

España c. Boliden Apirsa

Comentario a la STS, 3ª, 22.11.2004

Pablo Salvador Coderch
Antonio Fernández Crende

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

292

Abstract

El 25 de abril de 1998 se produjo la rotura de un dique de contención para una balsa de almacenamiento de residuos mineros en Aznalcóllar (Sevilla), propiedad de Boliden Apirsa –titular de la explotación minera-, que provocó el vertido de su contenido en un afluente del río Guadalquivir, el Guadiamar, cuyo cauce fue invadido por gran cantidad de lodos contaminantes que dañaron la flora y la fauna del sistema hídrico y generaron un riesgo grave para los acuíferos de la zona.

La STS, 3ª, 22.11.2004, resolvió el primer episodio del caso confirmando el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 2002 por el que se impuso a Boliden Apirsa una sanción de 601.012,1 €, así como la obligación de indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico, valorados en 2.870.181,66 €, y la obligación de abonar 41.606.316,75 € por los gastos originados por la reposición del terreno al estado anterior a los hechos que dieron lugar a la incoación del expediente administrativo.

Sin embargo, en el expediente administrativo y en el posterior proceso jurisdiccional que concluyó con la mencionada Sentencia no estuvieron presentes todos los coacusados del accidente: faltaron las empresas que proyectaron, construyeron y recrecieron el dique y habían asumido el control de su estabilidad. El segundo episodio del caso se halla actualmente en vía de repetición en la jurisdicción civil y, por lo tanto, para resolverlo habrán sido necesarios dos procesos o, quizás, más.

Sumario

- 1. Construcción, recrecimiento y ruina de una presa: Aznalcóllar 1978-1998**
- 2. Incoación de expediente administrativo sancionador y posterior suspensión por inicio de actuaciones penales**
- 3. Archivo de las actuaciones penales y reanudación y resolución del expediente administrativo: Acuerdo del Consejo de Ministros de 2.8.2002**
- 4. Revisión jurisdiccional ante la jurisdicción contencioso-administrativa: STS, 3ª, 22.11.2004**
- 5. España c. Boliden Apirsa comparada con U.S. v. Carroll Towing: un mismo concepto económico de negligencia aplicado en marcos institucionales distintos**
- 6. Teoría de la agencia y límites de la responsabilidad del principal: contratación independiente y deberes no delegables**
- 7. Conclusiones**

1. Construcción, recrecimiento y ruina de una presa: Aznalcóllar 1978-1998

En 1978, Andaluza de Piritas, SA (Apirsa) encargó a Internacional de Ingeniería y Estudios Técnicos (Intecsa) un proyecto de construcción de un dique de contención para una balsa de almacenamiento de residuos mineros en Aznalcóllar (Sevilla), proyecto que, al parecer, fue ejecutado por Dragados y Construcciones, SA.

En marzo de 1996, Boliden Apirsa, SL, que había sucedido a Apirsa, encargó a Geotecnia y Cementos, SA (Geocisa) un informe sobre la estabilidad de la balsa y, en junio de ese mismo año, un proyecto de recrecimiento del dique. El control de la instalación fue igualmente encomendado a esta última empresa.

El 25 de abril de 1998 se produjo la rotura del dique y el consiguiente vertido de su contenido en un afluente del río Guadalquivir, el Guadiamar, cuyo cauce fue invadido por gran cantidad de lodos contaminantes que dañaron la flora y la fauna del sistema hídrico y generaron un riesgo grave para los acuíferos de la zona.

2. Incoación de expediente administrativo sancionador y posterior suspensión por inicio de actuaciones penales

El mismo día 25 de abril de 1998, la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir incoó expediente administrativo a Boliden Apirsa con base en los artículos 89, 108 f), y g) y 110.1 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (en adelante, LA), vigentes en la fecha de acaecimiento de los hechos¹:

Artículo 89 LA

Queda prohibido con carácter general y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 92:

- a) Efectuar vertidos directos o indirectos que contaminen las aguas.
 - b) Acumular residuos sólidos, escombros o sustancias, cualquiera que sea su naturaleza y el lugar en que se depositen, que constituyan o puedan constituir un peligro de contaminación de las aguas o de degradación de su entorno.
- (...)

Artículo 108 LA

Se considerarán infracciones administrativas:

- (...)
- f) Los vertidos que puedan deteriorar la calidad del agua o las condiciones de desagüe del cauce receptor, efectuados sin contar con la autorización correspondiente.
- g) El incumplimiento de las prohibiciones establecidas en la presente Ley o la omisión de los actos a que obliga.

¹ Los artículos 89 y 108 LA fueron reformados por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, que entró en vigor el 4.1.2000. A efectos del presente comentario, la modificación efectuada no altera sustancialmente el contenido de estos artículos.

Artículo 110 LA

1. Con independencia de las sanciones que les sean impuestas, los infractores podrán ser obligados a reparar los daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico, así como a reponer las cosas a su estado anterior. El Órgano sancionador fijará ejecutoriamente las indemnizaciones que procedan.

(...)

Sin embargo, como el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Sanlúcar la Mayor inició diligencias previas penales en relación con los mismos hechos, el 12 de junio de 1998, la Confederación acordó suspender la tramitación del expediente hasta que recayera resolución en el procedimiento penal.

En España, como en otros países de nuestra cultura legal, rige el principio de prejudicialidad penal (*Le criminal tient le civil en l'état*), que está positivado en el artículo 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

“La existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca”.

3. Archivo de las actuaciones penales y reanudación y resolución del expediente administrativo: Acuerdo del Consejo de Ministros de 2.8.2002

Sin embargo, las actuaciones penales fueron posteriormente archivadas, por lo que la Confederación, el 22 de noviembre de 2001, levantó la suspensión del expediente y éste fue, finalmente, resuelto por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 2002.

Este Acuerdo hizo suyos los peritajes realizados durante las actuaciones penales y apreció la infracción por parte de Boliden de la legislación sobre aguas, por lo que impuso a esta sociedad una sanción por importe de 601.012,1 €, así como la obligación de indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico, valorados en 2.870.181,66 €, y la obligación de abonar 41.606.316,75 € por los gastos originados por la reposición del terreno al estado anterior a los hechos que dieron lugar a la incoación del expediente administrativo.

4. Revisión jurisdiccional ante la jurisdicción contencioso-administrativa: STS, 3ª, 22.11.2004²

La impugnación de la resolución anterior por parte de Boliden Apirsa dio lugar a la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo objeto de este comentario.

² STS, Sala 3ª, Sección 5ª, de 22.11.2004 (Ar. 2005\20). MP: Ricardo Enríquez Sancho.

En su recurso, Boliden planteaba varias cuestiones ante el Tribunal³. En este comentario sólo nos vamos a referir a algunas de ellas, que están directamente relacionadas con el derecho material de la responsabilidad civil por daños y el marco institucional en el que se dirime la aplicación de tal derecho.

Desde la perspectiva de la aplicación de las reglas materiales de la responsabilidad por causación de daños, la recurrente alegaba no haber incurrido en negligencia alguna por lo que habría sido indebidamente sancionada y condenada a indemnizar los daños causados así como a abonar los gastos derivados de la reposición del terreno a su estado anterior.

El Tribunal, por el contrario, entendió, en primer lugar, que el caso estaba regido por un canon de negligencia y, en segundo lugar, que la recurrente había sido efectivamente negligente.

En efecto, las medidas indemnizatorias, reparatorias y restitutorias sólo podían imponerse a “infractores”, es decir, a operadores cuya conducta contraria a derecho pudiera incurrir, además, en dolo o culpa y que, al efecto, regían los principios establecidos, específicamente, por el artículo 110.1 de la LA y, genéricamente, por el 1902 CC.

“La acción reparadora o indemnizatoria, porque el art. 110.1 LA la refiere indudablemente a «los infractores». Así como el principio expresado en la fórmula «quien contamina paga» tiene una proyección objetiva que se manifiesta en la necesidad de que quien desarrolle una actividad que inevitablemente ocasione un efecto contaminante se haga cargo, como contrapartida de los beneficios que obtiene por su ejercicio, de la reparación de los perjuicios derivados de la contaminación producida, en este caso se trata de unos perjuicios que no derivan del funcionamiento regular de la empresa sino de unos daños causados por culpa o negligencia cuya reparación puede reclamar la Administración conforme a lo previsto en el citado precepto de la Ley de Aguas y en el art. 1902 CC” (FD 5º).

Y, en segundo término, el Tribunal entendió que la recurrente, en el caso, había sido negligente, como analizaremos con cierto detalle a continuación.

“A Boliden Apirsa, SL, le era exigible, como titular de la explotación minera el deber de mantener la balsa en las adecuadas condiciones de seguridad y la omisión de ese deber comporta ese elemento de culpabilidad que la Administración ha tenido en cuenta al dictar el acuerdo de que trae causa este proceso.

[...]

A Boliden Apirsa, SL, le es imputable la culpa en la elección de esa empresa [Geocisa] y la culpa por no haberse implicado más directamente en la vigilancia de unos instrumentos de control creados para

³ En la primera de ellas, pedía la declaración de nulidad del Acuerdo por cuanto habría incurrido en caducidad al haber transcurrido en exceso el plazo legal para su resolución que la recurrente entendía que era de 6 meses pues consideraba de aplicación los artículos 42.2 y 44.2 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, vigentes tras la reanudación del expediente administrativo. Mas, de esta cuestión, que fue rechazada argumentadamente por el Tribunal Supremo, que sostuvo que la suspensión del procedimiento no podía alterar la fecha de su iniciación en la que, todavía, no estaba en vigor la mencionada ley, no trataremos aquí.

mantener la seguridad en una situación de riesgo creada por ella en el ejercicio de su actividad" (FD 11º).

5. España c. Boliden Apirsa comparada con U.S. v. Carroll Towing: un mismo concepto económico de negligencia aplicado en marcos institucionales distintos

Para resolver el caso, la Sentencia de la Sala 3ª, sin duda la más notable en materia de responsabilidad civil del año 2004, define el concepto de negligencia de una forma que resulta inevitablemente familiar para cualquier analista económico del derecho. Así, en *España c. Boliden Apirsa*, el Tribunal dejó dicho:

"La diligencia exigible a quien ejerce una actividad generadora de un riesgo está en proporción a la gravedad de los riesgos creados, de tal modo que tanto mayor será la diligencia exigible cuanto mayor sea el riesgo creado y que en el caso presente, Boliden Apirsa, SL, estaba obligada a observar la máxima diligencia tanto en la construcción como el mantenimiento de la balsa de residuos mineros de Aznalcóllar habida cuenta que su rotura era susceptible de causar unos efectos tan devastadores como los que efectivamente se produjeron" (FD 5º).

Casi sesenta años antes, en *U.S. v. Carroll Towing*⁴, otro Tribunal, por boca del Juez Learned Hand (1872-1961), había escrito:

"It appears from the foregoing review that there is no general rule to determine when the absence of a barge or other attendant will make the owner of the barge liable for injuries to other vessels if she breaks away from the moorings. However, in any cases where he would be so liable for injuries to others, obviously he must reduce his damages proportionately, if the injury is to his own barge. It becomes apparent why there can be no such rule, when we consider the grounds for such a liability. Since there are occasions when every vessel will break from her moorings, and since, if she does, she becomes a menace to those about her, the owner's duty, as in other similar situations, to provide against resulting injuries is a function of three variables: (1) The probability that she will break away; (2) the gravity of the resulting injury, if she does; (3) the burden of adequate precautions. Possibly it serves to bring this notion into relief to state it in algebraic terms: if the probability be called P; the injury, L; and the burden, B; liability depends upon whether B is less than L multiplied by P: i.e., whether B [is less than] PL."

El concepto económico de negligencia determina la magnitud de los deberes de precaución que debió observar el demandado en función de la probabilidad ex ante de que tuvieran lugar los daños multiplicados por la cuantía de los mismos. Dicho en términos llanos, se exige de todo causante potencial de daños, en nuestro caso, de la empresa minera, que vaya invirtiendo en precaución adicional una cantidad tal que el último euro invertido ahorre precisamente otro euro en daños probables. Ocurrido el accidente, el causante sujeto a un canon de negligencia que

⁴ *U.S. v Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947)

consiga probar haber cumplido con su deber de precaución resultará absuelto; en otro caso, será condenado⁵.

Es, desde luego, de todo punto encomiable, que medio siglo largo después, nuestros Tribunales hayan alcanzado la misma conclusión que el Juez Hand esbozara en 1947 para los Estados Unidos de América. Sin embargo, la misma regla material de responsabilidad se aplica en uno y otro país en marcos institucionales muy distintos y, como enseguida trataremos de justificar, el nuestro es peor. En efecto, en la España de 2005, todavía no disponemos de un marco institucional que permita resolver en un único proceso todas las cuestiones suscitadas sobre la procedencia de los remedios públicos y privados conducentes a la reparación de los bienes, también públicos y privados, destruidos o dañados por un accidente a cuya causación hayan contribuido varios operadores económicos.

Una breve comparación entre ambos casos permite ilustrar la afirmación anterior. En *U.S. v. Carroll Towing*, la compañía de remolcadores, primera demandada por la Administración, tuvo la oportunidad de llamar a otros posibles demandados al proceso y la aprovechó. En cambio, en *España c. Boliden Apirsa* el primer demandado ha tenido que soportar un primer pleito contra la Administración y, luego, tendrá, más que probablemente, que afrontar otro u otros contra los terceros posibles cocausantes del daño. Donde en América basta con un proceso, aquí hacen falta dos.

Así, en *U.S. v. Carroll Towing*, la compañía armadora propietaria del remolcador había sido demandada por el Gobierno por haber incurrido en presunta negligencia en su actividad profesional al no haber conseguido evitar que una de las barcasas que remolcaba, la Anna C., se soltara de sus amarras, abordara a un buque y se hundiera en el estuario del río Hudson interrumpiendo la navegación y provocando los consiguientes daños. En el pleito, Carroll se defendía llamando al proceso, a su vez, al propietario de la barcaza, Connors Company, en su presunta calidad de corresponsable del accidente por negligencia contributiva. Carroll sostenía que si Connors Company hubiera situado un empleado en la barcaza, éste podría haber controlado los amarres y el accidente no hubiera tenido lugar. Así las cosas, y llevadas todas las partes a un único proceso, en éste se decidirían a la vez ambas cuestiones. Fue entonces cuando el Juez Hand acuñó el concepto moderno de negligencia ante la necesidad de resolver esta segunda cuestión sobre negligencia contributiva.

En España, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2004 sobre el caso Aznalcóllar se ciñe a revisar la corrección del acto administrativo de imposición, a uno sólo de los posibles responsables, de una sanción y de condena a indemnizar y a reparar los daños causados, dejando a la iniciativa del sancionado y condenado la decisión de iniciar un nuevo

⁵ Para un análisis del problema de minimización de los costes sociales –costes en precaución y costes esperados de los accidentes– véase Thomas J. MICELI (2004), *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford, California, pp. 42-49: “[I]n the economic model, the due standard x^* was interpreted to be the level of injurer care that minimized the sum of the costs of precaution and expected damages. Thus, at x^* , the marginal cost of an additional unit of precaution equals the marginal benefit in terms of reduced damages. If we interpret B as the marginal cost of care and PL as the marginal reduction in accident costs from that last unit of care, then the injurer will be found negligent under the Hand rule if and only if $B < PL$, which is exactly the range over which $x < x^*$ in the economic model.”

pleito contra terceros cocausantes de los mismos ante una jurisdicción distinta, la jurisdicción civil.

En general y, consecuentemente también, en los casos de causación múltiple de un mismo daño, el derecho administrativo español todavía concibe la jurisdicción contencioso-administrativa como simple revisora de actos administrativos, por lo que nuestro derecho público regulatorio no facilita que el presunto coinfractor de la normativa administrativa y, en consecuencia, posible responsable civil de los daños causados pueda convocar al expediente y al proceso judicial que lo revisa a los demás posibles corresponsables.

Los artículos 34 y 39.2 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999 (en adelante, LRJAP-PAC), permiten comunicar la tramitación del procedimiento a quienes sean titulares de derechos o intereses legítimos y directos que puedan ser afectados por su resolución y cuya identificación resulte del propio expediente:

Artículo 34 LRJAP-PAC. Identificación de interesados.

Si durante la instrucción de un procedimiento que no haya tenido publicidad en forma legal, se advierte la existencia de personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos y directos cuya identificación resulte del expediente y que puedan resultar afectados por la resolución que se dicte, se comunicará a dichas personas la tramitación del procedimiento.

Artículo 39 LRJAP-PAC. Colaboración de los ciudadanos.

(...)

2. Los interesados en un procedimiento que conozcan datos que permitan identificar a otros interesados que no hayan comparecido en él tienen el deber de proporcionarlos a la Administración actuante.

Sin embargo, estas reglas resultan insuficientes cuando se trata de que el agente económico al que la Administración haya incoado un expediente administrativo pueda, en descargo parcial de su eventual responsabilidad civil, traer al procedimiento a otros posibles cocausantes del daño, de forma que estos últimos pasen a ser parte procesal y, así, resulten depuradas todas las posibles responsabilidades civiles en un único proceso y ante una misma jurisdicción.

Esta singularidad del proceso de gestión de los daños resulta aún más destacable por cuanto es así sólo en el caso en que una Administración Pública sea demandante de un particular por causación de daños a cuya producción posiblemente hayan contribuido terceros no expedientados. En el caso inverso, es decir, cuando la Administración asume la posición de parte demandada, pero ha causado el daño junto a terceros particulares, la apelación secular al principio de unidad jurisdiccional ha llevado a modificaciones legislativas en virtud de las cuales la Administración y particulares cocausantes tengan que ser demandados conjuntamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Así resulta del párrafo segundo del artículo 9.4 LOPJ, modificado por la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre:

Artículo 9.4 LOPJ

4. Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho.

Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. **Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional.** Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

En el caso de la Sentencia comentada, la fragmentación material, procesal y jurisdiccional de la gestión se pone de manifiesto de forma particularmente cruda. El Tribunal fuerza la narración de los hechos probados para conseguir formular una apreciación de negligencia directa de Boliden Apirsa.

El sistema español parte de un principio universal de solidaridad pasiva de los presuntos responsables: la Administración puede reclamar a cualquiera de ellos y, en su caso, éste podría luego contra otros eventuales corresponsables.

En este comentario, se defiende la tesis de que, al menos en algunos casos, sería positivo que estos dos procesos sucesivos pudieran reducirse a uno sólo en el que se ventilaran las responsabilidades derivadas de la relación externa y de la interna. La tarea es entonces definir en qué constelaciones de casos ello debería ser así y en cuáles el régimen tradicional de la solidaridad está justificado.

6. Teoría de la agencia y límites de la responsabilidad del principal: contratación independiente y deberes no delegables

En economía y, en particular, en la teoría económica de la agencia, se denomina principal a quien encarga hacer algo a otro, el agente, quien se obliga a cumplir el encargo por el primero⁶. El

⁶ Véase Benito ARRUÑADA (1998), *Teoría contractual de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, p 146: "para estudiar eficazmente algunos problemas y, sobre todo, para formalizar el estudio de algunas de sus partes, conviene simplificar las relaciones contractuales. La manera más común de hacerlo es considerar una única relación entre dos individuos, dentro de la cual, además, tan sólo uno de ellos, el «agente», está obligado a efectuar alguna prestación al otro, a quien se suele denominar «principal»". En el mismo sentido, Eric A. POSNER (2000), "Agency Models in Law and Economics. The Coase Lecture Winter 2000", John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 92, University of Chicago: "[A]n agency relationship, in its simplest version, is a relationship in which one person, the "principal," benefits when another person, the "agent" performs some task with care or effort".

modelo principal-agente constituye una abstracción útil para estudiar el comportamiento y los incentivos económicos de las partes de la relación, pero resulta poco manejable: en la práctica cualquier encargo es agencia⁷.

En derecho, en cambio, y, específicamente, en derecho de responsabilidad civil, la figura de la responsabilidad por el hecho de otro⁸ (en el *Civil Law*; *Respondeat superior* en el *Common Law*) no coincide con la agencia económica, resulta algo menos laxa: se ciñe a los casos en que existe una relación de dependencia entre principal y agente, donde el primero controla de hecho o debe controlar al segundo. En derecho no hay responsabilidad por el hecho de otro si el agente es un contratista independiente, es decir, si no mantiene relación alguna de dependencia con el principal.

Entonces, quizás, se pueden distinguir tres grupos de casos:

(a) Relación de dependencia: el agente depende del principal porque es un trabajador sujeto a una relación laboral, porque actúa en la esfera de influencia propia de aquél (en su giro y tráfico) o, por último, porque está sujeto a sus instrucciones en cuanto al modo de realización de su actividad y, en todos los casos, si causa los daños en el desarrollo de la actividad dependiente o con ocasión de ella.

Dan B. Dobbs⁹ define la responsabilidad vicaria, en concreto, la regla de *Respondeat Superior*: “[U]nder that principle, private and public employers are generally jointly and severally liable along with the tortfeasor employee for the torts of employees committed within the scope of employment (...) Vicarious liability under the respondeat superior doctrine ordinarily requires some kind of **employment relationship** or other consensual arrangement under which one person agrees to act under another’s control”.

(b) Contratación independiente de la realización de una obra o la prestación de un servicio: el agente no depende del principal, sino que es un contratista independiente (*independent contractor*) porque actúa, expresamente, fuera del ámbito de control y vigilancia del principal o porque, de hecho, actúa en un ámbito lo suficientemente especializado como para que el principal no esté en disposición de controlarlo.

El mismo Dobbs recoge las pautas habitualmente seguidas para delimitar el ámbito de la relación laboral y de la relación de contratación independiente: “The putative general rule is that **employers are not subject to vicarious liability for the torts of carefully selected independent contractors** (...) Several kinds of evidence bear on the employer’s power of control. The employer’s right to discharge the employee, payment of regular wages, taxes, workers’ compensation insurance and the like, long-term or

⁷ Eric A. POSNER (2000) dice: “agency relationships are ubiquitous”.

⁸ En España coexisten tres sistemas de responsabilidad civil por hecho ajeno: (i) la responsabilidad civil por hecho ajeno regulada en el artículo 1903 Código Civil; (ii) la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 120 Código Penal; y (iii) la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas recogida en los artículos 139 y ss. de la LRJAP-PAC.

⁹ Dan B. DOBBS (2000), *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, pp. 905 y ss.

permanent employment, and detailed supervision of the work tend to indicate a master-servant relationship. The employee's special skills, the fact that he works for others or is perceived to be in a business of his own, supplies his own tools or instrumentalities, hires and fires his own employees tend to show that the employee is an independent contractor".

(c) Imposición -legal o jurisprudencial- de deberes no delegables: el principal no puede delegar, en ningún caso, los deberes de control y vigilancia en el agente (*nondelegable duties*), normalmente, porque realiza una actividad especialmente peligrosa o porque pretende externalizar riesgos propios de su actividad en agentes de solvencia limitada.

Finalmente, Dobbs menciona la doctrina de los *nondelegable duties* aplicada por los Tribunales norteamericanos: "When courts conclude that as a matter of policy the enterprise should be responsible for the torts of independent contractors who are carrying out the work of the enterprise, they say that the enterprise had a nondelegable duty of care. What they mean by this is that the enterprise cannot discharge its obligation of reasonable care by hiring independent contractors to fulfill it".

En el caso de la Sentencia comentada, concurre naturalmente una relación de agencia en sentido económico entre Apirsa (luego, Boliden Apirsa), titular de la explotación minera, y las empresas que proyectaron, construyeron, recrecieron y mantuvieron el dique. Ahora bien, quienes realizaron todos estos trabajos -Intecsa, el proyecto inicial; Dragados (hoy, ACS-Dragados), la construcción del dique; Geocisa, el proyecto de estabilidad y recrecimiento)- eran todos ellos contratistas independientes. Se trataba de empresas altamente especializadas en las tareas respectivas. Desde este punto de vista, estaríamos en el caso (b) de los párrafos anteriores y, consiguientemente, cabría defender que su principal no debería haber respondido por los daños causados.

También podría opinarse que Apirsa y, luego, Boliden Apirsa, habían asumido sucesivamente un papel muy similar al del promotor en la edificación, quien, como es notorio, siempre ha respondido por ruina de la obra tal y como establecen ahora los arts. 17 a 19 LOE y había declarado antes una jurisprudencia notoria sobre el art. 1591 CC. Sin embargo, el Tribunal evita seguir este camino, pues la recurrente había alegado precisamente los arts. 1907 y 1909 CC, que limitan la responsabilidad por ruina derivada del defecto de construcción al constructor mismo y al autor del proyecto.

Por ello, tal vez, el Tribunal prefirió recurrir a la doctrina de la responsabilidad por hecho ajeno -expuesta en el apartado (a)- y a la de los deberes no delegables -enunciada en el (c)- en sendos párrafos:

La responsabilidad de Boliden Apirsa "**deriva del deber de vigilancia que le correspondía como titular de la explotación**" (FD 13^o), que remite al 11^o: "A Boliden Apirsa SL, le era exigible, como titular de la explotación minera el deber de mantener la balsa en las adecuadas condiciones de seguridad y la omisión de ese deber comporta ese elemento de culpabilidad que la Administración ha tenido en cuenta al dictar el acuerdo de que trae causa el proceso".

"[L]a responsabilidad administrativa no es delegable. A Boliden SL, le es imputable la culpa en la elección de esa empresa [Geocisa] y la culpa por no haberse implicado más directamente en la

vigilancia de unos instrumentos de control creados para mantener en situación de seguridad del riesgo creado por ella en el ejercicio de su actividad" (FD 11º).

Es muy opinable la argumentación que el Tribunal Supremo ofrece en el primer párrafo que se acaba de extractar. En casos como el comentado aquí, se hace difícil sostener que efectivamente haya responsabilidad por culpa *in vigilando*: un empresario, el principal, contrata con otro, el agente, la realización de actividades altamente especializadas y que no son propias del giro y tráfico del primero. En este caso y por hipótesis, el principal carece de medios para contrastar o verificar la calidad del trabajo realizado por el agente (lo único que podría hacer sería contratar a otro especialista que evaluara la actividad realizada). Aceptar sin más, como hace el Tribunal, que cualquier contratista independiente responsabiliza a su contraparte por los daños a terceros derivados del cumplimiento defectuoso de su cometido llevaría a una responsabilidad de alcance ilimitado: todo operador económico respondería siempre y en toda ocasión por los daños causados por cualesquiera otros agentes económicos con quienes hubiera contratado la prestación de un servicio o la realización de una obra.

En el segundo párrafo, no hay propiamente argumentación alguna: el Tribunal rechaza categóricamente que haya deberes delegables, pues postula que la responsabilidad administrativa es siempre indelegable. Los autores de este comentario no negamos en absoluto que, ciertamente, muchos deberes sean indelegables, pero sí que todos hayan de serlo. En efecto, las decisiones que llevan a las empresas a integrar verticalmente los servicios necesarios para desempeñar su actividad económica o bien a contratarlos externamente con un prestador de servicios independiente dependen de razones económicas diversas. Con todo, parece que hay que establecer unos criterios para distinguir aquellas situaciones, la mayoría, en las que la subcontratación del servicio permitiría al principal delegar en el agente una eventual responsabilidad por la incorrecta prestación del mismo y eludir, al tiempo, una responsabilidad por culpa *in eligendo*; y aquellas otras, por ejemplo, el desarrollo de una actividad extraordinariamente peligrosa, la externalización de riesgos en operadores de solvencia limitada o la defraudación de una expectativa razonable del tercero en el ámbito del control y vigilancia efectivos de la actuación del agente, en las que no le permitiría en ningún caso exonerarse de responsabilidad.

Haciéndolo así, el Tribunal, además de establecer una responsabilidad civil ilimitada e indelegable del principal, titular de la explotación minera, encuentra un débil fundamento para confirmar la sanción que el Consejo de Ministros impuso a Boliden Apirsa consistente en una multa de 601.012,1 € por infracción de los artículos 89, 108 f), y g) de la Ley de Aguas, que, aunque no mencionen el dolo, la culpa grave o la culpa simple como criterios de imputación subjetiva, siempre deben ser aplicados conforme al principio de culpabilidad que exige toda norma de derecho sancionador¹⁰.

¹⁰ Véase Alejandro NIETO (2002), *Derecho administrativo sancionador*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, pp. 336-397, en el cual se explica detalladamente la progresiva aceptación del principio de culpabilidad del derecho penal por parte del derecho administrativo sancionador.

Por todo, la Sentencia ha dejado pasar la oportunidad que le prestaba el caso de responsabilidad civil del año 2004 para sentar las bases de una auténtica jurisprudencia, es decir, de una doctrina jurisprudencial que precise el alcance de las reglas de derecho, en vez de dictar una simple resolución, según la cual todos respondemos y, en su caso, somos sancionados por lo que hacen o dejan de hacer aquéllos con quienes hemos trabado cualquier género imaginable de relación contractual.

7. Conclusiones

Sin discrepar de la justicia material del fallo -una explotación minera es potencialmente muy peligrosa- nosotros proponemos una dualidad entre aquellos casos en los que el agente operador económico deba responder solidariamente sin más y aquellos, que creemos la mayoría, en los que el operador pudiera tener la opción de llamar al pleito a otros posibles co-causantes del daño.

Al efecto, la responsabilidad solidaria puede ser un régimen razonable en todos aquellos casos en los que la Administración reclama contra quien es principal en sentido jurídico por la infracción, por parte de uno o varios agentes de este último, de deberes de cuyo cumplimiento aquél hubiera de responder -sea ya por aplicación de los principios generales de responsabilidad por el hecho de otro, sea ya porque, dada la naturaleza de los deberes impuestos, éstos deban calificarse como indelegables-. Sin embargo, en los casos restantes y, en particular, cuando el principal sólo hubiera sido tal en el sentido económico de la teoría de la agencia y, por consiguiente, sus agentes hubieran sido contratistas independientes, el régimen de responsabilidad debería ser el de simple presunción *iuris tantum* de solidaridad: el principal a quien la Administración reclamara la reparación de los daños debería poder llamar al expediente administrativo y al litigio a quienes hubieran contribuido causalmente a la producción de un mismo daño. Así, los remedios públicos y privados deberían poder ser gestionados en un único proceso.