

LA RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA POR DAÑOS CAUSADOS A TERCEROS EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Por
CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 13/1995, DE 18 DE MAYO, DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: 1. *Régimen de responsabilidad extracontractual aplicable.* 2. *Reglas de distribución de la responsabilidad entre la Administración y el contratista. El problema de la imputación.* 3. *Jurisdicción competente.*—II. LA RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA POR DAÑOS OCASIONADOS A TERCEROS EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: 1. *Jurisdicción competente. Vía para exigir la responsabilidad por daños.* 2. *El tema de la imputación.* 3. *El régimen de responsabilidad.*—III. RECAPITULACIÓN.

I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 13/1995, DE 18 DE MAYO, DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Es sabido que el sistema administrativo de responsabilidad extracontractual que ha llegado a nuestros días se instaura por vez primera en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (LEF). Antes de la misma, la Administración estaba sometida al mismo régimen de responsabilidad extracontractual que cualquier particular, siéndole de aplicación los preceptos del Código Civil (arts. 1902 y 1903) y, por ende, correspondiendo a los Tribunales del orden civil conocer de cuantas pretensiones con esta finalidad se entablaran. Esta situación cambió radicalmente con la promulgación de la LEF, que instauraría para la Administración pública un régimen objetivo de responsabilidad objetiva con ocasión de los daños producidos a terceros por el funcionamiento de los servicios públicos; dicho régimen se ha mantenido por diversas disposiciones normativas, llegándose a consagrar constitucionalmente en el artículo 106 CE, y cuya regulación se encuentra actualmente en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

Curiosamente, la LEF no sólo diseñó en sus perfiles primarios el régimen administrativo de responsabilidad extracontractual de la Administración pública, sino que también hizo otro tanto con el de los concesionarios de servicios públicos, de forma que vino a administrativizar, en el sentido que se expondrá, el régimen de responsabilidad aplicable, en principio, en-

tre dos particulares: el concesionario del servicio público y el tercero al que se le ocasiona un daño con ocasión de su funcionamiento. Es pacífica la consideración de que, hasta la LEF, los daños patrimoniales producidos a terceros por concesionarios y contratistas de la Administración eran un supuesto más de responsabilidad civil, esto es, conforme a las reglas del Código Civil y de conocimiento de los Tribunales ordinarios; igualmente, que los contratistas y concesionarios eran los únicos responsables ante los terceros, sin que la Administración se viera implicada en tal relación (1).

Sobre esta situación incidiría la LEF, cuyos artículos 121 y 123, que no han sido derogados expresamente, disponen:

«Art. 121.1. Dará lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos...

(1) En este sentido, los distintos Pliegos de Condiciones Generales para la Contratación de Obras Públicas del Estado preveían la responsabilidad exclusiva del contratista por los daños que pudieran originarse por las operaciones de ejecución de las obras: PCG de 1846 —RO de 8 de marzo—, artículo 8: «... Será asimismo de su cuenta —del contratista— el pago de los daños y perjuicios causados por la abertura de canteras, la ocupación de terrenos para colocar talleres y materiales y la habilitación de caminos para el transporte de los mismos»; más claramente, el PCG de 1886 —RD de 11 de junio— establecía en el artículo 18: «Será de cuenta del contratista indemnizar al propietario de todos los daños y perjuicios que se causen con la ejecución de las obras, tales como la explotación de canteras, con la extracción de tierras para la ejecución de los terraplenes, con la ocupación de terrenos para formar caballeros y para colocar talleres y materiales y con las demás operaciones que requiera la ejecución de las obras»; en la misma dirección, artículo 19 del PCG de 1900 —RD de 7 de diciembre— y artículo 19 del PCG de 1903 —RD de 13 de marzo—. No obstante, resulta curioso la afección de la fianza del contratista al cumplimiento por su parte del pago de cuantas indemnizaciones corrian de su cuenta, entre las que se encontraba la del pago de los daños y perjuicios a terceros; el artículo 8 PCG de 1846 establecía: «El contratista no podrá retirar la fianza..., sino después de justificar que ha verificado la indemnización de daños y perjuicios que corren de su cuenta»; el dato de que tal afección no se restringía a la responsabilidad contractual aparece más nítidamente en el artículo 65 del PCG de 1886, mantenido en los de 1900 y 1903, que mencionaba también entre los pagos a los que se afectaba la fianza no sólo los daños y perjuicios de cuenta del contratista, sino también las deudas de jornales o materiales y por indemnizaciones derivadas de accidentes ocurridos en el trabajo.

De otra parte, al igual que sucedía cuando las lesiones patrimoniales las ocasionara la Administración pública (art. 24 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911), la competencia para conocer de tales cuestiones correspondía a los Tribunales civiles: artículo 121 de la Ley de Obras Públicas de 1877; artículo 256 de la Ley de Aguas de 1878; artículo 4 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1888, entre otras.

Sobre el régimen civil de responsabilidad extracontractual de los concesionarios y contratistas de la Administración al momento de la LEF, vid., por todos, R. BOCANEGRA SIERRA, *La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros*, «DA», núms. 237-238, 1994, págs. 206-207. Por su parte, sin negar el estado de la cuestión al momento de la LEF, E. RIVERO Y SERN estima que antes de la Ley de Obras Públicas de 1877, la jurisdicción competente para conocer de los litigios ocasionados entre concesionarios de obras públicas y terceros perjudicados correspondía al orden contencioso-administrativo, en *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1969, págs. 218-219.

2. En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en los casos en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario de ineludible cumplimiento para éste.»

«Art. 123. Cuando se trate de servicios públicos concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, que resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 121. Esta resolución dejará abierta la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar tanto el particular como el concesionario, en su caso.»

Pocos preceptos como éstos han suscitado tanta confusión. Incluso catorce años después de su promulgación, R. BOCANEGRA SIERRA llamaría la atención acerca de que las previsiones legales abrieron una situación de incertidumbre todavía no resuelta (2).

Hay que tener presente que el propio régimen de responsabilidad extracontractual de la Administración pública instaurado por la LEF necesitó de tiempo para aquilatar los perfiles de la institución, a lo que hay que añadir el dato de que la regulación posterior vino a establecer diferentes regímenes para los casos en que los daños fuesen consecuencia de los servicios públicos que para los ocasionados en el campo de las relaciones de Derecho privado de la Administración pública (art. 41 Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, hoy derogado). De esta forma, se llegaría a equiparar la noción de servicios públicos, a efectos de responsabilidad extracontractual, con la de actuación de la Administración pública sometida a Derecho administrativo. Por ello, en el análisis de los presupuestos que daban entrada al régimen administrativo de responsabilidad extracontractual se afirmaría por la doctrina la exigencia de que el evento dañoso fuese imputable a una Administración pública en el ejercicio de una actividad de servicio público (3); la integración en la organización administrativa del agente causante de la lesión al tercero se consideraría, pues, el título básico de imputación. Desde esta perspectiva, los daños ocasionados por los concesionarios de servicios públicos no son, en

(2) *Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros*, «REDA», núm. 18, 1978, pág. 308

(3) Esta concepción es prácticamente unánime en la doctrina, al menos hasta la LRJ-PAC; en este sentido, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, Civitas, Madrid, ed. 1986, pág. 345; L. MARTÍN-RETORTILLO, *Responsabilidad patrimonial de la Administración pública y jurisdicción*, núm. 42 de esta REVISTA, 1963, pág. 187; L. MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*. Civitas, Madrid, 1973, y «La responsabilidad patrimonial de la Administración Local», en *Tratado de Derecho Municipal*, I, dirigido por MUÑOZ MACHADO, Civitas, Madrid, 1988, pág. 604; J. LEGUINA VILLA, *La responsabilidad civil de la Administración pública*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 324; L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 447.

principio, imputables a la Administración, al no estar estos sujetos integrados en la organización administrativa. Ahora bien, al margen del supuesto en que el daño se imputara a la Administración titular del servicio público por sentarlo el artículo 121.2 LEF, es decir, por traer causa en una cláusula de ineludible cumplimiento, la cuestión se centraría en si la responsabilidad del concesionario ante el tercero era una responsabilidad administrativa, la establecida en la LEF, o si, por el contrario, seguía rigiéndose por las reglas propias de la responsabilidad civil entre particulares. En otros términos, si el daño ocasionado por el concesionario al tercero no se enlaza a una actuación de la Administración sometida al Derecho administrativo —recuérdese el entendimiento subjetivo de la noción de servicio público—, ¿surgía el régimen administrativo de responsabilidad extracontractual, esto es, basado fundamentalmente en la antijuridicidad del resultado dañoso?

Para conocer la respuesta que se ha dado a tal interrogante es necesario abordar distintas cuestiones, estrechamente conectadas entre sí, en las que se ha polarizado el tratamiento de la responsabilidad extracontractual de los contratistas y concesionarios de la Administración: el régimen sustantivo de dicha responsabilidad; quién responde ante el tercero, esto es, si la Administración titular del servicio público o el contratista; por último, cuál sea la jurisdicción competente para conocer de tales reclamaciones. Desde las respuestas dadas antes de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas podrá examinarse el tratamiento normativo dispuesto en ésta.

Antes de entrar en dicho examen, y al objeto de posibilitar un tratamiento unitario de tales cuestiones, hay que precisar que el régimen de la LEF en orden a la responsabilidad extracontractual de los concesionarios sería ratificado, con ligeras variantes, en la esfera local por el artículo 128.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, y extendido a los contratos de gestión de servicios públicos por el artículo 78 de la Ley de Contratos del Estado de 1965, actualmente derogada (4).

Sin embargo, no quedaba resuelto, en estos momentos, si el régimen de responsabilidad de los concesionarios era igualmente aplicable a todos los contratistas de la Administración o si lo que daba entrada a las previsiones de la LEF era la prestación del servicio público, habida cuenta que la Ley de Contratos del Estado de 1965 no lo había sancionado con carácter general para todos los contratos administrativos. Asimismo, las previsiones del artículo 134 del Reglamento General de Contratos del Estado de

(4) En la misma dirección, el artículo 19 de la Ley de Autopistas de 10 de mayo de 1972: «Las indemnizaciones que procedan en los supuestos de los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa serán de cargo del concesionario, cuando los daños a que dichos preceptos se refieran sean consecuencia de la ejecución del proyecto o de la explotación del servicio concedido, a no ser que sean exclusivamente imputables a cláusulas o medidas impuestas por la Administración después de haber sido adjudicada la concesión»; sobre tal régimen, vid. R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *En torno a la Ley de Autopistas de Peaje*, núm. 68 de esta REVISTA, 1972, págs. 325 y ss.

1967 para el contratista de obra pública parecían mantener su responsabilidad extracontractual por daños a terceros en los estrictos términos de la responsabilidad civil entre particulares, tal como derivaba de la Ley de Obras Públicas, con la salvedad de imputarlos a la Administración cuando eran consecuencia de vicios del proyecto o de órdenes dadas por ésta (5). Con todo, paulatinamente, el régimen de responsabilidad extracontractual de los concesionarios de servicios públicos se extendería a los contratistas de obras públicas mediante la interpretación, a efectos de la aplicación de la LEF, de un lado, de la noción de servicios públicos como comprensiva de la actividad de titularidad administrativa y, de otro, de la figura del concesionario como todo sujeto privado interpuesto para el desempeño de tal actividad (6). A lo cual vendría a contribuir decididamente el nuevo párra-

(5) En efecto, ni la Ley de Bases de Contratos del Estado de 1963 ni el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado de 1965 aludían a la responsabilidad extracontractual de los contratistas, por lo que, no habiéndose derogado formalmente la Ley de Obras Públicas, dicho régimen se encontraba en el artículo 121 de dicha Ley, es decir, conforme al sistema de responsabilidad civil y de conocimiento de los Tribunales ordinarios. Por su parte, el artículo 134 RGCE de 1967 únicamente parecía establecer los supuestos en que la Administración devenga responsable —cuando los daños fuesen consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o de vicios del proyecto— y dentro de los límites señalados en la Ley de Régimen Jurídico; en otro caso correspondía al contratista indemnizar todos los daños causados a terceros por la ejecución de las obras. De tal precepto reglamentario, la doctrina dedujo que en los casos en que la responsabilidad recaía sobre la Administración era objetiva, conforme a la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, no así cuando recaía sobre el contratista de obra pública, que seguía siendo de tipo civil, esto es, una responsabilidad por culpa y sometida a la Jurisdicción ordinaria. En este sentido, vid. E. RIVERO YSERN, *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, IGO, Sevilla, 1969, págs. 241-242; M. CLAVERO ARÉVALO, *La quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad administrativa*, núm. 66 de esta REVISTA, 1971; la cita la hacemos de la recopilación de su obra en *Estudios de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 255.

(6) En este sentido fue decisivo el Dictamen 36913 del Consejo de Estado, de 18 de junio de 1970, que establecería: «El artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado indican que éste responderá de los daños causados a terceros que sean "consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos". Con esta expresión las referidas Leyes aluden a todo tipo de actuación administrativa ejercitada desde la posición privilegiada que a la Administración corresponde como persona jurídica. En ella engloban, como no puede ser de menos, la ejecución de las obras públicas, ya lo sean con servicios o medios propios, ya mediante la interposición de un contratista privado. El titular de la obra pública es siempre la Administración, que en ningún momento deja de ejercitar sobre ella sus potestades y de asumir la responsabilidad de los daños que su ejecución pueda causar a terceros...» Igualmente, en el Dictamen 38603, de 12 de julio de 1973, en el que la consulta se resuelve aplicando los preceptos de la LEF, se identifica la posición del concesionario a la del contratista de obra pública, en tanto que «si tal es el planteamiento para el supuesto de servicios concedidos, en que hay una transferencia de la titularidad del servicio, con mayor razón así en el supuesto de un simple contrato de obras, en que la titularidad de la obra se mantiene plenamente en la Administración». En este último Dictamen se rechaza la tesis de la Asesoría Jurídica, que argumentaba la no aplicación de la LEF al contratista de obra pública, pues la noción de servicio público «expresa un modo genérico de caracterización del giro o tráfico administrativo; o "el hacer y actuar de la Administración como ente de gestión pública". Es claro que con este planteamiento carece de entidad la objeción de la Asesoría Jurídica que, diferenciando la fase de construcción de la obra pública y la de prestación y explotación consiguiente del servicio público en sentido estricto, rechaza la aplicabilidad de los artículos 121.2 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa (relativos al supuesto de servicios públicos concedidos)».

fo del artículo 134, el tercero, introducido por el Reglamento de Contratos del Estado de 1975, que quedaba redactado en los siguientes términos:

«Será de cuenta del contratista indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de las obras.

Cuando tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. También será ésta responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de vicios del proyecto.

Las reclamaciones de los terceros se presentarán, en todo caso, en el término de un año, ante el órgano de contratación que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable. Contra su acuerdo podrá interponerse recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.»

Desde esta aplicación extensiva, el régimen de responsabilidad por daños a terceros de los contratistas de obras públicas, y con ello de todos los contratistas de la Administración, no sería más que concreción del dispuesto por la LEF para los concesionarios de servicios públicos (7). En este sentido, la fundamentación del común régimen de responsabilidad extracontractual de los contratistas y concesionarios de la Administración vendría dada por la existencia de una actividad de titularidad pública realizada por persona interpuesta.

1. Régimen de responsabilidad extracontractual aplicable

Con aparecer como la excepción a la regla general, pues tal como se entiende comúnmente la noción de servicio público de la LEF es orgánica, se ha sostenido la incorporación del contratista al régimen administrativo de responsabilidad extracontractual. Ello significa, principalmente, que es del mismo tipo que la que se venía a establecer para la Administración pública: de naturaleza objetiva.

Aunque en una primera etapa existieran discrepancias al respecto, como es el caso emblemático de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien el régimen de responsabilidad aplicable al concesionario debe ser el privado en

(7) Vid. al respecto, entre otros, R. BOCANEGRA SIERRA, *Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración pública por daños causados a terceros*, «REDA», núm. 18, 1978, págs. 397 y ss.; R. JURISTO SÁNCHEZ, *La ejecución del contrato de obra pública*, Madrid, 1983, págs. 165-167; F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, 1985, pág. 65; P. TORRENT I RIBERT, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Madrid, 1995, págs. 7 y ss.

tanto que sujeto de este carácter (8), la doctrina mayoritaria se ha posicionado por mantener el mismo ámbito de responsabilidad para el concesionario o contratista que para la Administración; esto es, el funcionamiento normal o anormal del servicio público (9). En este sentido, se afirma que la indemnización a la que alude el párrafo 2 del artículo 121 LEF, esto es, la que corresponde al concesionario o contratista, es la que hace referencia el primer párrafo de dicho precepto conforme a los mismos criterios que sirven para establecer la responsabilidad extracontractual de la propia Administración (10). Igual entendimiento se aprecia en la doctrina del Consejo de Estado (11) y en la jurisprudencia contencioso-administrativa (12). Desde esta postura, la responsabilidad del concesionario o del contratista por daños deriva rectamente de la antijuridicidad del resultado lesivo y no de la culpabilidad o ilicitud de la conducta. *Ante el tercero, la cobertura de*

(8) Ilustrativas al respecto son sus palabras: «¿Ha de entenderse que toda la responsabilidad civil en la que pueda incurrir el concesionario de servicios públicos en ejercicio de la concesión se regirá en adelante por la nueva Ley y no por el Código Civil? No a nuestro juicio» (pág. 197); porque, según el autor, «el concesionario se encuentra como regla en una situación de derecho civil, por la razón simple que es una persona de derecho civil. De la misma manera que los actos del concesionario no son actos administrativos, o sus contratos, contratos administrativos, o sus agentes, agentes administrativos, o sus fondos, en fin, fondos públicos, así su eventual responsabilidad no hay razón para que sea una responsabilidad administrativa» (pág. 203). Únicamente cuando los daños se ocasionaran en el ejercicio de funciones públicas delegadas en el concesionario admitiría el régimen de responsabilidad administrativa, en *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956. Igual posición contraria para los contratistas de la Administración mantuvo A. MUÑOZ LÓPEZ, «Problemática en torno a la responsabilidad de la Administración por daños ocasionados en la ejecución de obras públicas», en *Anales de la Dirección General de lo Contencioso*, 1966-1973, 1, págs. 95 y ss.

(9) En este sentido, vid. E. RIVERO YSERN, quien gráficamente calificó el supuesto como de relación jurídico-administrativa entre particulares, en *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, IGO, Sevilla, 1969, pág. 239; R. BOCANEGRA SIERRA, en *Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros*, «REDA», núm. 18, 1978, págs. 404-405, y posteriormente en *La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros*, «DA», núms. 237-238, 1994, pág. 219; L. MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad de las Administraciones públicas», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. 1, IEF, Madrid, 1988, pág. 89, y *La responsabilidad patrimonial de la Administración Local*, ob. cit., pág. 618; A. F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, 1985, pág. 60; S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 115-116; M. REBOLLO PUIG, *Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro*, «Poder Judicial», núm. 20, 1990, pág. 28; J. L. GIL IBÁÑEZ, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994, pág. 35.

(10) Vid. por todos R. BOCANEGRA SIERRA, *La responsabilidad de los concesionarios y contratistas*, ob. cit., pág. 209.

(11) Esta es la posición que mantiene el Consejo de Estado desde el célebre Dictamen 34689, de 13 de julio de 1967, en el que se plantea por primera vez la aplicación de la LEF a los concesionarios de servicios públicos; vid. igualmente los Dictámenes 45276, de 17 de junio de 1983; 53623, de 27 de julio de 1989; 893, de 3 de diciembre de 1992; 1601, de 20 de julio de 1995. En relación a los contratistas de obras públicas, los siguientes Dictámenes: 36913, de 18 de junio de 1970; 38603, de 12 de julio de 1973; 55380, de 25 de octubre de 1990. Asimismo, en esta línea se sitúa el Consejo Consultivo de Andalucía; vid. Dictámenes 17/95, de 2 de marzo; 20/95, de 16 de marzo; y 55/95, de 28 de septiembre.

(12) Entre otras, vid. SSTS 28 de mayo de 1980, Ar. 2844; 18 de diciembre de 1982, Ar. 8028; 19 de mayo de 1987, Ar. 3615; 25 de enero de 1992, Ar. 1343.

la lesión que da derecho a una indemnización reparatoria es la misma la haya producido la Administración a través de agentes insertos en su organización o un sujeto privado que colabora en la gestión de una actividad de titularidad pública.

Bien es verdad que esta conclusión no se ha basado exclusivamente en la literalidad de los artículos transcritos, sino que se acude a otros argumentos para evidenciar que de no entenderse así se produciría una diversidad de trato no justificada por el dato, que se reputa meramente accidental, de que la Administración haya decidido gestionar indirectamente el servicio o ejecutar la obra pública por contrata. Esta fundamentación, que aparece fielmente por vez primera en el Dictamen del Consejo de Estado de 12 de julio de 1973 (13), se puede encontrar en la doctrina que ha abordado este tema (14). En último extremo, se trata de evidenciar que una decisión meramente organizativa, la del modo de gestión del servicio o de la ejecución de la obra, no puede trascender sobre el régimen de garantías de los ciudadanos, que en este punto se cifra en el derecho a resarcimiento por los daños ocasionados por el servicio público.

Sin negar el trasfondo garantista que subyace en este planteamiento, no puede pasar inadvertido que implicaba, sin embargo, cierta incongruencia no remediada hasta la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común: siendo los concesionarios y contratistas sujetos privados y sus relaciones con terceros regidas por el Derecho privado, su responsabilidad extracontractual se tornaba administrativa, mientras que la propia Administración respondía por el régimen civil o privado cuando actuase en relaciones de Derecho privado (art. 41 LRJAE, hoy derogado). Igualmente se evidencia otra paradoja, no del todo resuelta en la actualidad: entes institucionales con personalidad pública pero sometidos en sus relaciones con terceros al Derecho privado, o las empresas públicas, se rigen por un sistema de responsabilidad extracontractual civil aunque gestionen servicios públicos. Con todo, hay que reconocer que tal asimetría se intenta superar en la dirección de someter a estos entes al régimen de res-

(13) En el que afirma: «Y es que el derecho a ser indemnizado que asiste al particular lesionado por el funcionamiento de los servicios públicos está configurado en términos sustantivos por el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, con independencia de que la Administración mantenga la titularidad del servicio y lo gestione directamente o interponga un tercer concesionario. La utilización por la Administración de un servicio no puede trascender con efecto limitativo sobre los derechos y posición de los administrados lesionados por el servicio. Lo contrario produciría evidentes e inadmisibles consecuencias discriminatorias para supuestos objetivos idénticos», citado.

(14) Vid. E. RIVERO YSERN, *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, ob. cit., pág. 237; R. BOCANEGRA SIERRA, *La responsabilidad civil de los concesionarios...*, ob. cit., pág. 219; J. CORELLA PLA, «Algunos problemas surgidos durante su vigencia», en la obra colectiva *Contratación pública*, II, coordinada por MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑOZ y LAGUNA DE PAZ, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 182; M. BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 79. No obstante, se ha estimado que los argumentos esgrimidos son más bien de equidad o de lógica del sistema, pero que no pueden extraerse de la LEF; vid. M. REBOLLO PUIG, *Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración*, «Poder Judicial», núm. 20, 1990, pág. 29, en nota.

ponsabilidad administrativa, como una de las correcciones a lo que se ha venido a denominar la huida del Derecho administrativo, bien en la dirección de reputar Administración a tales entes o a las empresas públicas a estos efectos (15), bien haciendo derivar dicho régimen de la noción material de servicio público (16). No parece que la doctrina haya hecho mayor cuestión sobre el régimen administrativo de responsabilidad extracontractual de los concesionarios o contratistas de la Administración (17).

2. Reglas de distribución de la responsabilidad entre la Administración y el contratista. El problema de la imputación

La cuestión que más confusión y discrepancias ha suscitado del régimen de responsabilidad dispuesto para los contratistas y concesionarios es, precisamente, la de la imputación o, por mejor decir, la de las reglas de distribución de la responsabilidad entre éstos y la Administración. Ante todo, es claro que los preceptos que han regulado tal régimen han dispuesto los criterios delimitadores de cuándo la indemnización procedente por el daño causado corresponde bien al contratista o concesionario, bien a la Administración titular. A estos fines la técnica seguida ha sido la de establecer una regla general, cual es que la indemnización corre a cargo del concesionario o contratista, a la que se sustraen ciertas causas que desvían la indemnización hacia la Administración: los daños que, aunque materialmente producidos por el contratista en las operaciones de ejecución de la obra o del funcionamiento del servicio público, deriven de órdenes de la Administración o de vicios del proyecto de obra. Si de tal distribución de la carga indemnizatoria se deriva igualmente las reglas que delimitan la atribución de la responsabilidad o imputación entre la Administración y los contratistas no ha sido un tema pacífico, al menos en lo que atiene al tercero que ha sufrido el daño. En otros términos, se trata de dilucidar a quién se le imputa la lesión y responde en todo caso ante el tercero.

Dos han sido las líneas de entendimiento de esta cuestión, si bien se aprecian matices dentro de las mismas. La primera asume como criterio de imputación el mismo que determina la carga indemnizatoria, de suerte que es la causa originadora del daño la que determina si la responsabilidad corresponde a la Administración —por vicio del proyecto o por devenir de una orden obligatoria— o al contratista o concesionario —en otro caso—.

(15) Vid. E. MONTOYA MARTÍN, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 535 y ss.

(16) Recientemente, M. BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, ob. cit., *in totum*, si bien tal autora sostiene que la Administración no debe reputarse aseguradora universal de todos los riesgos del servicio público, por lo que es preciso, para que surja el deber de indemnizar, que los daños ocasionados por el servicio público sean jurídicamente relevantes: un riesgo general, inherente al servicio, y que no se trate de riesgos socialmente admitidos.

(17) Con alguna salvedad, por ejemplo, vid. una crítica a tal tesis en M. REBOLLO PUIG, *Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración...*, ob. cit., especialmente en la nota 4.

En este sentido, ante el tercero debe responder el sujeto al que debe imputarse el daño, que coincide a su vez con el que debe correr con la indemnización. No puede mantenerse, por tanto, una responsabilidad directa de la Administración si el daño es imputable al contratista —según las reglas delimitadoras apuntadas— y, por consiguiente, sin contar con ninguna vía de regreso. Los autores que sostienen esta postura, que parece ser la más extendida (18), además de la normativa propia para estos casos, esgrimen la improcedencia de convertir a la Administración en aseguradora universal de todos los daños que deriven del funcionamiento del servicio público o de la ejecución de la obra, lo cual no es óbice para que admitan sin fisuras el principio sustentador del régimen de responsabilidad administrativa: la indemnidad del patrimonio de la víctima que ha sufrido un daño antijurídico con ocasión del servicio público. En este sentido, se ha propuesto que la Administración debe ser garante última de tal indemnización, lo cual se conseguiría por la vía de la responsabilidad subsidiaria de ésta en el caso de insolvencia del concesionario o contratista (19). La diferencia con la otra tesis que vamos a ver radica, en consecuencia, en la articulación de la posición que, para asegurar la indemnidad del tercero que sufre el daño, debe otorgarse a la Administración titular del servicio o de la obra pública.

La segunda línea de entendimiento, en contraposición a la anterior, estima que ante el tercero debe responder la Administración en todo caso de forma directa, siempre, claro es, que concurran todos los requisitos exigidos —nexo de causalidad, daño individualizado, evaluable económicamente, etc.—, pues lo relevante es que el daño sea consecuencia de la actividad de titularidad pública. Desde esta perspectiva, las reglas de distribución de la indemnización que las normas establecen únicamente operarían a efectos internos entre la Administración y contratista de forma que, salvo que el daño fuese consecuencia de una orden o cláusula de ineludible cumplimiento o vicios del proyecto en su caso, la Administración podría repetir su importe frente al contratista mediante una acción de regreso. Ante el

(18) Entre otros, vid. R. BOCANEGRA SIERRA, *Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración...*, ob. cit., pág. 404, y *La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas...*, ob. cit., pág. 230; J. LEGUINA VILLA, *La responsabilidad civil de la Administración pública*, Tecnos, 1983, pág. 325; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, ob. cit., pág. 348; R. GÓMEZ-FERRER, *En torno a la Ley de Autopistas de Peaje*, núm. 68 de esta REVISTA, 1972, pág. 334; L. MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de la Administración Local», aunque estima que «como punto de reflexión la tesis —refiriéndose a la contraria apuntada— no es en absoluto desdeñable» (pág. 619), en *Tratado de Derecho Municipal*, obra colectiva dirigida por S. MUÑOZ MACHADO, vol. I, Civitas, Madrid, 1988, pág. 618; en la misma obra, J. F. MESTRE DELGADO, *Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión*, vol. II, pág. 1259; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 180.

En la misma línea, los siguientes Dictámenes del Consejo de Estado: 49254, de 5 de julio de 1986; 53623, de 27 de julio de 1989; 55380, de 25 de octubre de 1990; 893, de 3 de diciembre de 1992; 331, de 13 de mayo de 1993; 1601, de 20 de julio de 1995.

(19) Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 135, que se inspira en el Derecho francés, aunque reconoce que en el nuestro tal responsabilidad subsidiaria de la Administración no se halla establecida claramente.

tercero la Administración no puede aducir las reglas de distribución de la carga indemnizatoria a modo de exonerar su responsabilidad, derivada directamente del funcionamiento del servicio o la ejecución de la obra *cuya titularidad mantiene*.

Esta tesis, avalada por la primera doctrina del Consejo de Estado y con apoyo de un amplio sector doctrinal (20), ha sido seguida en bastantes ocasiones por la jurisprudencia. En este sentido, aparte de la conocida Sentencia de la antigua Audiencia Territorial de Oviedo de 1976, que parece ser la primera sentencia que aborda la cuestión, baste citar las siguientes del Tribunal Supremo: 24 de octubre de 1984 (21), 19 de mayo de 1987 (22), 20 de octubre de 1987 (23), 9 de mayo de 1989 (24) y 12 de febrero de 1997 (25).

Conviene advertir, como apuntara G. GARCÍA ALVAREZ (26), que esta jurisprudencia, más que establecer una responsabilidad directa en todo caso de la Administración, viene a atribuirle una posición de garante de la indemnidad patrimonial del tercero dañado con ocasión del funcionamiento de la actividad pública, en la medida que estos procesos parten de una denegación previa por parte de la Administración de cualquier responsabilidad o, incluso, de una falta de respuesta expresa. Por ello, en los procesos entablados que reflejan tal línea jurisprudencial el contratista o concesionario no era parte; sólo era demandada la Administración y, quizá por ello, la única condenada. En definitiva, lo que en realidad puede extraerse de esta línea jurisprudencial es la resistencia por parte de los Tribunales a establecer la responsabilidad del contratista, en los supuestos que pudiera

(20) Esta interpretación se sostuvo para el contratista de obra, por primera vez, en el Dictamen del Consejo de Estado 36913, de 18 de junio de 1970, y fue seguida en el Dictamen 49698, de 23 de diciembre de 1986, si bien parece haberse rectificado posteriormente (vid. nota anterior).

El primer autor que conocamos que fundamenta dicha interpretación es F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público*, «RDAF», núms. 44-45, 1976, págs. 215-250; y ha sido seguida, entre otros, por G. ARIÑO ORTIZ, *El servicio público como alternativa*, «REDA», núm. 23, 1979, pág. 552; R. JURISTO SÁNCHEZ, *La ejecución del contrato de obra pública*, ob. cit., pág. 166; P. TORRENT RIBERT, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, ob. cit., pág. 7; J. L. GIL IBÁÑEZ, *La responsabilidad de los Poderes públicos*, ob. cit., pág. 35; J. CORELLA PLA, «Algunos problemas surgidos durante su vigencia», en *Contratación pública II*, ob. cit., pág. 182.

(21) Ar. 6194.

(22) Ar. 3615.

(23) Ar. 8676.

(24) Ar. 4487. Esta sentencia marcó, al decir de la doctrina, un punto de inflexión en la jurisprudencia, pese a que sus argumentos, no su solución, como se comprueba en decisiones judiciales posteriores, no hayan sido posteriormente ratificados, por cuanto fundamentaría dicha responsabilidad directa de la Administración en el dato de que toda la actuación del concesionario se imputa a ésta en tanto que delegado de la misma; vid. un comentario crítico a esta sentencia —de la que fue ponente F. GONZÁLEZ NAVARRO— por M. REBOLLO PUIG, en *Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración...*, ob. cit., *in totum*, y S. MUÑOZ MACHADO, en *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 129 y ss.

(25) Ar. 898.

(26) En «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos», *Derecho administrativo. Parte especial*, obra coordinada por BERMEJO VERA, Civitas, 1994, pág. 953.

proceder, en tanto que no aparece como legitimado pasivo en la reclamación de indemnización.

Asimismo, lo que puede resultar sintomático, en las Sentencias del orden contencioso-administrativo que no aplican la doctrina señalada, distinguiendo los supuestos en que debe imputarse la responsabilidad a la Administración o al contratista en base a las reglas de distribución de la carga indemnizatoria, siempre aparece el contratista como demandado. Y, así, únicamente han declarado la posible responsabilidad directa del concesionario cuando éste ha sido demandado formalmente en la reclamación de indemnización (27). Este ha sido el supuesto, por ejemplo, de la STS de 25 de enero de 1992 (28), en la que se imputa la responsabilidad a «Butano, S.A.» exonerando a la Administración, conforme a las reglas de distribución de la carga indemnizatoria para los servicios concedidos, cuya aplicación al caso era precisamente lo discutido; la acción de reclamación de

(27) Vid. STS de 31 de julio de 1989, declarando la responsabilidad de la Administración en tanto que los daños fueron consecuencia de órdenes dadas al contratista (Ar. 6193); STS de 4 de mayo de 1995, que declara responsable a la Administración en tanto que el daño «se produjo como consecuencia exclusiva de los vicios del proyecto, aprobado por la Administración y puntualmente ejecutado por la empresa contratista, lo que exonera a ésta de cualquier responsabilidad por los daños causados a terceros» (Ar. 4210).

En el caso resuelto en la STS de 11 de julio de 1995 no aparecía el contratista como demandado, sin que fuera obstáculo para que el Tribunal analizara quién era el responsable; sin embargo, resulta ilustrativo que ante la alegación de la Administración de que la responsabilidad debía recaer sobre el contratista, el Tribunal señalara: «Tal planteamiento resulta, cuando menos, incongruente con la propia actuación de la Administración, porque, a pesar de que por la representación de los demandantes se hacía referencia, al formular su reclamación en vía administrativa, a las Empresas constructoras contratistas de las obras de la Administración no les puso en conocimiento la reclamación formulada para que pudieran alegar lo que a su derecho conviniera, aunque el tercer párrafo del artículo citado —134 RGCE— por el Abogado del Estado establece también que "las reclamaciones de los terceros se presentarán, en todo caso, en el término de una año, ante el órgano de contratación que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable", con lo que tal conducta de la Administración, al abstenerse de dar traslado a la entidad contratista, a pesar de la manifestación de los reclamantes, se deduciría todo lo contrario, a lo que ahora se pretende, pues habría de considerarse que, si no actuó como solicitaban los perjudicados, fue porque asumía la total responsabilidad de lo sucedido»; no obstante, se declaró la responsabilidad de la Administración en tanto que los daños tuvieron su origen en defectos de previsión del proyecto de obras acerca de la naturaleza de los terrenos sobre los que se emplazó la obra, lo cual se estimó como vicio del proyecto (Ar. 5632). En esta misma línea pudiera situarse la STS de 28 de mayo de 1980, que si bien en sus considerandos señalaba que la responsabilidad debía imputarse a la Administración o al contratista según las reglas de la LEF acerca de quién debía correr con la indemnización, al final declara responsable a la Administración por no instruir el procedimiento del artículo 123 LEF o del artículo 134 RGCE, pues «se limitó a rechazar la reclamación con base en la existencia de un contratista pero sin pronunciarse concretamente como los preceptos citados exigen, con lo cual lo que hizo fue eludir su propia responsabilidad frente al perjudicado reclamante en la vía administrativa procedente, y a ella debe, por tanto, serle impuesta, sin perjuicio de su desplazamiento sobre el responsable, de modo idéntico al contemplado en el artículo 142 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado» (Ar. 2844).

Como hipótesis, y sin posibilidad de demostrarlo en estos momentos, parece latir cierto reproche hacia la Administración en el sentido de que si no asume su obligación de señalar quién es el responsable, perdería la oportunidad de hacer recaer la responsabilidad, de ser procedente, sobre el contratista.

(28) Ar. 1343.

indemnización planteada por los actores se ejercitó conjuntamente contra la Administración y la entidad «Butano, S.A.».

Es más, cuando la Administración, conforme al procedimiento de reclamación previsto en la normativa, resuelve que corresponde la indemnización al contratista al serle imputable el daño, nadie pone en cuestión que la Administración no es responsable directa. A lo sumo, parece que su posición se asemejaría a la de garante de su efectividad, es decir, que la indemnización establecida *se lleve a efecto*, en tanto que la reclamación de responsabilidad, señalando su procedencia y al contratista como responsable e incluso la cuantía de la misma, se resuelve por acto administrativo susceptible de ejecución subsidiaria por la Administración (29). En estos supuestos, el ocasional control judicial contencioso-administrativo verificará la legalidad de tal atribución de responsabilidad al contratista, confirmando su responsabilidad o anulando dicha decisión y, en su caso, atribuyéndosela a la Administración, en función de quien haya entablado el proceso contencioso y las pretensiones deducidas. Este es el caso, por ejemplo, de la STS de 18 de diciembre de 1982, que confirma la resolución del entonces Ministerio de Obras Públicas por la que se establecía la responsabilidad directa del concesionario, que la había recurrido (30); o el de la STS de 25 de enero de 1996, que anula la decisión administrativa de atribuir la responsabilidad al contratista de la obra, al estimar no debidamente probado cuál fue la causa de los daños ocasionados en la ejecución de la obra (31).

Comentario aparte merecen, a nuestro juicio, las decisiones judiciales que han estimado la responsabilidad directa de la Administración, al margen de que la causa del daño fuese o no imputable al concesionario o contratista, en base a un título, aunque conectado, diferente al de funcionamiento estricto del servicio o de la ejecución de la obra, esto es, al deficiente ejercicio de sus deberes de vigilancia y policía (32). Como puede

(29) Como se dará cuenta en el epígrafe siguiente, la doctrina califica a la decisión administrativa que resuelve el procedimiento de reclamación de responsabilidad previsto tanto en el artículo 123 LEF como en el artículo 134 RGCE como un acto administrativo definitivo ejecutivo y ejecutorio, por lo que si en su caso el contratista no abonase tal indemnización podrá la Administración ejecutarlo subsidiariamente y resarcirse a través incluso de la vía de apremio; vid. G. GARCÍA ALVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, ob. cit., pág. 955. Esta interpretación viene confirmada en los datos relatados en la STS de 25 de enero de 1996, en tanto que se enjuicia una resolución administrativa atribuyendo la responsabilidad por daños a terceros al contratista y estableciendo la cuantía debida, «con advertencia en otro caso de ejecución subsidiaria por el Ayuntamiento con todos los gastos a cargo del actor» (Ar. 36).

(30) Ar. 8028.

(31) Ar. 36.

(32) Este es el caso de la STS de 20 de octubre de 1987, al señalar: «pues aunque es cierto que la obligación de prevenir sucesos como el acaecido recae directa e inmediatamente sobre la sociedad contratista, los servicios municipales no se hallaban excluidos de obligaciones al respecto, pues la misma obligación y aún más acusada tienen los técnicos directores de las obras y las del caso se desenvolvían bajo la dirección del arquitecto municipal y no consta que por él se tomara medida alguna al respecto, como tampoco consta tomara el Ayuntamiento en ejercicio de la función de policía que le concierne...», siendo de destacar que si tal función de policía siempre es exigible, mucho más lo era en el caso de

comprobarse, dicha responsabilidad directa descansa en un título de imputación que haría recaer cualquier daño sobre la Administración titular de la actividad, en tanto que siempre conserva los deberes de vigilancia y policía del servicio o de la ejecución de la obra. Un título tal de imputación podría provocar una extensión desmesurada de la responsabilidad de la Administración, además de hacer decaer la funcionalidad propia de la utilización de fórmulas indirectas de realizar las actividades de su titularidad, y así ha sido puesto de relieve en la doctrina (33). Con todo, hay que reconocer que tanto la jurisprudencia como la doctrina que sustenta este título de imputación parecen restringir, sin embargo, dicha responsabilidad a los casos de un funcionamiento deficiente de tales deberes, esto es, cuando el ejercicio correcto hubiera evitado tal daño y no cuando éste se hubiera ocasionado igualmente con una diligencia debida (34).

3. *Jurisdicción competente*

La cuestión de qué orden jurisdiccional debe conocer de las reclamaciones de responsabilidad extracontractual frente a contratistas o concesionarios ha venido solventada por el dato de haberse dispuesto, con carácter previo, un procedimiento específico para dilucidarla de competencia de la Administración. Tanto la LEF —art. 123— como el RCGE —art. 134—, ya transcritos, señalaron que dichas reclamaciones se plantearían ante la Administración titular del servicio o de la obra pública, quien debería resolver tanto acerca de la procedencia de la indemnización como igualmente acerca del sujeto responsable, quedando abierta la vía contencioso-administrativa. En base a tales previsiones normativas, la doctrina

autos por el carácter de la obra y la dirección bajo la que se realizaba» (Ar. 8676). Igualmente, la STS de 25 de enero de 1992 (Ar. 1344) hace recaer sobre la Administración una responsabilidad directa por los deberes de vigilancia e inspección del servicio concedido, si bien en cuanto la actuación de la empresa concesionaria no motivó la acción de la Administración en su función de policía, al no verificar la deficiencia de las instalaciones de gas, determinó que correspondiese atribuir a la primera la responsabilidad por los daños.

Asimismo, debe señalarse que éste ha sido el camino seguido en múltiples ocasiones por la jurisprudencia civil para imputar a la Administración los daños producidos por los contratistas, justificándola en la negligencia que comete con permitir que se causen daños, e inaplicando sistemáticamente las normas que regulan su responsabilidad; vid. el análisis de dicha jurisprudencia, a la que se critica abiertamente, en S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, ob. cit., págs. 95 y ss.

(33) Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente...*, ob. cit., págs. 95 y ss.

(34) Las coordenadas en que pudiera enmarcarse lo que, según M. REBOLLO PUIG, no sería más que un supuesto de responsabilidad de la Administración por hecho de otro, se deducirían de la existencia de un «principio general de nuestro Derecho según el cual es responsable de los daños causados por otro aquel que tiene sobre éste unas facultades de injerencia o dirección tales que le permite determinar su actividad pero que, en el caso concreto, no empleó la diligencia exigible para prevenir y evitar esos daños», en *Servicios públicos concedidos...*, ob. cit., pág. 47; aunque con otra fundamentación, igualmente M. BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 194 y ss.

mayoritaria no ha dudado en calificar a la resolución de la Administración de tal procedimiento de reclamación como un acto administrativo, resolucible por tanto en la jurisdicción contencioso-administrativa (35). En otras palabras, la pretensión indemnizatoria del particular se transforma, tras la decisión previa recaída en el procedimiento de reclamación de responsabilidad, en la de anulación del acto, bien por el mismo particular, bien por el contratista en función de su contenido.

Como puede observarse, tal razonamiento descansa en dos premisas. La primera, que la atribución dada a la Administración para decidir acerca de la responsabilidad ante el tercero del contratista o del concesionario es una genuina competencia administrativa que se actúa conforme a un procedimiento administrativo. Su naturaleza sería, según la doctrina, la de una competencia arbitral en resolución de un conflicto entre particulares, cualificada por el dato de que la Administración tiene igualmente que decidir en dicha reclamación si concurre una causa que desvíe hacia ella la responsabilidad (36). La segunda, que tal procedimiento de reclamación de responsabilidad tiene necesariamente que excitarse por el perjudicado, esto es, resulta obligado canalizar la pretensión indemnizatoria mediante la reclamación establecida en dichas normas (37). Si la atribución del orden contencioso-administrativo descansa en la existencia de un acto administrativo previo en base al cual esgrimir la pretensión, queda patente que

(35) Vid. E. RIVERO YSERN, *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, ob. cit., pág. 229; R. BOCANEGRA SIERRA, *Responsabilidad de contratistas...*, ob. cit., págs. 397 y ss., y *La responsabilidad civil...*, ob. cit., pág. 237; F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad civil...*, ob. cit., pág. 56; M. REBOLLO PUIG, *Servicios públicos concedidos...*, ob. cit., pág. 30; G. GARCÍA ALVAREZ, *Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, ob. cit., pág. 954, y J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial...*, ob. cit., pág. 178.

(36) En este sentido, vid. R. BOCANEGRA SIERRA, *La responsabilidad civil de los concesionarios...*, ob. cit., pág. 209, y P. SERRERA CONTRERAS, *La responsabilidad del contratista en la novísima legislación de contratos del Estado*, «RAAP», núm. 23, 1995, pág. 14.

(37) Congruentemente, quien ha sostenido que tal procedimiento de reclamación no es el único posible entenderá que no tiene por qué ser la jurisdicción contencioso-administrativa la que conozca de tales pretensiones. En este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, quien, coherentemente con su planteamiento originario de que el concesionario únicamente respondería según la LEF cuando actuase en el ejercicio estricto de funciones públicas, afirmará la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa exclusivamente en tales supuestos, en *Los principios de la Ley...*, ob. cit., págs. 202-203; posteriormente, sin embargo, al admitir el régimen sustantivo de responsabilidad administrativa para los contratistas y concesionarios, y la regulación procedimental de la reclamación señalada en la LEF y RGCE, considerará como competente para conocer a la jurisdicción contencioso-administrativa, en *Curso...*, ob. cit., pág. 374 en conexión con pág. 376.

Por su parte, J. GONZÁLEZ NAVARRO reduce el conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa a los casos en que el concesionario no actuase dentro del giro o tráfico normal de su empresa, siendo la jurisdicción civil la competente en relación a los daños ocasionados en tal esfera de actividad; pero resulta ilustrativo que para dicho autor el procedimiento de reclamación previsto en el artículo 123 LEF había sido modificado por la Ley de Régimen Jurídico de 1957, de forma que dicha vía administrativa previa de reclamación tendría carácter potestativo, en *Responsabilidad de la Administración por daños...*, ob. cit., págs. 247-248. No faltan autores que estiman que el tercero puede optar por reclamar la indemnización por daños en la jurisdicción civil o a través de la vía administrativa regulada en las normas administrativas y, en su caso, en la jurisdicción contencioso-administrativa; en este sentido, R. JURISTO SÁNCHEZ, *La ejecución del contrato de obra pública*, ob. cit., págs. 196-197.

en este ámbito viene dado precisamente, tal como se ha razonado, por ser ineludible promover la petición indemnizatoria por parte del perjudicado a través de dicha reclamación. Del juego combinado de ambas premisas deviene lógica la atribución de la jurisdicción contencioso-administrativa: la exigencia de canalizar ante la Administración, con carácter previo, cualquier reclamación indemnizatoria por daños frente al concesionario o contratista, que resuelve a través de un acto administrativo, al ser ejercicio de una competencia actuada mediante procedimiento administrativo. Como puede comprobarse, toda la argumentación no hace más que evidenciar que la vía para exigir la responsabilidad extracontractual del contratista es la misma que para exigir la de la Administración; es en el seno del mismo procedimiento donde se dilucida, *por la Administración en todo caso*, la pertinencia de la indemnización, quién es el responsable ante el tercero e incluso, según el artículo 134 RCGE, la cuantía de la misma.

Con todo, tales preceptos en el sentido indicado han sido desatendidos por los Tribunales del orden civil, que en ningún momento han negado su propia competencia para conocer las demandas indemnizatorias de particulares por responsabilidad extracontractual de los contratistas o concesionarios de la Administración. Tal competencia trae causa directa, al decir de tales órganos jurisdiccionales, de que las relaciones entre el concesionario (o contratista) y el tercero se rigen por el Derecho privado y, por consecuencia, al ser una responsabilidad extracontractual entre dos particulares, entra de lleno en el ámbito propio de la jurisdicción ordinaria. Es más, los Tribunales civiles se mantienen en su conocimiento incluso en los supuestos en que se demanda conjuntamente al contratista y a la Administración, declarando la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario entre ambos, justificando su jurisdicción con diversos argumentos, tales como la *vis* atractiva de la jurisdicción civil, la inconveniencia de dividir la contienda de la causa o, en fin, la pura equidad al ser contrario a la misma un pronunciamiento inadmisivo después de muchos años de planteada la pretensión en los Tribunales (38). No ha sido infrecuente, por lo demás, que los Tribunales de este orden hayan considerado que la responsabilidad de la Administración es siempre directa cuando trae causa en la

(38) Tales argumentos se hallan expresamente recogidos en las siguientes Sentencias del orden jurisdiccional civil: SSTs 28 de abril de 1992, Ar. 4466; 8 de julio de 1994, Ar. 6298; 21 de febrero de 1997, Ar. 1906; en todas las cuales se trata de responsabilidad por daños en el curso de la ejecución de una obra pública. Igualmente, éste es el criterio mantenido siempre que la responsabilidad se esgrima frente a la Administración y un sujeto privado; vid. recientemente la STS 8 de febrero de 1997, Ar. 852.

Sin embargo, la Sentencia de 20 de junio de 1994 del Tribunal de Conflictos ha rechazado estos argumentos precisamente en los supuestos en que los particulares cuya responsabilidad se codemanda sean concesionarios o contratistas de la Administración. El Tribunal de Conflictos argumentó en apoyo de su solución de que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocer de estas reclamaciones, que el perjudicado demandante puede evitar la división de la contienda de la causa mediante el procedimiento de reclamación previsto en los artículos 123 LEF y 134 RCGE. Vid. un comentario a la jurisprudencia dominante y la excepción a la que alude la decisión del Tribunal de Conflictos en F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 18 y ss.

actuación de un concesionario o de un contratista vinculado con ella, incluso en aplicación del régimen de responsabilidad basado en el reproche culpabilístico, que en ningún momento ha sido desterrado pese a la progresiva objetivación del sistema de responsabilidad civil extracontractual.

Por todo ello, como ha sido puesto en evidencia por la doctrina, en la realidad práctica se ha implantado un sistema de libre opción de la jurisdicción en beneficio del perjudicado, para reclamar los daños producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos o de la ejecución de obras públicas (39).

II. LA RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA POR DAÑOS OCASIONADOS A TERCEROS EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Lo primero a destacar es que la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a diferencia de la Ley de Contratos del Estado derogada, dedica un precepto específico al tema de la responsabilidad por daños a terceros con ocasión de la ejecución de los contratos administrativos. Dicho precepto se ubica en la parte general de la materia, y por tanto de aplicación a todos los contratos administrativos, y así el artículo 98 dispone:

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

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites legales. 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 y en el de suministro de fabricación.

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 cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad por los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil.

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

Como trataremos de exponer, el artículo 98 LCAP establece en nuestra opinión una importante modificación en el régimen de responsabilidad ex-

(39) Vid., por todos, F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, ob. cit., págs. 63 y 67, quien estima, dados los términos de LEF, tal sistema *contra legem*.

tracontractual de los contratistas de la Administración, al menos en el entendimiento alcanzado en base a la normativa anterior a la LCAP. Tal modificación no deriva, además, de meras diferencias de matiz, sino que implica un cambio cualitativo y trascendental en su propia concepción, lo que arroja importantes consecuencias en todas y cada una de las cuestiones fundamentales que se hallan implicadas. A ello hay que añadir que los preceptos, ya analizados, de la LEF no han sido expresamente derogados, y que el artículo 134 RCGE sólo lo ha sido en tanto contravenga a la nueva LCAP, según su Disposición derogatoria, lo cual añade altas dosis de conflictividad a la hora de abordar el tratamiento del tema que nos ocupa. Para una mejor exposición del mismo hemos creído conveniente invertir el orden en el análisis de las cuestiones implicadas, sin desconocer la íntima trabazón de todas ellas.

1. *Jurisdicción competente. Vía para exigir la responsabilidad por daños*

El artículo 98 LCAP no aborda expresamente el tema de la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad con ocasión de la ejecución de los contratos administrativos, a diferencia de la normativa derogada, que inequívocamente aludía a la jurisdicción contenciosa. No obstante, tal ámbito jurisdiccional deviene natural respecto a las pretensiones que se deduzcan en relación a los actos de la Administración sujetos al Derecho administrativo —art. 9 LOPJ y art. 1 LJCA—, o en virtud de una atribución expresa, que en materia de responsabilidad extracontractual se contiene en el artículo 3 LJCA y en la LRJ-PAC (arts. 142.6 y 144) en tanto se trate de Administraciones públicas. Por ello, podrá convenirse sin dificultad que es el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el que debe conocer de tales peticiones si, de un lado, se dirigen contra la Administración pública por imputarse a ésta el daño y, asimismo, si se esgrimen en relación a un acto administrativo *en otro caso, esto es, cuando la determinación de la responsabilidad del sujeto privado sea competencia propia de la Administración pública*.

La primera variante no plantea ningún problema: el orden contencioso-administrativo es el que tiene jurisdicción para conocer de las pretensiones indemnizatorias por responsabilidad extracontractual de la Administración pública. Habrá que tener en cuenta, por tanto, de un lado, las causas por las que deviene la Administración contratante directamente responsable por daños con ocasión de la ejecución de los contratos administrativos y, en su caso, de otro, cuál sea el procedimiento administrativo para exigir con carácter previo tal responsabilidad. Si a la primera cuestión alude directamente el apartado 2 del artículo 98 LCAP, sólo incidentalmente alude a la segunda en el artículo 98.4, al señalar que «la reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable en cada supuesto».

En nuestra opinión, el procedimiento de reclamación para exigir la responsabilidad de la Administración en los supuestos de ejecución de contra-

tos administrativos es el mismo que se instaura con carácter general, en sus modalidades de general y abreviado, para todos los casos de responsabilidad de las Administraciones públicas, esto es, el contemplado en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, de desarrollo de las previsiones de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC). Ciertamente, la LRJ-PAC no regula la responsabilidad de la Administración pública en el ámbito específico de los contratos administrativos, por lo que en este punto puede entenderse que dejaba subsistente la normativa específica sobre este punto. Sin embargo, el RD 429/1993, que unificó el tratamiento procedimental para cualquier petición de exigencia de responsabilidad de la Administración pública, incluyó en su ámbito de aplicación los supuestos en que la Administración resulta responsable con ocasión de la ejecución de los contratos, según se deduce de la literalidad del artículo 1.3 del mismo, dejando a salvo las especificaciones que establezca la legislación de contratos (40). En consecuencia, tal Decreto habría derogado las previsiones en orden al procedimiento para exigir responsabilidad por daños con ocasión de la ejecución de los contratos administrativos previstos en el artículo 134 RGCE y en el REF cuando se trate de dilucidar la responsabilidad de la Administración contratante; esto es, cuanto a ésta le sea imputable la lesión al tercero.

A nuestro juicio, congruentemente con el propio planteamiento de unificación sustantiva y procedimental en materia de responsabilidad de la Administración pública que instaura la LRJ-PAC, el Reglamento de tales procedimientos ha establecido una única vía de reclamación para exigir la responsabilidad de la Administración, con independencia del ámbito de actividad, privada o pública y, dentro de ésta, contractual o no, en el que se hubiese ocasionado el daño. Evidentemente, la resolución recaída en tal procedimiento, en sus dos modalidades, pone fin a la vía administrativa y, por tanto, queda expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, que pasa a ser, como es sabido, en el sistema de la LRJ-PAC, la única precedente en materia de responsabilidad de las Administraciones públicas.

La interrogante, como puede comprobarse, que dejaba latente el RD 429/1993 era cuál fuese el procedimiento a seguir para los casos en que la responsabilidad recayese, conforme al deslinde establecido en la normativa propia, *en el contratista*. Una cuestión en la que se concitan no sólo cuál sea el procedimiento de reclamación, sino también el de la jurisdicción competente. Tal como señalamos, de no tratarse de un supuesto de responsabilidad de la Administración, para poder afirmar la jurisdicción del orden contencioso-administrativo según establece la cláusula general de atri-

(40) En el que se establece: «Se seguirán los procedimientos previstos en los Capítulos II y III —general o abreviado— 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 cuanto a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios.»

bución, al menos tiene que versar sobre un caso en el que la Administración tiene que resolver. En otros términos, que la determinación de la responsabilidad del sujeto ante el tercero que sufre un daño sea competencia de la Administración que, actuada conforme a procedimiento administrativo, da lugar a un acto de igual naturaleza. De no ser así, no puede mantenerse sin forzar las cosas que corresponde al ámbito propio de esta jurisdicción, sin perjuicio, claro es, de que una ley expresamente lo disponga. Con todo, dados los términos del artículo 123 LEF para el concesionario y del artículo 134 RGCE para el contratista, podía mantenerse que la determinación de la responsabilidad de éstos era una competencia de la Administración, toda vez que ni la LRJ-PAC ni el RD 429/1993 contenían ninguna previsión específica sobre la responsabilidad de éstos y, por tanto, subsistía la regulación precedente. Como se recordará, según dichos preceptos la Administración debía pronunciarse, con carácter preceptivo, sobre la procedencia de la indemnización, la parte responsable e, incluso, la cuantía de la misma; un pronunciamiento que revestía los caracteres propios de las resoluciones administrativas.

Sin embargo, a nuestro juicio, ya no puede mantenerse a la luz del artículo 98 LCAP que la determinación de la responsabilidad del contratista ante el tercero siga siendo competencia de la Administración (41). En primer lugar, la única intervención de ésta prevista en el artículo 98 LCAP es el pronunciamiento a un requerimiento facultativo, sin que derive obligación alguna para el tercero de instarlo. En efecto, frente al carácter preceptivo de la intervención de la Administración a la hora de determinar la procedencia de la indemnización por los daños ocasionados que establecían los artículos 123 LEF y 134 RGCE, ahora el pronunciamiento de la Administración contratante se convierte en una opción («Los terceros podrán requerir...») previa a lo que se deduce es una acción civil (pues «el ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de la acción civil»), según el apartado 3 del artículo 98 LCAP. Es más, el pronunciamiento de la Administración contratante, de solicitarse por el tercero, se contrae ahora «sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad por daños», que, en conexión con el último párrafo del artículo 98.3 LCAP, se enlaza con el ejercicio de la acción civil, de estimarse que es el contratista el que debe responder por los daños. Y, en segundo lugar, el procedimiento para exigir la responsabilidad se formulará ahora, según el artículo 98.4 LCAP, «conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto». Si tenemos en cuenta que el procedimiento establecido en el RD 429/1993 únicamente contempla su aplicación a los supuestos en que la Administración es responsable, puede concluirse que ahora la reclamación de responsabilidad del contratista no se encuentra en la normativa administrativa. En definitiva, se ha separado el procedimiento para exigir la responsabilidad por daños con ocasión de la ejecución de los contratos, según se exija a la Administración o al contratista, y, sobre todo, se ha detraído de la esfera de la

(41) Vid. idéntica apreciación en F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente*, «REDA», núm. 91, 1996, pág. 410.

Administración la atribución de determinar la responsabilidad del contratista frente al tercero. Lo único que se prevé es un requerimiento previo y opcional a la Administración contratante para que se pronuncie acerca de quién es responsable, habida cuenta de que no siempre el tercero puede tener el conocimiento preciso acerca de si el daño sufrido es consecuencia de vicios del proyecto o de órdenes de la Administración contratante o no y, en consecuencia, a quién imputar los daños.

Este cambio trascendental, en nuestra opinión, implica otro de igual relevancia: la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad frente al contratista será, ahora, la jurisdicción civil (42). De un lado, porque esta conclusión está presente al aludirse a la *acción civil*, que no parece que sea otra que la acción por daños y perjuicios ejercitada ante estos Tribunales; de otro, porque el procedimiento para exigir dicha responsabilidad establecido en la legislación específica para este supuesto evoca al establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que no es el previsto para los supuestos en que es la Administración la responsable. Por último, porque si el requerimiento a la Administración para que se pronuncie sobre a quién se imputa el daño es opcional, no cabe deducir otra cosa que el particular puede decidir incluso no solicitarlo y dirigirse directamente a los Tribunales. Unos Tribunales que, al no versar sobre responsabilidad de la Administración, no son, conforme a los mecanismos que atribuyen dicha jurisdicción, los del orden contencioso-administrativo. En definitiva, estas consideraciones no son más que consecuencias lógicas de que la determinación de responsabilidad de los contratistas por daños a terceros ha dejado de ser una competencia de la Administración contratante.

Podrá argumentarse que la decisión en que se materializa el requerimiento previo a la Administración contratante es, conforme a las reglas generales que presiden el control jurisdiccional de la misma, fiscalizable por los Tribunales de lo contencioso-administrativo. Sin ninguna duda, siempre que cumpla los requisitos propios de la justiciabilidad de los actos administrativos. Pero, incluso desde tal convencimiento, la conclusión no es otra que el orden competente para conocer de la responsabilidad de los contratistas con plenitud de enjuiciamiento es el civil, dada la naturaleza de la decisión por la que se resuelve tal requerimiento. En primer lugar, si la Administración establece que la parte responsable es el contratista, la solución legal más clara es que el particular debe entablar la acción civil, cuyo plazo ha estado interrumpido entretanto. En segundo lugar, la decisión recaída no puede entenderse que sea obligatoria para el contratista,

(42) En este sentido, vid. F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente*, ob. cit., pág. 410; F. SOSA WAGNER y otros, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Cedecs, Barcelona, 1995, pág. 85; E. GARCÍA-TREVIJANO, quien considera que la jurisdicción vendrá determinada en función del sujeto, Administración o contratista, «Ejecución de los contratos administrativos: especial referencia a la ejecución y extinción del contrato de obras», en *Derecho de los contratos públicos*, obra colectiva dirigida por PENDAS GARCÍA, Praxis, Barcelona, 1995, pág. 547.

dado que ahora la determinación de su responsabilidad no es atribución administrativa, según lo visto; es más, tampoco puede asumirse que vincule a los Tribunales ordinarios a la hora de un pronunciamiento acerca de tal responsabilidad. Si tal decisión no es vinculante para el contratista, y a lo único que se conecta es al ejercicio de la acción civil, es que no tiene la naturaleza de una resolución administrativa en todo caso.

Es más, aunque se estimase que es un acto administrativo, quedaría por ver cuál sería el ámbito propio del enjuiciamiento de los Tribunales contencioso-administrativos. Recuérdese que la jurisdicción contencioso-administrativa ha venido conociendo de tales pretensiones indemnizatorias sin ninguna limitación, de forma que se ha pronunciado acerca de a qué parte, Administración o contratista, había que imputar el daño, la procedencia de la indemnización según las exigencias dispuestas en la normativa (nexo causal, requisitos del daño, etc.) e incluso la cuantía de la misma, toda vez que el acto sobre el que se deducían las pretensiones tenía que haber decidido todas y cada una de tales cuestiones. En definitiva, el recurso contencioso se articulaba sobre una decisión previa de la Administración, incluso de su silencio, cuyo contenido podía abarcar todos esos extremos; es decir, se fiscalizaba el ejercicio de una competencia propia de la Administración. La pregunta surge inmediatamente: ¿sobre qué extremos pueden ahora pronunciarse los Tribunales de lo contencioso-administrativo si el objeto del proceso deviene de las pretensiones que se deduzcan en relación con un acto de la Administración que únicamente abarca a quién es responsable, pues a esto se contrae ahora tal requerimiento? En nuestra opinión, tal interrogante tiene una respuesta en el propio artículo 98 LCAP, que no es otra que puede abarcar todos los extremos en relación a la Administración pública *pero no respecto al contratista*. Y tal respuesta se extrae del dato, tan reiterado, de que la competencia de la Administración para determinar la responsabilidad por daños en el curso de la ejecución de los contratos se reduce ahora a los casos en que le sea imputable el daño; la Administración ya no tiene atribución para determinar la responsabilidad extracontractual entre dos sujetos privados: el contratista y el tercero lesionado.

Asimismo, esta conclusión se asienta en que tal requerimiento previo es opcional para el tercero damnificado, si bien, en nuestra opinión, en tanto pretenda exigir responsabilidad por daños al contratista, pero no si lo pretende respecto de la Administración pública por considerar que a ésta le es imputable el daño. Si tenemos en cuenta que la reclamación por daños de la Administración tiene que canalizarse a través del procedimiento regulado en el RD 429/1993, tal requerimiento se comporta en relación al mismo como un acto de trámite por el que se inicia tal procedimiento, a modo de trámite de admisión por el que se da entrada a su instrucción, claro es, cuando se trate de dilucidar la responsabilidad de ésta. En este sentido, si la Administración responde en tal requerimiento que la responsabilidad es imputable al contratista, el tercero podrá ejercitar la acción civil. Igualmente, podrá recurrir la decisión de responsabilizar al contratista ante el contencioso-administrativo de considerar que la responsabilidad le

incumbe a la Administración, entendiendo que es el acto de trámite que paraliza el procedimiento de reclamación de responsabilidad de ésta (43). De esta forma, los Tribunales de lo contencioso-administrativo podrán enjuiciar tal decisión, y verificar en su caso la responsabilidad del Ente público por no ser ajustado a Derecho la negación de la misma a través de dicho acto. De igual manera, de resolver, en tal requerimiento, que la responsabilidad puede ser de la Administración contratante, deberá proseguirse la tramitación de la reclamación prevista en el RD 429/1993, que finalizará con una resolución administrativa en la que con carácter definitivo se pronuncie sobre la misma, en todos sus extremos (alcance, cuantía, etc.) de verificarse todos los presupuestos exigidos (provenir de una causa que hace a la Administración directamente responsable, la existencia del nexo causal y los requisitos del daño), o desestimando la reclamación en otro caso. Resolución administrativa que es igualmente recurrible ante el mismo orden jurisdiccional.

En definitiva, el artículo 98 LCAP ha establecido una dualidad procedimental y jurisdiccional para exigir la responsabilidad extracontractual por daños con ocasión de los contratos administrativos, en función de quién sea el sujeto responsable, Administración o contratista. Tal régimen implica, por tanto, una derogación material de la LEF en orden al ámbito jurisdiccional y al procedimiento de reclamación para exigir la responsabilidad extracontractual de los concesionarios de la Administración, y hay que entender producida la derogación formal del artículo 134 RGCE respecto a los contratistas en general.

Con todo, no puede soslayarse que tal solución legal plantea graves inconvenientes prácticos y puede provocar uno de los efectos más perniciosos detectados de siempre cuando se ha articulado la dualidad jurisdiccional: el temido peregrinaje de jurisdicciones. En efecto, si se tiene en cuenta que el diseño del artículo 98 LCAP descansa en la cualidad del sujeto responsable, se advierte pronto que el tercero al que se le ocasiona el daño no tiene por qué saber a quién le es imputable, Administración o contratista, y, por consiguiente, el mecanismo para exigir la responsabilidad y la jurisdicción competente para conocer del asunto. Ciertamente, el requerimiento previsto en el artículo 98.3 LCAP parece atender a solventarlo pero, como se ha indicado, no lo evita en todo caso, pues la Administración contratante puede señalar al contratista siendo ella la responsable o, viceversa, induciendo al particular a instar una vía jurisdiccional en la que se desestime la pretensión, precisamente por no ser responsable el sujeto indicado, lo cual obligaría a iniciar un nuevo proceso ante la instancia competente (44). Es más,

(43) El problema de tal opción puede radicar en la preclusión del plazo de la acción civil, habida cuenta de que la interrupción del mismo únicamente se conecta en el artículo 98 LCAP al requerimiento y no a otras acciones procesales. La Ley no ha tenido en cuenta esta posibilidad, pues parece contemplar que ante la contestación al requerimiento indicando al contratista como responsable sólo cabe, en la lógica del precepto, el ejercicio de la acción civil.

(44) En este sentido, vid. J. SUAY RINCÓN, «La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 415.

no puede desconocerse que no siempre el daño tiene su origen en una única causa imputable a uno de los contratantes, sino que puede devenir por una concurrencia de causas entre la actividad de la Administración y el contratista, lo que provoca que al menos uno de los sujetos responsables no sea parte en el proceso entablado. Como se ha puesto de relieve, el artículo 98 LCAP propicia una división de la contigencia de la causa y, con ello, el riesgo de que se produzcan sentencias contradictorias.

Por todo ello, tal reparto jurisdiccional basado en el sujeto responsable se ha estimado claramente insatisfactorio, lo que explica que la doctrina más reciente propugne un entendimiento del artículo 98 LCAP superador de su literalidad. De entre ellas pueden destacarse las siguientes:

P. SERRERA CONTRERAS interpreta «la acción civil» a la que alude el precepto como acción indemnizatoria y, por tanto, mantiene que la responsabilidad del contratista debe solventarse en el correspondiente procedimiento administrativo, en el que la Administración decida sobre todos los extremos: quién es el responsable, la procedencia de la indemnización y la cuantía en su caso. Desde esta premisa, igualmente considera que la jurisdicción competente para conocer tanto de la responsabilidad del contratista como de la Administración es la del orden contencioso-administrativo. Como puede observarse, su propuesta es interpretar el artículo 98 LCAP en el sentido dispuesto por la LEF y el RGCE; en definitiva, mantener la competencia de la Administración acerca de la determinación de la responsabilidad del contratista en todos sus extremos (45).

Por el contrario, para E. GAMERO CASADO, la jurisdicción competente debe articularse en base al sujeto que ocasiona materialmente el daño, que es el contratista, y no en función del sujeto finalmente responsable, lo que le lleva a afirmar la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de la responsabilidad por daños con ocasión de la ejecución de los contratos administrativos. Todo ello, desde la estimación de que es el contratista el que debe indemnizar todos los daños, pudiendo accionar por vía de regreso contra la Administración, a través del procedimiento de reclamación previsto en el RD 429/1993, si el daño tuviese su origen en las causas dispuestas por el artículo 98.2 LCAP (46).

Finalmente, no falta quien propugna, como M. BELADIEZ ROJO, que el artículo 98 LCAP debe interpretarse en el sentido de que se ha instaurado un sistema dual, alternativo y opcional, para exigir la responsabilidad por daños ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos. De esta forma, 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. Y, lo que es más importante, en ambas vías se pueden dilucidar todas las cuestiones: quién es responsable, la Administración o el contratista; la procedencia de la indemnización y la

(45) En *La responsabilidad del contratista en la novísima legislación de contratos del Estado*, «RAAP», núm. 23, 1995, págs. 11 y ss.

(46) En *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 122 y ss.

cuantía de la misma. Para la efectividad de tal sistema propone la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario entre el contratista y la Administración. Por ello, entiende subsistentes los artículos 123 LEF y 134 RGCE en tanto que en éstos se contiene la vía administrativa de reclamación de responsabilidad, aplicándose el RD 429/1993 únicamente como supletorio en lo no previsto (47). Una interpretación, pues, que haría legal la solución que en la práctica se venía produciendo: el sistema de libre elección de jurisdicción por parte del perjudicado.

Sea cual sea la interpretación que se estime más convincente, y reconociendo el esfuerzo por buscar la solución adecuada a los problemas que derivan de la literalidad del artículo 98 LCAP, es evidente que tal precepto dice lo que dice. En nuestra opinión, la dualidad jurisdiccional se deduce nítidamente de la regulación vigente en función del sujeto responsable, y ello es un dato que no es posible desconocer; si bien es evidente que el legislador debiera haber utilizado mejor técnica legislativa y, si ésta es su intención, como creemos, haberlo establecido sin tanto circunloquio, lo cual pasa por haber derogado expresamente la LEF en tal extremo. Con todo, como viene sucediendo hasta ahora, es posible prever que serán los Tribunales los que tengan la última palabra acerca del entendimiento de tal norma, es decir, acerca del alcance de sus propias atribuciones; lo cual no es la situación más deseable, por los efectos perniciosos que ello entraña.

2. *El tema de la imputación*

En primer lugar, los apartados 1 y 2 del artículo 98 LCAP, en la línea marcada por la normativa precedente, establecen los supuestos en que cada parte contratante responde por los daños ocasionados por la ejecución de los contratos: corresponde la indemnización al contratista, salvo que el daño derive de una orden de la Administración o, en los contratos de obras o de suministro de fabricación, de vicios del proyecto por ella elaborado. Con carácter específico para los contratos de gestión de servicios públicos, el artículo 162.c) LCAP dispone que corresponde al contratista «indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiere el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración».

En tales términos, puede convenirse sin mayores dificultades que el deslinde entre los supuestos en que cabe atribuir la responsabilidad bien al contratista, bien a la Administración se mantiene en parecidos ámbitos a los vistos, y que únicamente se aprecian diferencias de matiz (48). Quizá por ello, cierta doctrina vuelve a reproducir la discusión acerca de si la respon-

(47) En *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, en especial págs. 232 y ss.

(48) Por ejemplo, la Administración responde ahora de los daños ocasionados a terceros en la ejecución de las obras sólo si el proyecto viciado o defectuoso ha sido por ella elaborado, previsión última que no se contenía en el artículo 134 RCGE.

sabilidad de la Administración es directa en todo caso, recuperando por vía de regreso tal indemnización si debe recaer finalmente en el contratista conforme a las reglas del artículo 98.2 LCAP (49). No creemos que pueda mantenerse, ahora al menos, tal postura toda vez que de la LCAP se deduce claramente que cada parte responde únicamente por la cuota de responsabilidad que le resulte imputable (50). Es más, si ha dejado de ser atribución de la Administración la determinación de la responsabilidad del contratista, ¿cómo articular esta posible vía de regreso al carecer de competencia para pronunciarse sobre la procedencia de la indemnización y el alcance de la misma? Incluso ahora resulta de difícil operatividad, por las mismas razones, que de ser responsable el contratista pueda siquiera actuar la Administración como garante del pago de la indemnización al tercero lesionado en ejecución subsidiaria de la decisión por la que ésta se dispone, toda vez que no habría acto administrativo que ejecutar. Aun así, desde ahora se aprecia en la doctrina que se volverán a reproducir los planteamientos enfrentados sobre tal cuestión, y nada hace pensar que igualmente no se avencinen líneas jurisprudenciales discrepantes.

Sí es novedoso, en cambio, la previsión contenida en el artículo 219 LCAP que hace responsable al contratista del contrato de elaboración de proyectos de los daños y perjuicios que se causen tanto a la Administración como a terceros, durante la ejecución o explotación de la obra, por defectos e insuficiencias técnicas del proyecto, entre otros supuestos. Se observa la complementariedad de tal precepto con el artículo 98.2, pues alude a daños provocados como consecuencia de vicios del proyecto. Si la Administración es responsable ante el tercero en los casos en que el proyecto fuese elaborado por ella, de no ser así se hace recaer tal responsabilidad sobre el contratista que lo elaboró, eximiendo de la misma al contratista que ejecuta la obra. No obstante, la responsabilidad del contratista autor del proyecto viciado se contrae a ciertos topes, según el artículo 129.2 LCAP, unos de índole cuantitativa: el 50 por 100 del importe de los daños y perjuicios causados, con el máximo del cinco veces el precio del contrato; otros de índole temporal: dentro del término de diez años desde la recepción del proyecto por la Administración. Del exceso de indemnización, así como de la responsabilidad si el daño se ocasiona transcurrido el plazo decenal, se exonera al contratista y es la Administración la que debe asumir el pago de la indemnización, que se convierte en responsable directa ante el tercero.

(49) R. GARDO, «Ejecución y modificación de los contratos», en *Introducción a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, VV.AA., Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 111; P. TORRENT I RIBERT, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, pág. 12; F. CASTILLO BLANCO, «Consideraciones generales en torno a la ejecución del contrato administrativo en la reciente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», en *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*, Comares, Granada, 1996, págs. 292 y ss.

(50) En el mismo sentido, vid. E. GAMERO CASADO, *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, ob. cit., pág. 132.

3. *El régimen de responsabilidad*

Dada la dualidad jurisdiccional instaurada por el artículo 98 LCAP en función del sujeto responsable, Administración o contratista, resta por saber si tal dualidad alcanza al propio régimen sustantivo de responsabilidad extracontractual. Puede deducirse claramente del artículo 98 LCAP que si el daño es imputable a la Administración pública estamos en presencia de un régimen administrativo de responsabilidad extracontractual o, lo que es lo mismo, desde la perspectiva analizada, conforme a un sistema objetivo. No cabe otra lectura del apartado 2 del precepto al establecer que la responsabilidad de la Administración se determinará «dentro de los límites señalados en las leyes», expresión evocadora de los presupuestos en que se desenvuelve la responsabilidad por los daños a ella imputables (relación de causalidad, requisitos del daño, etc.) recogidos hoy en la LRJ-PAC. La cuestión vuelve a centrarse en relación al contratista, es decir, en qué régimen se ubica su responsabilidad: administrativo u objetivo basado en la antijuridicidad o, por el contrario, civil asentado en el criterio, cuando menos, de simple negligencia.

De entrada, no puede extraerse una respuesta clara del propio artículo 98 LCAP, dado que no hace alusión más que a cuestiones adjetivas o procesales sin prejuzgar el tema de fondo. No obstante, es evidente que el régimen sustantivo está demasiado conexo, al menos desde una vertiente práctica, al procesal pues no resulta difícil vaticinar que si tales reclamaciones se sustancian ante los Tribunales civiles, éstos apliquen los criterios propios del sistema culpabilístico de imputación. Desde esta visión se habría producido el definitivo deslinde del régimen de responsabilidad extracontractual de los contratistas del que se establece para la Administración, cuando el daño sea consecuencia de la ejecución de los contratos administrativos. En otras palabras, el contratista respondería conforme al sistema de responsabilidad civil por culpa, lo cual vendría a alterar el entendimiento alcanzado por la doctrina científica, la propia del Consejo de Estado y la de los Tribunales de lo contencioso-administrativo (51). No así el que vienen aplicando desde siempre los Tribunales civiles, que, como indicamos, no han negado en ningún momento su jurisdicción cuando el sujeto al que se exigía responsabilidad era una persona privada; un contratista de la Administración.

Con todo, no puede soslayarse que este tema está enmarcado en unas coordenadas que trascienden al ámbito específico de la responsabilidad por daños a terceros en la ejecución de los contratos, que no son otras que las que derivan del tratamiento de la responsabilidad extracontractual por

(51) En el mismo sentido, para el concesionario de servicios públicos: F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pág. 135; en relación con los contratistas en general: F. SOSA WAGNER y otros, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Cedecs, Barcelona, 1995, pág. 85; A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, *Contratos de las Administraciones Públicas*, I, ob. cit., pág. 499; F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad patrimonial...*, ob. cit., pág. 410; E. GAMERO CASADO, *Responsabilidad administrativa: Conflictos de jurisdicción*, ob. cit., pág. 57.

el funcionamiento de los servicios públicos establecido en el artículo 106.2 CE. Sabido es que tal precepto constitucional está redactado en clave del particular que sufre el daño como consecuencia del funcionamiento del servicio público y no del sujeto responsable. En tales términos, es posible mantener tanto que el régimen objetivo de responsabilidad establecido constitucionalmente es propio de la Administración pública como sostener que deriva del servicio público con independencia de quién lo esté gestionando. En definitiva, defender tanto una noción subjetiva-orgánica como material-funcional de la noción de servicio público a efectos de responsabilidad.

Sin descender a tal problemática, que excede en mucho los límites de este apunte, es preciso reconocer que en el tema de la responsabilidad la norma constitucional atiende directamente al derecho de los particulares a obtener una indemnización por toda lesión que sea consecuencia del funcionamiento de un servicio público, y no distingue si tal servicio público es ejecutado por un particular o por la propia Administración a la hora de fijar la cobertura del daño. Parece extremado deducir, en consecuencia, que una decisión organizatoria de la Administración, como es gestionar indirectamente el servicio o ejecutar por contrata la obra pública, pueda determinar una minoración en un derecho constitucionalmente garantizado. Esta es la razón por la que cierta doctrina propugna que debe mantenerse, cuando menos, que el régimen sustantivo de responsabilidad ante terceros por daños en la ejecución de los contratos administrativos y, sobre todo, en la gestión de los servicios públicos sea idéntico tanto si son imputables a la Administración como si lo son al contratista (52). Una propuesta que nos resulta muy convincente y con indudable apoyo constitucional, aunque dudamos que de llegar a consolidarse la dualidad jurisdiccional dispuesta en la LCAP, y ventilada la responsabilidad del contratista ante los Tribunales civiles, tenga visos de futuro. Sea como fuere, al menos es de justicia reconocer que del análisis de la jurisprudencia civil recaída en materia de responsabilidad de contratistas de la Administración no puede afirmarse que en esta sede los particulares se hayan visto «menos protegidos» en sus reclamaciones indemnizatorias que si la hubieran instado ante los Tribunales del contencioso-administrativo. En tal sentido, y en palabras tan autorizadas como las de F. PANTALEÓN PRIETO, en ningún momento se han levantado críticas «acerca de la injusticia de las decisiones de fondo de los Tribunales civiles en la materia, que no pudieran hacerse con el mismo motivo a los Contencioso-administrativos» (53).

A nuestro juicio, *al menos debiera consolidarse y elevarse a norma la propuesta doctrinal de que la Administración contratante sea en todo caso*

(52) Entre otros, vid. J. SUAY RINCÓN, «Ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 415; J. CORELLA PLA, *Contratación Pública*, II, VV.AA., Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 182; M. BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños...*, ob. cit., *in totum*.

(53) En *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, ob. cit., pág. 412.

responsable subsidiaria en los supuestos en que el contratista responsable directo fuese insolvente. Así, al menos, el tercero damnificado vería cubierto su derecho a obtener una indemnización por los daños ocasionados por actividades de titularidad pública, aunque la Administración hubiera decidido interponer en su gestión a un sujeto privado.

III. RECAPITULACIÓN

De todo cuanto se ha expuesto, puede concluirse que la determinación de la responsabilidad del contratista de la Administración por daños a terceros con ocasión de los contratos administrativos ha dejado de ser competencia de la Administración contratante. De esta forma, se ha instaurado por el artículo 98 LCAP un sistema dual para exigir la responsabilidad por daños en este ámbito causalizado en función del sujeto responsable. Si el daño es imputable a la Administración contratante, la vía de reclamación es la establecida con carácter general en el RD 429/1993 y del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa; si es imputable al contratista habrá que instar dicha reclamación conforme a la legislación civil y ante los Tribunales de este orden. Una solución que evidencia una concepción por parte del legislador de contratos distinta a la que se había impuesto a partir de la promulgación de la LEF.

Este cambio tan trascendental respecto al entendimiento del régimen de responsabilidad extracontractual de los contratistas ha producido cierta perplejidad en la doctrina, habida cuenta de la evidente unificación jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo instaurada por la LRJ-PAC en materia de responsabilidad extracontractual o patrimonial de la Administración (54). En nuestra opinión, sin embargo, puede haber una lectura armónica pues lo que el artículo 98 LCAP muestra es que tal unidad jurisdiccional debe mantenerse para la Administración pública, pero no en relación a sujetos que no son más que personas privadas. En otras palabras, parece que el legislador está asumiendo que el régimen de responsabilidad administrativa es consustancial a la Administración como sujeto, evidenciando una concepción subjetiva u orgánica de los servicios públicos a estos efectos. Si la LRJ-PAC ha unificado el régimen de responsabilidad para la Administración pública cualquiera que sea la naturaleza de la actividad, pública o privada, desplegada por ésta, parece que lo que predomina es una concepción estatutaria de las instituciones administrativas. En esta línea parece igualmente situarse la LCAP, marginando del régimen administrativo de responsabilidad extracontractual a los sujetos privados

(54) En este sentido, vid. E. GARCÍA-TREVIJANO, «Ejecución de los contratos administrativos. Especial referencia a la ejecución y extinción del contrato de obras», en *Derecho de los contratos públicos*, Praxis, Barcelona, 1995, pág. 547; A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, *Contratos de las Administraciones Públicas*, I, VV.AA., El Consultor, Madrid, 1995, pág. 500; M. BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 264.

que contratan con la Administración. Cuestión distinta es la valoración que merezca esta asunción clara por parte del legislador de tal concepción estatutaria de las instituciones administrativas.

De ser así, y habrá que esperar al desarrollo del artículo 98 LCAP y al entendimiento del mismo por los propios Tribunales, recuerda claramente la posición inicial de E. GARCÍA DE ENTERRÍA sobre el tema: la responsabilidad del contratista, como sujeto privado, debe incardinarse en el régimen propio del Derecho privado y, por consiguiente, exigirse ante los Tribunales civiles (55). Se habría vuelto, en definitiva, en relación a los contratistas a la situación anterior a la LEF.

Sin embargo, no puede soslayarse que un sistema articulado en base a la cualidad del sujeto responsable entraña ciertos problemas en su efectividad, dado que el tercero damnificado carece normalmente del conocimiento preciso acerca de cuál sea la causa originadora del daño y, por tanto, de la vía procedente para ejercitar su derecho. Asimismo, la dualidad jurisdiccional siempre conlleva problemas procesales de articulación que repercuten seriamente en el derecho sustantivo, pues puede instarse la vía equivocada y, con ello, el riesgo de dejar precluir el plazo para el ejercicio de la acción procedente. Todo ello acompañado de la eventualidad, en su caso, de sentencias contradictorias o, por contra, de dobles indemnizaciones. Pero donde mayores problemas se evidencia es en los supuestos en que no sea posible dilucidar la responsabilidad de cada parte, al provenir del daño de una concurrencia de causas entre la actividad de la Administración y la del contratista. ¿Quién debe conocer, la jurisdicción civil o la contencioso-administrativa?; y, en su caso, ¿cómo articular luego la distribución de la indemnización, de condenar solidariamente a ambos sujetos? Todas estas interrogantes están por resolver, lo cual vaticina una gran conflictividad práctica.

Se aprecia, al menos, que las anunciadas reformas legislativas se encaminan a negar que sea la jurisdicción civil la que tenga atribución en materia de responsabilidad extracontractual cuando se vea implicada una Administración pública, incluso en los casos en que concorra un sujeto privado en la producción del daño. En esta dirección se encaminan el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el Anteproyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que incluye la regla de la residenciabilidad en la jurisdicción contencioso-administrativa de toda materia de responsabilidad aunque concurren con la Administración pública sujetos privados en la ejecución del daño (56). En esta dirección de

(55) *Los principios de la Ley de Expropiación Forzosa*, ob. cit., págs. 197 y ss.

(56) Señalando el artículo 2.d) del citado Proyecto que será el orden contencioso-administrativo quien conocerá de «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 demandada aquélla por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social». Por su parte, el artículo 9.4 del Anteproyecto de Ley Orgánica: «... En este orden jurisdiccional —contencioso-administrativo— conocerán asimismo de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, 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 de resarcimiento ante este orden jurisdiccional.»

unificación jurisdiccional, se aprecia incluso que abarca a Entidades que no siempre tienen la consideración de Administración pública, primando como criterio el servicio público materialmente considerado. Este sería el caso del servicio público sanitario, pues el Anteproyecto de Reforma de la Ley 30/1992 en su Adicional Primera, relativa a responsabilidad extracontractual en materia de Asistencia Sanitaria, atribuye el conocimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se trate de Entidades Gestoras de la Seguridad Social, las demás Entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y «centros sanitarios concertados con ellas».

De llegar a consolidarse tales reformas legislativas, ¿se estaría rectificando al legislador de contratos?

Redactadas ya estas páginas se ha producido la promulgación de las citadas normas en parecidos términos a los que manejamos cuando elaboramos este trabajo. Y, así, la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone en su artículo 2.e) las previsiones del artículo 2.d) del Proyecto. Por su parte, la Ley Orgánica 6/1998, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece, en su artículo único, la nueva redacción del artículo 9.4 en el sentido indicado en el texto.

