



NOTA INTERIOR

S/REF..

N/REF.:

FECHA: 16 de abril de 2009

ASUNTO: Informe de la Abogacía del Estado

DESTINATARIO: **D. Luis de Santiago Pérez**
Director General de Ferrocarriles

Adjunto remito Informe, examinado por la Abogacía del Estado, sobre el régimen jurídico aplicable a la **responsabilidad del contratista-consultor, por errores de proyectos elaborados para la Administración** y cuando no ejecuta correctamente las obras, para tu conocimiento y efectos oportunos.

EL SECRETARIO GENERAL DE INFRAESTRUCTURAS,

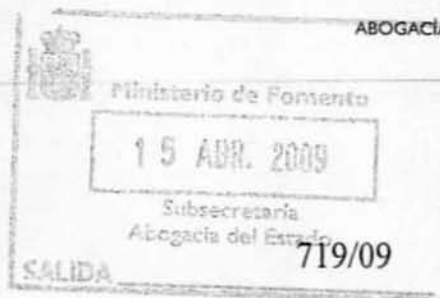
José Damián Santiago Martín

José Damián Santiago Martín



MINISTERIO DE FOMENTO
SECRETARIA DE ESTADOS DE INFRAESTRUCTURAS
SECRETARIA GENERAL DE INFRAESTRUCTURAS
DIRECCION GENERAL DE FERROCARRILES
32 - SGI
17-4-09

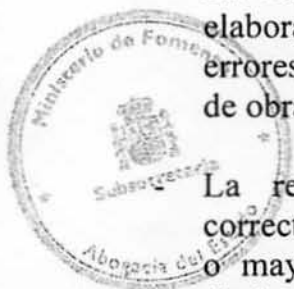
DIRECCION GENERAL DE FERROCARRILES
Fase a: *Secret Gen*
4C 50 Construcción
50 P/P
J. Santos
Para:



R.D.O.

La Abogacía del Estado ha examinado su petición de informe sobre el régimen jurídico aplicable a:

- La responsabilidad del contratista-consultor, por errores del proyecto elaborado para la Administración cuando, como consecuencia de esos errores, se producen daños o mayores gastos en la ejecución del contrato de obras.



La responsabilidad del contratista-constructor cuando no ejecuta correctamente las obras y, como consecuencia de ello, se producen daños o mayores costes para la Administración. En este caso, habría que distinguir según si los daños se advierten:

- Durante la ejecución del contrato de obras.
- Una vez recibidas las obras, durante el período de garantía.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I.- La responsabilidad del contratista-consultor, por errores del proyecto elaborado para la Administración cuando, como consecuencia de esos errores, se producen mayores gastos o daños en la ejecución del contrato de obras.

Las normas de referencia son los **artículos 287 y 288 Ley de Contratos del Sector Público (LCSP)**.

[Estos preceptos son idénticos en su redacción a los artículos 218 y 219 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que serían los aplicables a los contratos licitados antes del 30 de abril de 2008].

En ambos artículos se regula **la responsabilidad exigible al consultor** al que la Administración ha encargado la redacción de un proyecto cuando, durante la ejecución de la obra y por defectos imputables al propio consultor:

- Se produce una **desviación en el presupuesto de la obra superior al 20 por ciento (artículo 287)**.
- Se ocasiona **cualquier otro tipo de daño a la Administración (artículo 288)**



a) Responsabilidad del consultor por mayores gastos o desviación en el presupuesto de la obra (artículo 287)

El supuesto de hecho típico sería el siguiente: Durante la ejecución de las obras resulta necesario tramitar una **modificación del contrato de obras para introducir unidades de obra que, por error imputable consultor, no fueron tenidas en cuenta por éste redactar el proyecto de obras.**

Para casos como ése, el **artículo 287** de la LCSP establece:

Artículo 287. Indemnizaciones.

1. Para los casos en que el presupuesto de ejecución de la obra prevista en el proyecto se desviare en más de un 20 por 100, tanto por exceso como por defecto, del coste real de la misma como consecuencia de errores u omisiones imputables al contratista consultor, la Administración podrá establecer, en el pliego de cláusulas administrativas particulares, un sistema de indemnizaciones consistente en una minoración del precio del contrato de elaboración del proyecto, en función del porcentaje de desviación, hasta un máximo equivalente a la mitad de aquél.

2. El baremo de indemnizaciones será el siguiente:

a) En el supuesto de que la desviación sea de más del 20 por 100 y menos del 30 por 100, la indemnización correspondiente será del 30 por 100 del precio del contrato.

b) En el supuesto de que la desviación sea de más del 30 por 100 y menos del 40 por 100, la indemnización correspondiente será del 40 por 100 del precio del contrato.

c) En el supuesto de que la desviación sea de más del 40 por 100, la indemnización correspondiente será del 50 por 100 del precio del contrato.

3. El contratista deberá abonar el importe de dicha indemnización en el plazo de un mes a partir de la notificación de la resolución correspondiente, que se adoptará, previa tramitación de expediente con audiencia del interesado.

Es decir, cuando se encarga a una consultora la redacción de un proyecto de obras y, por defectos técnicos de éste, se desvía en más de un 20 por 100 el presupuesto de las obras contratadas con base en dicho proyecto, la Administración puede exigir al consultor una indemnización conforme al baremo del artículo 287.2 de la LCSP: Según la desviación presupuestaria, la indemnización puede alcanzar hasta el 50 por 100 del precio del contrato para la redacción del proyecto.



b) Responsabilidad del consultor por cualquier otro tipo de daños ocasionados a la Administración (artículo 288)

El supuesto de hecho típico sería el siguiente: Durante la ejecución de las obras **se destruye parte de la obra por haberse empleado una técnica constructiva inadecuada, siendo ésta la prevista en el proyecto.** En tal caso, el perjuicio ocasionado a la Administración es el coste ocasionado por la reconstrucción de la obra.

Para casos como éste, el **artículo 288** de la LCSP establece:

Artículo 288. Responsabilidad por defectos o errores del proyecto.

*1. Con independencia de lo previsto en los artículos anteriores, el contratista [se refiere al consultor que ha redactado el proyecto] **responderá de los daños y perjuicios que durante la ejecución o explotación de las obras se causen tanto a la Administración como a terceros, por defectos e insuficiencias técnicas del proyecto o por los errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios en que el mismo haya incurrido, imputables a aquél.***

*2. La indemnización derivada de la responsabilidad exigible al contratista **alcanzará el 50 por 100 del importe de los daños y perjuicios causados, hasta un límite máximo de cinco veces el precio pactado por el proyecto y será exigible dentro del término de diez años, contados desde la recepción del mismo por la Administración, siendo a cargo de esta última, en su caso, el resto de dicha indemnización cuando deba ser satisfecha a terceros.***

Es decir, la responsabilidad de la consultora por los daños derivados de los defectos técnicos del proyecto de obras, producidos durante la ejecución o explotación de las obras, **le es exigible con estos límites:**

- **Hasta una cantidad** no superior al cualquiera de estos importes:
 - El 50 por 100 de los daños
 - Cinco veces el precio del contrato adjudicado en su día al consultor para la redacción del proyecto.
- **Siempre que no hayan pasado diez años** desde que el proyecto de obras fue recibido por la Administración.

II.- La responsabilidad del contratista-constructor, cuando no ejecuta correctamente el proyecto de obras y como consecuencia de ello se producen daños o mayores costes para la Administración.

La LCSP regula la responsabilidad del contratista-constructor cuando éste ejecuta defectuosamente las obras, tanto si el defecto constructivo se detecta:

- a) durante la fase de ejecución de las obras,
- b) o, una vez recibidas las obras, durante el período de garantía de la obra.

a) Responsabilidad del contratista-constructor por defectuosa ejecución de las obras, cuando el incumplimiento se advierte durante la fase de ejecución de éstas.

La norma que establece a cargo del constructor la obligación de ejecutar correctamente las obras, así como la consiguiente responsabilidad para el caso de incumplirse dicha obligación, es el **artículo 213 de la LCSP** (de igual redacción al artículo 143 de la LCAP):

Artículo 213. Ejecución de las obras y responsabilidad del contratista.

*1. Las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste dieren al contratista el **Director facultativo de las obras**, y en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia (...)*

3. Durante el desarrollo de las obras y hasta que se cumpla el plazo de garantía el contratista es responsable de los defectos que en la construcción puedan advertirse.

Cuando el contratista ejecuta la obra sin ajustarse al pliego o al proyecto, sin atenerse a las instrucciones del Director facultativo o incumpliendo de cualquier otro modo las obligaciones que recaen sobre el constructor, **la Administración puede exigirle el resarcimiento de los perjuicios** que tal incumplimiento le haya ocasionado.

Además, la Administración tiene un instrumento ágil para hacer efectiva dicha responsabilidad **incautando la garantía definitiva** prestada por el contratista. Así resulta del artículo 88.b) de la LCSP:



Artículo 88. Responsabilidades a que están afectas las garantías.

La garantía [definitiva] responderá de los siguientes conceptos:

b) De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución.

b) Responsabilidad del contratista-constructor por defectuosa ejecución de las obras, cuando el defecto se aprecia una vez recibidas por la Administración, durante el período de garantía.

Conforme al artículo 218 de la LCSP (igual en este aspecto al 147 de la LCAP) si, durante el plazo de garantía, el Director facultativo apreciara que la obra ejecutada presenta *“defectos ... debidos a deficiencias en la ejecución de la obra... procederá a dictar las oportunas instrucciones al contratista para la debida reparación de lo construido”*.

En consecuencia, durante el período de garantía el contratista queda **obligado a reparar a su costa los defectos advertidos por el Director facultativo** y, al igual que en el caso anterior, la Administración sigue contando con la posibilidad de resarcirse de tales defectos constructivos con cargo a la **garantía definitiva** (que sólo se devuelve al contratista cuando expira el plazo de garantía).

Finalmente, incluso **una vez expirado el plazo de garantía**, sigue recayendo sobre el contratista-constructor de la obra la obligación de responder por los vicios ocultos que hubieran ocasionado la ruina de la obra dentro de los quince años siguientes a su recepción (artículo 219 de la LCSP).

III.- Otras consideraciones de carácter general sobre la responsabilidad de los contratistas que redactan un proyecto de obras o que ejecutan la obra proyectada:

1.- En la práctica administrativa de la Administración General del Estado, y en particular en la del Ministerio de Fomento, no consta que en ningún caso se haya exigido responsabilidad a las empresas consultoras por desviaciones en el presupuesto o por daños ocasionados a la Administración como consecuencia de errores en los proyectos, cuando tales errores son imputables a dichas empresas.



Reflejo de esta nula o escasa aplicación es que, pese a que la legislación española permite exigir este tipo de responsabilidad desde el año 1991, en los repertorios al uso no es posible localizar ninguna sentencia, dictamen del Consejo de Estado o informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el que se apliquen los artículos 287 y 288 de la LCSP (o los preceptos equivalentes que aparecían en las leyes anteriores a ésta).

Esta Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento emitió un informe sobre uno de estos expedientes el 22 de mayo de 2003 (523/03) aunque no consta que llegara a concluirse la tramitación del procedimiento.

2.- El procedimiento administrativo para hacer efectiva la responsabilidad del contratista autor del proyecto o ejecutor de la obra es el previsto en el artículo 97 del Reglamento de Contratos para todo tipo de incidencias en la contratación:

Artículo 97.- Resolución de incidencias surgidas en los contratos

*Con carácter general, salvo lo establecido en la legislación de contratos del Estado para casos específicamente tratados, **cuantas incidencias surjan entre la Administración y el contratista en la ejecución de un contrato ... se tramitarán mediante expediente contradictorio, que comprenderá preceptivamente las actuaciones siguientes:***

- 1.- **Propuesta** del facultativo director (de las obras) o petición del contratista.*
- 2.- **Audiencia** del contratista o informe del citado facultativo, a evacuar en ambos caso en el plazo de quince días.*
- 3.- **Informe**, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo anterior.*
- 4.- **Resolución** del órgano o autoridad que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista.*

*Salvo que motivos de interés público lo justifiquen o la naturaleza de las incidencias lo requiera, **la tramitación de estas últimas no determinará la paralización del contrato.***

La competencia para tramitar y resolver este expediente corresponde al **órgano de contratación** (artículos 94 y 95 del RCAP).

3.- En el este informe se han analizado por separado las responsabilidades exigibles al **contratista-consultor** que redacta el proyecto y al **contratista-constructor** que ejecuta la obra. No obstante, debe tenerse en cuenta que:

a) **La responsabilidad entre el contratista-consultor y el contratista-constructor puede ser concurrente y, por tanto compartida.** En tales casos, en el expediente administrativo que se tramite habrá que valorar la incidencia que en los daños ha tenido el comportamiento culposo o doloso de cada uno de ellos y distribuir la responsabilidad entre ambos.

b) **Eventualmente puede también concurrir un comportamiento culpable de la propia Administración contratante:** En efecto, la Administración también participa en la elaboración del proyecto (por ejemplo, mediante su supervisión) e igualmente participa en la ejecución del contrato de obras (por ejemplo, dando instrucciones a través de la Dirección facultativa de las obras).

Es decir, la Administración contratante puede, en determinados casos, coadyuvar con su propio comportamiento a que se produzca una situación de incumplimiento del contrato. En estos casos, **la jurisprudencia admite que se atenúe o reduzca la responsabilidad exigible a los contratistas que redactan el proyecto o ejecutan las obras.**

4.- En todo caso, sólo es exigible responsabilidad a cualquiera de ambos contratistas cuando haya mediando un comportamiento doloso o, lo que será más normal, negligente. Así resulta del artículo 1101 del Código civil, aplicable a los contratos de las Administraciones Públicas por la remisión que realiza el artículo 19.2 de la LCSP (igual que el anterior 7.1 de la LCAP):

Artículo 1101 CC

“Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieran en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieran el tenor de aquéllas”.

En definitiva, **la responsabilidad del contratista no es objetiva** (por el solo hecho de que se haya producido un error en el proyecto o un defecto en la construcción de la obra) sino que sólo le es exigible **cuando el contratista ha actuado incumplido el deber de cuidado** que le era exigible en las circunstancias concretas de lugar, tiempo y forma en que se ejecuta el contrato.



CONCLUSIONES

Primera.- Cuando se contrata con una empresa la redacción de un proyecto de obras y, durante la ejecución de éstas, por defectos del propio proyecto, el presupuesto de la obra se desvía en más de un 20 por 100 (por ejemplo, por inadecuada definición de las unidades de obra); la Administración puede exigir **responsabilidad a la empresa consultora.**

La cuantía de esta responsabilidad está limitada por el baremo del artículo 287.2 de la LCSP: Según la desviación presupuestaria, puede exigirse al consultor **hasta el 50 por 100 del precio del contrato para la redacción del proyecto** de obras.

Segunda.- Cuando se contrata con una empresa la redacción de un proyecto de obras y, durante la ejecución de éstas, por defectos imputables del propio proyecto, **se producen daños a la Administración** (por ejemplo, destrucción de las obras debida a que el proyecto establecía una técnica constructiva inadecuada); la Administración puede exigir responsabilidad a la empresa consultora.

La LCSP limita esta responsabilidad por la cuantía **(hasta un 50 por 100 de los daños y hasta cinco veces el precio del contrato para la redacción del proyecto)** y por el tiempo (sólo exigible en los diez años desde la recepción del proyecto).

Tercera.- Cuando el contratista de una obra ejecuta ésta defectuosamente, debe resarcir a la Administración de los perjuicios que le haya ocasionado por ello.

Para hacer efectiva esa responsabilidad la Administración cuenta con la posibilidad de incautar al contratista la garantía definitiva prestada (en la LCSP, el 5% del importe de adjudicación).

Cuarta.- **La responsabilidad del contratista no es de carácter objetivo** (no basta con que se haya producido un defecto en el proyecto o en la construcción), sino que **debe mediar un comportamiento negligente por el contratista.**

El procedimiento para exigir tales responsabilidades se regula en el artículo 97 del RCAP: Elaboración de una propuesta por el instructor del expediente, audiencia del contratista, informe del servicio jurídico y resolución por el órgano de contratación.

Madrid 14 de abril de 2009
EL ABOGADO DEL ESTADO JEFE

Rafael Domínguez Olivera

SR. SECRETARIO GENERAL DE INFRAESTRUCTURAS

