

# DAÑOS DERIVADOS DE LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. LA CULPA *IN VIGILANDO* COMO TÍTULO DE IMPUTACIÓN

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES  
Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo  
Universidad de Castilla-La Mancha

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA *IN VIGILANDO* EN EL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.—2. LA GENEROSA APLICACIÓN DE LA CULPA *IN VIGILANDO* POR LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO.—3. LA CULPA *IN VIGILANDO* EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO DEL TRIBUNAL SUPREMO. —4. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES EN RELACIÓN CON LA JURISDICCIÓN COMPETENTE.—5. UNA PROPUESTA DE CONSTRUCCIÓN DEL LA CULPA *IN VIGILANDO* COMO TÍTULO DE IMPUTACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

## RESUMEN

El trabajo analiza la posibilidad de imputar a la Administración los daños causados por sus contratistas. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo mantiene una interpretación del instituto de la culpa *in vigilando* que tiende a hacer responsable a la Administración de todos los daños causados por sus contratistas. En cambio, la aplicación de la responsabilidad por hecho ajeno realizada por la Sala de lo Contencioso es mucho más limitada. Tras el estudio del fundamento teórico de este título de imputación, y de la jurisprudencia elaborada entorno al mismo, se llega a la conclusión de que una aplicación extensiva de la culpa *in vigilando* no sólo compromete el tenor del art. 198 LCSP, sino también el propio fundamento de la responsabilidad extracontractual.

*Palabras clave:* Responsabilidad extracontractual; «culpa *in vigilando*»; contrato administrativo; potestades de inspección; responsabilidad por hecho ajeno.

## ABSTRACT

The aim of this paper to analyse the non-contractual liability of public authorities for damage caused by its contractors. According to the Civil Division of the Supreme Court case law, legal liability is imposed on public authorities for all torts comitted by its contractors. Nevertheless, Administrative Division doctrine on vicarious liability is much stricter. In conclusion, an extension of «culpa *in vigilando*» doctrine not only breaks art. 198 LCSP, but also the very basis of liability.

*Key words:* Non-contractual liability; «culpa *in vigilando*»; public contract; powers to supervise; vicarious liability.

## 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA *IN VIGILANDO* EN EL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos es uno de los elementos cardinales de cualquier sistema de Derecho público. Es además, una tema recurrente, evolutivo, y que en raras ocasiones deja de estar sometido a revisión.

En el ámbito de materia tan trascendente, la incursión que se va a realizar en este trabajo es realmente humilde. Se limita llamar la atención sobre la aplicación del título de imputación de culpa *in vigilando* en el ámbito de la contratación administrativa. Empero, no creo que ello le prive de interés, pues, aunque sea a unos efectos limitados, permite comprender hasta qué punto se puede llegar a extender la responsabilidad de la Administración por encima incluso de lo que dicta el tenor de la norma<sup>1</sup>.

La posibilidad de que la Administración responda por los daños ocasionados por contratistas y/o concesionarios en virtud del título de imputación de la culpa *in vigilando* ha sido admitida por distintos autores<sup>2</sup>. No obstante, han sido REBOLLO PUIG<sup>3</sup>, BELADIEZ ROJO<sup>4</sup> y DE AHUMADA RAMOS<sup>5</sup> quienes han realizado los esfuerzos más notables por justificar la aplicación de este título de imputación en el ámbito de la contratación administrativa.

Pues bien, de las aportaciones de estos autores pueden extraer, a mi juicio, una serie de conclusiones.

En primer lugar, la responsabilidad de la Administración en estos casos es una responsabilidad por conducta —o más bien omisión, como tendremos ocasión de comprobar— propia. Aunque el profesor REBOLLO hable de responsabilidad por hechos ajenos, ello, entendemos nosotros, no implica una negación de la premisa anterior. Y es que la llamada responsabilidad

<sup>1</sup> Como es sabido, la responsabilidad por daños a terceros de los contratistas se regula en el art. 198 de la 30/2007, de 30 de octubre, Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) cuyo tenor es idéntico al del art. 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por RDLeg. 2/2000, de 16 de junio, en adelante TRLCAP).

<sup>2</sup> Vid. ALBI F., *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Madrid, 1960, pág. 274; PANTALEÓN PRIETO F., *Responsabilidad civil. Conflictos de Jurisdicción*, Madrid, 1985, pág. 75; MARTÍN REBOLLO L., «La responsabilidad patrimonial de la Administración local», en MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, I, Madrid, 1988 pág. 620 y *La responsabilidad patrimonial de los entes locales*, Iustel, 2005, págs. 136 y 137.

<sup>3</sup> REBOLLO PUIG M. «Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración; imputación o responsabilidad por hecho de otro», Poder Judicial, núm. 20, 1991.

<sup>4</sup> BELADIEZ ROJO M., *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997.

<sup>5</sup> DE AHUMADA RAMOS F.J., *La responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, 2004, págs. 480

por hecho ajeno del art. 1903 CC no constituye una verdadera responsabilidad vicaria, sino por culpa propia, consistente en un incumplimiento de los deberes de diligencia relativos a la vigilancia, educación, custodia o elección del dependiente<sup>6</sup>. Y así, se ha dicho que la norma del art. 1903 más que una excepción es una prolongación del art. 1902, ya que las personas que menciona responden, en definitiva, por la negligencia que en ellas se presume como causa del ilícito del menor, incapaz, dependiente, etc<sup>7</sup>.

Por otro lado, la imputación por *culpa in vigilando* constituye una forma de responsabilidad por omisión. Así lo afirma de manera rotunda DE AHUMADA RAMOS y en este punto, en nuestra opinión, no se aleja demasiado de lo sostenido por BELADIEZ ROJO, ya que la responsabilidad por omisión se reconduce a uno de los supuestos de funcionamiento anormal de los servicios públicos<sup>8</sup>. Para BELADIEZ la responsabilidad por culpa *in vigilando* tiene su fundamento en el funcionamiento anormal de los servicios de inspección.

Por otro lado, si adoptamos un concepto objetivo de culpa<sup>9</sup>, habremos de concluir con GÓMEZ PUENTE que la responsabilidad por omisión —o, lo que a nosotros nos atañe, la responsabilidad por culpa *in vigilando*— es siempre una responsabilidad por culpa<sup>10</sup>, en el sentido de que se produce un funcionamiento anormal de los servicios públicos.

Desde esta perspectiva teórica, por tanto, es técnicamente viable la posibilidad de que a la Administración le sean imputables determinados daños ocasionados por sus contratistas o concesionarios cuando incumpla sus deberes de inspección sobre la ejecución del contrato administrativo. El

<sup>6</sup> PEÑA LÓPEZ F., «Comentario al art. 1903 CC», en Rodrigo BERCOVITZ (dir.) *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, 2006.

<sup>7</sup> SANTOS BRIZ J., «Comentario a los arts. 1903 y 1904, en Manuel ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXIV, EDARSA, 1984, p 562.

Vid igualmente, Díez-PICAZO L. y GULLÓN A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, pág. 645.

<sup>8</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Los principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid, 1956, pág. 209, y 212; M. GÓMEZ PUENTE, «Responsabilidad por inactividad de la Administración», *Documentación Administrativa*, núms. 237-238, 1994; DE AHUMADA RAMOS, *Responsabilidad patrimonial...*, op. cit., págs. 332 y ss; MAGIDE HERRERO M., «El criterio de imputación de la responsabilidad in vigilando a la Administración; especial referencia a la responsabilidad de la Administración en su actividad de supervisión de sectores económicos», en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ J.L. y CALONGE VELÁSQUEZ A., *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Marcial Pons, 1999, pág. 378.

<sup>9</sup> Sobre el concepto de culpa objetiva, vid. MAGIDE HERRERO M., «El criterio...», op. cit., pág. 374 y MIR PUIGPELAT O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.

<sup>10</sup> Ello se debe a la «imposibilidad ontológica de incluir en el funcionamiento normal la omisión o inactividad». En contra, MAGIDE HERRERO M. («El criterio...», op. cit., pág. 381) para quien es perfectamente imaginable una responsabilidad objetiva por omisión, al situar el elemento de la diligencia exigible no en el plano de la causalidad sino en el de la imputación. En contra, igualmente, DE AHUMADA, (*Responsabilidad patrimonial...*, op. cit., ...) quien adopta un criterio subjetivo de culpa.

fundamento legal de este tipo de responsabilidad se hallaría fuera del art. 198 LCSP, pues se encontraría en la cláusula general del art. 139 LPC, que no queda desplazada por la norma sectorial. Por tanto, para fundamentar este tipo de imputación, no es preciso acudir al art. 1903 CC, cuya invocación puede introducir mayor confusión al sistema. Y es que si tenemos en cuenta que la jurisprudencia de la sala de lo civil del Tribunal Supremo ha objetivado casi completamente alguno de los supuestos regulados en ese artículo<sup>11</sup>, el resultado práctico que se obtiene, como tendremos ocasión de comprobar cuando analicemos más detalladamente la jurisprudencia pertinente, es que se prescinde de cualquier valoración de la conducta administrativa a la hora de hacer responsable a la Administración de los daños ocasionados por los contratistas. Además, como en los casos del art. 1903 CC se presume que hay acto dañoso, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha prescindido en la mayoría de estos supuestos de construir la relación de causalidad<sup>12</sup> —o mejor dicho, por lo que se dirá a continuación de imputación—.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que la responsabilidad puede deberse tanto a la radical pasividad de la Administración (omisión absoluta), como al carácter deficiente o insuficiente del obrar administrativo que impide satisfacer en su integridad cuantitativa y cualitativamente el contenido del deber impuesto —en este caso de inspección— (omisión relativa)<sup>13</sup>.

Desde esta perspectiva, el auténtico problema en relación con la culpa *in vigilando* es construir la relación de imputación entre el funcionamien-

<sup>11</sup> Entre otros, PEÑA LÓPEZ F., «Comentario al art. 1903 CC», en Rodrigo BERCOVITZ (dir.) *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, 2006. Vid. igualmente SANTOS BRIZ J., «Comentario a los arts. 1903 y 1904», en Manuel ALBADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXIV, EDARSA, 1984, pág. 564.

En cualquier caso, ya MUÑOZ MACHADO S. (*La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones*, Civitas, 1992, pág. 114) señalaba que pese a que el Código Civil sigue anclado en la idea de culpa o negligencia, como base de la responsabilidad civil, la jurisprudencia ha desarrollado una doctrina fuertemente objetivadora de la responsabilidad. Esta tendencia es general y apreciable en toda la jurisprudencia civil de sobre responsabilidad, pero parece aún más manifiesta cuando participa la Administración en la producción del daño.

<sup>12</sup> ALBADEJO M. (*Derecho civil. Derecho de obligaciones*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 514) señala que no sólo en los casos enumerados en el art. 1903 se responde por acto propio que es verdadera causa (mediata) del daño, sino en cualquiera en que se demuestre que alguien por acto propio (consistente en falta de vigilancia, en elección defectuosa, o en cualquier otra conducta) da lugar a un daño de otro. En tal caso, éste podrá exigirle reparación con arreglo al art. 1902 CC. Se dice, entonces, habrá que probar la culpa del responsable, culpa que en los casos del art. 1903 CC se presume. Pero en opinión del citado autor, como la culpa del que realizó el acto se presume siempre, lo que ocurre es, no es que haya que probarla en estos casos, y no en los del art. 1903, sino que en los de este artículo se presume que hay acto dañoso (falta de vigilancia, elección defectuosa) del responsable, mientras que en los otros hace falta probar que éste realmente cometió el acto que fuese y que dicho acto es la verdadera causa del daño (es decir, que éste no proviene, sino en un sentido puramente material, del hecho a que la falta de celo o de acierto del causante, es decir su culpa *in eligendo* o *in vigilando*, dio lugar).

<sup>13</sup> GÓMEZ PUENTE, «Responsabilidad..», op. cit., pág. 142.

to anormal de los servicios de inspección y el daño ocasionado a terceros, lo que, como en todos los supuestos de responsabilidad por omisión, puede no resultar sencillo. En efecto, tanto REBOLLO como BELADIEZ se refieren a la falta de diligencia o comportamiento culposo, bien sea como un requisito para la responsabilidad o bien sea para construir la relación de causalidad. DE AHUMADA RAMOS prefiere hablar de la omisión un «comportamiento jurídicamente exigible». El caballo de batalla, como decimos, es determinar cuándo se produce esta falta de diligencia, cuándo se omite el comportamiento jurídicamente exigible o lo que es lo mismo, determinar el alcance de la exigencia impuesta en el art. 255.2 LCSP y disposiciones concordantes. Este precepto, como es sabido, establece que en el ámbito del contrato de gestión de servicios públicos la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate. Pues bien, la doctrina interpreta la obligación de asegurar la buena marcha de los servicios atendiendo a los estándares medios<sup>14</sup>, estándares medios cuya fijación corresponde a la jurisprudencia<sup>15</sup>.

Recapitulando, por tanto, para construir la responsabilidad por culpa *in vigilando* hay que partir de que se trata de un tipo de responsabilidad por omisión, que puede deberse tanto a la radical pasividad de la Administración (omisión absoluta), como al carácter deficiente o insuficiente del obrar administrativo (omisión relativa) que no actuó sus facultades de inspección y ello provocó un daño a terceros. En estos casos, como ha señalado ENTRENA CUESTA<sup>16</sup>, no basta la posición de garante de la Administración, sino que se requiere, además, que se produzca un resultado lesivo, y que éste pudiera haberse evitado o paliado mediante una actuación adecuada, por lo que la relación de causalidad no media entre la omisión y el resultado, sino en la virtualidad causal de la hipotética acción que hubiera podido y debido realizarse para evitar dicho resultado. Por ello, como ha señalado MIR PUIGPELAT<sup>17</sup>, en los casos de responsabilidad extracontractual por omisión no se trata de una cuestión de causalidad, sino de imputación, imputación que existirá cuando el omitente tenía el deber jurídico de evitar el resultado lesivo, y la acción —debida— omitida poseía capacidad para evitarlo. Y para determinar esto último habrá que comprobar si existe una relación de causalidad —meramente hipotética— entre la acción imaginada que no ha llegado a producirse y el resultado efectivamente

<sup>14</sup> BELADIEZ ROJO M., *Responsabilidad e imputación...*, op. cit., pág. 205.

<sup>15</sup> JIMÉNEZ BLANCO A., «Responsabilidad administrativa...», op. cit., pág. 906. AHUMADA RAMOS, *La responsabilidad patrimonial...*, op. cit., pág. 783.

<sup>16</sup> ENTRENA CUESTA R., «Responsabilidad e inactividad de la Administración», en Martínez López-Muñiz J.L. y Calonge Velásquez A., *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Marcial Pons, 1999, pág. 371

<sup>17</sup> MIR PUIGPELAT O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 241-243.

acaecido<sup>18</sup>. Por lo demás, añade el citado autor, la Administración sólo responderá cuando estuviera obligada no ya sólo a actuar, sino incluso a evitar el resultado. Lo que sólo ocurrirá cuando se encontrara en una posición de garante al respecto y además, la acción omitida (debida) hubiera podido evitar el resultado.

Ello nos sitúa en el mismo punto en el que dejamos el discurso. El problema es determinar qué acción es la debida en estos supuestos, o lo que es lo mismo cuándo la Administración obra respetando los estándares medios del servicio. No obstante, antes de intentar dar una respuesta a esta cuestión es preciso conocer en profundidad la jurisprudencia que ha recaído en la materia. Además, y dado que, como comprobaremos, se pueden señalar marcadamente dos tendencias en atención a la Sala de procedencia de la sentencia de que se trate, es preciso realizar unas consideraciones previas sobre la jurisdicción competente.

## 2. LA GENEROSA APLICACIÓN DE LA CULPA *IN VIGILANDO* POR LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Como ya hemos anticipado, en la jurisprudencia reciente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo<sup>19</sup> se suele prescindir de cualquier consideración en torno a la imputabilidad de los daños a la Administración de tal manera que, producidos en el contexto de un contrato administrativo, dicha Sala presume que la Administración ha incumplido sus deberes de vigilancia y, en consecuencia, condena solidariamente a la Administración junto al contratista a resarcir el daño. Ello, como ya hemos señalado, tiene su fundamento en que en los casos de aplicación del art. 1903 CC la culpa se presume, y es congruente con una tendencia generalizada del Tribunal Supremo de objetivar la responsabilidad por culpa *in vigilando*.

Así, por ejemplo, la STS (Sala de lo Civil) de 7 de marzo de 2002 (rec. núm. 2992/1996), relativa a los daños causados en determinadas fincas como consecuencia de la rotura de una conducción subterránea de agua ocasionada por las obras de construcción de una carretera, declara que:

<sup>18</sup> Con fundamento en la doctrina penal, el autor que estamos siguiendo destaca la necesidad de distinguir entre relación de causalidad —de sentido naturalístico— e imputación objetiva en sentido estricto —de carácter normativo—; en los casos en que la conducta examinada, a la que se pretende atribuir responsabilidad, es una acción, es necesario que medie relación de causalidad entre ella y el resultado, relación de causalidad que, sin embargo, no es suficiente para que se le atribuya el resultado y nazca la responsabilidad. De este modo, cuando la conducta es, en cambio una omisión, la relación de causalidad no sólo es insuficiente, sino, incluso innecesaria.

<sup>19</sup> El estudio de la jurisprudencia algo más antigua ya ha sido realizado por MUÑOZ MACHADO, a quien nos remitimos.

«a la misma solución de aplicar la solidaridad nos lleva la doctrina jurisprudencial en materia de culpa «in vigilando» (Sentencias 22 junio 1988, 29 junio y 23 noviembre 1990, 4 noviembre, 21 abril, 20 julio y 30 septiembre 1992, 10 marzo y 1 octubre 1994), sin que exista la más mínima duda sobre la concurrencia de dicha culpa, habida cuenta el reconocimiento de la función de dirección, control, vigilancia e inspección de los trabajos y obras de construcción de las carreteras estatales que se recoge en el motivo primero del recurso con referencia específica al Reglamento General de Carreteras».

Como se puede comprobar, la culpa se presume por el hecho de que los daños hayan sido ocasionados en el ámbito de la construcción de una obra pública. Esta doctrina es reiterada en la posterior STS (Sala de lo Civil) de 14 de diciembre de 2006 (rec. núm. 107/2000), relativa igualmente a un supuesto en el que los daños fueron ocasionados durante la ejecución de una obra pública<sup>20</sup>:

«el régimen de responsabilidad que surge en el seno de la relación nacida por virtud del contrato de ejecución de una obra pública en modo alguno permite a la Administración, titular de la misma, exonerarse de la responsabilidad exigida por los perjudicados por un hecho dañoso, con base en la concurrencia causal de una actividad negligente por parte de los particulares y un funcionamiento anormal de los servicios públicos, a cargo de la Administración competente, con fundamento, consiguientemente, en la culpa “*in omitendo*”, “*in vigilando*” e “*in eligendo*” de los implicados, sin que puedan eludirse, para zafarse de esa responsabilidad, las patentes funciones de dirección, control, vigilancia e inspección de los trabajos y obras de construcción de las carreteras estatales que incumbe a la Administración de Estado [...]. Y, con esos presupuestos y ese fundamento jurídico, la declaración de la responsabilidad solidaria de los dos demandados es automática consecuencia de la imposibilidad de discernir e individualizar la

---

<sup>20</sup> Tal y como se desprende de la sentencia objeto de apelación, SAP de León de 25 de octubre de 1999 (rec. núm. 93/1998), en este caso los daños en el inmueble fueron ocasionados por llevar a cabo la ejecución de la obra utilizando de forma negligente los vibrocompresores empleados para la compactación del terreno, que transmitieron directamente sus vibraciones al edificio de los dañados.

contribución causal de cada uno, y, por tanto, de deslindar las responsabilidades concretas —siempre, claro está, sin perjuicio de las reclamaciones entre ellas en su relación “*ad intra*”—, pues, como recuerda la repetida Sentencia de 7 de marzo de 2002 —con cita de otras anteriores—, para la aplicación de la solidaridad no se exige una unidad de causa, por más que sea precisa una concurrencia causal única, a lo que no obsta una pluralidad de comportamientos, conductas y omisiones, que pueden ser independientes y autónomos, simultáneos o sucesivos, pero siempre concatenados en la producción del resultado lesivo y con carácter relevante en su causación».

En definitiva, la culpa *in vigilando* es un expediente que se utiliza para evitar que la Administración titular de la obra pública pueda «exonerarse de la responsabilidad exigida por los perjudicados por un hecho dañoso». Lo que ocurre es que la sentencia no tiene en cuenta que el art. 198 LCSP y disposiciones concordantes precisamente exoneran a la Administración de esta responsabilidad.

Mucho más interesante, en tanto que más argumentada, resulta la STS (Sala de lo Civil) de 7 de abril de 2003 (rec. núm. 2540/1997), relativa a unos daños ocasionados por la falta de señalización de las obras de una carretera. La sentencia considera que tanto contratista como Administración son responsables solidariamente de la indemnización de los daños sufridos por el conductor de un ciclomotor que colisionó con una isleta en construcción, en un tramo de vía que no se hallaba iluminado, encontrándose la isleta sin señalizar y sin pintura amarilla en sus bordes. Y así, frente a la tesis de la Administración según la cual la responsabilidad objetiva del Estado por el funcionamiento normal de un servicio público no resulta aplicable al supuesto de daños producidos en un contrato de obra como consecuencia de la actividad de ejecución del contratista, el Tribunal Supremo declara que,

«el centro de gravedad de este litigio se sitúa en el propio incumplimiento de la Administración de sus poderes de dirección y vigilancia de la actuación del contratista. El Pliego de Condiciones (cláusula 21) establece nítidamente que “incumbe a la Administración ejercer, de una manera continuada y directa, la inspección de la obra durante su ejecución”, por lo que la actividad del contratista, cumpliendo lo preceptuado en la cláusula 23 respecto a la señalización de las obras en ejecución, debe ser objeto de



inspección y comprobación por la Administración, hasta el punto de que aquél debe cumplir, dice la citada cláusula 23, “las órdenes que reciba por escrito acerca de la instalación de señales complementarias o modificación de las ya instaladas”. Así las cosas, no es posible en este punto concluir en un alejamiento al máximo de la Administración del contratista con el objeto de que la responsabilidad de éste no se comunique a aquélla.

[...] se añade que el Estado no responde de la actividad del contratista como consecuencia de una posible culpa “*in vigilando*”, sólo responde cuando se hubiese reservado el derecho de dar órdenes concretas e inmediatas y hubiese dado tales órdenes. Es entonces cuando tendría el deber de vigilancia de su cumplimiento.

El motivo se desestima. La obligación de vigilancia sobre la señalización de la obra que corresponde al contratista genera responsabilidad, no sólo en cuanto al no cumplimiento de las órdenes de la Administración sobre ese punto, sino obviamente, en una fase previa sobre el mismo cumplimiento del deber genérico que legalmente es del contratista por la cláusula 23 del Pliego General de Condiciones para la Contratación del Estado. Con referencia a la contratación de la obra litigiosa, se dice terminantemente en la condición 2.5.1: “La Administración, a través de la dirección de la obra, efectuará la inspección, comprobación y vigilancia para la correcta realización de la obra ejecutada, ajustándose a lo dispuesto en las cláusulas 4 y 21 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales”. No es razonable que de estas actividades se quiera excluir la de la señalización, de tanta importancia para terceros, por los daños que pudieran sufrir por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de los preceptos sobre la materia».

Por tanto, aunque se reconoce que el deber de mantener la señalización corresponde al contratista, en base a la genérica potestad de dirección e inspección de las obras se entiende que la Administración incumplió un deber concreto, el de supervisar la señalización de la obra. No obstante, esta obligación se hace reposar en unas cláusulas concretas del Pliego General de Condiciones para la Contratación del Estado (cláusulas 21 y 23), si bien, cabe adelantar, de dichas cláusulas la Sala de lo Contencioso extrae consecuencias radicalmente opuestas.

Del mismo modo, la STS (Sala de lo civil) de 18 de diciembre de 2000 (rec. núm. 2621/1998) reconoce este tipo de responsabilidad en relación con un supuesto en el que se produce el fallecimiento de un trabajador que formaba parte de una brigada en un incendio forestal. Dicha sentencia condena solidariamente a resarcir el daño al contratista y a la Administración que contrató el servicio de avioneta cuya descarga de agua ocasionó la muerte por electrocución, al haber realizado dicha descarga sobre la zona en que se hallaba caído un cable de alta tensión. En los términos de la sentencia:

«Igualmente concurren las exigencias o presupuestos para la declaración de responsabilidad directa de la Administración Central porque se da la denominada relación de dependencia, y es aplicable la presunción de culpa «in vigilando», pues el último párrafo del art. 1903 claramente establece que la responsabilidad cesa cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, por lo que no puede ofrecer duda a quién le incumbía la carga de la prueba. El cuestionamiento en el motivo de la relación de dependencia carece de consistencia porque si bien es cierto que la avioneta pertenecía a don Javier B. G., y no al Instituto de Conservación de la Naturaleza, sin embargo en el contrato celebrado entre ambos el día 1 de julio de 1989 —de asistencia técnica para la prestación de los servicios de prevención y extinción de incendios forestales en la zona—, el ICONA se reserva facultades de vigilancia, inspección y organización, por lo que no cabe excluir su responsabilidad. La Sentencia del Juzgado, cuyo contenido se incorpora por remisión y alusión explícita al de la Audiencia, razona ampliamente sobre el tema, sin que quepa desconocer en este momento procesal la base fáctica y deducción jurídica que se extrae del referido contrato, lo que solo cabría verificar en casación mediante el adecuado planteamiento, bien como error en la valoración de la prueba en lo que atañe al primer aspecto, o bien como defectuosa interpretación jurídica en cuanto al segundo».

En relación con esta sentencia cabe insistir en que incluida la potestad in vigilando de la Administración en la órbita del 1903 CC, resulta relativamente sencillo imputarle todos los daños —en este supuesto, en cualquier caso, realmente trágicos— que cause el contratista en la ejecución

del contrato administrativo, pues la imputabilidad a la Administración se presume. Y es que es difícil imaginar qué conducta hubiera debido llevar a cabo la Administración para evitar el luctuoso resultado.

Finalmente, me parece más correcta técnicamente la STS (Sala de lo Civil) de 16 de noviembre de 2004 (rec. núm. 1083/2004), que versa sobre la indemnización de los daños causados a una funcionaria al caerle encima una de las dos hojas de la puerta del estacionamiento de vehículos del edificio ministerial en el que trabajaba. Pues bien, esta sentencia considera igualmente que concurre la culpa tanto del contratista —que ejecutó deficientemente la obra—, como de la empresa que reformó la puerta— que no advirtió al Ministerio el riesgo que entrañaba cualquier manipulación de la misma— como del propio Ministerio, que incurrió en culpa *in vigilando*. En relación con este último título de imputación, la sentencia declara que:

«si la puerta instalada no fue la proyectada y la instalación fue tan absolutamente deficiente, no se comprende cómo los técnicos del Ministerio no formularon objeción alguna a la recepción de la obra, primero provisional y luego definitiva. De ahí que el juicio del tribunal sentenciador declarando la responsabilidad del Estado por la falta de vigilancia de sus técnicos sobre las obras, lejos de infringir los preceptos citados, se ajuste plenamente a su interpretación por esta Sala en casos similares, no sólo en la sentencia de 21 de febrero de 1997 citada por dicho tribunal sino también en otras muchas, como las de 18 de diciembre de 2000 (recurso núm. 2621/98) y 7 de marzo de 2002 (recurso núm. 2992/96), que consideran concausa del daño el incumplimiento por la Administración de sus deberes de inspección y vigilancia sobre la ejecución de la obra o la prestación del servicio».

Dicha sentencia, como he anticipado, me resulta más atinada porque no se basa ni en la presunción del 1903 CC ni en incumplimiento del deber genérico de dirigir la ejecución del contrato, sino la de la infracción de un deber concreto, impuesto actualmente en el art. 205 LCSP. Dicho precepto impone la obligación a la Administración de efectuar un acto de recepción formal en que el se compruebe que el contratista ha ejecutado el contrato de acuerdo con los términos de lo pactado y a satisfacción de la Administración. Pues bien, en mi opinión se dan los requisitos necesarios para que puedan imputarse los daños causados en este supuesto a la Administración: junto con una conducta debida que se realizó de forma

defectuosa —pues de no ser así, la Administración hubiera advertido los graves defectos de la obra y hubiera exigido su corrección—, la acción omitida —la correcta recepción— tenía una indudable capacidad para evitar el evento dañoso. Si la Administración cumpliendo la conducta que le era debida, hubiera exigido la subsanación de los defectos la obra de instalación de la puerta, no se hubiera producido el trágico accidente.

### 3. LA CULPA *IN VIGILANDO* EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CONTENCIOSO DEL TRIBUNAL SUPREMO

La jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo —a quien corresponde enjuiciar este tipo de supuestos, como examinaremos a continuación— se ha mostrado mucho más reacia a declarar la responsabilidad administrativa por culpa *in vigilando*. Como primer ejemplo, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de septiembre de 2002 (rec. núm. 2057/1998), niega que la Administración sea responsable en el supuesto en el que los daños son consecuencia de la falta de señalización de unas obras, dando a la cláusula 23 del Pliego de Condiciones Generales del Estado un alcance muy distinto al que, como vimos, le había dado la Sala de lo Civil. Según dicha sentencia,

«conforme a la Orden de 31 de agosto de 1987 y artículo 104.9 de la Orden de 6 de febrero de 1976, aplicables por razón de fechas, el contratista es el responsable del estricto cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia de señalización de obras, por tanto la responsabilidad directa de los perjuicios derivados de una defectuosa señalización sólo puede predicarse respecto de la contratista y no de la Administración, razón por la que el motivo debe ser estimado, otra cosa supone crear un nuevo supuesto de responsabilidad de la Administración al margen del artículo 134 invocado como infringido»<sup>21</sup>.

A idéntica conclusión llega la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 de abril de 2001 (rec. núm. 9396/196), relativa a un supuesto similar. Así,

<sup>21</sup> La Sala a quo declaró la falta de responsabilidad del contratista y la responsabilidad directa de la Administración, conforme a la pretensión del señor G. B., fallo que la sentencia «a quo», fundamentó en el hecho de que la Administración incumplió el deber de «a) imponer a la empresa la correcta señalización o b) hacerlo la propia Administración».

«resulta innegable que se dan los requisitos para la existencia de una responsabilidad extracontractual en los términos del artículo 134: hubo daño; hubo nexo causal entre el daño causado y la falta de señalización; que el daño es antijurídico es igualmente evidente; y que la parte responsable es Panasfalto, SA conforme a lo prevenido en la citada cláusula 23 del Pliego general es también palmario. Todo ello sin perjuicio de la culpa imputable al lesionado que determina la aplicación del correspondiente porcentaje reducto».

La cláusula 23 del Pliego de condiciones imponía al contratista la obligación de señalar adecuadamente la obra. A partir de ahí, la Sala de lo Contencioso no deriva ninguna responsabilidad de la Administración para asegurar el cumplimiento de la misma, pese a que la cláusula 21 de dicho pliego dispone que incumbe a la Administración ejercer, de manera continuada y directa, la inspección de la obra durante su ejecución. El alcance de esta obligación, por tanto, se entiende en unos términos mucho más limitados que los mantenidos por la Sala de lo Civil. Y es que otro tipo de interpretación, en mi opinión, vulnera lo establecido en el art. 198 LCSP.

A mayor abundamiento, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 5 de junio de 2001 (rec. núm. 738/1997) niega igualmente que se haya producido un supuesto de culpa *in vigilando* por parte de la Administración en un supuesto en el que los daños son causados por la existencia de unos objetos en la calzada de determinada autovía. Según dicha sentencia,

«La objetiva contemplación de los hechos que tuvieron lugar a las cuatro horas del día 16 de enero de 1994, esto es que el vehículo V...-DT colisionó con unas cajas que había en el centro de la calzada de la autopista A-7, km 234, sufriendo el vehículo daños cuya cuantía económica es coincidente con la reconocida como indemnización procedente en la sentencia recurrida, es suficientemente demostrativa de la concurrencia, en el supuesto enjuiciado, de los requisitos enunciados en el fundamento anterior para dar lugar a la responsabilidad patrimonial, habida cuenta que los daños en el vehículo, no discutidos, se produjeron cabalmente como consecuencia directa e inmediata de no encontrarse la calzada libre de obstáculos, por la existencia, imprevista en ella, de unas cajas con las que chocó el vehículo, siendo así, que estamos en presencia del funcio-

namiento de un servicio público y que la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Autopistas de Peaje sobre disponer ya en el artículo 19 que “las indemnizaciones que procedan en los supuestos de los artículos 40 de la LRJ de 1956, (hoy sustituido por el 139 de la Ley 30/1992), y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, serán de cargo del concesionario cuando los daños a que dichos preceptos se refieren sean consecuencia de la explotación del servicio concedido a no ser que sean exclusivamente imputables a cláusulas o medidas impuestas por la Administración después de haber sido adjudicada la concesión”, terminantemente proclama en el 27, al regular el régimen jurídico durante la fase de explotación, que el concesionario deberá conservar la vía en perfectas condiciones de utilización, prestando el servicio ininterrumpidamente durante las veinticuatro horas del día, salvo supuestos excepcionales debidos a caso fortuito o fuerza mayor, es visto cómo producida la lesión en la prestación de un servicio público, mediante concesión, deviene de todo punto inexcusable la particular imputación al concesionario cuando resulta indeclinable que el accidente se produjo por la omisión del deber de mantener la autopista en adecuadas condiciones, garantes de la seguridad vial».

Por tanto, dicha sentencia no hace responsable a la Administración del incumplimiento de los deberes del concesionario, pese a que ésta tenga una obligación general de inspeccionar el servicio para asegurar la buena marcha del mismo. Podemos afirmar, en definitiva, que en este caso el servicio de inspección funcionó correctamente.

Igualmente, según la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de octubre de 1998 (rec. núm. 1396/1998), no concurre tampoco responsabilidad de la Administración en el supuesto en el que los daños se ocasionaron por el mal estado de la calzada de una obra que aún no había sido recibida por la Administración.

«En el supuesto, el mal estado de la calzada provoca unos daños en el vehículo del recurrente, dándose la circunstancia de que aunque la obra no había sido recibida por la Administración, se encontraba abierta al tráfico. Pues bien, no encuentra nexo causal, es indiscutible es que el Principado de Asturias no ha recibido las obras e incluso ha requerido —por lo menos en dos ocasiones— a

la empresa “*Ensidesa*” para que hiciera las oportunas correcciones en la geometría de la vía de que se trata, negándose a recibirlas en tantos esas correcciones no se hagan. Y nadie ha probado que la carretera en cuestión fuera de titularidad y uso público, antes al contrario consta que en el momento en que se dice que se produjo el accidente era titular de la vía “*Ensidesa*”.

En definitiva, que no es posible erigir en causa determinante del daño una conducta omisiva del Principado que es lo que parece pretender el recurrente, pues de ninguna manera es posible imputarle omisión de vigilancia o de cualquier otra clase según lo que resulta aquí probado».

La sentencia se basa en que la Administración no incumplió norma alguna. Podríamos decir que en este caso no omitió ninguna conducta debida. Antes al contrario, negándose a recibir una obra que no se encontraba en un estado adecuado, ejerció sus potestades de la forma exigida por el ordenamiento.

Por su parte, la STS (Sala de lo Contencioso—Administrativo) de 29 de septiembre de 1998 (rec. núm. 7159/1991), no niega la procedencia de este título de imputación, sino que duda que la omisión de la Administración tenga la suficiente relevancia causal para que el daño le sea imputable. Así,

«La Comunidad de Propietarios reclamante admite que la entidad “*Turvicoso*” era quien tenía la obligación de conservar las obras realizadas y, en concreto, efectuar la reparación cuya ausencia motivó el daño causado [...] por consiguiente, cifra la relevancia causal de la actividad de la Comunidad de Regantes en cuanto al daño padecido en el hecho de haber omitido sus obligaciones de vigilancia y exigencia de cumplimiento de aquella obligación.

Las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado demuestran, sin embargo, a juicio de esta Sala, que dicha omisión, de existir, carece de la pretendida relevancia causal. La Comunidad de Propietarios, por razones obvias de proximidad y derivadas de la naturaleza de las obras realizadas (las cuales tenían como fin específico no mejorar el servicio de riego, sino hacer posible el acceso a la urbanización manteniendo dicho servicio) estaba en condiciones óptimas de advertir la existencia de cualquier

avería y la necesidad de su reparación. Dicha comunidad no consta que solicitase de la Comunidad de Regantes su intervención, sino que llevó a cabo por sí misma las obras pertinentes cuando lo entendió necesario, comunicando simplemente este hecho. No puede, en consecuencia, considerarse probado que la falta de actuación de la Comunidad de Regantes o su pasividad dificultase o retardase la reparación y, en consecuencia, fuera la causa determinante de los daños o de que éstos sufrieran un incremento que pudo haberse evitado.

La actuación de la Comunidad de Propietarios tenía como presupuesto la obligación que reconoce a cargo de la entidad urbanizadora (aunque ésta sostuvo en el expediente administrativo que se había subrogado en dicha obligación la propia comunidad reclamante) de conservación de las obras, con lo cual admite que aquella obligación no correspondía a la Administración hidráulica (...)

se trataba básicamente de una avería que afectaba a obras específicamente realizadas para permitir el acceso a la urbanización a la que ambas refieren su actividad, y cuya reparación ambas conocían suficientemente que no incumbía a la Administración hidráulica, la cual no estaba en situación de advertir, valorar o instar la reparación de la avería en mejores condiciones que las derivadas de la gestión de la urbanización que incumbía a la reclamante.

Por último la reciente STS de 24 de mayo de 2007 (rec. núm. 4501/92) considera que la Administración no es responsable de los daños causados por la utilización, por parte del contratista, de materiales defectuosos. Lo más relevante de la sentencia es que niega la existencia por parte de la Administración de la obligación supervisar los materiales empleados. Según el Tribunal Supremo:

«La Sala de instancia, valorando la prueba practicada concluye que las roturas se debieron a defectos en la ejecución y/o en los materiales con que estaban fabricados los tubos, sin que tampoco se hubiesen realizado las pruebas de carga hasta fechas muy posteriores a las roturas. Sin embargo, entiende que incumbía a la Administración haber vigilado los materiales empleados en la construcción, y ello pese a que en el fundamento jurídico cuarto, a la vista de la declaración del Ingeniero director de la obra,



tiene por probado que la Administración “no dio orden de ponerla en servicio” y no consta que hubiera sido recepcionada la obra por la Administración.

Los daños reclamados a la vista de los propios hechos que la Sala de instancia tiene por probados, se produjeron por defectos en la ejecución o en el material empleado y por no realizarse las pruebas de carga, pero no se derivaron de vicios del proyecto, ni de órdenes directas provenientes de la Administración. Pero es que además tampoco cabe aceptar los razonamientos del Tribunal «a quo» cuando dice que existió una omisión del deber de vigilancia por parte de la Administración al no haber supervisado la calidad de los materiales empleados y haber permitido la puesta en funcionamiento de la conducción a falta de las preceptivas pruebas de carga o resistencia. La propia Sala sentenciadora tiene por probado, a la vista de la prueba documental, que fue la empresa recurrente la que especificó las características que debían reunir tanto los tubos como sus apoyos o anclajes, aun cuando luego añade que no consta que las averías se hubiesen producido por haber seguido esas indicaciones».

#### 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LA JURISDICCIÓN COMPETENTE

No es este el momento de abordar la vertiente procesal de la responsabilidad de los contratistas de la Administración, cuestión que excede en mucho del objeto del presente trabajo. No obstante, dado que se pueden distinguir claramente dos enfoques muy distintos, cuando no contradictorios, de la Sala de lo Civil y de la de lo Contencioso del Tribunal Supremo en relación con la imputabilidad por culpa *in vigilando* de la Administración de los daños causados por sus contratistas, es preciso realizar al menos una somera referencia a la cuestión.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 13/1995 de 13 de mayo, cuyo régimen reproducen casi en su literalidad el art. 97 TRLCAP y el art. 198 LCSP la regulación de esta cuestión se encontraba en la Ley de Expropiación Forzosa y en el Reglamento de Contratos del Estado.

Así, el art. 123 LEF establecía que «cuando se trate de servicios públicos concedidos la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización sobre como quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo 2 del art.

121. Esta resolución dejará abierta la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario, en su caso». Por su parte, el art. 134 del Reglamento de Contratos establecía que «la reclamación de los terceros se presentará, en todo caso, en el término de un año ante el órgano de contratación». Estas normas configuraban la acción de responsabilidad como una acción administrativa, y por ello la jurisdicción competente para conocer de este tipo de reclamación era la jurisdicción contencioso-administrativa. Sirvan como ejemplos más recientes del reconocimiento de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer este tipo de acciones las SSTs de 12 de febrero y 8 de julio de 2000 (recs. nums. 3342/1992 y 2731/1996). Por lo demás, si la Administración no actuaba la función arbitral que le atribuía el art. 123 LEF, y no dictaba resolución expresa, la competencia para conocer de la acción dirigida frente al contratista correspondía igualmente a la jurisdicción contencioso-administrativa (Vid. STS de 8 de mayo de 2001, rec. núm. 2093/2000)

Esta atribución de la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa que venimos glosando no ha impedido que los Tribunales civiles aceptaran su propia competencia para conocer de este tipo de pretensiones. En especial, el Tribunal Supremo ha afirmado tradicionalmente la *vis atractiva* de la jurisdicción ordinaria cuando la Administración es demandada junto con personas privadas existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas.

Así, entre otras resoluciones, aceptan la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de las pretensiones indemnizatorias dirigidas contra los contratistas y la Administración el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del TS de 19 de diciembre de 1996 (rec. núm. 19/1996) y las SSTs (Sala de lo Civil) de 7 de marzo de 2002 (rec. núm. 2992/1996) y de 16 de noviembre de 2004 (rec. núm. 1083/2004).

En conclusión, como ha puesto de manifiesto entre otros MARTÍN REBOLLO<sup>22</sup> antes de la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se instaló de hecho un criterio de libre opción que hizo que el sistema «arbitral» diseñado por el legislador de la LEF no se aplicara.

Pues bien, la aprobación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 introdujo importantes novedades en la regulación de las acciones para exigir responsabilidad por los daños causados por los contratistas de la Administración. Frente —al menos desde un punto de vista teórico— unificador sistema anterior, el art. 97 TRLCAP establece en su apartado tercero que

---

<sup>22</sup> MARTÍN REBOLLO L., *La responsabilidad patrimonial de los entes locales*, Iustel, 2005, pág. 132.

«los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción»<sup>23</sup>.

Por su parte, el apartado cuarto del precepto señala que:

«la reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto».

Del tenor literal del precepto parece desprenderse, como subrayan entre otros autores MORENO MOLINA<sup>24</sup> y MARTÍN REBOLLO<sup>25</sup>, un sistema en el que, dependiendo del responsable del daño, la jurisdicción competente es una u otra: así, sería competente la jurisdicción civil cuando la pretensión se dirija sólo contra el contratista<sup>26</sup> y la contencioso-administrativa cuando se dirija contra la Administración. Y en los casos en los que la acción de resarcimiento se dirija tanto contra la Administración como contra el contratista —piénsese, por ejemplo, en un supuesto de concurrencia de culpas o, en el caso que nos ocupa, el de existencia de culpa *in vigilando* por parte de la Administración— será competente la jurisdicción contencioso-administrativa. Así lo establecen el art. 9.4 LOPJ (modificado por la LO 19/2003) y el art. 2 e), de la LJCA<sup>27</sup>. Producida la unidad jurisdiccional de estos supuestos de responsabilidad extracontractual ante la jurisdicción contencioso-administrativa se elimina, por un lado, la indeseable situación de injusticia material que se produce cuando supuestos idénticos

<sup>23</sup> En este punto el Texto Refundido de 2000 introduce un leve cambio respecto de la primera versión de 1995. En el inciso final del aparato 3 se suprime el adjetivo «civil», de modo que la frase, que antes decía que el ejercicio de la facultad de requerir a la Administración «interrumpe el plazo de la prescripción civil», dice ahora simplemente que interrumpe «el plazo de la acción».

<sup>24</sup> MORENO MOLINA J. A., *Nuevo régimen de la contratación administrativa*, La Ley, 2003, págs. 440 y 441.

<sup>25</sup> MARTÍN REBOLLO L., *La responsabilidad...*, op. cit., pág. 135.

<sup>26</sup> Vid. en idéntico sentido PANTALEÓN F., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competentes*, REDA, núm. 91, 1996. Cfr. con J.M. ALEGRE ÁVILA, «La responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública y la jurisdicción Contencioso-administrativa», REDA, 2005, núm. 126.

<sup>27</sup> No obstante, no hemos de ocultar que BELADÍEZ ROJO (*Responsabilidad e imputación de daños*, op. cit., pág. 237 y ss.) consideró en su día que lo que la LCAP introdujo fue un sistema de sistema de libre elección de jurisdicción por el perjudicado, de modo le permitiría optar entre reclamar contra la Administración o contra el contratista tanto al orden civil como ante el Contencioso-Administrativo indistintamente.

reciben soluciones diferentes dependiendo únicamente del orden jurisdiccional que ha conocido del litigio. Por otro lado, en principio, se conjuran los excesos a los que ha conducido la generosa aplicación del título de imputación culpa *in vigilando* por parte de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Es sabido que la jurisdicción civil no se ha mostrado especialmente inclinada a renunciar a su competencia en casos de responsabilidad extracontractual a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, el tenor de las normas, en mi opinión, es suficientemente claro a la hora de instaurar definitivamente la ansiada unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad extracontractual. En cualquier caso, dos recientes sentencias, en sus genéricos razonamientos, hacen sembrar al menos una ligera duda al respecto. Se trata de las SSTS (Sala de lo civil) de 14 y 22 de diciembre de 2006 (recs. núms. 107/2000 y 1344/2002)<sup>28</sup>. Aunque su idéntica fundamentación es extensa, ha de ser reproducida para intentar desentrañar el alcance de la misma. Según la primera de dichas sentencias (reproducida, casi en su integridad, en la segunda):

«La doctrina de esta Sala, después de unas iniciales vacilaciones, se ha decantado de manera resuelta por declarar la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de los juicios que tienen por objeto las pretensiones resarcitorias fundadas en la responsabilidad patrimonial de la Administración concurrentemente —y de forma solidaria— con la de los particulares, en el marco de las acciones de responsabilidad extracontractual derivadas de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, y ejercitadas tras la entrada en vigor de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y del Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, de desarrollo de la anterior en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pero con anterioridad a la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, que añadió al artículo 9.4 de la un segundo párrafo con un inciso según el cual «si a la producción del daño hubieren concurrido sujetos privados, el demandan-

---

<sup>28</sup> En el supuesto de hecho de la primera de las sentencias se trata de determinar quién fue el responsable de los daños ocasionados en un inmueble durante la ejecución de una obra pública. La Sentencia de 22 de diciembre de 2006 se ocupa de la indemnización reclamada por los familiares de la víctima de un accidente de tráfico ocasionado por la deficiente señalización de unas obras.

te deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional (Contencioso-Administrativo)».

La entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de junio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y la reforma operada por la citada Ley Orgánica 6/1998 en materia de competencia de los tribunales de este orden, junto con la modificación de la Ley 30/1992 llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero, constituyen el punto de inflexión en el mantenimiento de la señalada doctrina jurisprudencial, en la medida que configuran un marco competencial, material y jurisdiccional, que sitúa de manera decidida en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para conocer de las pretensiones de responsabilidad patrimonial deducidas conjuntamente contra las Administraciones Públicas y los particulares, poniendo fin de este modo a la divergencia de las respuestas judiciales de los tribunales de los distintos órdenes al examinar estas cuestiones con anterioridad a ese nuevo marco normativo, y ajustándose, por ende, a los designios del legislador comunitario de concentrar las reclamaciones contra la administración en el ámbito de la jurisdicción Contencioso-Administrativa —artículo 215 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Esta doctrina jurisprudencial, de la que son exponentes las Sentencias de 22 de julio de 2004, 24 de noviembre de 2005 y 8 de junio de 2006, entre las más recientes, tiene su fundamento, desde luego, en la fuerza atractiva y en el carácter residual de la jurisdicción civil— artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero también en principios procesales que enraízan con los constitucionalmente protegidos —la tutela judicial efectiva sin indefensión, y la evitación, por mor de ese mismo derecho fundamental, de dilaciones indebidas—, y se justifica por la finalidad, también con connotaciones constitucionales, de evitar un peregrinaje de jurisdicciones. Y al lado de tales argumentos se sitúan otros, no de menor calado, como la necesidad de no dividir la continencia de la causa y de evitar el riesgo de resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales inconciliables entre sí, con la subsiguiente merma de las garantías del ciudadano y, en último extremo, con el debilitamiento de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva —Sentencia de la Sala de Conflictos de Competencia de 27

de diciembre de 2001, cuya doctrina se recoge en la de esta Sala de fecha 7 de marzo de 2002—, en detrimento, además, —se añade ahora— de los principios constitucionales de igualdad ante la Ley y de seguridad jurídica.

La señalada doctrina no ha de verse exceptuada en su aplicación por la presencia, entre los demandados, del Ingeniero Jefe del departamento ministerial encargado del planeamiento, dirección y control de la ejecución de la obra, ni por la existencia de un contrato administrativo de ejecución de una obra pública que vincula a la Administración demandada y a la empresa contratista igualmente demandada. La pretensión resarcitoria no deriva de esta relación jurídica ni de aquella relación de dependencia del organismo público, sino de la establecida como consecuencia de un acto ilícito causante de un daño a cuya producción concurre causalmente la conducta de todos codemandados, por culpa "*in ommittendo*", "*in vigilando*" e "*in eligendo*". Resulta, pues, de aplicación el criterio mantenido, en concreción de la doctrina jurisprudencial expuesta, en las Sentencias de esta Sala de fecha 26 de noviembre de 1999 y de 7 de marzo de 2002, en las que se afirma la irrelevancia de la existencia de un contrato administrativo de ejecución de una obra pública, de cara a sostener la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las acciones de responsabilidad extracontractual ejercitadas conjunta y solidariamente contra la Administración y contra la empresa contratista concesionaria de las obras, al no derivarse la responsabilidad que se reclama de una actividad administrativa, ni tener lugar en el marco de la ejecución de la obra pública».

No es fácil interpretar los fundamentos jurídicos de estas sentencias. De hecho, parece que el *iter* discursivo debería haber conllevado la declaración de incompetencia. Mediante su intervención, el legislador atajó uno de sus principales argumentos en defensa de la competencia de la jurisdicción civil: la no división de la contienda de la causa cuando el daño es imputable simultáneamente a la Administración y sujetos privados. No obstante, mediante una pirueta argumental, se vuelve a situar la contienda en el ámbito de la jurisdicción civil, haciéndose alusión a la circunstancia de que el contrato administrativo no ha de inmiscuirse en la relación entre el causante del daño y la víctima. Pero este tradicional argumento de la

Sala de lo civil, el desarrollo por la Administración de actividades sujetas al Derecho privado idénticas a las realizadas por los particulares (y no ya revestidas de *imperium*) fue desacreditado igualmente por el legislador desde la primera reforma en este ámbito de la LOPJ, efectuada en 1998. Además, como ha puesto de manifiesto MIR PUIGPELAT<sup>29</sup>, la prohibición expresa del legislador del art. 9.2 e) LOPJ no es un mero obstáculo procesal que pueda ser obviado por un juez con una genérica llamada al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la voluntad de proteger mejor los intereses del perjudicado.

En los dos supuestos que dan origen a las sentencias que ahora glosamos podría ser discutible la competencia del orden jurisdiccional civil, pues cuando se ejercitaron las correspondientes acciones no había entrado en vigor la LJCA. Por ello, estas sentencias deberían haber hecho simple referencia a este argumento para afirmar la competencia del orden jurisdiccional civil, en lugar de realizar una serie de consideraciones que, extraídas de este contexto, puedan dar lugar a una nueva «insumisión» de los Tribunales<sup>30</sup> a los dictados —en este supuesto muy claros— del legislador en materia de distribución de competencias entre órdenes jurisdiccionales<sup>31</sup>.

##### 5. UNA PROPUESTA DE CONSTRUCCIÓN DEL LA CULPA *IN VIGILANDO* COMO TÍTULO DE IMPUTACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

La existencia de dos orientaciones tan contradictorias entre la Sala de lo Civil —que tiende a condenar automáticamente a la Administración por los daños causados por sus contratistas en virtud de la concurrencia de culpa *in vigilando*— y la de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo— que apenas se ocupa de dicho título, sin que de manera reciente haya condenado a la Administración en base al mismo— ponen de manifiesto la necesidad de realizar una reflexión encaminada a la depuración de este título de imputación.

Los autores que han defendido la aplicación de este título de imputación lo han hecho con suma cautela. Así, señalaba REBOLLO PUIG<sup>32</sup> que la

<sup>29</sup> MIR PUIGPELAT O., «La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial», en MONTORO CHINER (Coor.), *La justicia administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, 2003, págs. 511 y ss.

<sup>30</sup> PANTALEÓN F., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente*, REDA, núm. 91, 1996.

<sup>31</sup> Durante la fase de corrección de pruebas de este artículo, la Sala de lo Civil del TS ha dictado dos nuevas Sentencias que mantienen la fundamentación de las reseñadas en el texto. Se trata de la STS de 8 de mayo de 2008 (REC. núm. 2750/2001) y de la STS de 18 de septiembre de 2008 (REC. núm. 636/2002)

<sup>32</sup> REBOLLO PUIG, «Servicios públicos concedidos...», op. cit., pág. 47.

responsabilidad por hecho ajeno sería un complemento que amplía muy reducida y excepcionalmente los supuestos en los que se indemnizan los perjuicios. Por su parte, para BELADIEZ<sup>33</sup>, el título de imputación de la culpa *in vigilando* no constituye, ni mucho menos, el supuesto normal, por lo que si se aplica en sus justos términos, será de aplicación muy excepcional, pues no basta con que el servicio público concedido u obra contratada produzca daños para que éstos puedan imputarse a la Administración, sino que es preciso demostrar que el servicio público de inspección ha funcionado mal. Nada más lejos, como se ha podido comprobar, de la interpretación mantenida por la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, que, salvo alguna excepción, presume siempre la culpa de la Administración. De esta manera, se compromete la aplicación de las normas sobre distribución de la responsabilidad en el ámbito de la contratación administrativa, ya que según esta línea jurisprudencial, la Administración, de forma solidaria con el contratista, responde siempre de los daños cometidos por éste último.

El punto de partida para abordar esta cuestión es comprobar que el art. 198 LCSP sólo hace a la Administración responsable de los daños causados por sus contratistas en los casos en que sean consecuencia directa de una de sus órdenes o en los casos de vicios en el proyecto. No obstante, en virtud de la cláusula general de los arts. 106 CE y 139 LPC es técnicamente posible imputar determinados daños a la Administración por culpa *in vigilando*, siempre que los daños sean consecuencia de la falta de ejercicio o ejercicio defectuoso de las potestades de inspección contractual. No es preciso, por tanto, acudir al art. 1903 CC para fundamentar este tipo de responsabilidad, pues la invocación de dicho artículo —a la luz de la tendencia objetivadora de la responsabilidad que ha adoptado la Sala de lo Civil el Tribunal Supremo— puede enturbiar aún más el análisis de la materia.

Como hemos señalado páginas atrás, la responsabilidad por culpa *in vigilando* tiene su origen en el funcionamiento anormal de los servicios de inspección. Es, por tanto, una responsabilidad por omisión, con lo cual para que la Administración sea responsable se han de cumplir dos requisitos: en primer lugar, es preciso que no haya realizado una actividad debida; en segundo lugar, que dicha actividad tenga capacidad para evitar el resultado lesivo. Probablemente los principales problemas en este ámbito surgen a la hora de determinar cuál es la conducta debida. En otros términos, no es evidente cuál es el alcance de los poderes de inspección, o lo que es lo mismo, es difícil precisar la intensidad con la que la Administración está obligada a supervisar los distintos actos de ejecución del

---

<sup>33</sup> BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación...*, op. cit., pág. 207.



contrato. Pues bien, como destacara MUÑOZ MACHADO<sup>34</sup>, no existe, porque no lo impone norma alguna, un deber específico de seguimiento de la total actividad del contratista, verificando todas las opciones que sigue y controlando previamente las decisiones que adopta. De hecho, la prerrogativa de dirección e inspección tiene como límite el respeto al ámbito de autonomía y libertad de organización que está en la base de la proclamación del principio de riesgo y ventura. El contratista no es un mero ejecutor de las órdenes o instrucciones de la Administración, sino un profesional, perito en la actividad que desarrolla<sup>35</sup>. Por ello, como afirma JURISTO SÁNCHEZ, no se pueden invocar las facultades de intervención de la Administración para eludir las responsabilidades propias, pues la supervisión cumple sólo una función preventiva, buscando eliminar los factores que puedan dañar al objeto contractual<sup>36</sup>.

Por tanto, y relación con el primer requisito para la existencia de responsabilidad por omisión —determinar qué conducta debida se ha obviado— la normativa sobre contratos no establece la obligación de la Administración de evitar que el contratista cause daños a terceros. Por ello una genérica invocación a los poderes de dirección e inspección no puede ser el origen de la responsabilidad, porque su función no es prevenir daños a terceros. Precisamente el fundamento del poder de dirección reside en garantizar la correspondencia que debe existir entre la prestación pactada en el contrato y la efectivamente ejecutada por el contratista, y es que, tal y como establece el art. 94 RGLCAP «la ejecución de los contratos se desarrollará, sin perjuicio de las obligaciones que corresponden al contratista, bajo la dirección, inspección y control del órgano de contratación, el cual podrá dictar las instrucciones oportunas para el fiel cumplimiento de lo convenido». Así, en el ámbito de la ejecución del contrato de obra, se ha afirmado que el control busca eliminar factores de riesgo (humanos o materiales) que puedan perturbar o dañar *la obra*. Por su parte, la recepción del contrato tiene igualmente como fin comprobar que el contratista ha realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto (art. 205 LCSP), sin que exista un deber de que la Administración evite que se causen daños a terceros.

En mi opinión, es difícil afirmar la existencia de una obligación de resultado en el sentido de evitar daños a terceros —lo que, para MIR PUIGPELAT sería imprescindible para que fuera posible construir la relación de imputación, como ya hemos señalado—, pero es incluso discutible que exista una obligación de medios<sup>37</sup>. Y si así fuese, es un deber que se esta-

<sup>34</sup> MUÑOZ MACHADO S., *La responsabilidad civil...*, op. cit., pág. 134.

<sup>35</sup> JURISTO SÁNCHEZ R., *El contrato de obra pública*, Madrid, 1997, pág. 269.

<sup>36</sup> JURISTO SÁNCHEZ R., *El contrato de obra pública*, Madrid, 1997, págs. 275 y 302.

<sup>37</sup> GÓMEZ PUENTE M. («Responsabilidad...», op. cit., págs. 181 y 182) pone de manifiesto

blecería en unos términos tan imprecisos que impediría que se extrajesen consecuencias jurídicas con carácter general en el ámbito que nos ocupa. Pues aunque se determinasen los estándares a los que habría de someterse la Administración en estos casos, y se demostrase que en el supuesto concreto habrían sido incumplidos, sería todavía preciso demostrar —como segundo elemento de la imputación por omisión— que la conducta omitida tenía capacidad para evitar el resultado lesivo. Y en este ámbito, como señalaremos a continuación, los obstáculos pueden ser insalvables. Si se es consecuente con la aplicación del título de imputación por omisión, será necesario demostrar que la intervención de la Administración habría alterado el devenir de los hechos. Y muchas veces, se me antoja arduo probar que la eficiente actuación administrativa habría producido una ruptura en la cadena causal que ha conducido al evento dañoso.

Llegados a este punto, por tanto, podríamos preguntarnos entonces si son imaginables supuestos en los que concurra culpa *in vigilando* de la Administración. En mi opinión, ello sucederá, en primer lugar, siempre que la Administración incumpla una obligación concreta establecida en la legislación —como la de recibir la obra en condiciones adecuadas— pues sólo en este caso se podría hablar de acción debida. En segundo lugar, es obviamente preciso que la conducta debida omitida hubiera tenido capacidad para evitar la producción de daños. Un ejemplo real sería el supuesto resuelto por al STS de 16 de noviembre de 2004, en el que la acción debida por la Administración hubiera sido negarse a recibir la obra en las condiciones en las que se hizo, lo que, sin duda, hubiera evitado el evento dañoso. Igualmente, puede pensarse que son imputables a la Administración los daños producidos en los casos en que, advertida la Administración del peligro, no actúe sus potestades de dirección<sup>38</sup>, pues la obligación de intervenir en supuestos tales puede derivarse directamente del art. 103 CE. Una Administración que sirve con objetividad al interés general no puede adoptar una actitud meramente pasiva ante una denuncia de una

---

que los deberes de hacer pueden ser de resultado o de medios. En el primer caso, existe inactividad siempre que no se alcance el resultado apetecido. En el segundo, cuando no se desarrolle una actividad predeterminada o se pongan los medios legalmente exigidos, con independencia de que se alcance el objetivo o resultado lesivo. En estos casos, se asignaría a la Administración el desarrollo de una actividad cuya concreción constituye un problema clave que el legislador puede resolver por sí mismo o remitir a la Administración, ya otorgándole un margen de apreciación de unos principios o directrices objetivos, bien dejándola decidir con libertad siempre que no incurra en arbitrariedad ni rebase los límites de la objetividad y racionalidad que inspiran la actividad administrativa (arts. 9.3, 103.1 CE).

<sup>38</sup> Este podría ser el caso del supuesto de hecho que resuelve la STS (Sala de lo Civil) de 19 de diciembre de 1987. Dicha sentencia condena al Ayuntamiento de Bilbao y al arquitecto director de unas obras de derribo, como consecuencia de las cuales se produjeron daños graves en otro edificio colindante del derribado. El arquitecto apreció el peligro y comunicó a los servicios técnicos del Ayuntamiento, pero consintió seguir adelante con la operación ante la falta de respuesta municipal.

situación de riesgo producida en el ámbito de una obra o servicio de su titularidad.

En otros supuestos, como el de ausencia de señalización de las obras, es difícil no sólo determinar qué conducta es la obligada por la Administración —cuál es el estándar medio, o, dicho de otro modo, qué frecuencia de inspecciones es la debida— sino incluso construir la relación de imputabilidad, pues ni siquiera una supervisión generalizada puede evitar que un momento concreto se produzca un evento dañoso.

Entendido el título de imputación de la culpa *in vigilando* en estos términos, tiene ciertamente una proyección práctica muy reducida. Así lo había puesto de manifiesto la doctrina que más profundamente había estudiado la materia (REBOLLO, BELADIEZ). Y es que otro tipo de interpretación comprometería no sólo la aplicación del sistema de distribución de la responsabilidad diseñado por el legislador, sino también la propia explicación dogmática del hecho de que se residencie la indemnización de estos daños en las finanzas públicas. De otro modo, estas pasarían a ser un patrimonio asegurador universal.