

Dictamen 9/95 (Ref. A.G. Justicia e Interior). La recepción provisional transmite a la Administración la posesión y los riesgos de la obra. El contratista está obligado a la conservación y policía de las obras durante la ejecución del contrato y en el plazo de garantía. No obstante, salvo negligencia al prevenirlos o evitarlos, el contratista no responde de los actos dañosos de terceros acaecidos durante el período de garantía: Queda obligado a repararlos pero con derecho a ser reembolsado de su importe.

La Dirección General del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta de V.I. sobre la posible responsabilidad del contratista por los daños causados por terceros en determinada obra pública durante el plazo de garantía de la aludida obra [...]

La recepción provisional es, por una parte, la confrontación por la Administración del hecho de que el contratista efectivamente ha cumplido la prestación que le incumbe, y, por otra, el acto de entrega por el contratista a la Administración y la correlativa toma de posesión por ésta, de la obra.

Ahora bien, la recepción provisional no se reduce, una vez constatado el cumplimiento por el contratista de la prestación a que se obligó, a la entrega y transmisión posesoria de las obras a la Administración (a fin de que éstas las destine al uso o servicio público) y a la apertura del plazo de garantía, sino que determina, además, la traslación o desplazamiento a la Administración de los riesgos de la obra entregada, salvo que el contrato o la Ley hubieran previsto otra cosa; tal es el criterio mantenido reiteradamente por la doctrina del Consejo de Estado en sus dictámenes de 20 de mayo de 1965, 7 de enero de 1966, 11 de mayo y 17 de noviembre de 1967, entre otros. El dictamen del Consejo de Estado de 11 de mayo de 1967 declaró:

«No todos los riesgos que ocurren durante ese período (se refiere al plazo de garantía) son asumidos por la empresa contratante, sino sólo los riesgos típicos enumerados en el citado precepto contractual. Puede notarse la distinta posición jurídica del contratista antes y después de haberse producido la entrega de la cosa. Hasta el momento en que dicha entrega es realizada, es el contratista el que asume la totalidad de los riesgos, según lo preceptuado para el contrato de obra en el artículo 1589 del Código Civil, Derecho común aplicable supletoriamente, a falta de un precepto específico en el mencionado contrato. El artículo 1589 del Código Civil establece que si el que contrató una obra se obliga a poner el material, debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo que hubiere habido morosidad en recibirla. Una vez verificada la entrega, el contratista sólo asume aquellos riesgos que hayan sido estipulados en el contrato o hayan sido establecidos por ley».

Así pues, la entrega de la obra, que tiene lugar en virtud de la recepción provisional, determina la traslación de los riesgos a la Administración; ahora bien, tal y como indica el dictamen del Consejo de Estado parcialmente transcrito, la traslación de los riesgos no es total, puesto que el contratista sigue asumiendo aquéllos que hayan sido estipulados en el contrato o hayan sido establecidos por ley.

Pues bien, es justamente aquí donde se sitúa la obligación de conservación y policía de las obras que incumbe al contratista por disposición expresa de la legislación de contratos del Estado.

Efectuada la recepción provisional y abierto, en consecuencia, el plazo de garantía, la obligación del contratista no se limita a la reparación de las averías que se detecten durante el transcurso del referido plazo. Esta obligación, con ser fundamental y responder directamente a la finalidad para la que se ordena el plazo de garantía, no es la única; a ella se añade, en virtud de prescripción expresa de la legislación de Contratos del Estado, la de conservación y policía de las obras.

En rigor, la obligación del contratista de cuidar de la conservación y policía de las obras no es una obligación que surja exclusivamente durante el plazo de garantía, de forma que haya de considerarse como una obligación

específica del contratista durante este período o fase de cumplimiento del contrato; antes bien, se trata de una obligación general que resulta directamente del vínculo contractual y que se mantiene durante toda la vigencia del contrato. Así lo pone de manifiesto la cláusula 22 del Pliego General de Obras del Estado, que dispone lo siguiente:

«Conservación de la obra. El contratista está obligado no sólo a la ejecución de la obra, sino también a su conservación hasta la recepción definitiva. La responsabilidad del contratista, por faltas que en la obra puedan advertirse, se extiende al supuesto de que tales faltas se deban exclusivamente a una indebida o defectuosa conservación de las unidades de obra, aunque éstas hayan sido examinadas y encontradas conformes por la Dirección, inmediatamente después de su construcción o en cualquier otro momento dentro del período de vigencia del contrato».

Construida la obligación de conservación y policía de obras como una obligación general del contratista que se mantiene durante todo el proceso de ejecución del contrato, su reconocimiento específico respecto del plazo de garantía se contiene en el artículo 171, párrafo segundo, del RCE conforme al cual «durante dicho plazo cuidará el contratista en todo caso de la conservación y policía de las obras, con arreglo a lo previsto en el pliego de prescripciones técnicas y a las instrucciones que dicte el facultativo de la Administración. Si descuidase la conservación y diera lugar a que peligre la obra, se ejecutarán por la propia Administración y a costa del contratista los trabajos necesarios para evitar el daño». Completa este precepto la cláusula 73 del Pliego General de Obras del Estado que, tras reiterar en su apartado primero el inciso inicial del párrafo segundo del artículo 171 del RCE, que se acaba de transcribir, dispone en su apartado segundo:

«El contratista responderá de los daños o deterioros que puedan producirse en la obra durante el plazo de garantía, a no ser que pruebe que los mismos han sido ocasionados por el mal uso que de aquélla hubiesen hecho los usuarios o la entidad encargada de la explotación y no al incumplimiento de sus obligaciones de policía y vigilancia de la obra; en dicho supuesto tendrá derecho a ser reembolsado del importe de los trabajos que deban realizarse para restablecer la obra en las condiciones debidas, pero no quedará exonerado de la obligación de llevar a cabo los citados trabajos».

En definitiva, y a la vista del artículo 171 del RCE y de las cláusulas 22 y 73 del Pliego General de Obras del Estado, incumbe al contratista la obligación de cuidar de la conservación y policía de las obras, por lo que, no obstante la traslación de riesgos a la Administración que, como regla general, implica la recepción provisional de la obra, aquél ha de soportar los daños o deterioros que se produzcan en ésta como consecuencia del incumplimiento de la obligación de que se trata durante el plazo de garantía.

Impuesta al contratista la obligación de cuidar de la conservación y policía de las obras, procede, por último, precisar cuál sea el alcance de la referida obligación, determinando si queda restringida a los vicios que puedan calificarse de intrínsecos a la obra o directamente relacionados con su ejecución o si, más ampliamente, se proyecta también sobre hechos ajenos a la ejecución de la obra realizados por terceros.

A juicio de este Centro Directivo, la función de conservación y policía de las obras no comprende, como obligación contractual típica del contrato de obra pública que incumbe al contratista durante el período de garantía, la vigilancia o custodia de las obras a efectos de la prevención de posibles actos dañosos de terceros, en términos tales que la falta de vigilancia o custodia o su deficiente prestación frente a tales actos acarree la responsabilidad de aquél por los daños causados a la obra pública por terceros; la obligación de cuidar de la conservación y policía de las obras se ordena, como obligación contractual típica, en relación con los posibles vicios o defectos de que pueda adolecer la obra por razón de su ejecución y que se detecten con la utilización de la misma; se trata, pues, de una obligación instrumental, indisolublemente ligada a la obligación principal que para el contratista resulta del contrato de obra pública: entregar una obra ejecutada con estricta sujeción a las cláusulas estipuladas en el contrato y al proyecto que sirve de base al mismo (cfr. artículo 44 LCE). Se fundamenta este parecer en las consideraciones que seguidamente se exponen.

En primer lugar, tanto el artículo 171 del RCE como la cláusula 73 del Pliego General de Obras del Estado disponen que el contratista cuidará de la conservación y policía de las obras «con arreglo a lo previsto en el pliego de prescripciones técnicas y a las instrucciones que dicte el facultativo de la Administración». Así pues, la obligación de conservación y policía durante el plazo de garantía no se formula en términos genéricos, sino que su contenido se matiza o precisa por referencia a lo que se haya previsto al respecto en el pliego de prescripciones técnicas y a las instrucciones que el contratista reciba del facultativo de la Administración. Esta remisión al pliego de prescripciones técnicas y a las instrucciones que imparta el facultativo de la Administración permite entender, a su vez, que la obligación de que se trata queda referida a los defectos que puedan existir en la obra y que se aprecien con la utilización de ésta, y no a los deterioros que puedan causarse por terceros, pues difícilmente podrán preverse éstos en el pliego de prescripciones técnicas; en definitiva, atendido el emplazamiento de la obra, su naturaleza o configuración arquitectónica se establecen en el pliego de prescripciones técnicas las oportunas previsiones sobre inspección o comprobación del estado de las obras (plazos en que han de efectuarse, unidades o elementos de obras que han de inspeccionarse o comprobarse, etc.), lo que se completa, caso de advertirse averías o deficiencias, con las oportunas instrucciones de la Dirección de la obra a efectos de su reparación.

En segundo lugar, y puesto que las obras han sido recibidas provisionalmente por la Administración, tomando posesión de ellas y entregadas al uso o servicio correspondiente (artículo 54 de la LCE y artículo 170 del RCE), carecería de sentido que la obligación de conservación y policía de las obras comprendiese un deber de contratista de vigilancia y protección de aquéllas respecto de posibles actos dañosos de terceros, máxime si se tiene en cuenta la falta de presencia física continua del contratista en las obras durante el período o plazo de garantía. Dado que la obra ha sido entregada a la Administración y puesta a disposición del Servicio correspondiente, lógico es que sea la propia Administración quien, como titular dominical que usa de la cosa propia, asuma ese deber de vigilancia en relación con actuaciones dañosas de terceros.

En tercer lugar, y finalmente, el criterio que aquí se mantiene está corroborado por lo dispuesto en la cláusula 73 del Pliego General de Obras del Estado, conforme a la cual el contratista no responde de los daños o deterioros que hayan sido ocasionados por el mal uso que de la obra hubieran hecho los usuarios o la entidad encargada de la explotación; pues bien, si el contratista no responde de los daños por el uso indebido que de la obra hagan los usuarios, que son terceros respecto a la relación contractual entre la Administración y el contratista, no tendría sentido que se hiciera responder al contratista de los daños ocasionados por quienes, aun no siendo usuarios, son también terceros. La exoneración de responsabilidad del contratista en estos supuestos de deterioros o daños inferidos por la indebida utilización que hagan los usuarios viene a demostrar que no alcanza al contratista una obligación de conservación o policía que comprenda un cometido de vigilancia o protección de la obra respecto de actos dañosos de terceros.

En suma, si la finalidad del plazo de garantía no es otra que la de constatar la inexistencia de vicios que, por su carácter oculto, no se pueden detectar en el acto de la recepción provisional, procediéndose a su subsanación en el caso de advertirse, y ello con objeto de comprobar el correcto cumplimiento de la prestación a que se obligó el contratista, —entrega de la obra ejecutada con arreglo a lo convenido—, la obligación de conservación y policía que incumbe al contratista durante el plazo de garantía ha de interpretarse, para fijar su contenido o alcance, en consonancia con la finalidad o razón de ser del aludido plazo, sin que, en consecuencia, pueda comprender aquélla —sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá—, supuestos que se sitúan fuera de la relación contractual que liga al contratista con la Administración por razón del contrato de obra pública, como sería el caso de daños causados por terceros.

Por lo demás, en el supuesto de daños causados por terceros, y no obstante la exoneración de responsabilidad del contratista al no comprender su obligación de conservación y policía, conforme se ha razonado anteriormente, la vigilancia de las obras respecto de los actos de aquéllos, ha de entenderse que el contratista queda obligado a llevar a cabo los trabajos de reparación de los deterioros producidos, si bien con derecho a ser reembolsado del importe de tales trabajos; así resulta de la cláusula 73 del Pliego General de Obras del Estado que, con referencia a los supuestos de daños o deterioros que puedan producirse en la obra durante el plazo de garantía y de los que no responde el

contratista —los ocasionados por el mal uso que de la obra hubieran hecho los usuarios o la entidad encargada de su explotación—, reconoce al contratista el derecho a ser reembolsado del importe de los trabajos que deban realizarse para restablecer en la obras las condiciones debidas, pero sin que pueda exonerarse de la obligación de llevar a cabo los citados trabajos.

Si, por las consideraciones expuestas precedentemente, debe entenderse, en opinión de este Centro Directivo, que la obligación de cuidar de la conservación y policía de las obras que imponen al contratista, durante el plazo de garantía, el artículo 171 del RCE y la cláusula 73 del Pliego General de Obras del Estado no comprende, como obligación contractual típica y propia del contrato de obra pública, un deber de vigilancia de ésta respecto de actos dañosos de terceros, sin que, por ende, le alcance responsabilidad por estos daños, surgirá, sin embargo, la responsabilidad del contratista, y se estará en el caso de apreciarla, en aquellos supuestos de hechos dañosos cometidos por terceros cuando, por las circunstancias y forma de su producción o realización fueren manifiestos o razonablemente previsibles por el contratista sin que éste, pudiendo evitarlos, realice actuación alguna para ello, siquiera sea comunicándolo a la Administración. Tal actitud pasiva del contratista constituiría un supuesto de culpa o negligencia determinante de la responsabilidad extracontractual a que se refieren los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, con las consecuencias que a cargo del contratista se derivarían de ella: asunción por el contratista del importe de los trabajos necesarios para la reparación de los daños, sin derecho a reembolso por la Administración. Así se desprende del citado artículo 902 del Código Civil, a cuyo tenor «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

La posibilidad de apreciar, en el marco de una relación contractual, responsabilidad extracontractual de una de las partes, ha sido admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; así la sentencia de 5 de julio de 1994, tras indicar que no ha habido unanimidad en la doctrina científica ni en las legislaciones acerca de la disciplina jurídica de estos supuestos de conjunción de responsabilidad contractual y extracontractual, bien que éste no es el supuesto que aquí se trata, añade: «... y se ha declarado que si surgen daños en el marco contractual (por ejemplo, compraventas, transporte, arrendamiento de servicios), pero fuera de su contenido obligacional, no dentro de la rigurosa órbita de lo pactado, no opera entonces la responsabilidad contractual, sino la surgida fuera del contrato (sentencias, entre otras, de 8 de noviembre de 1982, 9 de marzo de 1983, 10 de mayo de 1984, 9 de enero de 1985 y 16 de diciembre de 1986)».