

Responsabilidade patrimonial das administracións públicas cando actúan a través de suxeitos privados. Especial referencia aos contratistas e aos concesionarios

## Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas cuando actúan a través de sujetos privados. Especial referencia a los contratistas y a los concesionarios

Liability of public administration when it acts through private subjects. Special reference to contractors and concessionaires

58 Regap

Regap



ESTUDIOS

MARÍA DOLORES RIVERA FRADE

Magistrada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo  
Tribunal Superior de Justicia de Galicia  
mdriverafrade@gmail.com

Recibido: 20/11/2019 | Aceptado: 19/12/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.55>

**Resumo:** O réxime de responsabilidade patrimonial das administracións públicas cando actúan a través de suxeitos privados ofrece varias peculiaridades. Este traballo trata de dar resposta ás preguntas que se pode facer o prexudicado nestes casos, como a quen se debe atribuír a responsabilidade, ante quen se debe presentar a reclamación, a través de que procedemento se vai tramitar, e as distintas posibilidades que se ofrecen unha vez que remata o procedemento ou transcorre o prazo para resolvelo. No ámbito xudicial trátanse distintas cuestións que seguen xerando dúbidas: papel do contratista, concesionario e aseguradora no procedemento, a prescrición da acción, ou a execución das sentenzas que condenan un suxeito privado.

**Palabras clave:** Responsabilidade patrimonial, Administración pública, leis 39/2015 e 40/2015, suxeitos privados, contratistas, concesionarios, aseguradora, procedemento administrativo, competencia xurisdiccional.

<sup>1</sup> El epígrafe I de este trabajo contiene pasajes que pertenecen al trabajo "La responsabilidad patrimonial de la administración pública en las leyes 39/2015 y 40/2015", que forma parte de la obra colectiva *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico*, Estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor, publicada en Dialnet en el año 2017, ISBN 978-84-948634-5-5.

**Resumen:** El régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas cuando actúan a través de sujetos privados ofrece varias peculiaridades. Este trabajo trata de dar respuesta a las preguntas que se puede hacer el perjudicado en estos casos, como a quién se debe atribuir la responsabilidad, ante quién se debe presentar la reclamación, a través de qué procedimiento se va a tramitar y las distintas posibilidades que se ofrecen una vez que finaliza el procedimiento o transcurre el plazo para resolverlo. En el ámbito judicial se tratan distintas cuestiones que siguen generando dudas: papel del contratista, concesionario y aseguradora en el procedimiento, la prescripción de la acción o la ejecución de las sentencias que condenan a un sujeto privado.

**Palabras clave:** Responsabilidad patrimonial, Administración pública, leyes 39/2015 y 40/2015, sujetos privados, contratistas, concesionarios, aseguradora, procedimiento administrativo, competencia jurisdiccional.

**Abstract:** When public administrations acts through private subjects, the liability that is configurable on it presents several peculiarities. The present work tries to answer to questions that people in this cases, who is the responsible subject, where should the claim/appeal be submitted, what is the procedure to process it, and the different possibilities that can choose once the procedure is finished or the time limit to resolve it. In the judicial field, this paper deals with different questions that continue to produce doubts: role of the contractor, concessionaire and insurer in the procedure, the prescription of the action, or the execution of sentences that condemn a private subject.

**Key words:** Liability, Public Administration, private subjects, contractors, concessionaires, insurer, administrative procedure, jurisdictional competence.

**SUMARIO:** 1 Marco normativo. Especial referencia al ámbito subjetivo de las leyes 39/2015 y 40/2015. 2 Procedimiento administrativo. 2.1 Consideraciones generales. 2.2 Procedimiento administrativo cuando la Administración actúa a través de contratistas y concesionarios de servicios públicos. Alcance de su responsabilidad. 3 Competencia jurisdiccional. 4 Procedimiento judicial. 5 Conclusión.

## 1 Marco normativo. Especial referencia al ámbito subjetivo de las leyes 39/2015 y 40/2015

En el ámbito del estudio de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (en adelante, AAPP), el marco normativo debe venir encabezado por el artículo 106.2 CE, según el cual:

*“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.*

Y a continuación por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante, LRJSP), cuyo artículo 32 establece que:

*“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”.*

Esta ley no ha hecho más que continuar con una regulación de la responsabilidad patrimonial de las AAPP diseñada en la ley como una responsabilidad general y directa que entra en juego siempre que se cumplan los requisitos que exige la norma<sup>2</sup>, y siempre que se siga el procedimiento previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (en adelante, LPAC)<sup>3</sup>.

La LRJSP apenas introdujo reformas o novedades<sup>4</sup> en el instituto de la responsabilidad patrimonial<sup>5</sup>, lo cual ha sido criticado por algunos autores que han visto en esta ley la oportunidad de corregir carencias de la legislación anterior, y de reducir la inseguridad jurídica y el protagonismo judicial en la aplicación del sistema<sup>6</sup>.

Pero sí hemos de fijarnos en el ámbito subjetivo de ambas leyes, tal como se recoge en el artículo 2, pues si la Ley 30/92 en su artículo 2 tan solo se refería a las personificaciones jurídico-públicas del sector público<sup>7</sup>, esto es, a las AAPP de base territorial y a las entidades jurídico-públicas que tienen la consideración de AAPP (y no a las personificaciones jurídico-privadas del sector público), en cambio las leyes LRJSP y LPAC extienden su ámbito de aplicación a todo el sector público.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 2, el sector público comprende tanto a las AAPP de base territorial (Administración general del Estado, las administraciones de las comunidades autónomas, las entidades que integran la Administración local) como el sector público institucional, y este a su vez se integra, conforme al artículo 2.2, por:

a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las AAPP.

<sup>2</sup> Requisitos que coinciden sustancialmente con los ya previstos en la ley anterior, Ley 30/92, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

<sup>3</sup> Un balance sobre el ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en la obra de MARTÍN REBOLLO, L., "Ayer y hoy de la Responsabilidad patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones", *Revista de Administración Pública*, n. 150, enero-abril 2000. En su esencia, constituye la versión escrita de la conferencia impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, el 16 de noviembre de 1999, dentro del ciclo organizado por el Anuario de dicha Facultad. AFDUAM 4 (2000), pp. 273-316.

<sup>4</sup> Si alguna novedad podemos destacar, son los cambios introducidos en la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por las lesiones que sufran los particulares en sus bienes y derechos derivadas de leyes declaradas inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea. La Comisión Europea decidió abrir a España un procedimiento de infracción, y el 25 de enero de 2018 le envió un dictamen motivado debido a que las normas de este país incumplen los principios de equivalencia y/o de efectividad, ya que las actuales disposiciones nacionales establecen condiciones menos favorables en lo relativo a la responsabilidad por una infracción de la legislación de la UE que por la responsabilidad debida a una infracción de la Constitución española, y porque además contiene condiciones de procedimiento que no son acordes con la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la UE, haciendo que sea excesivamente difícil comprometer la responsabilidad del Estado por una infracción de la legislación de la UE, lo que tiene una repercusión negativa en la efectividad del derecho de la UE.

<sup>5</sup> Sobre la responsabilidad de las administraciones públicas tras la nueva Ley de régimen jurídico del sector público, puede leerse la obra de GARCÍA RUBIO, F., y FUENTES I GASÓ, R., *La responsabilidad de las Administraciones Públicas tras la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público*, Colección: Derecho y Administración, Atelier, Barcelona, 2017.

<sup>6</sup> PIZARRO NEVADO, R., "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", Gonsálbez Pequeño, H. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, El consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2016, p. 102.

<sup>7</sup> El artículo 2 (Ámbito de aplicación) establecía que: "1. Se entiende a los efectos de esta ley por administraciones públicas: a) La Administración general del Estado, b) Las administraciones de las comunidades autónomas, c) Las entidades que integran la Administración local. 2. Las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones públicas tendrán asimismo la consideración de Administración pública. Estas entidades sujetarán su actividad a la presente ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación".

b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las AAPP, que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3 y, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.

c) Las universidades públicas, que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de las leyes 39/2015 y 40/2015.

Esto significa que toda reclamación de responsabilidad patrimonial que se presente frente a estas administraciones, y frente a todas estas entidades, aunque entre estas últimas algunas sean personificaciones de derecho privado siempre que actúen en ejercicio de potestades públicas, se tramitará por los cauces previstos en la LPAC. Y los actos que pongan fin a estos procedimientos tendrán la consideración de actos administrativos sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículos 1 y 2 e) de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en adelante LJCA).

En el caso de las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las AAPP –personificaciones jurídico-privadas del sector público, como son las sociedades públicas mercantiles o las fundaciones públicas–, quedan sometidas a las normas de la LPAC cuando estas normas se refieran específicamente a ellas y, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.

No deja de llamar la atención esta última previsión legal –que se repite en el artículo 2.2 b) de la LRJSP–, teniendo en cuenta que el legislador siempre ha querido evitar la atribución de potestades públicas a las personificaciones jurídico-privadas del sector público. Y la justificación se presentaba sencilla: no tienen la consideración de Administración pública. Su personal es laboral y, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos.

La disposición adicional duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado (derogada por la LRJSP), disponía que:

*“Las sociedades mercantiles estatales (...) en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública”*. Del mismo modo, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, disponía en su artículo 46 (derogado por la LRJSP) que *“Las fundaciones del sector público estatal (...) No podrán ejercer potestades públicas”*.

En el ámbito autonómico gallego, la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, en su artículo 103.2, dispone que *“Las sociedades mercantiles autonómicas en ningún caso dispondrán de facultades que impliquen el ejercicio de potestades administrativas”*; y el artículo 115.1 que *“Las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma no podrán ejercer potestades públicas”*.

Sin embargo, con las leyes LRJSP y LPAC, se experimenta el proceso inverso al fenómeno que conocemos como de huida del derecho administrativo, el cual ha venido

caracterizando a esta rama del ordenamiento jurídico durante la segunda mitad del siglo XX.

Una manifestación de este proceso inverso la encontramos igualmente en la LRJSP, cuyo artículo 113, al regular el régimen jurídico de las sociedades mercantiles estatales, establece que *“En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas”*<sup>8</sup>.

Respecto de las universidades públicas, aunque no se incluyan en el apartado 3 del artículo 2 de la LPAC (consideración de administraciones públicas), lo que no merece discusión alguna es que se trata de instituciones públicas creadas por los órganos legislativos, dotadas de personalidad jurídica, y que prestan un servicio público, aunque desarrollen sus funciones en régimen de autonomía (Ley orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades, en adelante LOU). Y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.4 de la LOU, las resoluciones del rector y los acuerdos del consejo social, del consejo de gobierno y del claustro universitario, agotan la vía administrativa y serán impugnables directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con lo establecido en la Ley 30/1992 (referencia que debe entenderse realizada a la LPAC de conformidad con lo dispuesto en la disposición final cuarta).

Podemos recordar, respecto de las corporaciones de derecho público, que aun siendo asociaciones de base privada que actúan en defensa de intereses profesionales y económicos comunes, se les encomiendan determinadas funciones públicas, de manera que, si en el ejercicio de esas funciones causan daños, la responsabilidad patrimonial se exigirá por los cauces previstos en la LPAC, y la resolución que ponga fin a este procedimiento será fiscalizable por la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>9</sup>.

## 2 Procedimiento administrativo

### 2.1 Consideraciones generales

El artículo 142.3<sup>10</sup> de la derogada Ley 30/92 demandaba una colaboración reglamentaria para regular tanto el procedimiento general para la determinación de la responsabilidad patrimonial como el procedimiento abreviado.

Ni la LRJSP ni la LPAC contienen una previsión semejante, pues esta última ya recoge las especialidades procedimentales en el seno del procedimiento administrativo común para la exigencia de dicha responsabilidad, y se encarga también de regular el procedimiento abreviado<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Francisco Velasco lo denomina proceso de readministrativización de las entidades privadas vinculadas o dependientes, en el blog del Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid, [www.idluam.org](http://www.idluam.org).

<sup>9</sup> Artículo 2 c) de la LJCA.

<sup>10</sup> *“Para la determinación de la responsabilidad patrimonial se establecerá reglamentariamente un procedimiento general con inclusión de un procedimiento abreviado (...)”*.

<sup>11</sup> Capítulo VI “De la tramitación simplificada del procedimiento administrativo común”, artículo 96.

Incluso la LRJSP, en su artículo 32.9, se remite a la LPAC, en cuanto al procedimiento para determinar la responsabilidad de las AAPP por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma.

Ahora bien, con tales previsiones legales no queda agotada toda la regulación de la responsabilidad patrimonial<sup>12</sup>. La disposición final decimoquinta de la LPAC faculta al Consejo de Ministros y a los ministros de Presidencia y de Hacienda y Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, para dictar cuantas disposiciones reglamentarias sean necesarias para su desarrollo.

El procedimiento regulado en la LPAC, con las especialidades propias del procedimiento de exigencia de la responsabilidad patrimonial es el que debe de tramitar la Administración, bien actúe sometida al derecho administrativo, bien lo haga en sus relaciones de derecho privado, y bien actúe directamente o a través de una entidad de derecho privado.

El artículo 35 (responsabilidad de derecho privado) establece que:

*“Cuando las administraciones públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad”.*

Este precepto no representa ninguna novedad respecto de la normativa anterior, pues mantiene el régimen de responsabilidad que ya se recogía en el artículo 144 de la derogada Ley 30/92, en la redacción dada por la Ley 4/1999<sup>13</sup>.

Así, bien actúen las AAPP directamente, bien lo hagan a través de una entidad de derecho privado (en régimen de contratación o de concesión administrativa), la responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP.

Por tanto, una vez presentada la reclamación de responsabilidad patrimonial, el procedimiento se tramitará por los cauces previstos en la LPAC, y se resolverá con arreglo a los principios previstos en la LRJSP.

El artículo 35 de la LRJSP representa una manifestación del carácter directo de la responsabilidad de las AAPP que se recoge en el artículo 36 cuando dice que:

***“1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta ley, los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente***

<sup>12</sup> CABO OLVERA, T., *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas. Ley 39/2015 y Ley 40/2015. Normativa, jurisprudencia, doctrina y formularios*, Bosch, Barcelona, 2019.

<sup>13</sup> El artículo 144 (Responsabilidad de derecho privado) establecía que: *“Cuando las administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo acto propio de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta ley”.*

*las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.*

*La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento”.*

Solo que el artículo 36 se refiere a la exigencia de la responsabilidad patrimonial cuando las AAPP actúen a través de sus autoridades y del personal a su servicio, y en relaciones sujetas al derecho administrativo<sup>14</sup>; y el artículo anterior se refiere a la exigencia de la responsabilidad patrimonial cuando las AAPP actúen en relaciones de derecho privado, bien directamente o a través de sujetos privados, pero en ambos casos el procedimiento de exigencia de responsabilidad patrimonial va a ser el mismo: el previsto en la LCAP<sup>15</sup>.

En el ámbito autonómico gallego, el artículo 37.2 de la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración (en adelante Ley gallega 1/2015), establece que:

*“En los casos de gestión directa del servicio a través de otras entidades instrumentales del sector público diferentes de las expresadas en el apartado anterior (en alusión a los prestados a través de entidades privadas instrumentales) y en los casos de gestión indirecta del servicio, las relaciones de las personas usuarias con el prestador del servicio tendrán naturaleza jurídico-privada (...).”*

A pesar de dotar a estas relaciones de una naturaleza jurídico-privada, la ley gallega somete al derecho administrativo –como lo hace ahora el artículo 35 de la LRJSP– el régimen de responsabilidad derivada de la prestación de los servicios públicos.

El artículo 40.1 de la Ley gallega 1/2015 permite al usuario dirigir directamente su reclamación a la Administración autonómica titular del servicio público, de acuerdo

<sup>14</sup> La Audiencia Nacional en la sentencia de 6 de mayo de 2013 (RO: SAN 2242/2013), recurso: 93/2012, razona que “No existe una acción de responsabilidad patrimonial frente a las autoridades y agentes al servicio de la Administración, ni directa ni indirecta, pues la única acción que el ordenamiento contempla es la acción directa frente a la Administración pública”. Tampoco se puede dirigir una acción de esta naturaleza ante la jurisdicción civil, y así la STS de 17 de febrero de 2006: “Este sistema de opción (se refiere a la posibilidad de dirigirse contra la autoridad o personal) desapareció a partir de la entrada en vigor de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común de 1992 (...).” Y la STC 15/2016, de 1 de febrero de 2016 (BOE n. 57, de 7 de marzo de 2016), negó legitimación al funcionario para ser parte en el proceso de responsabilidad objetiva de la Administración por ausencia de interés legítimo, toda vez que la declaración de responsabilidad de la Administración no comporta, automáticamente, beneficio o perjuicio alguno en su esfera jurídica. Será en un momento posterior, en el del ejercicio de la acción de regreso, o en el de la eventual incoación de un expediente sancionador, donde el demandante podrá formular alegaciones, proponer y practicar la prueba admitida y, en su caso, recurrir en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa la resolución definitiva y firme que se dicte, manteniéndose así indemnes sus posibilidades de defensa (FJ 2).

<sup>15</sup> Lo que añade la nueva ley es la extensión de este régimen a los casos en los que la Administración actúe en relaciones de derecho privado. No a través del personal a su servicio (que también, y así se recogía en la ley anterior), sino a través de una entidad de derecho privado, e incluso cuando concurra en la producción del daño con sujetos de derecho privado, o cuando la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración, o a la entidad aseguradora que cubra su responsabilidad. Este último añadido se asemeja al introducido en el artículo 2 e) de la LJCA por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, en un afán de conseguir la unidad jurisdiccional cuando se trata de reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las AAPP, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de la que se derive, no pudiendo ser demandadas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social “aun cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”



con lo establecido en la legislación básica estatal<sup>16</sup>, sin perjuicio del derecho a reclamar contra el prestador del servicio en la vía jurisdiccional que corresponda en los casos en que no se pretenda la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración<sup>17</sup>.

2.2 Procedimiento administrativo cuando la Administración actúa a través de contratistas y concesionarios de servicios públicos. Alcance de su responsabilidad

En el caso particular de los contratistas y concesionarios de servicios públicos<sup>18</sup>, el artículo 32.9 LRJSP es también claro en cuanto al procedimiento a seguir para determinar la responsabilidad de las AAPP por los daños y perjuicios causados a terceros con motivo de la ejecución de los contratos y de la prestación de los servicios públicos. Y es, igualmente, el procedimiento administrativo regulado en la LCAP, con las peculiaridades propias de este tipo de reclamaciones.

El artículo 32.9 establece que:

*“Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas para determinar la responsabilidad de las administraciones públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, establezca el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público”.*

El Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, ha sido derogado y sustituido por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.

Esta regulación tampoco constituye una novedad, pues ya se recogía en el Real decreto 429/93, de 26 de marzo, que aprobó el reglamento de los procedimientos de las AAPP en materia de responsabilidad patrimonial<sup>19</sup>, derogado por la LCAP.

Para comprobar hasta dónde alcanza en estos casos la responsabilidad de las AAPP<sup>20</sup>, tenemos que acudir, entonces, a la legislación sectorial en materia de con-

<sup>16</sup> En referencia a la Ley 30/92, y ahora a las leyes LRJSP y LPAC.

<sup>17</sup> Con esta previsión se evita que el perjudicado acuda a la jurisdicción contencioso-administrativa demandando únicamente a la entidad de derecho privado, que no es Administración pública. Y se evita que el perjudicado demande a la Administración pública ante la jurisdicción civil, lo cual no sería posible a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 e) de la LJCA.

<sup>18</sup> La responsabilidad patrimonial concurrente de las administraciones públicas y de sujetos privados ha sido objeto de análisis por GARCÍA SANZ, J., “En torno a la Responsabilidad patrimonial concurrente de las Administraciones Públicas y de sujetos privados”, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, n. 9, 2004. Y por su parte la Responsabilidad patrimonial de los contratistas del sector público ha sido objeto de análisis por MANTECA VALDELANDE, V., “Reclamación de responsabilidad a las Administraciones Públicas, Responsabilidad patrimonial de los contratistas del sector público”, *Actualidad Administrativa*, n. 8, Sección Práctica Profesional, quincena del 16 al 30 de abril de 2011, p. 1028, tomo 1, editorial La Ley.

<sup>19</sup> Artículo 1.3 RD 429/1993: “Se seguirán los procedimientos previstos en los capítulos II y III de este reglamento para determinar la responsabilidad de las administraciones públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las administraciones públicas, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, dicha legislación establece. En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios”.

<sup>20</sup> Las reglas de distribución de la responsabilidad entre la Administración vs. el contratista por HORGUÉ BAENA, C., “La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros de los contratos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, n. 147, septiembre-diciembre 1998 (<https://dialnet.unirioja.es>), y por BOCANEGRA SIERRA, R., “La responsabilidad ci-



tratación pública, y en particular al artículo 196, que regula la indemnización de daños y perjuicios causados a terceros con motivo de la ejecución del contrato<sup>21</sup>.

En este artículo se recoge una regla general y unas excepciones.

La regla general:

*“1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato”.*

Y las excepciones:

*“2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto en el contrato de obras, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el redactor del proyecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 315, o en el contrato de suministro de fabricación”.*

Para los concesionarios de los servicios públicos, el artículo 121.2 LEF establecía que:

*“En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste”.*

En el ámbito del régimen local<sup>22</sup>, el artículo 128 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, Decreto de 17 de junio de 1955, también impone al concesionario que gestione un servicio público de competencia de las entidades locales la obligación de indemnizar a terceros de los daños que les ocasionase el funcionamiento del servicio, salvo que se hubiesen producido por actos realizados en cumplimiento de una cláusula impuesta por la corporación con carácter ineludible.

La misma idea de excluir la responsabilidad de la Administración cuando la lesión en los bienes o derechos de los particulares se produzca a consecuencia del funcionamiento de un servicio público concedido a un tercero se recoge igualmente en el artículo 288 c) de la Ley 9/2017, que, al establecer las obligaciones generales del concesionario, incluye la de *“Indemnizar los daños que se causen a terceros como*

vil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros”, *Documentación Administrativa*, n. 237-238, 1994 (<https://doi.org/10.24965/da.v0i237-238.5353>).

<sup>21</sup> Con contenido equivalente al artículo 214 de Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, que regulaba la indemnización de daños y perjuicios de la siguiente manera: “1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. 2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación”.

<sup>22</sup> Sobre la responsabilidad patrimonial de las entidades locales puede leerse la obra del mismo título de MARTÍN REBOLLO, L., *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, Colección: Biblioteca de Derecho Municipal, Iustel, Madrid, 2005.

*consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración”.*

En términos semejantes aparece redactado el artículo 50 de la Ley gallega 1/2015, que, al regular las obligaciones del contratista, establece lo siguiente:

*“1. El contratista estará sujeto a las obligaciones recogidas en la legislación de contratos públicos y en el régimen jurídico del servicio. 2. En particular, estará sujeto a las siguientes obligaciones:*

*f) Indemnizar por los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración”.*

Nos podemos preguntar a continuación cuál puede ser la reacción del ciudadano que ha sufrido un daño, muchas veces desconocedor de que detrás de unas obras públicas o de la prestación de un servicio público hay un sujeto privado vinculado a la Administración en régimen de contratación o concesión administrativa.

Como también nos podemos preguntar quién debe tramitar el procedimiento de exigencia de responsabilidad, a través de qué cauces y cómo debe finalizar el procedimiento.

La respuesta a esas preguntas tratamos de darla en los siguientes apartados.

A) Quién debe tramitar el procedimiento:

El ciudadano que ha sufrido el daño puede acudir directamente a la Administración que crea responsable (titular del servicio público en cuyo ámbito se ha producido el daño), o también podrá dirigirse frente al contratista, o prestador del servicio público. Pero en ambos casos será la Administración quien deba tramitar el correspondiente procedimiento de exigencia de responsabilidad, para lo cual el contratista o el prestador del servicio estarán obligados a remitir a la Administración las reclamaciones de responsabilidad que se puedan presentar ante ellos.

Así se recoge en el artículo 40 de la Ley gallega 1/2015, que, al regular la responsabilidad patrimonial derivada de la prestación de los servicios públicos de titularidad autonómica, establece lo siguiente:

*“1. Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que puedan formular las personas usuarias de los servicios públicos podrán dirigirse directamente a la Administración autonómica titular del servicio público, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal (...)”.*

Es más, la propia ley, queriendo reforzar la competencia de la Administración en la tramitación del procedimiento, y queriendo buscar una solución al incumplimiento de la obligación que atribuye al contratista y al concesionario de remitir las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que le hayan presentado directamente las personas usuarias, establece a renglón seguido que *“El contrato incluirá expresamente esta obligación como obligación esencial, cuyo incumplimiento será causa de resolución contractual”.*

Teniendo en cuenta la opción que la ley ofrece al ciudadano de presentar la reclamación bien *directamente a la Administración bien ante el contratista o concesionario*, la

presentación ante uno u otro interrumpe el plazo de prescripción de la acción, aunque el plazo para resolver el procedimiento no va a dar comienzo sino desde que la reclamación tenga entrada en el registro de la Administración u organismo competente para su tramitación (artículo 21.2 b) LCAP).

B) A través de qué cauces:

El procedimiento se tramitará de acuerdo con las normas procedimentales que se recogen en la LCAP para este tipo de procedimientos (*–de acuerdo con las normas que regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración–* dice el artículo 40.2 de la Ley gallega 1/2015), solo que añade un trámite de audiencia en el artículo 82.5<sup>23</sup>:

*“En los procedimientos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere el artículo 32.9 de la Ley de régimen jurídico del sector público, será necesario en todo caso dar audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios”.*

El mismo trámite se recoge en la Ley gallega 1/2015, cuyo artículo 41 (Intervención del gestor del servicio en el expediente de responsabilidad patrimonial) establece que:

*“1. En la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial en los casos de servicios públicos en régimen de gestión indirecta se dará audiencia al contratista, y se le notificarán cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento al efecto de que comparezca en él, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba considere necesarios”.*

Sin embargo, ni esta norma ni las estatales que regulan el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial exigen que en la tramitación de estos procedimientos se dé audiencia, ya no a las aseguradoras de las empresas contratistas o de prestación de servicios públicos<sup>24</sup>, sino a las compañías aseguradoras de la Administración.

Esto no significa que las compañías aseguradoras puedan, y menos aún deban, quedar al margen de la tramitación del procedimiento, pues no se puede negar su condición de interesada al amparo de lo dispuesto en el artículo 4.1 de la LCAP, desde el momento en que sus intereses pueden resultar afectados por la decisión que se adopte en el procedimiento, y porque el artículo 16 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro<sup>25</sup>, impone al tomador del seguro la obligación de comunicar al

<sup>23</sup> Este trámite ya aparecía recogido en el derogado Real decreto 429/1993, en su artículo 1.3 *“En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios”.*

<sup>24</sup> Entiendo que las cuestiones relativas a las pólizas de seguro suscritas con estas compañías para la cobertura de la responsabilidad civil que derive de su actuación representa una cuestión interna entre asegurador y asegurado, y tendrán que resolverse entre ellas, acudiendo en su caso a la jurisdicción civil.

<sup>25</sup> El artículo 16 LCS establece que *“El tomador del seguro o el asegurado o el beneficiario deberán comunicar al asegurador el acaecimiento del siniestro dentro del plazo máximo de siete días de haberlo conocido, salvo que se haya fijado en la póliza un plazo más amplio. En caso de incumplimiento, el asegurador podrá reclamar los daños y perjuicios causados por la falta de declaración. Este efecto no se producirá si se prueba que el asegurador ha tenido conocimiento del siniestro por otro medio. El tomador del seguro o el asegurado deberá, además, dar al asegurador toda clase de informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro. En caso de violación de este deber, la pérdida del derecho a la indemnización sólo se producirá en el supuesto de que hubiese concurrido dolo o culpa grave”.*

asegurador el acontecimiento del siniestro en un plazo máximo de siete días desde que se tiene conocimiento del mismo o en el más amplio que fije la póliza.

Cuestión distinta es que en la práctica la aseguradora de la Administración sea o no llamada en el procedimiento de responsabilidad patrimonial como interesada y comparezca o no en él, y se le ofrezcan los trámites de audiencia y práctica de prueba, y finalmente se le notifique la resolución. En los pliegos contractuales, y en particular en los pliegos de prescripciones técnicas para la contratación de los seguros de responsabilidad civil/patrimonial de la Administración, no se suele hacer ninguna mención al respecto, limitándose a indicar aspectos como el objeto del seguro, las sumas aseguradas, los límites de la responsabilidad, el alcance temporal y geográfico del seguro, los riesgos cubiertos o las prestaciones del asegurador.

C) Cómo debe finalizar el procedimiento:

C.1) Pronunciamiento sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños, y sobre el *quantum* indemnizatorio:

En el acuerdo que ponga fin al procedimiento, la Administración deberá decidir (“informar” dice la LCSP) a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños.

El artículo 214 del Real decreto legislativo 3/2011 establecía que:

*“3. 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.  
4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”.*

Y el artículo 196.3 de la vigente Ley 9/2017 LCSP establece que:

*“Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, informe 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”.*

El contenido de ambos preceptos es prácticamente idéntico al que ya se recogía en el artículo 97.1 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas:

*“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”.*

Y antes en el artículo 98.1 de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas, y con similar contenido el artículo 92 del Reglamento de contratación de las corporaciones locales<sup>26</sup>.

Específicamente para los contratos de gestión de servicios públicos, los artículos 123 de la Ley de expropiación forzosa y 137 de su reglamento establecían que:

*“Cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, en la forma prevista en el párrafo 2 del art. 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre 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”.*

En este contexto normativo se puede afirmar que la legislación sectorial obliga a la Administración, como órgano de contratación ante el que presenta la reclamación el particular, de resolverla y pronunciarse tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe abonarla. Y si alguna duda pudiera generar el cambio de redacción del artículo 196.3 de la LCSP, pues abandona el término *“se pronuncie”* y lo sustituye por el de *“informe”*; esta duda queda despejada, al menos en el ámbito de actuación de la Administración autonómica gallega, en el artículo 4.1.2 de la Ley 1/2015, al establecer lo siguiente:

*“El procedimiento se instruirá de acuerdo con las normas que regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración y determinará si existe responsabilidad patrimonial de la Administración, por ser el daño producido por causas imputables a la Administración, o si existe responsabilidad patrimonial del contratista”.*

Sobre la interpretación que han merecido las normas en materia de contratación pública y, por tanto, sobre el posicionamiento de la Administración como órgano de contratación a la hora de resolver las reclamaciones presentadas por los particulares, el Tribunal Supremo (en adelante, TS) en la Sentencia de 25 de octubre de 2016 –recurso 2537/2015– (ROJ: STS 4625/2016), se hace eco del largo y tortuoso recorrido por el que atravesó este régimen y su interpretación, llevando a dicho tribunal a crear unas líneas de jurisprudencia no del todo coincidentes, como se deja constancia en la Sentencia de 30 de octubre de 2003 (recurso de casación 3315/1999) y en la anterior de 30 de abril de 2001 (recurso de casación 9396/1996).

Nos fijaremos entonces en lo que sostiene el TS en la Sentencia de 25 de octubre de 2016. El TS razona que:

*“Cuando el daño se impute a un concesionario –o contratista–, de conformidad con lo establecido en los mencionados preceptos, el perjudicado ha de dirigirse contra la Administración titular del servicio y otorgante de la concesión; debiendo*

<sup>26</sup> El Reglamento general de contratación aprobado por el Decreto 3410/75 se mantuvo vigente hasta que entró en vigor el Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprobó el nuevo Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas. Asimismo, se mantuvo en el artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, y después en el artículo 214 del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprobó el texto refundido de la Ley de contratos del sector público.

*ésta, con audiencia de todas las partes afectadas, determinar si la imputación del daño ha de realizarse, conforme a ese sistema de reparto de responsabilidad, bien al concesionario o a la Administración”.*

En base a ello, podemos concluir que, cuando el perjudicado presenta una reclamación frente a la Administración pública, y detrás de la producción del daño está la actuación de un contratista o de un concesionario, la Administración deberá pronunciarse no solo sobre la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial, sino, y para el caso de que concurran estos requisitos, sobre a quién corresponde la responsabilidad, si a ella, si al contratista/concesionario, o si a ambas, y además deberá pronunciarse sobre el *quantum* indemnizatorio que corresponda, sin que pueda reservarlo a un ulterior procedimiento.

Esta obligación aparece reforzada en el artículo 41.3 de la Ley gallega 1/2015, del que hemos de destacar la posición de garante que atribuye a la Administración, disponiendo que:

*“Si en el procedimiento se determina la existencia de responsabilidad patrimonial del contratista, la Administración, como garante de la posición de las personas usuarias, en virtud de la ley y en el uso de sus potestades contractuales, ordenará a aquél el abono de la indemnización a la persona usuaria y le indicará un plazo para ello”.*

Así lo ha interpretado el TSJG en la Sentencia de 19 de diciembre de 2018 (ROJ: STSJ GAL 5032/2018).

C.2) Ejecución del acto que pone fin al procedimiento administrativo de declaración de responsabilidad del contratista o concesionario:

La ley gallega ofrece una solución para conseguir que el acuerdo que determina la responsabilidad del contratista o del concesionario se pueda ejecutar en la propia vía administrativa y por la propia Administración sin que el perjudicado se vea obligado a acudir a la vía judicial, bien ante la jurisdicción contencioso-administrativa por la vía del artículo 29.2 LJCA (ejecución de acto firme), bien ante la jurisdicción civil frente al contratista.

Con el objeto de que la Administración pueda acudir a los mecanismos coercitivos propios de la ejecución de sus actos administrativos, la ley califica de créditos de derecho público a las cantidades que la Administración reconozca a favor de los perjudicados, pues de esta manera podrá recaudarlas en vía ejecutiva (artículos 97 y ss. de la LCAP).

Con esta previsión el legislador gallego opta por atribuir a la Administración un papel que va más allá del papel arbitral en que se creía que actuaban, para convertirse en un papel de verdadero garante. E incluso como responsable última del servicio público podrá abonar esas cantidades directamente al perjudicado sin perjuicio de su posterior repetición frente al contratista.

Así, la Ley gallega 1/2015, en su artículo 41.3 y 4 (Intervención del gestor del servicio en el expediente de responsabilidad patrimonial), establece que:

*“En caso de incumplimiento de la resolución por el contratista, las cantidades determinadas por la Administración en el procedimiento tendrán la consideración de crédito de derecho público, a efectos de su recaudación por el órgano competente de la Administración. Las cantidades recaudadas serán objeto de entrega a la persona usuaria del servicio perjudicado.*

*Asimismo, el régimen jurídico del servicio podrá prever el abono de las cantidades determinadas en el procedimiento directamente por parte de la Administración como responsable última del servicio y su posterior exigencia como crédito de derecho público al contratista.*

*Los pliegos de los contratos deberán hacer referencia a lo previsto en este artículo”.*

C.3) Efectos del incumplimiento de la obligación de la Administración de pronunciarse sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños:

La cuestión más polémica se plantea en cuanto a los efectos de la pasividad de la Administración ante este tipo de reclamaciones.

Aquí hay que distinguir dos situaciones, la del silencio administrativo, y la de la resolución expresa que deniega la reclamación por entender que no concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial, pero sin llegar a entrar a analizar la cuestión de fondo, al inadmitir o desestimar la reclamación en base a otras cuestiones, como por ejemplo la prescripción de la acción, la falta de legitimación activa, etc., sin llegar a pronunciarse sobre la responsabilidad del contratista/concesionario.

Sea cual sea el pronunciamiento o los pronunciamientos que recaigan, el acto que ponga fin al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial queda sujeto al control judicial, y podrá ser impugnado por quien se entienda perjudicado en sus intereses, de modo que podrá serlo por el reclamante (porque no se haya reconocido la responsabilidad patrimonial, o porque la estimación de la reclamación es parcial, o porque se declara la responsabilidad del contratista/concesionario y el perjudicado quiere que lo sea también o en exclusiva la Administración), o por la empresa contratista/concesionaria, o por ambas partes.

En los casos de silencio, de dirigirse la reclamación en vía judicial únicamente frente a la Administración, esta no podrá alegar su falta de responsabilidad, atribuyéndola al contratista, pues como ya se han pronunciado los tribunales:

*“Cuando la Administración demandada incumple lo dispuesto y no da a conocer al perjudicado, si de los daños por él sufridos debe de responder la propia Administración, o bien la contratista de las obras, a tenor del art. 98 citado, la Administración no puede exonerarse de responsabilidad, imputándole a ella el resarcimiento de los daños causados”<sup>27</sup>.*

No se puede desconocer el cuerpo de doctrina que se ha venido formando en esta materia, ampliamente aceptado por los tribunales y juzgados de lo contencioso-administrativo, según el cual en aquellos casos en los que la Administración se limita a

<sup>27</sup> SAN de 17 de septiembre de 2003 y STS de 25 de octubre de 2016.



declinar su responsabilidad en los hechos, sin indicar al perjudicado cuál de las partes debe responder por los daños causados, esta omisión constituye motivo suficiente para atribuirle la responsabilidad por los daños, sin que pueda verse exonerada por la aplicación de la regla general de atribución de responsabilidad prevista en la normativa sobre contratación pública, que con carácter general atribuye la obligación de indemnizar a la empresa contratista.

Esta doctrina fue aceptada y asumida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia en sentencias como la de 4 abril de 2003 (recurso contencioso-administrativo n. 4561/1999).

Nada excluye considerar que el artículo 196 de la LCSP se refiere a las relaciones internas entre contratista y Administración, sin que su contenido se pueda invocar frente al perjudicado en los casos en los que la Administración ha omitido un pronunciamiento sobre la responsabilidad en atención al reparto de la carga indemnizatoria en los términos previstos en la misma norma. No se puede olvidar, por otra parte, que la Administración ostenta la titularidad del servicio y un deber de supervisión del cumplimiento del contrato.

La omisión de este pronunciamiento supone que, para garantizar los derechos del particular reclamante, se imponga la responsabilidad patrimonial a la Administración. La jurisprudencia establece el principio de que la Administración, titular del servicio público, no puede desentenderse de los daños causados por la actuación de la empresa que lo gestiona, por lo que ha de resolver sobre la procedencia de la indemnización y sobre quién debe pagarla, quedando en caso contrario obligada a responder. En los supuestos en que la Administración no actúa de esa forma (sin pronunciamiento de responsabilidad ni de sujeto responsable) el perjudicado puede válidamente reclamar judicialmente de la Administración y, si esta resulta condenada, ya repetirá contra el concesionario<sup>28</sup>.

El TS en la Sentencia de 30 de marzo de 2009 –recurso 10680/2004– razonó que:

*“En interpretación de la norma citada (que era del artículo 97 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, 13/95) aun cuando se refiere a los contratos de obra es trasladable “mutatis mutandis” al supuesto ahora analizado, la jurisprudencia tiene expresado que la naturaleza netamente objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración impide a ésta, que actúa en la esfera de sus atribuciones para satisfacer un servicio público, desplazar la misma al contratista, mero ejecutor material, sin perjuicio de la acción de repetición de aquélla contra éste (Sentencias de 19 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3615) y de 23 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1280)), ya que si bien las obras han sido adjudicadas a una empresa contratista, no puede olvidarse que su responsabilidad sería subjetiva, mientras que la de la Administración es directa y objetiva, todo ello, se insiste, sin que obste a una posible acción de reintegro que la Administración puede formular frente al contratista (Sentencias de 13 de febrero de 1987 (RJ 1987, 2975) y de 27 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9229)), e incluso ha de añadirse que cuando*

<sup>28</sup> Entre otras, sentencias de 9 de mayo de 1989 y de 12 de febrero de 2000.

*los poderes públicos no han atribuido al contratista la responsabilidad en la vía administrativa sería contrario a un elemental sentido de justicia material intentar desviar tal responsabilidad en sede jurisdiccional en perjuicio del administrado, criterio éste avalado por la Sentencia de 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9705)”.*

Si se produce una pasividad de la Administración y el ciudadano decide acudir a la vía judicial impugnando lo que sería una desestimación presunta por silencio administrativo de su reclamación, la Administración no puede invocar la regla general de responsabilidad del contratista/concesionario.

Y, por tanto, si se demuestra la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial (daño, antijuridicidad del daño, funcionamiento del servicio público y nexo causal), la Administración tendrá que responder frente al perjudicado, sin perjuicio de la acción de repetición frente al contratista/concesionario.

Este criterio se mantuvo vigente en posteriores pronunciamientos del TS, de los que son ejemplo los siguientes: STS de 30 de noviembre de 2011 –recurso: 5978/2009– (ROJ: STS 8708/2011). En esta sentencia el TS ofrece una solución a los casos en que se llegue a apreciar una concurrencia de culpas:

*“El Abogado del Estado mantiene que la responsabilidad por los hechos que originaron el incendio sería imputable al contratista encargado de la ejecución de las obras, debiendo declararse la inadmisibilidad del presente recurso.*

*Pues bien, los recurrentes presentaron reclamación previa a la vía judicial narrando los hechos e indicando los daños sufridos, no obteniendo respuesta por parte de la Administración recurrida, quien se abstuvo de dictar resolución alguna indicando la existencia de responsabilidad de la empresa contratista, limitándose a dejar transcurrir los plazos que posibilitaron que operase el silencio negativo. Como se deduce del artículo 98 de la Ley 13/95, de contratos de las administraciones públicas, y del artículo 134 del Reglamento general de contratación, aprobado por Real decreto 3410/1975, la reclamación del perjudicado ha de dirigirse a la Administración Contratante que debe pronunciarse sobre la procedencia de la indemnización, su cuantía y a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños.*

*La Administración, ante la petición formulada por los demandantes, como ya hemos indicado, guardó silencio no cumpliendo lo preceptuado en los artículos anteriormente citados y, aunque el responsable de los daños fuese el contratista, al no haberlo así declarado, la responsabilidad, en su caso, debe asumirla la Administración demandada, sin perjuicio de su desplazamiento sobre el que realmente sea responsable, que es quien tiene la obligación de soportarla, según doctrina jurisprudencial reiterada (STS de 9 de mayo de 1989, de 9 de mayo de 1995, de 8 de julio de 2000 y de 7 de abril de 2001) y mantenida en la STS de 8 de mayo de 2001, dictada en un recurso para unificación de doctrina que casa la sentencia del Tribunal a quo que hacía recaer sobre la perjudicada las consecuencias del silencio de la Administración contratante, manteniendo la doctrina de precedentes sentencias. No procediendo, por tanto, la inadmisión del recurso porque no se haya dirigido la acción contra el contratista.*

Regap



ESTUDIOS

*En otro orden de cosas, si se hubiese producido la concurrencia de culpas de los ayuntamientos afectados por el incendio en la producción o en los efectos del mismo, como esgrime la Abogacía del Estado, ello determinaría una minoración en la cuantía de la indemnización que se fijase, pero, en ningún caso, su consecuencia sería la inadmisibilidad del recurso presentado frente a la Administración para que se determine si existe y en qué grado responsabilidad de la misma”.*

STS de 11 de febrero de 2013 –recurso: 5518/2010– (ROJ: STS 647/2013):

*“En primer término, ha de llamarse la atención sobre el tiempo empleado por la Administración en efectuar el pronunciamiento sobre la responsabilidad del contratista, pues la reclamación de la indemnización por los daños se presentó frente a la Administración que el interesado consideró responsable del mantenimiento y conservación de la Autovía, la Consejería de Obras Públicas y Transportes, el 26 de enero de 1999, y esta demoró la resolución del expediente hasta el 27 de noviembre de 2007, esto es, 8 años y 10 meses después de la reclamación, lo que no se corresponde con la finalidad del pronunciamiento previsto en el artículo 98.3 LCAP, de indicar al tercero interesado la intervención del contratista y su responsabilidad. Pero, además, en este caso, la Resolución de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de 27 de noviembre de 2007, en contra de lo que sostiene la Administración recurrente, no declaró la responsabilidad del contratista. En su parte dispositiva se limitó a señalar que la responsabilidad de los daños puede corresponder o no al contratista (“corresponde, de existir, a la empresa adjudicataria”), declaración que no tiene encaje en el artículo 98.3 LCAP, que prevé un pronunciamiento sobre “a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños”. Pero, a pesar de tan imprecisa declaración, la Resolución de 27 de noviembre de 2007 dejó claro, a lo largo de su fundamentación, la inexistencia de la responsabilidad del contratista, pues en el FD 16a, tras analizar lo actuado en el expediente sobre la presencia del trozo de madera en la calzada, y a la vista de la falta de acreditación del período de tiempo durante el que dicha madera permaneció en la carretera, llegó a la conclusión de que “...el servicio de conservación actuó correctamente...” y de que “...asimismo, la falta de señalización del peligro que el servicio de conservación desconocía, tampoco es reprochable...” a la empresa adjudicataria del servicio de conservación de la autovía.*

*No se entiende muy bien, entonces, que, si la Administración recurrente ha considerado en la resolución impugnada que la empresa contratista actuó correctamente, denuncie sin embargo en este recurso de casación que la sentencia de instancia infringió el artículo 98.3 LCAP, al no declarar la responsabilidad de la empresa contratista.*

*Si la Administración recurrente ha considerado inexistente la responsabilidad del contratista y si, además, considera que tampoco concurren los requisitos exigidos por el artículo 139 de la Ley 30/1992 relativos a su propia responsabilidad, en esta tesitura, como dice la sentencia de esta Sala de 30 de marzo de 2009 (recurso 10680/2004), citada por la sentencia impugnada, el debate jurisdiccional debe centrarse en este último aspecto, “...sin que sea admisible que ante los tribunales*

*la Administración cambie de estrategia y defienda que el daño, cuya existencia nadie discute, debe imputarse a la empresa adjudicataria del contrato de obras en cuya ejecución se causó, pues iría contra su anterior voluntad...”, manifestada de forma expresa en la resolución que puso fin al expediente de responsabilidad patrimonial”.*

Ni siquiera la Administración puede eludir esta responsabilidad alegando que la dilación o demora en la tramitación del procedimiento obedece a la intervención de muchos subcontratistas: STS de 14 de octubre de 2013 –recurso: 704/2011– (ROJ: STS 4996/2013):

*“El segundo motivo gira sobre la interpretación que debe darse al art. 97 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, precepto que el recurrente considera infringido por la Sentencia.*

*Dice este precepto que será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato y que, cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También señala esta norma que será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.*

*En el apartado tercero se habilita a los terceros a 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.*

*La Comunidad de Madrid argumenta que en este asunto se limitó a actuar de mediador para conseguir que la contratista adjudicataria de la obra respondiera de las consecuencias derivadas de su actuación, sin que se le pueda imputar falta de diligencia, como hace la sentencia, pues el tiempo transcurrido desde la presentación de la solicitud por RENFE –10 de diciembre de 2007–, hasta el momento en que se dictó la Orden de 15 de septiembre de 2009, del Consejero de Transportes e Infraestructuras, estaba justificado por la existencia de diferentes subcontratistas a los que el contratista culpabilizaba del accidente. Además, sostiene que los daños producidos en la vía del AVE no se debieron a una orden directa e inmediata de la Administración autonómica, ni existían vicios en el proyecto que hubieran justificado su responsabilidad, siendo esta exclusiva del contratista, dado que los hechos derivaron de la ejecución material de la obra con independencia de que fuera realizada por él o por subcontratas.*

*Debemos comenzar el examen de la cuestión recordando que la regla general en estos casos es la de la responsabilidad del contratista por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato de obras, debido a que su intervención rompe el nexo causal, exonerando a la Administración. Ahora*

Regap



ESTUDIOS

bien, por excepción, teniendo en cuenta la titularidad administrativa de la operación y el fin público que se trata de satisfacer, la propia norma examinada precisa que responde la Administración contratante cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de sus órdenes o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma. Por esto mismo, la norma referida a la responsabilidad del contratista impone una disciplina procedimental, a la que nos referimos en nuestra Sentencia de 30 de marzo de 2009 (rec. 10680/2004), que es citada por la Sentencia de instancia, en la que destacamos que cabe que los perjudicados, conforme los autoriza el apartado 3 del artículo 97 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, se dirijan al órgano de contratación para que, previa audiencia del contratista, se pronuncie sobre a quién (este último o la Administración misma) le toca responder de los daños, decisión susceptible de las impugnaciones administrativas y jurisdiccionales que procedan (artículo 107 de la Ley 30/1992, 106, apartado 1, de la Constitución, 1 y 25 de la Ley 29/1998). Si resuelve que la responsabilidad es del primero, el órgano de contratación dejará expedita la vía para que los perjudicados se dirijan contra él; en otro caso, seguirá el cauce establecido en el Reglamento de los procedimientos de las administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real decreto 429/1993, de 26 de marzo (BOE de 4 de mayo), porque así lo dispone su artículo 1, apartado 3.

Dado que el apartado 3 del artículo 97 configura como una facultad la posibilidad de los terceros perjudicados de dirigirse al órgano de contratación para que se pronuncie sobre el sujeto responsable, cabe también que reclamen directamente a la Administración contratante al amparo de los artículos 106, apartado 2, de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992. En esta tesitura, según dijimos en nuestra Sentencia de 30 de marzo de 2009, dicha Administración puede optar entre dos alternativas: considerar que concurren los requisitos para declarar la existencia de responsabilidad o estimar que están ausentes y que, por lo tanto, no procede esa declaración; en la primera hipótesis pueden ofrecerse, a su vez, dos salidas posibles; a saber: entender que la responsabilidad corresponde al contratista o que, por darse los supuestos que contempla el apartado 2 del repetido artículo 97, sea ella misma quien tiene que hacer frente a la reparación. En este último caso así lo acordará y en el otro deberá reconducir a los interesados hacia el cauce adecuado, abriéndoles el camino para que hagan efectivo su derecho ante el adjudicatario responsable.

Lo que no puede hacer es limitarse a declarar su irresponsabilidad, cerrando a los perjudicados las puertas para actuar contra la empresa obligada a resarcirles. Así se lo impiden no sólo el espíritu del artículo 97 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, que quiere un previo pronunciamiento administrativo sobre la imputación del daño, cualquiera que sea el modo en que se suscite la cuestión, sino principios básicos de nuestro sistema administrativo en general, como los de buena fe y confianza legítima (artículo 3, apartado 1, de la Ley 30/1992), y de su procedimiento en particular, que obligan a impulsarlo de oficio y a poner en conocimiento de los interesados los defectos de que adolecieren

*sus actos a fin de que los subsanen en tiempo oportuno (artículos 71, 74, apartado 1, y 76, apartado 2, de la misma ley)”.*

### 3 Competencia jurisdiccional

En sede de responsabilidad patrimonial las AAPP pueden concurrir con sujetos privados en la producción del daño.

En estos casos al perjudicado se le ofrecen las siguientes posibilidades:

1) Acudir a la jurisdicción civil frente al sujeto privado, al margen de que exista o no un vínculo jurídico entre la Administración y el sujeto privado.

2) Acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa frente a la Administración pública.

3) Acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa frente a la Administración pública y frente a los sujetos privados.

En estos dos últimos casos el recurrente se verá obligado a acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa por imperativo legal<sup>29</sup>. Así lo dispone el artículo 2 e) de la LJCA, según el cual:

*“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:*

*e) La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”.*

Y así lo dispone igualmente la Ley orgánica del poder judicial en su artículo 9.4:

*“... 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.*

*También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas...”.*

<sup>29</sup> Un estudio sobre la cuestión de qué orden jurisdiccional debe conocer de las reclamaciones de responsabilidad extracontractual frente a contratistas o concesionarios se recoge en la obra de HORGUÉ BAENA, C., “La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos administrativos”, cit., desde la perspectiva de lo dispuesto en el artículo 123 LEF, el artículo 134 del RCGE, y el artículo 98 LCAP.



El texto del artículo 9.4 LOPJ que acabamos de transcribir fue el resultado de la modificación que tuvo lugar por la Ley orgánica 19/2003, pues antes, y con motivo de la reforma operada por la Ley orgánica 6/1998, de 13 de julio, el contenido del citado precepto era el siguiente:

*“... 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...”*

Por su parte el artículo 2 e) de la LJCA, en su redacción originaria, establecía que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con *“La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de las actividades o el tipo de relación que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social”*.

La Ley jurisdiccional de 1956 ya recogía una cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>30</sup>, tratando de reafirmar la unidad jurisdiccional cuando se suscitasen cuestiones sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, evitando de esta manera el peregrinaje de jurisdicciones. Pero esta regla quebró cuando, unos meses más tarde, la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, en su artículo 41, dispuso que cuando el Estado actuase en relaciones de derecho privado la responsabilidad habría de exigirse ante los tribunales ordinarios.

Esta situación, que dio lugar a que la responsabilidad patrimonial de las AAPP se exigiese en la mayor parte de las ocasiones ante la jurisdicción civil<sup>31</sup>, se mantuvo hasta la promulgación de la Ley 30/92, cuyo artículo 144 pretendió ayudar en el restablecimiento de la unidad jurisdiccional al disponer que:

*“Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo, actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley”*.

Con estas previsiones se pretendía reinstaurar la unidad jurisdiccional en esta materia, que después se vio reforzada en la LJCA.

<sup>30</sup> Artículo 3: *“La jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de: Las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública”*.

<sup>31</sup> La jurisdicción civil aplicaba el criterio de la *vis atractiva* para admitir su competencia en todos los casos y no solo cuando se dirigía la reclamación frente a la Administración y frente a un sujeto privado.



Sin embargo, el Tribunal Supremo (Sala Especial de Conflictos Jurisdiccionales) dio un paso atrás en el año 2001 (ATS de 27 de diciembre de 2001)<sup>32</sup> al resolver el conflicto negativo de competencia planteado entre el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n. 4 de Barcelona, y el Juzgado de Primera Instancia n. 20 de Barcelona, y declaró competente para conocer de una reclamación formulada contra la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe) y contra Mapfre Seguros Generales, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., al Juzgado de Primera Instancia n. 20 de Barcelona.

La Sala de Conflictos del TS afirmó la competencia de la jurisdicción civil para el conocimiento de la reclamación presentada, basándose en que la reclamación se dirigió no solo frente a la Administración, sino también frente a su compañía aseguradora, entendiéndose entonces que se estaban cuestionando temas de derecho privado.

En este contexto, y cuando se pensaba que con el último inciso del artículo 2 e) de la LJCA se había eliminado toda posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria para reclamar una responsabilidad patrimonial de la Administración pública, no fue así, al menos hasta que el legislador reformó la LJCA en el año 2003, a través de la LO 19/2003, de 23 de diciembre (disposición adicional 14), y añadió al artículo 2 e) el siguiente apartado: **“aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”**.

<sup>32</sup> A continuación se reproduce, por su interés, el Auto del TS de 27 de diciembre de 2001: (...) admitida la legitimación de RENFE en calidad de parte demandada, lo que justificaría la declaración de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, por las razones expuestas, debe contemplarse, al mismo tiempo, la presencia, también como codemandada de Mapfre Seguros Generales, Compañía de Seguros y Reaseguros, la cual no comparece en el proceso por haber concurrido a la producción del daño, circunstancia que en nada cambiaría la conclusión ya adelantada, sino como contratante de una póliza de seguro, contra la cual y en virtud de lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley del contrato de seguro, Ley 50/1980, de 8 de octubre (RCL 1980\2295), «El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero». Como puede apreciarse, la llamada al proceso de la compañía de seguros no resulta caprichosa ni tiene el carácter de subsidiaria, pues la ley le otorga al perjudicado el ejercicio de una «acción directa o contra la aseguradora. Ello implica, según ha declarado la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo (sentencias de 30 de diciembre de 1995 [R] 1995\9663], 3 de abril [R] 1996\2880] y 3 de octubre de 1996 [R] 1996\7009]), el derecho del perjudicado a mantener indemne su patrimonio, siempre que la acción se ejercite dentro de los límites de la cobertura pactada. También ha declarado la jurisprudencia que la acción directa contra la compañía aseguradora tiene su origen en el contrato de seguro, siendo la obligación al pago de la compañía aseguradora la misma (salvo las excepciones que proclama el artículo 76 de la Ley del contrato de seguro [RCL 1980\2295]) que correspondería a quien contrató la póliza, por los daños y perjuicios causados. (...) la posibilidad de demandar conjuntamente al agente causante del daño, en este caso una Administración pública y la compañía aseguradora del riesgo, contemplada por el ordenamiento jurídico como una garantía de los ciudadanos ante el incremento y gravedad de los riesgos que origina la convivencia, no puede ser desconocida por las normas procesales, obstaculizando, «de facto», un derecho que le concede la norma. Sin desconocer la polémica doctrinal que este singular y especialísimo supuesto ha originado, al no estar contemplada, de forma expresa, la presencia de las compañías aseguradoras en el proceso contencioso-administrativo, dada su especial naturaleza, cuando se exige la responsabilidad patrimonial de una Administración pública, lo razonable, mientras la ley no recoja, como ha hecho con los sujetos concurrentes a la producción del daño, una llamada expresa al proceso contencioso, mantener, en este supuesto, la tradicional y ya clásica «vis atractiva» de la jurisdicción civil, reconocida en el artículo 9.2 de la Ley orgánica del poder judicial (RCL 1985\1578, 2635), cuando establece: «Los Juzgados y Tribunales del orden civil conocerán, además de las materias que le sean propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional». De lo contrario, se obligaría al perjudicado a entablar dos procesos distintos, ante dos jurisdicciones diferentes, la civil para la compañía aseguradora, y la contencioso-administrativa para la Administración. Tal alternativa, al margen de los problemas de economía procesal, riesgo de resoluciones no del todo acordes en ambos órdenes jurisdiccionales, provocaría una merma de las garantías del ciudadano y, en último término, un debilitamiento de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Por todo ello, procede declarar que la competencia para conocer de la reclamación presentada por la procuradora doña Carmen Ramí Villar, en nombre y representación de don Rodolfo, contra la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (RENFE) y Contra Mapfre Seguros Generales, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., corresponde a la jurisdicción civil.

Pero es que además el artículo 21 de la LJCA, objeto de reforma por la misma ley, consideró parte demandada en el proceso contencioso-administrativo, a: *b) Las aseguradoras de las administraciones públicas, que siempre sean parte demandada junto con la Administración a quien aseguren.*

Asimismo, la reforma de la LOPJ, llevada a cabo por la LO 19/2003, reconoció expresamente la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando el interesado acciona directamente contra el asegurador de la Administración, junto a la Administración respectiva.

Pero los conflictos de competencia no han cesado, pues en posteriores autos de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2009, 22 de junio de 2011, 24 de abril de 2015 (ROJ: ATS 2964/2015) y de 19 de diciembre de 2016 (ROJ: ATS 12363/2016), o en el más reciente Auto de 30 de mayo de 2018 (ROJ: ATS 6028/2018) –Conflicto de Competencia: 21/2017–, se atribuyó a la jurisdicción civil la competencia para el conocimiento de reclamaciones dirigidas contra Renfe<sup>33</sup> (entidad pública empresarial y por tanto organismo público: Administración pública) por daños personales por caídas o golpes en el interior de un tren, o en la bajada de este. Esta decisión se adoptó basándose en la naturaleza jurídica de Renfe<sup>34</sup> y el tipo de actuación causante de la reclamación: *“el hecho del que dimana la reclamación no guarda relación con la formación de voluntad de los órganos de Renfe, y no es consecuencia del ejercicio de potestades administrativas, sino que se enmarca en la actividad de prestación del servicio ferroviario de la entidad pública empresarial Renfe-Operadora”*<sup>35</sup>.

Sin embargo la Sala de Conflictos del TS en Auto de 8 de junio de 2018 (ROJ: ATS 6306/2018) –número del procedimiento: 5/2018– entendió que la jurisdicción contencioso-administrativa era la competente para conocer de las reclamaciones dirigidas frente a Adif, pues entre las «competencias y funciones del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias», el artículo 21.1.n) de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario (y ahora el artículo 23.1.m) de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario), incluye la «resolución de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se formulen respecto de la actuación del mismo».

<sup>33</sup> La disposición adicional tercera de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario, creó la entidad pública empresarial Renfe-Operadora, como organismo público de los previstos en el entonces vigente artículo 43.1, b) de la Ley 6/1997, de 14 de abril (LOFAGE), con personalidad jurídica propia, plena capacidad de obrar y patrimonio propio, quedando adscrita, como Administración de tutela, al Ministerio de Fomento. Renfe-Operadora, como empresa prestadora del servicio de transporte ferroviario, asumió los medios y activos que RENFE había tenido afectos a la prestación de servicios ferroviarios.

<sup>34</sup> Naturaleza híbrida: por un lado, son organismos públicos, con personalidad jurídica de derecho público, consideración de Administración, y, consiguientemente, los actos que realicen en tal concepto tienen la naturaleza de actos de la Administración sujetos a derecho administrativo, revisables por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Pero, por otro lado, son sociedades mercantiles sometidas al ordenamiento jurídico privado (FD 2.º). Por lo que se refiere a su régimen jurídico, establece el artículo 134 de la Ley 40/2015 que las entidades públicas empresariales se rigen por el derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta ley, en su ley de creación, sus estatutos, la Ley de procedimiento administrativo común, el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y el resto de normas de derecho administrativo general y especial que le sean de aplicación (con anterioridad, artículo 53.2 de la LOFAGE).

<sup>35</sup> Algunos tribunales extendieron esta doctrina a otros casos en los que se exige responsabilidad frente a otras entidades públicas empresariales, como el caso de SEPEs, entidad pública empresarial del suelo: STSJ Andalucía de 223 de octubre de 2017 (ROJ: AND15555/2017), n. de recurso: 168/2016.

En el mismo sentido se prevé en el artículo 3.1.s) del Estatuto de la entidad pública empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias. Y esta competencia o función de Adif para la resolución de reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se formulen respecto de la actuación de este, que habrá que entender referida a la actividad incluida en el contexto de la prestación del servicio que Adif tiene asignada y que dé lugar a la reclamación de un usuario de dicho servicio, se inserta de manera nítida en el ámbito del derecho administrativo.

En el procedimiento en el que se planteó ese conflicto de competencia, la demanda se dirigió conjuntamente frente a Adif y Renfe. Y se entendió aplicable lo dispuesto en el último inciso del artículo 9.4 LOPJ, y el artículo 2.e) LJCA, los cuales se interpretaron en el sentido de que corresponde a los tribunales contencioso-administrativos la competencia para el conocimiento de reclamación dirigida al propio tiempo ante Adif y la operadora Renfe.

Por razones semejantes a las que se recogen en los autos de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015, de 19 de diciembre de 2016 y de 30 de mayo de 2018, esta sala especial atribuyó a la jurisdicción civil la competencia para conocer una reclamación dirigida frente a Metro Madrid, S.A. (entidad pública empresarial), por los daños y perjuicios sufridos por una viajera de Metro Madrid, como consecuencia del mal funcionamiento de las puertas de cierre de uno de los vagones<sup>36</sup>. O para conocer de una reclamación dirigida frente SEPES<sup>37</sup>.

Lo cierto es que los artículos 9.4 de la LOPJ y 2 e) de la LJCA, en la redacción dada por la LO 19/2003, pusieron fin a la competencia del orden civil para el conocimiento de las demandas dirigidas conjuntamente contra la Administración y contra su aseguradora.

Pero no cuando la demanda se dirige únicamente frente a la aseguradora, pues el artículo 9.4 LOPJ, después de la reforma del año 2003, fue interpretado, como luego veremos, por los AATS (Sala de Conflictos) de 18 de octubre de 2004 y de 28 de junio de 2004 en el sentido de que:

*“La reforma introducida por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, en el art. 9.4 LOPJ, en el sentido de atribuir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, se refiere al supuesto de que se reclame contra aquella “junto a la Administración respectiva”, lo que excluye el supuesto de haberse demandado únicamente a la Compañía de Seguros”.*

Como dice el Auto de la Sala de Conflictos del TS, de 12 de marzo de 2013:

*“el legislador quiere que no quede alguno en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas que permita el conocimiento del asunto a otro orden jurisdiccional, razón por la que atribuye al contencioso-administrativo*

<sup>36</sup> En la medida en que los daños denunciados habrían sido causados con ocasión de la prestación de los servicios de transporte, en el marco de una relación contractual, la acción ejercitada sería de responsabilidad civil contractual. Ni la reclamación se basa en un contrato administrativo, pues la relación que vincula a Metro Madrid con la viajera demandante no se rige por la Ley de contratos del sector público; ni se dirige contra un organismo público para revisar una actividad administrativa susceptible de impugnación. ATS de 26 de febrero de 2019 (RO): ATS 2293/2019).

<sup>37</sup> ATS de 17 de diciembre de 2018 (RO): ATS 13913/2018).

*tanto el conocimiento de las acciones directas (dirigidas contra la Administración y su aseguradora), como las entabladas contra cualquier otra entidad, pública o privada, aunque las mismas, solo de una forma indirecta, sean responsables, junto a la Administración, de los daños y perjuicios causados, para reconocer una única excepción a este sistema en aquellos supuestos en que los perjudicados, al amparo del artículo 76 de la Ley del contrato de seguro, se dirijan directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora de una Administración pública, de forma que en estos casos el conocimiento de la acción corresponde a los tribunales del orden civil y ello por cuanto “en esta tesitura la competencia ha de corresponder necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar”.*

Y añade:

*“Los inconvenientes de orden práctico que puedan derivarse de la pervivencia de la duplicidad jurisdiccional en este concreto punto no pueden sobreponerse a un derecho sustantivo otorgado a los perjudicados por una norma del ordenamiento jurídico vigente, que, además, constituye un pilar de nuestro sistema en relación con el contrato de seguro, emparentado con la tutela judicial efectiva y con la voluntad del legislador de proteger a los perjudicados como ha manifestado la Sentencia de la Sala del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007. Y es que el hecho de que para determinar la responsabilidad del asegurador haya que analizar, con los parámetros propios del derecho administrativo, la conducta de la Administración asegurada no resulta en modo alguno extravagante. El artículo 42 de la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil prevé tal escenario con toda naturalidad, admitiendo un examen prejudicial que sólo producirá efectos en el proceso de que se trate”.*

Este criterio es el que sigue manteniendo la Sala de Conflictos del TS. Prueba de ello es el ATS de 24 de abril de 2015 –recurso 4/2015– (ROJ: ATS 2965/2015)<sup>38</sup>.

De esta manera el panorama que se nos presenta en el momento actual sobre el reparto de jurisdicciones cuando se reclama una indemnización por daños y perjuicios

<sup>38</sup> *“Esta Sala de Conflictos viene manteniendo, de forma reiterada, que corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las reclamaciones que, por responsabilidad patrimonial, se dirijan contra las administraciones públicas, bien individualmente, bien conjuntamente contra la aseguradora y los particulares que hayan causado o contribuido a la producción del daño. Sin embargo, cuando la acción de responsabilidad se ejercita única y exclusivamente contra personas jurídicas privadas (concesionaria y/o aseguradora), opción que compete a la reclamante, su conocimiento viene atribuido al orden jurisdiccional civil. Al efecto cabe citar los Autos de esta Sala Especial de Conflictos de Competencia de 19 de noviembre de 2007 (conflicto competencia 17/07), 19 de febrero de 2008 (CC 39/07), 22 de septiembre de 2008 (CC 14/08), 18 de diciembre de 2009 (CC 14/09), 28 de junio de 2010 (CC 4/10), 19 de diciembre de 2013 (CC 25 y 36/13), 12 de junio de 2014 (CC 41/13) y 4 de diciembre de 2014 (CC 25/14) (...). En el caso aquí examinado, la perjudicada optó por el ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual contra la UTE PAVIMENTOS MADRID ZONA 3 (integrada por las mercantiles TRABIT, S.A., IMESAPI, S.A. y API, S.A.) y la aseguradora GROUPAMA, CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., presentando, correctamente, demanda de juicio ordinario ante los Juzgados de Primera Instancia, siendo indebidamente rehusada la competencia por el Juzgado de Primera Instancia n. 5, al que se repartió, y, como quiera que son esas dos mercantiles las únicas frente a las que se pretende la indemnización –dado que el recurso deducido ante el Juzgado de lo Contencioso contra la Resolución del Ayuntamiento de 13 de diciembre de 2010, se ha inadmitido, por extemporáneo, en auto, actualmente firme– procede declarar la competencia del expresado Juzgado de Primera Instancia n. 5 de esta capital”.*

actuando la Administración a través de sujetos privados (contratistas/concesionarios) es el siguiente:

A) Demandas dirigidas frente al contratista/concesionario de la Administración pública: jurisdicción civil

STS (Sala de lo Civil) 22 de octubre de 2012 –recurso: 500/2010– (ROJ: STS 7374/2012)<sup>39</sup>; AAP A Coruña (Sede Santiago de Compostela) de 19 de noviembre de 2008 –recurso: 438/2008– (ROJ: AAP C 636/2008)<sup>40</sup>; SAP Lleida 26 de mayo de 2017 (ROJ: AAP L 353/2017)<sup>41</sup>; SAP Madrid de 13 de marzo de 2018 (ROJ AAP M 938/2018)<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> "La parte recurrente funda su posición favorable a entender competente para conocer del presente asunto a la jurisdicción contencioso-administrativa en que el artículo 9.4 LOPJ (modificado por LO 6/1998) dispone que las reclamaciones 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 la que derive, deberán sustanciarse ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Este precepto no impide que la acción de responsabilidad civil pueda ser dirigida contra el contratista de una obra pública cuando se considere que compete a él la responsabilidad por los daños causados en virtud de la negligencia en que haya podido incurrir sin intervención de la Administración. (...) En este sentido, aun cuando dialécticamente se aceptase la tesis de la parte recurrente en el sentido de que el demandado actuaba como contratista de una obra pública, este hecho no determinaría la incompetencia de la jurisdicción civil, puesto que la demanda se dirige contra el supuesto contratista por entender que ha incurrido en negligencia con independencia del actuar de la Administración y con ello ha causado el daño. De la prueba practicada no se infiere que el daño sea debido a la actuación de la Administración, al cumplimiento de una orden emanada por ella ni a los vicios del proyecto por ella elaborado (...)"

<sup>40</sup> "La dificultad en determinar la jurisdicción competente se presenta cuando es demandado de responsabilidad únicamente el concesionario. Desde un punto de vista estricto la sociedad privada concesionaria no es Administración pública, y es dudable que esté comprendida en la expresión "personal a su servicio" del artículo 9-4º de la citada LOPJ. En todo caso, como se argumenta en la sentencias de la AP de Pontevedra (Sección 3.ª) de 16 de enero de 2002 y de la AP de La Coruña (Sección 1ª) de 26 de marzo de 2003 "la acción ejercitada no es genuinamente la de responsabilidad de las administraciones públicas, ya que no se dirige contra ninguna Administración pública, sino exclusivamente contra una entidad concesionaria de un servicio público, y el apartado d) del artículo 2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa sólo permite impugnar directamente los actos de los concesionarios ante esa jurisdicción cuando la legislación sectorial lo autorice".

<sup>41</sup> "Ante el hecho de que no exista imputación de daño a alguna Administración pública y que las pretensiones estén dirigidas contra sujetos privados –en este caso una Unión Temporal de Empresas, aun cuando sea concesionaria de un servicio público– ha de entenderse competentes a los tribunales y juzgados del orden jurisdiccional civil, que, según lo dispuesto en el art. 9.2, de la Ley 6/1985, de 1 de julio EDL 1985/8738, son los que "conocerán además de las materias que le son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional". Per afegir tot seguit que: "El conocimiento de la responsabilidad extracontractual de la Administración sólo queda atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando dicha reclamación se dirija frente a una Administración pública, mas no cuando –como en el presente caso– la acción se ejercita exclusivamente frente a la empresa contratista que gestiona un servicio público y que tiene forma societaria privada y mercantil con personalidad jurídica propia. Distinta sería la solución a adoptar si el demandante hubiera dirigido la acción conjuntamente contra la Administración concedente titular del servicio y contra la entidad mercantil que lo gestiona sobre la base de argumentar que se trata de un daño causado por el anormal funcionamiento de un servicio público; de haberse hecho así, sería aplicable lo dispuesto en el art. 2.e) de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa y 9.4 de la Ley orgánica del poder judicial, correspondiendo el conocimiento del asunto a la jurisdicción contencioso-administrativa, pero como de modo único y exclusivo se ha demandado a la concesionaria del servicio, olvidando a la Administración como tal, la jurisdicción competente es la civil".

<sup>42</sup> "Considera esta Sala que existe un sistema dual, alternativo y opcional, por el que el perjudicado puede optar entre la vía administrativa o la vía civil de reclamación y, derivadamente, entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción civil. No existe argumento alguno para una restricción de ninguno de los títulos de responsabilidad que como ente concertado y como sociedad prestadora de servicios les corresponde a las sociedades sanitarias concertadas. Estas sociedades asumen un doble título de imputación de la responsabilidad, de una parte, como entes privados que se ven sometidos al tipo de responsabilidad, incluso, prevista en la ordenación de consumidores y usuarios (art. 148, párrafo 2 del TRLGCU) y de otra parte en cuanto que son gestoras de un servicio público. Así ha sido apreciado en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso, de La Coruña (A) Sección: 1, de 10 de febrero de 2016, del siguiente tenor: «2 Con carácter previo precisaremos que resulta in cuestionable la competencia del orden contencioso-administrativo para enjuiciar y dirimir la responsabilidad sanitaria de la Administración matriz o de los centros concertados según deriva de la disposición adicional 12a de la Ley 4/1999 (en armonía con el criterio consolidado del Tribunal Supremo). Ello no afecta al principio general de ejecución de contratos a riesgo y ventura del contratista, que se proyecta sobre la asistencia sanitaria prestada en la modalidad de concierto (o mediante convenio de funcionalidad equivalente), pero sí a la vertiente procesal del cauce idóneo para reclamarla, pues por imperativo de la unidad jurisdiccional derivada de la citada disposición adicional, corresponderá a los tribunales contencioso-administrativos determinar si existe o no responsabilidad por los daños y perjuicios reclamados y si la indemnización debe ser satisfecha por la Administración, por la entidad jurídica privada concertada o incluso por ambas, si existiese concurrencia de responsabilidades. Ello no impide, tal como señaló la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo (AATS de 9 de abril de 2003, y de 19 de Junio de 2009) incluso podría corresponder a la jurisdicción ordinaria el enjuiciamiento de la acción de responsabilidad que se dirija exclusivamente contra el

La posibilidad de acudir a la jurisdicción civil frente al contratista/concesionario no se puede convertir en una obligación por el hecho de que el TS en la Sentencia de 25 de octubre de 2016 (recurso 2537/2015) llegue a decir que:

*“así como la exigencia de responsabilidad en el supuesto de que sea imputable al concesionario deberá hacerse valer por la vía ordinaria del proceso civil y ante ese orden jurisdiccional –en este sentido Auto de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 24 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2965a)–; en el supuesto de que se impute el daño al concesionario, pero por órdenes impuestas por la Administración, siendo esta la responsable, el régimen de responsabilidad sigue los trámites procedimentales y procesales establecidos con carácter general para la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Así pues, cuando el daño se impute a un concesionario –o contratista–, de conformidad con lo establecido en los mencionados preceptos, el perjudicado ha de dirigirse contra la Administración titular del servicio y otorgante de la concesión; debiendo ésta, con audiencia de todas las partes afectadas, determinar si la imputación del daño ha de realizarse, conforme a ese sistema de reparto de responsabilidad, bien al concesionario o a la Administración; dejando abierta la vía civil para aquel primer caso y la vía administrativa para la segunda”.*

Ni por el hecho de que el artículo 40.1 de la Ley gallega 1/2015 diga que las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que puedan formular las personas usuarias de los servicios públicos podrán dirigirse directamente a la Administración autonómica titular del servicio público, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal *“sin perjuicio del derecho de las personas usuarias a reclamar contra el prestador del servicio en la vía jurisdiccional que corresponda en los casos en que no se pretenda la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración”*.

Esto último no puede ser entendido como una obligación del perjudicado de acudir a la jurisdicción civil para reclamar frente al contratista o prestador del servicio. Una interpretación de las normas que conduzca a este criterio significaría vaciar de contenido todas las previsiones legales que hemos citado hasta ahora, en virtud de las cuales se obliga a la Administración a pronunciarse sobre la determinación o, en su caso, el reparto de la responsabilidad; cuando además el papel de la Administración en estos casos debe ir más allá de un papel cuasiarbitral, y debe convertirse en un papel de verdadero garante del ciudadano, que es, como hemos visto, por el que opta el legislador gallego en la Ley 1/2015.

El Consello Consultivo en el Dictamen 364/2018, de 7 de noviembre de 2018, sostiene que:

---

*contratista, posibilidad que está en manos del particular según su estrategia procesal y para el caso de que considere que todo título y responsabilidad de la imputación recae exclusiva y directamente sobre la entidad privada concertada, por considerar que ha incurrido en negligencia al margen de todo título o intervención de la Administración (línea apuntada con carácter general por la STS de 2 de octubre de 2009). Lo que debe quedar claro es que en el ámbito contencioso-administrativo no se podría ejercer la demanda directa y únicamente frente a la entidad privada concertada ya que es condición sine qua non que la misma combata una actuación administrativa y sea demandada también la Administración».*



*“consideradas las circunstancias descritas, y después de un minucioso análisis de la citada doctrina jurisprudencial, este órgano consultivo estima que el pronunciamiento de la Administración en estos supuestos debe limitarse exclusivamente a la declaración de la responsabilidad del contratista, de darse los presupuestos legales al efecto, quedando, en ese momento, expedita la vía jurisdiccional civil para el reclamante”*,

y añade que:

*“este órgano consultivo informa favorablemente a la propuesta de resolución remitida, únicamente en lo que se refiere a la declaración de responsabilidad de la contratista, porque la determinación del quantum indemnizatorio corresponderá, en su caso, a la jurisdicción civil”*.

Pero tales consideraciones no tienen amparo en la doctrina jurisprudencial expuesta a lo largo de este trabajo, ni en la propia normativa autonómica (Ley gallega 1/2015), cuyo artículo 41.3 establece que:

*“Si en el procedimiento se determina la existencia de responsabilidad patrimonial del contratista, la Administración, como garante de la posición de las personas usuarias, en virtud de la ley y en el uso de sus potestades contractuales, ordenará a aquél el abono de la indemnización a la persona usuaria y le indicará un plazo para ello”*.

Y como dice el TSJG en la Sentencia de 19 de diciembre de 2018 (recurso n. 554/2018):

*“El contenido de este precepto refuerza la obligación de la Administración de pronunciarse, como aquí ha hecho, sobre la determinación del quantum indemnizatorio que corresponda, sin que pueda reservarlo a un ulterior procedimiento, y menos aún a la jurisdicción civil, salvo que el perjudicado escoja voluntariamente esta jurisdicción para dirigirse exclusivamente frente al concesionario (supuesto al que se refiere el Auto dictado por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015 (conflicto negativo de competencia número 4/2015)”*.

B) Demandas en ejercicio de la acción directa contra la aseguradora de la Administración: jurisdicción civil.

Autos de la Sala de Conflictos de Competencia de 22/03/2010 –conflictos de competencia 23/2009, 25/2009 y 27/2009–, 18/10/2010 –CC 21/2010–, 17/10/2011 –CC 27/2011–, 3/10/2011 –CC 28/2011–, 5/12/2011 –CC 46/2011–, 24/09/2012 –CC 22/2012 y CC 4/2013–. SSTs 30 de mayo 2007; 21 de mayo 2008 y 11 de febrero 2011), STS 15 de octubre de 2013 –recurso: 1578/2011– (ROJ: STS 4953/2013)<sup>43</sup>.

C) Demandas en ejercicio de la acción directa contra la aseguradora de la Administración en sede de responsabilidad civil sanitaria: jurisdicción civil.

<sup>43</sup> “Se trata de un problema que ha sido resuelto reiteradamente por esta Sala atribuyendo competencia a la jurisdicción civil cuando la demanda se dirige en el ejercicio de la acción directa del artículo 76 LCS, contra el asegurador de la Administración antes y después de la reforma del artículo 9 de la LOPJ y que ha sido también corroborado por numerosos autos de la Sala de Conflictos del TS”.



ATS (Sala de lo Civil) de 14 de enero de 2014<sup>44</sup>, recurso número 3417/2012. ATS 16 de noviembre de 2016 –recurso: 3142/2014– (ROJ: ATS 10306/2016)<sup>45</sup>.

Bajo este apartado merece una mención especial la Sentencia dictada por el TS, Sala de lo Civil –en Pleno– de 5 de junio de 2019 –recurso: 2992/2016– (ROJ: STS 1840/2019).

<sup>44</sup> Declara la sala que este problema ha sido resuelto reiteradamente atribuyendo competencia a la jurisdicción civil cuando la demanda se dirige en el ejercicio de la acción directa del artículo 76 LCS, contra el asegurador de la Administración (SSTS 30 de mayo 2007, 21 de mayo 2008 y 11 de febrero 2011), antes y después de la reforma del artículo 9 de la LOPJ y que ha sido también corroborado por numerosos autos de la Sala de Conflictos de este Tribunal (autos de fecha 22/03/2010 –conflicto de competencia 23/2009, 25/2009 y 27/2009–, 18/10/2010 –CC 21/2010–, 17/10/2011 –CC 27/2011–, 3/10/2011 –CC 28/2011–, 5/12/2011 –CC 46/2011–, 24/09/2012 –CC 22/2012 y CC 4/2013–).

*La reforma de la LOPJ llevada a cabo por la LO 19/2003 (norma procesal aplicable por razones temporales, dado que la demanda se presentó el 2 de abril de 2009) reconoce expresamente la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, junto a la Administración respectiva. Con ello se ha puesto fin a la competencia del orden civil para el conocimiento de las demandas dirigidas conjuntamente contra la Administración y el asegurador, pero este precepto ha sido interpretado por los AATS (Sala de Conflictos) de 18 de octubre de 2004 y 28 de junio de 2004 (teniendo en cuenta la inclusión del último inciso, que no figuraba en algunos textos prelegislativos) en el sentido de que, según expresión del primero de los citados autos, "la reforma introducida por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, en el artículo 9.4 LOPJ, en el sentido de atribuir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, se refiere al supuesto de que se reclame contra aquella "junto a la Administración respectiva", lo que excluye el supuesto de haberse demandado únicamente a la Compañía de Seguros". Como dice el auto de la Sala de Conflictos de 12 de marzo de 2013, "el legislador quiere que no quede resquicio alguno en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas que permita el conocimiento del asunto a otro orden jurisdiccional, razón por la que atribuye al contencioso-administrativo tanto el conocimiento de las acciones directas (dirigidas contra la Administración y su aseguradora) como las entabladas contra cualquier otra entidad, pública o privada, aunque las mismas, solo de una forma indirecta, sean responsables, junto a la Administración, de los daños y perjuicios causados, para reconocer una única excepción a este sistema en aquellos supuestos en que los perjudicados, al amparo del artículo 76 de la Ley del contrato de seguro, se dirijan directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora de una Administración pública, de forma que en estos casos el conocimiento de la acción corresponde a los tribunales del orden civil y ello por cuanto "en esta tesitura la competencia ha de corresponder necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar". Además, la sentencia de 15 de octubre de 2013 no encuentra óbice en la intervención procesal posterior del Instituto a la hora de aplicar dicha doctrina. Según declara, «Las reflexiones que preceden y la conclusión a la que conducen no quedan contradichas por la circunstancia de que el Instituto Catalán de la Salud compareciera ante el Juzgado de Primera Instancia mostrándose parte en el procedimiento instado inicialmente contra Zurich. Esta intervención, que solo le permite adquirir la condición de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda frente al mismo (STS de 20 de noviembre de 2011 ), y que no tiene más interés que el fracaso de la demanda dirigida exclusivamente contra la compañía aseguradora, no altera la naturaleza de la acción ejercitada al amparo del artículo 76 de la Ley del contrato de seguro ni por consiguiente el régimen de competencia (Auto 21/2010). Señala el Auto de la Sala de Conflictos de 12 de marzo de 2013: "Los inconvenientes de orden práctico que puedan derivarse de la pervivencia de la duplicidad jurisdiccional en este concreto punto no pueden sobreponerse a un derecho sustantivo otorgado a los perjudicados por una norma del ordenamiento jurídico vigente, que, además, constituye un pilar de nuestro sistema en relación con el contrato de seguro, emparentado con la tutela judicial efectiva y con la voluntad del legislador de proteger a los perjudicados como ha manifestado la Sentencia de la Sala del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007. Y es que el hecho de que para determinar la responsabilidad del asegurador haya que analizar, con los parámetros propios del derecho administrativo, la conducta de la Administración asegurada no resulta en modo alguno extravagante. El artículo 42 de la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil prevé tal escenario con toda naturalidad, admitiendo un examen prejudicial que solo producirá efectos en el proceso de que se trate".*

<sup>45</sup> Como dice el auto de la Sala de Conflictos de 12 de marzo de 2013, "el legislador quiere que no quede resquicio alguno en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas que permita el conocimiento del asunto a otro orden jurisdiccional, razón por la que atribuye a la contencioso-administrativa tanto el conocimiento de las acciones directas (dirigidas contra la Administración y su aseguradora) como las entabladas contra cualquier otra entidad, pública o privada, aunque las mismas, solo de una forma indirecta, sean responsables, junto a la Administración, de los daños y perjuicios causados, para reconocer una única excepción a este sistema en aquellos supuestos en que los perjudicados, al amparo del artículo 76 de la Ley del contrato de seguro, se dirijan directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora de una Administración pública, de forma que en estos casos el conocimiento de la acción corresponde a los tribunales del orden civil y ello por cuanto en esta tesitura la competencia ha de corresponder necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar...".

En consecuencia, el motivo no se admite teniendo en cuenta que la acción que se ejercita es la acción directa del artículo 76 LCS frente a la aseguradora en virtud de la póliza de responsabilidad civil sanitaria, que determina a tenor de la doctrina de la sala que el conocimiento de la acción corresponde a los tribunales del orden civil.

La Sala de lo Civil del TS nos muestra en esta sentencia, de forma completa y didáctica, la doctrina del alto tribunal no solo en cuanto a la competencia del orden civil para conocer de la acción directa que se ejercita frente a las aseguradoras de la Administración, sino también la obligación de la jurisdicción civil de estudiar en estos procedimientos la responsabilidad del asegurado conforme a los criterios que a este le son propios.

En el procedimiento en el que recayó la citada sentencia se ejercitaba la acción directa contra la aseguradora del Servicio Madrileño de Salud, en reclamación de perjuicios por negligencia médica. Y la singularidad del caso estriba en que el perjudicado ya había recibido la cantidad fijada en vía administrativa por responsabilidad patrimonial de la Administración pública sanitaria.

En el procedimiento seguido ante la jurisdicción civil se introdujo como *ratio decidendi* la vinculación de esta jurisdicción a lo resuelto por la Administración en el previo expediente de responsabilidad patrimonial.

Sobre el carácter autónomo de la acción directa prevista en el artículo 76 LCS, el TS sostiene lo siguiente:

*“Se ha afirmado que la acción directa es una acción autónoma que nada tiene que ver con la acción subrogatoria, pues el perjudicado no se subroga en los derechos del asegurado, sino que su derecho nace de un modo indirecto y por disposición legal de un contrato de seguro al que en principio es ajeno.*

*El derecho del tercero perjudicado frente al asegurador goza de autonomía profunda respecto al que aquel tiene frente al asegurado causante del daño, pues se trata de derechos diversos, que no deben confundirse.*

*Al día de hoy es doctrina pacífica que la acción directa no es subsidiaria de la acción contra el responsable sino que goza de autonomía procesal y que para ejercitarla no es preciso que se sustancie previamente la reclamación en vía administrativa, pues precisamente una de las ventajas de dicha acción, que a su vez constituye su fundamento, es evitar esa reclamación previa y la sumisión a la autotutela decisoria y las dilaciones que tal actuación previa conlleva.*

*Aunque no se trate de un supuesto de responsabilidad nacida de asistencia sanitaria, resulta apropiado para lo que se acaba de afirmar recoger lo que sostiene la Sentencia 283/2014, de 20 de mayo.*

*Sienta, como doctrina reiterada, que, en virtud del contrato de seguro de responsabilidad civil “la autonomía del derecho del perjudicado tiene marcados sus límites por la ley y por el propio contrato de seguro”. Es decir, la acción directa del art. 76 LCS tiene características y límites particulares, “pues el art. 73 LCS preceptúa que el asegurador responde dentro de los límites del contrato y de la ley, con lo que ya tenemos una frontera ineludible para la acción directa”.*

*En similares términos la STS 485/2018, de 11 de septiembre.*

*El demandante, aunque solo demande a la aseguradora, no podrá limitarse a invocar que la Administración asegurada le ha causado un daño y a probar que dicho daño está cubierto en la póliza, sino que debe acreditar y obtener un pronunciamiento de que la Administración ha incurrido en responsabilidad patrimonial.*

*La contrapartida es que la aseguradora podrá excepcionar a la pretensión dirigida en su contra por el perjudicado, no solo la culpa exclusiva de la víctima, sino cualquier otra circunstancia impeditiva de la responsabilidad patrimonial”.*

La sentencia abunda sobre la doctrina jurisprudencial en la que apoya tales afirmaciones (FD tercero, apartado 3).

En cuanto a la competencia de la jurisdicción civil para pronunciarse prejudicialmente sobre la existencia de responsabilidad de la Administración cuando se ejercite solo la acción directa frente a la aseguradora, el TS dedica el apartado 4 del fundamento de derecho tercero de su sentencia, y con cita de los autos 3/2010, 4/2010 y 5/2010, de 22 de marzo de 2010, de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, sostiene que:

*“No parecen existir dudas acerca de que la jurisdicción civil pueda y deba pronunciarse prejudicialmente sobre la existencia de responsabilidad de la Administración cuando se ejercite solo la acción directa frente a la aseguradora, lo que expresamente viene contemplado en el art. 42 LEC.*

*Con dos puntualizaciones: que el pronunciamiento prejudicial sobre si la Administración ha incurrido en responsabilidad patrimonial se verificará conforme a la normativa de la misma, es decir, conforme a los artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992, así como que será a los solos efectos del proceso, sin que ello suponga reconocerle competencia a la jurisdicción civil para declarar la responsabilidad de la Administración Pública asegurada (informe del Consejo de Estado 331/1995 de 9 de mayo), para lo que debe seguirse el procedimiento administrativo previsto legalmente”.*

La utilidad didáctica de la sentencia se refleja en el apartado quinto del mismo fundamento de derecho (tercero), en el que expone las diferentes posibilidades que se abren al perjudicado cuando ocurre un siniestro por el que pudiese exigirse responsabilidad patrimonial a una Administración sanitaria, a saber:

*“(i) Que el perjudicado ejercite contra la aseguradora de la Administración la acción directa que prevé el art. 76 LCS, obviando seguir el procedimiento administrativo previsto legalmente para reclamar responsabilidad y consiguiente indemnización de esta.*

*En este supuesto, en el que el perjudicado se dirige, al amparo del art. 76 LCS, directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora, la competencia para conocer de la acción corresponde necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar (STS de 15 de octubre de 2013, rec. 1578/2011).*

*Pero ello será a los solos efectos prejudiciales por lo que se refiere a la responsabilidad de la Administración (art. 42.1 LEC), esto es, que solo produce efectos en el proceso civil y no en el contencioso-administrativo, si llegase a existir, pues para que así fuese, esto es, si se pretendiese demandar responsabilidad de la*

*Administración y condena de ésta, será preciso seguir la vía administrativa y contencioso-administrativa.*

*Y como se ha expuesto, la prejudicialidad de la responsabilidad de la Administración, a los solos efectos del proceso civil, debe verificarse conforme a parámetros administrativos.*

*(ii) Que el perjudicado acuda a la vía administrativa y contencioso-administrativa y que, una vez declarada la responsabilidad de la Administración y su condena, ejercite contra la aseguradora de esta la acción directa prevista en el art. 76 LCS. En este caso la acción directa se circunscribirá al contrato de seguro, pues el presupuesto técnico de la responsabilidad del asegurado, que es la Administración, consta como vinculante, por ser aquella la única jurisdicción que la puede condenar, esto es, la contencioso-administrativa.*

*Así se infiere de la Sentencia 625/2014, de 25 de febrero.*

*(iii) Que el perjudicado opte por seguir el expediente administrativo de responsabilidad patrimonial y, recaída resolución por la Administración, sea consentida por aquel al no impugnarla en la vía contencioso-administrativa.*

*Naturalmente la cuestión jurídica que pudiese suscitarse es si con posterioridad a la resolución administrativa o con anterioridad pero en el curso de la tramitación del expediente incoado, el perjudicado ejercita la acción directa del art. 76 LCS contra la aseguradora de la Administración.*

*La resolución administrativa recaída puede ser desestimando la existencia de la responsabilidad o asumiendo su existencia y fijando la cuantificación de la indemnización a satisfacer.*

*Este último supuesto es el de autos y, por ende, el que va a merecer nuestra atención y enjuiciamiento.”*

Y, por último, en cuanto al valor que debe darse a la resolución dictada por la Administración dentro del procedimiento incoado contra la aseguradora ante la jurisdicción civil, al amparo del artículo 76 LCS, y en cuanto a lo que podían impugnar los reclamantes ante la jurisdicción contencioso-administrativa, los apartados 6 y 7 son del siguiente tenor:

*“Es incuestionable que la parte demandante, en su legítimo derecho de opción al que se hizo mención, optó voluntaria y libremente por acudir a la vía administrativa previa para exigir de la Administración una indemnización del daño padecido por ser responsable de la causa que lo originó.*

*La reclamación patrimonial se interpuso en fecha 7 de agosto de 2012 y recayó resolución que puso término al expediente el 3 de septiembre de 2014.*

*Cuando el expediente administrativo se encontraba en trámite, ya avanzado y con informe emitido por el inspector médico, se ejercitó por la parte actora la acción directa contra la aseguradora en demanda fechada el 9 de enero de 2014 y presentada el 15 de ese mes y año.*

*La resolución administrativa resolvió “estimar la reclamación de daños y perjuicios formulada..., reconociéndoles el derecho a percibir una indemnización total actualizada por importe de 334.684,66 euros por los daños y perjuicios ocasionados”.*

*Esta resolución ha devenido firme por cuanto quienes presentaron la reclamación patrimonial, que coinciden con los actores de este pleito, no la impugnaron ante la jurisdicción contencioso-administrativa.*

*7.- De ello se colige que lo único que podían impugnar los reclamantes ante la jurisdicción contencioso-administrativa, era el quantum indemnizatorio en el caso de que discrepasen de él, por cuanto la Administración asumió su responsabilidad. Si a ello se une, según expusimos, que la aseguradora no puede quedar obligada más allá de la obligación del asegurado así como que la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración, mientras que la jurisdicción civil solo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos prejudiciales en el proceso civil, se ha de convenir en que sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios.*

*Se conseguiría así el reconocimiento en vía civil de una responsabilidad de la entidad aseguradora distinta cualitativa y cuantitativamente a la que con carácter firme ha sido reconocida y declarada por el órgano competente para ello al culminar el procedimiento administrativo legalmente previsto, que ha sido consentido por los perjudicados al no acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, única que podría revisarla.*

*Con la consecuencia de que sería condenada la aseguradora en el proceso civil, en aplicación del art. 76 LCS, a una cantidad superior a la obligación de la Administración asegurada, que de haberse satisfecho se podría tener por extinguida.*

*Por tanto, cuando como es el caso, existe una estimación, total o parcial, de la reclamación, se pone en marcha una serie de mecanismos que justifican la solución que propugnamos.*

*Así: (i) fijada la indemnización, la aseguradora o la propia asegurada pueden pagarla y extinguir el crédito; (ii) una vez declarada la responsabilidad y establecida la indemnización, si el perjudicado no acude a la vía contenciosa, esos pronunciamientos quedan firmes para la Administración; (iii) pueden producirse, potencialmente, todos los efectos propios de las obligaciones solidarias, además del pago, ya mencionado; y (iv) la indemnización que queda firme en vía administrativa es el límite del derecho de repetición que el art. 76 LCS reconoce a la aseguradora”.*

Esta doctrina ha sido reproducida, en parte, en la posterior Sentencia de 8 de julio de 2019 –recurso: 761/2017– (ROJ: STS 2508/2019).

D) Incumplimiento por la aseguradora de la obligación que surge del contrato de seguro concertado entre esta y la Administración local: jurisdicción civil.

STS (Sala de lo Civil) de 27 de junio de 2017 –recurso: 758/2015– (ROJ: STS 2717/2017). Aplicación de la doctrina de los actos separables<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> Demanda de un Ayuntamiento en reclamación de cantidad contra una entidad aseguradora con base en el contrato de seguro de responsabilidad civil/patrimonial en la actividad de la Administración local. El objeto sobre el que versaba la demanda se centraba en el incumplimiento por parte de la aseguradora del contrato suscrito entre las partes ante la ne-

E) Demandas contra la Administración en exigencia de responsabilidad patrimonial que deriva directamente de una relación contractual de carácter civil: jurisdicción civil. ATS Sala de Conflictos de 21 de marzo de 2017 (A42/29/16)<sup>47</sup>.

F) Acción de repetición ejercitada por la Administración frente al contratista/concesionaria): jurisdicción contencioso-administrativa.

Este tipo de acciones han sido conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa como sucede con la resuelta en la STS 20 de noviembre de 2018 –recurso: 1685/2017– (ROJ: STS 4019/2018), aunque de ella vamos a destacar el pronunciamiento sobre la necesidad o no de que la Administración tramite un procedimiento en el que se ejercite esta acción.

El caso analizado en la STS de 20 de noviembre de 2018 era de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria. En él, la Dirección del Servicio Canario de Salud desestimó el recurso de reposición interpuesto por Hospiten (centro sanitario concertado) contra la resolución que reconocía el derecho de un particular a percibir una indemnización por una defectuosa asistencia sanitaria “*sin perjuicio de la posterior acción de repetición que pudiera ejercitarse frente al centro concertado, el Hospital Bellevue*”.

Días después la directora del Servicio Canario de Salud dictó una nueva resolución por la que se ejercitaba la acción de repetición contra el hospital Hospiten Bellevue, disponiendo lo siguiente:

*Primero.– Ejercer contra Hospiten la repetición del importe abonado por el Servicio Canario de la Salud, en concepto de indemnización por los daños causados en la asistencia sanitaria prestada a Don (...). Segundo.– Requerir a Hospiten para que proceda al pago voluntario de (...), en el lugar, forma y plazo que se detalla a continuación (...). Contra el presente acto, que pone fin a la vía administrativa, cabe interponer (...).*

Contra esta última resolución Hospiten interpuso recurso contencioso-administrativo argumentando en esencia que la Administración no siguió procedimiento alguno para ejercitar la acción de repetición:

---

gativa de la misma a proceder al abono de las indemnizaciones a los perjudicados derivados de los daños y perjuicios a las viviendas colindantes producidos durante la ejecución de las obras destinadas a la construcción de un edificio promovido por el Ayuntamiento demandante, siendo el orden jurisdiccional competente el civil. El TS estimó el recurso al distinguir entre la fase de preparación y adjudicación del contrato –cuya impugnación se habría de decidir ante la jurisdicción contencioso-administrativa– de aquellos conflictos que surjan entre la Administración y la aseguradora en cuanto a los efectos y extinción del contrato –que sería competencia de la jurisdicción civil–.

<sup>47</sup> La responsabilidad solicitada derivaba directamente de una relación contractual, por la cual el reclamante había cedido el uso de un terreno de su propiedad para que en él el Ayuntamiento ubicara el vertedero municipal. Las pretensiones ejercitadas se fundaban en que el Ayuntamiento ni dio un correcto uso a la parcela, al no cumplir con las prescripciones medioambientales aplicables a un vertedero, ni tampoco restituyó la parcela en las condiciones en que debía hacerlo. El TS entiende que no se trata propiamente de un contrato administrativo, sino de un contrato civil, atípico, de cesión de uso de un terreno. Y que la pretensión ejercitada no se encuentra entre las materias que la LOPJ y la LJCA atribuyen a los tribunales del orden contencioso-administrativo. El contrato de cesión de uso concertado entre las partes está excluido de la aplicación del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (en adelante, LCSP), que expresamente deja fuera de su ámbito de aplicación a «los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamientos y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles (...)» (artículo 4.1 p). Conforme al artículo 21.2 LCSP, el orden jurisdiccional civil es el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados, de manera que nos encontramos ante un contrato suscrito por una Administración pública, pero no ante un contrato administrativo. “*En este sentido nos hemos pronunciado en otras ocasiones, entre ellas, en el auto de 5 de diciembre de 2014 (recurso n. 26/2014), con ocasión de un contrato de arrendamiento. En consecuencia, debemos concluir que, en la medida en que el contrato concertado entre las partes no es un contrato administrativo y no está sujeto a la legislación de contratos del sector público, la competencia para conocer de la acción de responsabilidad civil contractual no corresponde a los tribunales de lo contencioso-administrativo, sino a los civiles*”.



*“a pesar de la exigencia legal, habiendo producido indefensión las actuaciones administrativas al omitirse la imprescindible contradicción, no existir motivación (en el texto de la resolución recurrida, ni la misma estar precedida de informes o dictámenes previos), y concluir las actuaciones administrativas con un resultado gravoso”.*

Añadía que en el expediente para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial no se había acreditado la concurrencia de dolo, culpa o negligencia graves, criterios que serían los legalmente exigidos de modo ineludible para posibilitar el inicio de la denominada vía de regreso o repetición.

El TS rechazó la postura del centro concertado argumentando lo siguiente:

*“cuando ante una reclamación de indemnización de daños y perjuicios por deficiente asistencia sanitaria formulada por un perjudicado a la Administración, habiéndose prestado la asistencia por una entidad privada en régimen de concierto con la Administración; si la propia Administración tramita el procedimiento y en el seno del mismo se da plena intervención a la entidad concertada, se declara en la resolución que pone fin al mismo que procede la responsabilidad y se fija las indemnizaciones procedentes, pero imputando dicha responsabilidad al centro privado concertado, imponiendo la obligación de que proceda al pago de las indemnizaciones con derecho de reintegro del centro concertado, esa misma resolución, una vez adquiere firmeza, es título suficiente para reclamar la Administración las cantidades abonadas a la entidad concertada, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento a esos concretos fines”.*

G) Acción de repetición ejercitada por la aseguradora del contratista frente a la Administración: jurisdicción contencioso-administrativa.

Una acción de esta naturaleza ha sido objeto de análisis por la jurisdicción contencioso-administrativa en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 13 de Barcelona de 9 de diciembre de 2008 (dictada en el proceso abreviado n. 393/2007), respecto de la cual el TS en Sentencia de 1 de febrero de 2012 –recurso: 24/2009– (ROJ: STS 1498/2012) desestimó un recurso de casación en interés de ley interpuesto por el Ayuntamiento.

En este procedimiento la controversia versó sobre la reclamación que a un Ayuntamiento le dirigió la aseguradora que había pagado el total de la indemnización impuesta solidariamente a dicho Ayuntamiento y a la empresa asegurada por una anterior sentencia del orden contencioso-administrativo.

Por su parte, el TSJ Galicia en Sentencia de 30 de abril de 2003 (recurso 4213/1999) en un supuesto semejante resolvió lo siguiente:

*“la reclamación que a medio del presente recurso contencioso-administrativo ejercita la entidad aseguradora “Plus Ultra” frente a la Administración demandada, con el objeto de que se le abone la mitad de los gastos a los que han sido condenadas solidariamente aquella Administración y la empresa contratista “Ginés Navarro, S.A.” –asegurada de la recurrente– en la Sentencia firme dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 12 de marzo de 1997, si bien se apoya*

*en el ejercicio de la acción de repetición regulada en el artículo 1158 del Código civil, no por ello convierte a la jurisdicción civil en la jurisdicción competente para conocer este tipo de reclamaciones. Aunque la reclamación de la recurrente no se apoye en la existencia de una relación jurídica directa, bien de carácter administrativo, bien de carácter privado, entre ella y la Administración, de la que pudiera derivarse con claridad la naturaleza de la deuda reclamada, y a su vez la naturaleza civil o administrativa de la cuestión, no se puede desconocer que la actora, al abonar la totalidad del montante indemnizatorio fijado en la sentencia civil, en virtud de las relaciones de seguro que la vinculan con una de las condenadas en dicho procedimiento, se ha subrogado en la posición jurídica de ésta, tratándose de la entidad “Ginés Navarro, S.A.”, con la que la Consellería de Ordenación do Territorio e Obras Públicas de la Xunta de Galicia, sí mantenía una relación jurídico-administrativa derivada de un contrato de ejecución de obras públicas adjudicado por la Administración a aquella empresa; relación que es la que ha provocado, precisamente, que ambas fuesen llamadas al procedimiento civil como demandadas en él, y que hayan sido condenadas ambas como responsables solidarias.*

*Estamos, en definitiva, ante el ejercicio de una reclamación que deriva de la estimación, efectuada en este caso por una resolución judicial, de una pretensión indemnizatoria que ha sido ejercitada por un particular con apoyo en la doctrina de la responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que el tema que se somete a debate en este procedimiento, en el que se trata de distribuir la cuota de responsabilidad entre los condenados solidariamente, puede englobarse dentro de una concepción amplia de la llamada responsabilidad patrimonial que, como sostiene el letrado de la Administración demandada, incluye toda petición reparatoria frente de la Administración, y que hace competente a esta jurisdicción contencioso-administrativa para su conocimiento, tratando con ello de lograr la eficacia del principio de unidad jurisdiccional para el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, que tanto se ha defendido por el Tribunal Supremo”.*

H) Reclamación de daños por los trabajadores de la empresa contratista: jurisdicción social.

STS 14 de octubre de 2010 –recurso de casación 3560/2006–, y STS 29 de octubre de 2010 –recurso: 4459/2006– (ROJ: STS 5979/2010).

En cuanto a la responsabilidad de la Administración por daños ocasionados a terceros cuando actúa a través de contratistas y concesionarios, en los términos previstos en la legislación de contratos del sector público, el TS sostiene que estas normas se refieren a terceros ajenos al orden contractual establecido entre la Administración y los contratistas, excluyendo por tanto a los trabajadores vinculados con el contratista por relaciones laborales, de manera que el examen de la responsabilidad de la Administración o del contratista cuando se trate de daños sufridos por los trabajadores de esta durante la ejecución del contrato queda excluido de lo establecido en el artículo 196 LCSP, y corresponde única y exclusivamente al orden social, pues la

Regap



ESTUDIOS

responsabilidad nace de las relaciones laborales entre el contratista, o subcontratista, y sus empleados.

El TS en la Sentencia de 14 de octubre de 2010 abordó como cuestión litigiosa la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, concretamente de la Autoridad Portuaria de Cartagena, a raíz del accidente sufrido por un buzo que, al servicio de una empresa contratista, realizaba determinados trabajos para la construcción de un muelle deportivo o dársena para embarcaciones de recreo. Estas obras habían sido adjudicadas por la Junta del Puerto de Cartagena. La sentencia resolvió que no era procedente declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración portuaria por cuanto la Administración no había incumplido lo dispuesto en el entonces vigente artículo 97 de la Ley de contratos, al tener en consideración que:

*“el precepto citado viene referido a la responsabilidad por daños ocasionados a terceros debiendo entender, dentro del ámbito de la norma en que se incardina el precepto que con ello se refiere a terceros ajenos al orden contractual establecido entre la Administración y los contratistas que resulten afectados por la realización de las obras, excluyendo, por tanto, a los vinculados con el contratista por relaciones laborales, el examen de cuya responsabilidad, por tanto, queda excluido de lo establecido en dicho precepto y corresponde única y exclusivamente al orden social pues nace de las relaciones laborales entre el contratista y su empleado”.*

Y añade:

*“Lo anterior no se ve afectado por el hecho de que la Administración nombrara, como es obligado, un director y ayudante de dirección de la obra que, en contra de lo que la sentencia afirma, no tiene por función controlar la aplicación de las medidas de seguridad y las actuaciones del personal laboral dependiente del contratista o subcontratista, sino, por el contrario, velar y comprobar la correcta realización de la obra contratada en los términos previstos en el contrato”.*

En parecidos términos se pronunció la STS de 29 de octubre de 2010, en la que también se juzgaba la posible responsabilidad patrimonial de la Administración, en este caso por razón del accidente sufrido por un trabajador que fue arrollado por un tren mientras realizaba, como empleado de una empresa contratista de la Administración, determinadas obras de mantenimiento de la vía férrea. También en este caso se rechazó la responsabilidad de la Administración por tratarse de una cuestión que pertenecía al ámbito de la relación contractual entre el trabajador y su empresa.

## 4 Procedimiento judicial

1) En relación con el incumplimiento de la obligación que pesa sobre la Administración de pronunciarse sobre el reparto de responsabilidad *ex* artículo 196.3 de la Ley LCSP, en la vía judicial nos podemos encontrar ante distintas situaciones:

A) Cuando en la vía judicial la demanda se dirige únicamente frente a la Administración y no se persona la empresa contratista/concesionaria como codemandada. En estos

casos es aplicable la doctrina expuesta bajo el apartado C.3 “*Efectos del incumplimiento de la obligación de la Administración de pronunciarse sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños*”.

B) Cuando en la vía judicial la demanda se dirige únicamente frente a la Administración, pero se persona en el procedimiento la empresa contratista/concesionaria como codemandada. En estos casos es frecuente que, mientras que la Administración trata de atribuir a la contratista/concesionaria la responsabilidad en la producción de los daños, esta trate de demostrar que los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos son consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma.

Pero si en la demanda solo se contiene una petición de condena de la Administración, y lo que se impugna es un silencio administrativo, también regirá la doctrina expuesta bajo el apartado C.3, sin perjuicio del derecho de repetición que corresponda a la Administración frente al contratista/concesionario.

C) Cuando en la vía judicial se impugna un silencio administrativo pero la demanda se dirige no solo frente a la Administración, sino también frente a la empresa contratista/concesionaria. En estos casos entiendo que la sentencia deberá examinar el grado de responsabilidad en que una y otra hubieran incurrido en la producción de los daños, con el correspondiente pronunciamiento de condena de una u otra, o de ambas con carácter solidario, según el resultado de la prueba practicada.

D) Si el perjudicado decide esperar por una resolución expresa, no podrá invocar el criterio expuesto bajo el apartado C.3 si la Administración, aunque sea extemporáneamente, resuelve conforme a lo previsto en el artículo 196.3 LCSP, y se pronuncia sobre quién es el responsable de los daños.

E) Si el perjudicado decide impugnar una desestimación presunta por silencio administrativo, y extemporáneamente, estando en marcha el procedimiento judicial, la Administración resuelve de forma expresa, si lo hace conforme a lo previsto en la norma, esto es, decidiendo quién es el responsable de los daños, el recurrente podrá solicitar la ampliación del recurso a esa resolución extemporánea al amparo de lo dispuesto en el artículo 36 LJCA, de entender que no es conforme con sus intereses. Por ejemplo, cuando se atribuye responsabilidad al contratista o concesionario y lo que quiere el reclamante es que se atribuya en exclusiva a la Administración, o solidariamente a ambas, o cuando la estimación sea parcial porque se aprecie una compensación de culpas, o porque no se estima la pretensión indemnizatoria en su totalidad, etc.

F) Cuando en el acto administrativo no se pronuncia sobre el reparto de responsabilidad y desestima la reclamación por otros motivos, como, por ejemplo, por prescripción, falta de legitimación, etc.

2) En relación con el cumplimiento de la obligación que pesa sobre la Administración de pronunciarse sobre el reparto de responsabilidad *ex* artículo 196.3 de la Ley LCSP, en la vía judicial nos podemos encontrar ante estas situaciones:

A) Que se admita la responsabilidad en exclusiva de la Administración y se estime la reclamación del reclamante.

Regap



ESTUDIOS

B) Que se admita una responsabilidad solidaria de la Administración y del contratista, estimándose la reclamación del reclamante. Este acto administrativo difícilmente será impugnado por el reclamante, pero sí puede serlo por el contratista.

C) Que se atribuya la responsabilidad en exclusiva al contratista, estimándose la reclamación del reclamante, acto que podrá ser impugnado tanto por el reclamante (por entender que también debe atribuirse responsabilidad solidaria, o en exclusiva, a la Administración) como por el contratista.

D) Que se atribuya la responsabilidad en exclusiva al contratista, estimándose parcialmente la reclamación del reclamante, bien por apreciar una concurrencia de culpas, o por no entenderse justificados determinados daños, en cuyo caso el acto podrá ser impugnado tanto por el reclamante como por el contratista.

E) Que se haga un pronunciamiento sobre quién sería el responsable de los daños, pero se desestima la reclamación por apreciar la prescripción de la acción, una falta de legitimación, etc. Aunque estos casos quizás sean más inusuales, pues de apreciar la Administración la prescripción de la acción, una falta de legitimación, o cualquier otra circunstancia que le exima de la obligación de entrar a analizar la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial – como lo sería también en el caso de tener por desistido al reclamante una vez requerido para subsanar algún defecto de su solicitud y no lo subsanase –, la Administración apreciará la prescripción, o la falta de legitimación, etc., sin entrar en aquel análisis, ni en el del sujeto responsable.

3) Papel del contratista, concesionario y aseguradoras en el procedimiento judicial

En cuanto a la aseguradora de la Administración, el artículo 21.1 LJCA es claro al otorgarle la consideración de parte demandada.

*“Se considera parte demandada: c) Las aseguradoras de las administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren”.*

Esto es lo que obliga a emplazar en el procedimiento judicial a la aseguradora de la Administración, aun cuando no se pida la condena en la demanda.

Incluso en estos casos, podrá interponer recurso de apelación contra la sentencia que recaiga en el procedimiento, en la que se condene a la aseguradora (la Administración).

Así se ha pronunciado el TSJG en la Sentencia recaída en fecha 13 de febrero 2019 –recurso de apelación n. 395/2018–:

*“No se puede negar legitimación pasiva en este procedimiento a la aseguradora apelante desde el momento en que la propia ley así se la reconoce, al disponer en el artículo 21.1 c) LJCA que se consideran parte demandada a las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren.*

*Aunque en el escrito de demanda no se haya solicitado, ni en la sentencia se haya extendido, el pronunciamiento de condena a la aseguradora de la Administración, este dato no elimina la legitimación pasiva de la que goza, y con ella la legitimación para recurrir la sentencia recaída en este procedimiento, pues el interés legítimo que justifica el reconocimiento ex lege de legitimación en estos procedimientos, debe reconocerse entonces para recurrir en apelación la sentencia en la que se condena a la Administración con la que ha suscrito una póliza de seguro.*

*Es por ello por lo que el recurso presentado por la aseguradora “Segurcaixa Adeslas S.A.” ha sido correctamente admitido”.*

Quien está obligada a efectuar el emplazamiento de la aseguradora es la propia Administración (artículo 49.1 LJCA) aunque, y como quiera que la compañía aseguradora va a responder únicamente dentro de los límites cuantitativos del contrato de seguro, si en la póliza se ha estipulado una franquicia u otras limitaciones de responsabilidad, no será necesario que la aseguradora sea llamada al procedimiento si el siniestro no entra dentro de la cobertura de la póliza.

Ahora bien, los contratos de seguros que puedan suscribir las administraciones públicas con las compañías aseguradoras son contratos privados, lo que significa que las cuestiones que se susciten sobre la cobertura del seguro y demás cuestiones relacionadas con la interpretación y ejecución del contrato de seguro, deberán dilucidarse ante la jurisdicción civil, y no ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este tipo de procedimientos también es obligado el emplazamiento de la contratista y de la concesionaria, como ha tenido ocasión de señalar el TS en la Sentencia de 24 de mayo de 2007 –recurso: 5950/2003– (ROJ: STS 3524/2007), a la que les siguieron otras como la STS 15 de junio de 2010, que declaró la nulidad de las actuaciones judiciales por no citar al contratista o concesionario y causarle indefensión.

En la STS de 24 de mayo de 2007 se impugnaban las desestimaciones presuntas por silencio administrativo, por parte de la Jefatura de Carreteras del Estado en Pontevedra, de unas reclamaciones de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por la recurrente a causa de la parada de la explotación de su factoría de su propiedad por corte en el suministro de agua. En esta sentencia el TS sostuvo que:

*“La irregularidad de la situación procesal determinante de indefensión resulta también en el supuesto examinado de la circunstancia no alegada por el Abogado del Estado, pero observada por esta sala, de la falta de emplazamiento individual de la empresa contratada cuyo interés en la resolución del proceso, dado que la Administración demandada sostiene y trata de demostrar que la responsabilidad a ella solamente incumbe, es evidente”.*

Sin embargo, en cuanto a la aseguradora del empleado público que haya causado el daño, la Sentencia del TSJG de 21 de noviembre de 2018 (ROJ: STSJ GAL 4864/2018), recurso: 265/2018, le negó legitimación e interés legítimo en el procedimiento al no ser la aseguradora de la Administración sanitaria, y por tanto le negó legitimación para recurrir la sentencia dictada en el procedimiento en la que ya se descartaba la posibilidad de entrar a examinar la responsabilidad civil que pudiera corresponder a la enfermera (causante del daño), y por tanto la que pudiera corresponder a su aseguradora.

#### 4) Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario:

Si alguna de las entidades emplazadas (sea la aseguradora, sea la contratista/concesionaria) decide no comparecer en el procedimiento, no por ello se podrá apreciar la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, figura que no es aplicable en



la jurisdicción contencioso-administrativa conforme se ha señalado en diferentes pronunciamientos judiciales, como la Sentencia del TSJ de Cataluña de 7 de abril de 2014, o la del TSJ de Castilla y León de 19 de noviembre de 2014, y ya antes, en la STS de 25 de mayo de 2010.

Como ya ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en su Sentencia, entre otras, de 10 de octubre de 1988, esta excepción carece de operatividad en el proceso contencioso-administrativo –no de lesividad–, ya que el recurso no se interpone contra personas determinadas, sino contra un acto, y devienen demandados automáticamente la Administración autora del mismo y todos aquellos a quienes hubiese originado derechos, correspondiendo la legitimación pasiva en el procedimiento, conforme al artículo 29.1.a) –artículo 21.1.a) de la vigente LJCA–, a la Administración de que proviniera el acto recurrido.

Si a ello le añadimos la naturaleza de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, fundamentadas en el funcionamiento anormal de los servicios públicos, resulta que el recurso dirigido contra la Administración a quien se le encomiendan estos servicios públicos hace innecesaria la concurrencia de otros particulares en el procedimiento.

Como ya se señala en la Sentencia del TSJ de Galicia de fecha 15 de octubre de 1998, de existir una pluralidad de responsables de un hecho dañoso, ello da lugar a una situación de solidaridad, en la cual no cabe hablar de litisconsorcio pasivo necesario ya que el perjudicado es libre de reclamar contra cualquiera de los responsables; y si la Administración no es responsable la consecuencia será simplemente la desestimación del recurso.

Y aunque el artículo 21.1 b) de la LJCA dice que en el proceso contencioso-administrativo se considerará parte demandada a las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante, ello no significa que en los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial se pueda hablar de una situación litisconsorcial pasiva necesaria, que, constituyendo una excepción propia del ordenamiento procesal civil, no debe trasladarse a la jurisdicción contencioso-administrativa de una forma genérica, desde el momento en que en esta jurisdicción se arbitra un mecanismo del llamamiento a autos de los interesados que es muy diferente del sistema establecido por la Ley de enjuiciamiento civil. Y así, en el proceso civil es el demandante el único que puede señalar quiénes han de ser llamados al proceso, y en cambio en el proceso contencioso-administrativo el demandado es la Administración autora del acto administrativo. La presencia e intervención de otros interesados en calidad de demandados no depende tanto del recurrente, sino inicialmente de la propia Administración autora del acto, quien tiene obligación de emplazar a cuantos aparezcan interesados en el expediente, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, de manera que, de entender que alguien más que ella debe ser llamada al procedimiento, es su obligación poner en conocimiento de esa otra persona u organismo público su existencia.

La Sentencia de la Audiencia Nacional 206/2016, de 9 mayo –recurso 55/14– (JUR 2016\120945), es claramente expresiva de esta doctrina.

La AN razona lo siguiente:

*“Sin embargo, se da la circunstancia de que la ley de esta jurisdicción regula de modo completo la válida constitución de la relación jurídico–procesal en sus aspectos subjetivo, objetivo y causal, haciendo innecesario el complemento de la legislación procesal civil y, además, en nuestro procedimiento no existen situaciones de litisconsorcio, activo o pasivo, de carácter necesario, sino, en cualquier caso, de naturaleza voluntaria y dispositiva, de modo que resulta inviable impedir el normal desarrollo del proceso por la razón de que la parte recurrente no haya dirigido la acción frente a terceros distintos de la Administración autora del acto, disposición, inactividad o vía de hecho que en cada caso se enjuicia.*

*En cuanto a la intervención de los terceros en el proceso, la previsión normativa puede resumirse, en lo sustancial, en lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley jurisdiccional, que en relación con los particulares consagra la regla general de que “están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso–administrativo: a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo”, así como en el artículo 49, que garantiza la presencia de estos interesados en el proceso, pues su apartado primero ordena a la Administración traer al proceso a “cuantos aparezcan como interesados en él, emplazándoles para que puedan personarse como demandados en el plazo de nueve días...”, en tanto que el apartado tercero somete al control judicial el examen acerca de la regularidad de tales emplazamientos, afirmando que “(el juez o tribunal) comprobará que se han efectuado las debidas notificaciones para emplazamiento y, si advirtiere que son incompletas, ordenará a la Administración que se practiquen las necesarias para asegurar la defensa de los interesados que sean identificables”.*

*Este régimen de intervención en el proceso puede verse alterado en determinadas circunstancias particulares, derivadas de las relaciones jurídicas entabladas en el seno del procedimiento administrativo previo. A diferencia de lo que sucedía en el pasado, con la nueva ley es posible la llamada de terceros como eventuales responsables, que pueden por tanto ser condenados junto a la Administración o en lugar de esta. Para el caso de la responsabilidad patrimonial, tal conclusión es deducible tanto del artículo 9.4 de la Ley orgánica del poder Judicial (RCL 1985, 1578 y 2635) como del artículo 2 e) de la Ley de esta Jurisdicción, de la que cabe inferir, implícitamente, esta posibilidad, pues al residenciar exclusivamente ante nuestra jurisdicción las cuestiones que se susciten en orden a la responsabilidad patrimonial de la Administración, da cabida a la presencia de sujetos privados para determinar su participación en la producción del hecho dañoso y la correlativa capacidad para responder de ellos, de forma conjunta o alternativa con la imputable a la Administración, lo que permite concluir la posibilidad de que estos terceros puedan ser formalmente demandados y, por ello, eventualmente condenados en el proceso contencioso–administrativo. Cabe citar, también, a este respecto, el artículo 98 de la Ley de contratos de las administraciones públicas,*

regap



ESTUDIOS

*sobre daños causados por el contratista como consecuencia de las operaciones necesarias para la ejecución del contrato.*

*Ahora bien, una cosa es que el demandante pueda dirigir su acción contra personas ajenas a la Administración, ampliando con ello el ámbito subjetivo de los posibles responsables y garantizando así, en mayor medida, el éxito de su pretensión y la plena satisfacción de su derecho, y otra bien distinta que aquél se vea obligado, bajo pena de inadmisibilidad, a demandar a estos terceros a los que se pueda imputar la concurrencia en la producción del daño.*

*Por lo demás, el artículo 9.4 de la Ley orgánica del poder judicial (RCL 1985, 1578, 2635), que es una regla de determinación de la competencia jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial y que, además, constituye una expresión de la unidad jurisdiccional, habilita al recurrente pero no le ordena dirigir su acción frente a los sujetos privados, pues la interpretación más acorde con la índole y finalidad del precepto es la de considerar que, puesto que la Administración sólo puede ser demandada ante nuestra jurisdicción cuando se le reclame responsabilidad patrimonial por causa del funcionamiento de sus servicios públicos “cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive” (artículo 9.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635)), la eventual responsabilidad concurrente de los sujetos privados habrá de dilucidarse precisamente en este proceso, para así asegurar la unidad jurisdiccional, impidiendo dividir la continencia de la causa, fuente de posibles decisiones jurisdiccionales contradictorias, pero la expresión legal “si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional” no puede interpretarse, pese a sus taxativos términos gramaticales, como un mandato que aboque al recurrente a la necesidad imperiosa, bajo sanción procesal, de demandar a estos terceros, sino, a lo sumo, como la prohibición de separar una y otra pretensión, remitiéndolas a jurisdicciones diferentes por razón de la distinta identidad o naturaleza del imputado como responsable. Razón que impide apreciar, sin perjuicio de las acciones legales que pudieran ejercitarse al margen del presente proceso, la causa de inadmisibilidad en debate”.*

### 3) Prescripción de la acción:

El artículo 1973 del Código civil establece que la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor.

En la vía administrativa, la reclamación que presente el perjudicado interrumpe la prescripción frente a la aseguradora, frente al contratista y frente al concesionario.

Y el artículo 196.3 de la vigente Ley 9/2017 LCSP establece que:

*“Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, informe 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”.*

Y en la vía judicial, teniendo en cuenta lo expuesto sobre la competencia jurisdiccional, ya podemos adivinar que si el perjudicado acude a la jurisdicción civil frente a la Administración en ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial no va a interrumpir el plazo para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, porque la presentación de la demanda civil representa una manifiesta falta de diligencia del recurrente, al ser clara y evidente la competencia del orden contencioso-administrativo para el conocimiento de las reclamaciones de esta naturaleza.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo afirma que la prescripción de cualquier acción se interrumpe por la interposición de reclamaciones en ámbitos jurisdiccionales distintos cuando las reglas sobre competencia no sean claras –por todas, sentencias de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1998 o la de 18 de enero de 2006–, referidas respectivamente a la interrupción de la prescripción por ejercicio de una acción civil y de una acción penal.

Pero, como dice también el TC en su Sentencia 194/2009, de 28 de septiembre:

*“La interpretación realizada por el órgano judicial sobre que el plazo de prescripción no cabe interrumpirse en los supuestos en que sea manifiesta la falta de diligencia de la parte por ser evidente la incompetencia del orden jurisdiccional al que se dirija la primera reclamación no puede calificarse de arbitraria ni de irrazonable”.*

4) ¿Se puede condenar a los sujetos privados?:

La posibilidad de condena del sujeto privado en la sentencia que se dicte en el proceso contencioso-administrativo es admitida por el TS desde su Sentencia de 26 de septiembre de 2007, objeto de cita en las posteriores, como las de 21 de noviembre de 2007 y de 14 de octubre de 2010: *“hemos admitido la posibilidad de que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se pronuncie sobre la condena de particulares con exclusión del reconocimiento de responsabilidad de la Administración”.*

La propia Sala Tercera del Tribunal Supremo (STS 21.11.2007 Sección Sexta) admite que se puede condenar por la jurisdicción contencioso-administrativa solo al contratista y, evidentemente, también a su compañía de seguros.

5) Ejecución de las sentencias que condenan a un sujeto privado:

El proceso de ejecución de sentencias que regulan los artículos 103 y siguientes de la LJCA está diseñado para ejecutar sentencias de condena de dar o de hacer dirigidas a la Administración pública.

Pero ello no significa que en este ámbito de la responsabilidad patrimonial no existan mecanismos al alcance del juez para ejecutar las sentencias que dicte en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo condenando a sujetos privados, pues las mismas garantías que el legislador ofrece a favor de quien se ha visto favorecido por una sentencia condenatoria de la Administración deben extenderse a quien se ha visto favorecido por una sentencia en la que el sujeto condenado sea un sujeto de derecho privado, solo que en estos casos para ejecutar esta sentencia el juez tendrá que acudir a las normas de ejecución de sentencias previstas en la LEC (y en particular las que se recogen en el título IV (Ejecución dineraria), artículos 571 y ss.) de aplicación supletoria en el proceso contencioso-administrativo, de conformidad con lo dispuesto en la disposición final primera de la Ley jurisdiccional.



## 5 Conclusión

Son múltiples las cuestiones, tanto de carácter sustantivo como de carácter procedimental, que giran en torno al régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas cuando actúan a través de sujetos privados y, en particular, cuando lo hacen a través de contratistas y concesionarios.

La respuesta que ofrecen los tribunales, a través de sus pronunciamientos judiciales, a las preguntas que se hace el perjudicado o víctima de un daño detrás del cual hay un sujeto privado vinculado a la Administración en régimen de contratación o concesión administrativa se acomoda esencialmente a la letra de las normas de aplicación.

Aunque es verdad que, salvo la legislación gallega, que es un poco más completa en el ámbito sustantivo, las leyes estatales básicas y la de contratos de sector público, así como las leyes procesales en el ámbito del procedimiento judicial, no ofrecen una regulación clara y concreta sobre todas las cuestiones planteadas y tratadas en este trabajo, una combinación de lo que dicen juez y legislador permite encontrar soluciones que, sin llegar a consolidar un régimen de responsabilidad objetiva en estos casos, representen una garantía para el ciudadano que ha sufrido el daño.

Pero siguen perviviendo discrepancias jurídicas y judiciales sobre muchas de las cuestiones analizadas, como se ha visto a lo largo de este trabajo, sobre todo en cuanto a la jurisdicción competente para conocer de las impugnaciones presentadas según la opción escogida por el perjudicado para hacer valer su pretensión indemnizatoria, y en mayor medida cuando detrás de la producción de daño nos encontramos con entidades públicas con naturaleza jurídica híbrida.

## Bibliografía

- BOCANEGRA SIERRA, R., “La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros”, *Documentación Administrativa*, n. 237-238, 1994 (<https://doi.org/10.24965/da.voi237-238.5353>).
- CABO OLVERA, T., *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas. Ley 39/2015 y Ley 40/2015 Normativa, jurisprudencia, doctrina y formularios*, Bosch, Barcelona, 2019.
- GARCÍA RUBIO, F., y FUENTES I GASÓ, R., *La responsabilidad de las Administraciones Públicas tras la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Cuatro estudios*, Colección: Derecho y Administración, Atelier, Barcelona, 2017.
- GARCÍA SANZ, J., “En torno a la Responsabilidad patrimonial concurrente de las Administraciones Públicas y de sujetos privados”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 9, 2004.
- HORGUÉ BAENA, C., “La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros de los contratos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, n. 147, septiembre-diciembre 1998 (<https://dialnet.unirioja.es>).
- MANTECA VALDELANDE, V., “Reclamación de responsabilidad a las Administraciones Públicas, Responsabilidad patrimonial de los contratistas del sector público”,

*Actualidad Administrativa*, n. 8, Sección Práctica Profesional, quincena del 16 al 30 de abril de 2011, p. 1028, tomo 1, Editorial La Ley, 2011.

MARTÍN REBOLLO, L., “Ayer y hoy de la Responsabilidad patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones”, *Revista de Administración Pública*, n. 150, enero-abril 2000.

MARTÍN REBOLLO, L., *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, Colección: Biblioteca de Derecho Municipal, Iustel, Madrid, 2005.

PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, Gonsálbez Pequeño, H. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, El consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2016.

## Relación de sentencias

### Tribunal Constitucional

STC 15/2016, de 1 de febrero de 2016 (BOE n. 57, de 7 de marzo de 2016)

### Tribunal Supremo

#### Sala de lo contencioso-administrativo

- STS de 30 de abril de 2001 -recurso de casación: 9396/1996–
- STS de 30 de octubre de 2003 -recurso de casación: 3315/1999–
- STS de 24 de mayo de 2007 -recurso: 5950/2003– (ROJ: STS 3524/2007)
- STS de 30 de marzo de 2009 -recurso: 10680/2004–
- STS de 14 de octubre de 2010 -recurso de casación: 3560/2006–
- STS de 29 de octubre de 2010 -recurso: 4459/2006– (ROJ: STS 5979/2010)
- STS de 30 de noviembre de 2011 -recurso: 5978/2009– (ROJ: STS 8708/2011)
- STS de 1 febrero de 2012 -recurso: 24/2009– (ROJ: STS 1498/2012)
- STS de 11 de febrero de 2013 -recurso: 5518/2010– (ROJ: STS 647/2013)
- STS de 14 de octubre de 2013 -recurso: 704/2011– (ROJ: STS 4996/2013)
- STS de 25 de octubre de 2016 -recurso: 2537/2015– (ROJ: STS 4625/2016)
- STS de 20 de noviembre de 2018 -recurso: 1685/2017– (ROJ: STS 4019/2018)

#### Sala de lo Civil

- STS de 22 de octubre de 2012 -recurso: 500/2010– (ROJ: STS 7374/2012)
- STS de 15 de octubre de 2013 -recurso: 1578/2011– (ROJ: STS 4953/2013)
- ATS de 14 de enero de 2014 -recurso: 3417/2012–
- ATS de 16 de noviembre de 2016 -recurso: 3142/2014– (ROJ: ATS 10306/2016)
- STS de 27 de junio de 2017 -recurso: 758/2015– (ROJ: STS 2717/2017)

Regap



ESTUDIOS



- STS de 5 de junio de 2019 -recurso: 2992/2016– (ROJ: STS 1840/2019)
- STS de 18 de julio de 2019 -recurso: 761/2017– (ROJ: STS 2508/2019)

### **Sala de conflictos de competencia:**

- AATS de 22/03/2010 –Conflictos de competencia 23/2009, 25/2009 y 27/2009–, 18/10/2010 –CC 21/2010–, 17/10/2011 –CC 27/2011–, 3/10/2011 –CC 28/2011–, 5/12/2011 –CC 46/2011–, 24/09/2012 –CC 22/2012 y CC 4/2013–
- ATS de 24 de abril de 2015 -recurso 4/2015– (ROJ: ATS 2965/2015)
- ATS de 19 de diciembre de 2016 (ROJ: ATS 12363/2016)
- ATS de 21 de marzo de 2017 (A42/29/16)
- ATS de 30 de mayo de 2018 –CC: 21/2017– (ROJ: ATS 6028/2018)
- ATS de 8 de junio de 2018 –CC 5/2018– (ROJ: ATS 6306/2018)
- ATS de 17 de diciembre de 2018 (ROJ: ATS 13913/2018)
- ATS de 26 de febrero de 2019 (ROJ: ATS 2293/2019)

### **Audiencia Nacional**

- SAN de 6 de mayo de 2013 -recurso: 93/2012– (ROJ: SAN 2242/2013)
- SAN de 9 de mayo de 2016 -recurso: 55/14– (JUR 2016/120945)

### **Tribunales superiores de justicia**

- STSJG de 4 de abril de 2003 (recurso contencioso-administrativo n. 4561/1999)
- STSJG de 30 de abril de 2003 (recurso 4213/1999)
- STSJ Andalucía de 23 de octubre de 2017 (ROJ: AND15555/2017)
- STSJG de 21 de noviembre de 2018 -recurso 265/2018– (ROJ: STSJ GAL 4864/2018)
- STSJG de 18 de diciembre de 2018 (recurso 554/2018)
- STSJG de 19 de diciembre de 2018 (ROJ: STSJ GAL 5032/2018)
- STSJG de 13 de febrero de 2019 (recurso de apelación n. 395/2018)

### **Audiencias provinciales**

- AAP A Coruña (sede Santiago de Compostela) de 19 de noviembre de 2008 -recurso: 438/2008– (ROJ: AAP C 636/2008)
- SAP Lleida de 26 de mayo de 2017 (ROJ: AAP L 353/2017)
- SAP Madrid de 13 de marzo de 2018 (ROJ: AAP M 938/2018)

### **Abreviaturas**

- AAPP: Administraciones públicas
- AAP: Auto Audiencia Provincial
- AATS: Autos del Tribunal Supremo

Adif: Administrador de Infraestructuras Ferroviarias  
AN: Audiencia Nacional  
ATS: Auto del Tribunal Supremo  
CC: Conflicto de competencia  
CE: Constitución española  
LCS: Ley de contrato de seguro  
LCSP: Ley de contratos del sector público  
LEC: Ley de enjuiciamiento civil  
LJCA: Ley de jurisdicción contencioso-administrativa  
LO: Ley orgánica  
LOPJ: Ley orgánica del poder judicial  
LOU: Ley orgánica de universidades  
LPAC: Ley procedimiento administrativo común de las administraciones públicas  
LRJSP: Ley de régimen jurídico del sector público  
Renfe: Red Nacional de Ferrocarriles Españoles  
SAP: Sentencia Audiencia Provincial  
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional  
STS: Sentencia del Tribunal Supremo  
TC: Tribunal Constitucional  
TS: Tribunal Supremo  
TSJ: Tribunal Superior de Justicia  
TSJG: Tribunal Superior de Justicia de Galicia

regap



ESTUDIOS

