con ello queda demostrado la relación directa de la causa a efecto entre el perjuicio y el acto culposo que lo motivó». Frente a la alegación de la existencia del contrato celebrado entre la Telefónica y la contratista, el Tribunal Supremo dice, entre otras cosas, que en virtud de él la entidad Cubiertas y Tejados, S. A., ni las personas a quienes se encargara la ejecución de las obras intervinieron en ellas en concepto de terceros, independientes en su beneficio por su propia iniciativa, con indepen-

dencia de la Telefónica, sino en sustitución de ésta por la voluntad de ella, no concordada con la del dueño de la casa..., lo cual no afecta al perjudicado ni le impide dirigir la acción con la sociedad demandada...». Creo que hay que destacar la idea de que el contrato entre el comitente y el contratista no puede alterar los deberes que el comitente tenga respecto de terceros, es decir, que tales deberes no pueden desaparecer por razón de lo pactado entre comitente y contratista. Por otra parte, esta sentencia es importante en cuanto que destacó: «... por otra parte, no hay que olvidar que la Sala sentenciadora también apreció... que no se había acreditado que por la entidad a quien se habían encargado los trabajos o por sus dependientes se faltara en punto al modo y lugar de abrir las zanjas a lo estipulado». Es decir, que el daño procede más que de la ejecución de la obra del mismo proyecto que había suministrado el comitente.

En la Sentencia de 4 de mayo de 1982 también resultaron responsables el comitente y el contratista por los daños ocasionados al partir un cable de alta tensión que suministraba fluido eléctrico a las instalaciones industriales de la demandante. El recurso interpuesto por el comitente a los solos efectos de que también se condenara al contratista que estaba encargado del replanteo, es estimado, con lo que resultan condenados comitente y contratista y absueltos los subcontratistas (el propietario de la máquina excavadora y su conductor no son demandados). La comitente era la autora del proyecto, pero la recurrida (contratista) estaba encargada de variar sobre el terreno el trazado de la zanja, lo que no hizo a pesar de la proximidad de una torre de la que descendía el cable en cuestión. En este caso, como en el anterior, puede entenderse que los daños han sido ocasionados por la ejecución fiel del proyecto. Si bien en este último caso estaba previsto que el proyecto se modificara en vista de las particularidades del terreno, la variación o no variación constituía un proyecto concreto imputable a la contratista.