

LAS PROPUESTAS DE REFORMA EN ESPAÑA SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL DE AUTORIDADES, PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, CONCESIONARIOS Y CONTRATISTAS POR DAÑOS CAUSADOS A TERCEROS

Lic. Santiago PRADOS PRADOS *

SUMARIO: I. *Autoridades y personal dependientes de las Administraciones públicas.* A. *Sistema vigente: El contenido, en lo que a este estudio interesa, de los artículos 145 y 146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Análisis y crítica:* 1. *¿Ha desaparecido la acción directa del particular contra el funcionario ante los tribunales ordinarios?* 2. *El diverso tratamiento —injustificable— que el artículo 146.1 establece entre Autoridades y demás personal al servicio de las Administraciones públicas.* 3. *¿Se excluyen de la reclamación directa contra el funcionario los supuestos de actuación u omisión por culpa leve o levisima?* 4. *El carácter discrecional de la vía de regreso y la introducción de criterios de ponderación en la exigencia de responsabilidad.* 5. *Las actuaciones del personal al servicio de las Administraciones públicas, en sus relaciones de Derecho privado.* B. *Las propuestas de una reforma. Las Jornadas de estudio de Sevilla y el Borrador del Ministerio para las Administraciones Públicas de 17 de abril de 1997.* II. *Concesionarios y contratistas:* A. *Los postulados de la Ley de expropiación forzosa.* B. *Postura doctrinal mayoritaria sobre el sistema implantado por la Ley de Expropiación Forzosa.* C. *La práctica judicial civil, la “reacción” de cierto sector doctrinal y el “despertar” de la Jurisdicción contencioso-administrativa.* D. *Un “inconveniente” para la doctrina mayoritaria: los poderes de dirección, inspección y control de la Administración contratante con respecto al servicio público concedido o ejecución de obra pública contratada.* E. *El “silencio” de la Ley 30/1992 y la consecuente “huida” de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.* F. *Las acertadas previsiones del Borrador de reforma de la Ley 30/1992.*

* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Cádiz, España.

I. AUTORIDADES Y PERSONAL DEPENDIENTES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

A. Sistema vigente: El contenido, en lo que a este estudio interesa, de los artículos 145 y 146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Análisis y crítica

La responsabilidad de autoridades y funcionarios, según las previsiones de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE), ha perdurado en nuestro Derecho, con algún intento de reforma decaído,¹ hasta la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC). Sólo destacar y recordar la acertada crítica de nuestra doctrina hacia aquella Ley, en cuanto a la pervivencia de la doble responsabilidad y, además, solidaria a efectos de la reclamación, propugnándose la desaparición de la acción directa contra el funcionario si realmente se entendía a la responsabilidad de la Administración como autónoma y con fundamentos distintos a la civil, que debía absorber en cualquier caso la culpa y el dolo de sus autoridades y personal, debiendo para ello ejercitar la Administración en estos supuestos la acción de regreso contra el funcionario.

El artículo 145 (“Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”) dispone: “1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el capítulo I de este título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio. 2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados podrá exigir de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los si-

¹ Es el caso del Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 de 1981. *Vid.* los comentarios de L. Martín Rebollo “Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones públicas”, en *Estudios sobre la Constitución española (Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. III, coord. de S. Martín-Retortillo, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2817-2823, y de P. L. Serrera Contreras, “La responsabilidad de la Administración: un intento de nueva regulación”, en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991, pp. 1787-1800.

güentes criterios. El resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas y su relación con la producción del resultado dañoso. [...] 4. La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa [...]” Por su parte, el artículo 146.1 (“Responsabilidad civil y penal”) prevé que “La responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente”. La nueva regulación, además, deroga los artículos 40 a 43 de la LRJAE. A su vez, el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, se va a limitar a reproducir básicamente el articulado de la Ley (artículo 19), regulando el procedimiento en vía de regreso (idéntico para el caso de daños o perjuicios causados por los funcionarios a la propia Administración) en su artículo 21.

Pues bien, este nuevo régimen jurídico expuesto, lejos de introducir novedades sustantivas con respecto al sistema derogado de 1957, como a continuación se verá, no sólo lo ha mantenido, con escasos matices, sino que además lo hace con tan deficiente técnica legislativa que debe calificarse de confusa, originando, en consecuencia, posturas doctrinales contradictorias y, desde luego, inseguridad jurídica para el propio ciudadano. De las nuevas cuestiones que se han suscitado en la materia tratada nos ocupamos a continuación.

1. *¿Ha desaparecido la acción directa del particular contra el funcionario ante los Tribunales ordinarios?*

Es una duda que prácticamente ningún autor ha soslayado, y que, como tendremos ocasión de examinar de inmediato, ha derivado en opiniones contrapuestas. Para un sector de nuestra doctrina, la LRJ-PAC ha suprimido la regla de la solidaridad entre Administración y funcionario, ha desaparecido la opción para el perjudicado de ir contra la Administración o contra el funcionario directamente, arbitrando únicamente una posibilidad, la de reclamar a la Administración en los supuestos de actuación culposa o dolosa de sus autoridades y funcionarios (sin perjuicio de una ulterior acción de regreso), pero nunca contra éstos directamente. Y ello sobre la base de los siguientes argumentos: a) De la propia dicción literal del artículo 145.1, según el cual “los particulares *exigirán directamente* a la Administración Pública

correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio". Argumento fundamental de la totalidad de los autores² para sostener esta interpretación. b) La derogación expresa del artículo 43 de la LRJAE, que permitía al perjudicado la reclamación directa contra las autoridades y funcionarios en los supuestos de culpa o negligencia graves. c) De los propios debates parlamentarios.³ Así, al artículo 145.1 (142.1 en el Proyecto del Gobierno)⁴ se presentó en el Congreso la enmienda 144 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, que pretendía añadir al final del párrafo primero del artículo en cuestión el inciso "sin perjuicio de su derecho a dirigirse directamente contra éstos", enmienda que fue rechazada por la Comisión. También durante la tramitación en el Sena-

² Cfr. entre otros, A. BLASCO ESTEVE, "La responsabilidad de la Administración (título X)" en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992 de 26 de noviembre)*, Carperi, Madrid, 1993, pp. 434 y 435; J. L. FUERTES SUÁREZ, "Responsabilidad de las Administraciones públicas (artículos 139 a 146)", en *Administraciones Públicas y Ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)*, coord. por B. Pendás García, Praxis, Barcelona, 1993, p. 816; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 4a. ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 405; y A. E. NAVARRO MUNUERA, "La regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas", *Administración Pública y Procedimiento Administrativo (Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, coord. por J. Tornos Mas, Bosch, Barcelona, 1994, p. 542.

³ Vid. J. J. ABAJO QUINTANA, *La tramitación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Aspectos administrativos y parlamentarios*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 566-568, y J. LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, "Responsabilidad de las Administraciones públicas (Exégesis de la elaboración de la Ley 30/1992)", en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común*, t. II, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, pp. 492 y 493.

⁴ Debe significarse que la regulación solidaria de la responsabilidad conjunta de Administración y funcionarios sí venía recogida en el entonces artículo 142 del Anteproyecto de Ley del Gobierno, según el cual "Los particulares podrán exigir a la Administración Pública correspondiente y a sus Autoridades y demás personal a su servicio, solidariamente, el resarcimiento de los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan irrogado por dolo, o por culpa o negligencia grave en el ejercicio de sus cargos", y que desapareció en el texto del Proyecto de Ley al merecer una opinión negativa por parte del Consejo de Estado, advirtiendo problemas de índole procesal. Como señala Navarro Munuera, "quizá se refería el Alto órgano consultivo a que la presencia como demandado, junto a la Administración Pública, de un funcionario, implicaría que el conocimiento de la cuestión se trasladase a la jurisdicción civil, rompiéndose así la unidad de fuero en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en el seno del contencioso-administrativo" (A. E. NAVARRO MUNUERA, "La regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas", cit., p. 542).

do, se presentó la enmienda 92 por parte del Grupo Parlamentario Mixto, en idéntico sentido a la enmienda 144 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, que también fue rechazada. Por su parte, el Grupo Popular presentó en el Congreso la enmienda 522, según la cual “Los particulares podrán optar por exigir las indemnizaciones que correspondan por los daños y perjuicios directamente a las autoridades y el personal causante de las mismas o a la Administración Pública a cuyo servicio actúen aquéllos”, sin que tampoco fuera aceptada por la Comisión. La misma pretensión fue reproducida en el Senado (enmienda 459), también rechazada por la Comisión y el Pleno. Interesan los argumentos contrarios del Grupo Parlamentario Socialista: la responsabilidad de la Administración de la que aquí se está hablando es de carácter objetivo, haya o no responsabilidad, se puede pedir a la Administración que resarza de esos daños. Por el contrario, el ir contra los funcionarios ya exigiría una culpabilidad, por lo que no puede darse la oportunidad de que el particular vaya contra los funcionarios o contra la Administración, puesto que es ésta la que tiene una responsabilidad objetiva, exista o no culpa, y entonces se procede contra la Administración y, con posterioridad, si existe esa culpa, la Administración se dirigirá contra los funcionarios o autoridades que tengan alguna responsabilidad.

Frente a esta posición, la doctrina mayoritaria⁵ ha mantenido acertadamente que de una interpretación sistemática de los artículos 145 y 146 de la LRJ-PAC se deduce, de manera inequívoca, la vigencia de la opción en favor del particular que hubiere sufrido daños y perjuicios causados para proceder a la reclamación contra la Administración o bien directamente contra las Autoridades y personal a su servicio.

⁵ Cfr. entre otros, J. LEGUINA VILLA, “La responsabilidad patrimonial de la Administración de sus autoridades y del personal a su servicio”, en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, diríg. por J. Leguina y M. Sánchez Morón, Tecnos, 1993, p. 407; R. PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 454; J. GONZÁLEZ PÉREZ, en la obra conjunta con F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, 2a. ed., Civitas, Madrid, 1994, pp. 1471, 1473, 1475 y 1483-1491; P. L. SERRERA CONTRERAS, “De la responsabilidad de las Administraciones públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio”, en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, t. II, cit., p. 112; y F. GARRIDO FALLA y J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, 2a. ed., Civitas, Madrid, 1995, pp. 391-393.

Como veremos a continuación, a pesar de esa voluntad parlamentaria mayoritaria en suprimirla, la redacción de los preceptos citados abogan claramente —y paradójicamente por su defectuosa redacción— por la posibilidad de la reclamación directa contra la Autoridad o funcionario culpables. Así: a) La clara determinación del artículo 145.1 (“exigirán directamente”) es, sin duda, contradictoria⁶ con lo preceptuado en el artículo siguiente, apartado 1o., según el cual “La responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente”. Esta remisión en bloque, sin más, a la “legislación correspondiente”⁷ supone la posibilidad de reclamación directa al funcionario ante la Jurisdicción ordinaria, según las normas del Código Civil (CC). No basta con entender, como algún autor propone,⁸ que la responsabilidad civil del artículo 146 pudiera entenderse referida a la actuación del funcionario fuera del servicio, en el ámbito exclusivamente privado, puesto que ni de los debates parlamentarios puede deducirse esta posibilidad ni el propio artículo dice exactamente eso. Otra cosa es que la LRJ-PAC, en su artículo 145.1, parezca “invitar” al particular a seguir la vía de reclamación contra la Administración, con la finalidad de evitar las dificultades prácticas conocidas de una reclamación directa contra el funcionario.⁹ b) La posibilidad de la ac-

⁶ O no tanto. Como señala Martín Rebollo, “se trata, efectivamente, de la exigencia de responsabilidad de la Administración, que cubre al funcionario, pero no creo que de ello haya que deducir que se impide o prohíbe la exigencia de responsabilidad personal al funcionario ex art. 1.902 CC” [L. Martín REBOLLO, “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España”, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado (Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia)*, coord. por J. Barnés Vázquez, Tecnos-Junta de Andalucía, Madrid, 1995, p. 846].

⁷ “¿Por qué esta obsesión por decir las cosas a medias? ¿Es que el propio legislador tuvo sus dudas sobre cuál sería la legislación aplicable?”, se preguntan F. GARRIDO FALLA y J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones (Un estudio de la Ley 30/1992)*, cit., p. 392.

⁸ Cfr. F. Pantaleón PRIETO, “La responsabilidad por daños derivados de la asistencia sanitaria”, en *Responsabilidad del personal sanitario*, diríg. por A. J. BARRERO y D. GRACIA GUILLÉN, Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1994, pp. 171 y 172.

⁹ Cfr. L. SERRERA CONTRERAS, “De la responsabilidad de las Administraciones públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio”, cit., p. 112 y F. MARRÍN GONZÁLEZ, “La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios públicos”, en *Estudio de la L. R. J. de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común II*, diríg. por M. Campos Sánchez-Bordona, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 265. Con base en el tenor literal del artículo 145.1 se ha llegado a cuestionar la regla de la solidaridad, que no de la opción, de la Administración

ción directa del particular contra el funcionario se infiere claramente también de la propia redacción del artículo 145.2, cuando afirma que “La administración correspondiente, *cuando hubiere indemnizado directamente* a los lesionados podrá exigir de sus Autoridades y demás personal a su servicio [...]”, con lo que da a entender que cabe la posibilidad de que la reclamación no haya sido dirigida contra la Administración sino contra el propio agente público, sugiriendo un pago directo de éste al particular. c) Por ello, tampoco es obstáculo para mantener la acción directa contra el funcionario la derogación expresa del artículo 43 de la LRJAE, previsión sustituida por el artículo 146.1 de la Ley, porque precisamente la está facilitando el propio artículo 146.1. Otro problema es, sin embargo, el incomprensible debate originado acerca de la vigencia o no de la Ley de 1904. Creemos al respecto que esta Ley y su Reglamento siguen vigentes en sus aspectos procesales que sean compatibles,¹⁰ sin que por supuesto la derogación expresa por la LRJ-PAC del artículo 43 de la LRJAE haya “resucitado” la Ley de 1904 en lo que fue derogado por aquélla.

Pero la deficiente redacción legal no se acaba con esta problemática sobre las vías de reclamación, y de la que se ha ofrecido la solución más razonable y acorde con la propia Ley, otros problemas interpretativos se analizan a continuación.

2. *El diverso tratamiento —injustificable— que el artículo 146.1 establece entre Autoridades y demás personal al servicio de las Administraciones públicas*

Es de elogiar que la LRJ-PAC haya sustituido los términos “funcionarios o agentes” empleados por los derogados artículos 41, 42 y 43 de la LRJAE, por el más técnico y preciso, a los efectos de conocer el

y los funcionarios, con las importantes consecuencias que ello tendría para solventar la problemática de las acciones “mixtas” ante la Jurisdicción civil (Cfr. J. LEGUINA VILLA, “La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus Autoridades y del personal a su servicio”, cit., pp. 407 y 408). Sin embargo, no podemos compartir esta posibilidad. La interpretación literal de la LRJ-PAC no permite deducir esa conclusión que rompe con la tradicional regla establecida por el artículo 135.3 del Reglamento de Expropiación Forzosa, y que, de entendiéndose lo contrario, limitaría las garantías del particular lesionado. En este sentido, por todos, R. PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, cit., p. 454.

¹⁰ Cfr. los extensos comentarios de J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, cit. pp. 1348-1491.

ámbito subjetivo de imputación, de Autoridades y “demás personal”, en la línea que la doctrina ya propugnara de un concepto amplio de funcionario, abarcando cualquier persona física que actúe ejerciendo o desempeñando funciones públicas o participe de ellas, según establece la legislación penal. Ahora bien, resulta cuanto menos sorprendente que en el artículo 146.1, cuando remite a la legislación correspondiente para la exigencia de responsabilidad civil (y penal), se hable exclusivamente del personal al servicio de las Administraciones públicas, omitiéndose a las Autoridades. Si se pretende con ello que dichas Autoridades estén exentas de responsabilidad civil directa frente a los particulares perjudicados, estaríamos sin duda ante una solución contraria a los propios principios resarcitorios de nuestro Derecho. Por ello, hay que entender que la omisión de la LRJ-PAC se debe, una vez más, a la defectuosa redacción empleada, incluyendo en el supuesto del artículo 146.1 a las Autoridades, a pesar, insistimos, de que con anterioridad la Ley siempre hace mención a Autoridades y demás personal¹¹ (artículo 145 y epígrafe del capítulo).

3. *¿Se excluyen de la reclamación directa contra el funcionario los supuestos de actuación u omisión por culpa leve o levisima?*

La acertada inclusión del dolo,¹² junto a la tradicional culpa o negligencia graves, recogido en el artículo 145.2, y que fue origen de algunos problemas interpretativos derivados de su omisión en la LRJAE

¹¹ Vid. R. PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, cit., p. 448. No obstante, en el artículo 144 también se acoge la misma fórmula empleada: “personal que se encuentre a su servicio”, y no a Autoridades, lo cual llevaría al absurdo si con ello se entendiese que ha pretendido excluirlas. Parece deducirse que el legislador ha empleado indistintamente las expresiones “personal que se encuentre a su servicio” o “personal al servicio”, entendidas de un modo genérico (abarcando a Autoridades), y las otras de “Autoridades y demás personal a su servicio”.

¹² Cfr. por todos, F. ALONSO COLOMER, “La responsabilidad patrimonial de los empleados públicos en el marco estatutario”, en *Revista Galega de Administración Pública* núm. 5 (1993), p. 130. En cuanto a la tramitación parlamentaria se refiere, el entonces artículo 142.1 del Proyecto no contemplaba el dolo (si en los casos de daños y perjuicios causados a la propia Administración), a pesar del acertado dictamen del Consejo de Estado aconsejando su inclusión. La mención al dolo fue introducida por la enmienda 46 del Grupo Parlamentario Vasco en el Congreso. Vid. J. J. ABAJO QUINTANA, *La tramitación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Aspectos administrativos y Parlamentarios*, cit., pp. 566 y 567.

y objeto de crítica por parte de la doctrina, presupone que la Administración no podrá ejercitar la acción de regreso contra el funcionario en los supuestos de falta leve o levisima de éste, a modo de “franquicia”, cubriendo la Administración en estos supuestos los daños y perjuicios originados, sin posibilidad de repercutir el pago al funcionario. Ahora bien, si aceptamos, como así se ha expuesto, la pervivencia de la opción del particular para proceder contra la Administración o contra el funcionario directamente, surge una duda no exenta de interés. El derogado artículo 43 de la LRJAE permitía expresamente la posibilidad de que el perjudicado exigiera a las autoridades y funcionarios civiles el resarcimiento de los daños y perjuicios “por culpa o negligencia graves”, excluyendo, a todas luces (y acorde con el sistema previsto en el artículo 42), de esta posibilidad los casos de culpa leve o levisima. Sin embargo, el vigente artículo 146.1 no contiene pronunciamiento alguno al respecto, sólo que la responsabilidad civil se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente, siendo aplicable por tanto el artículo 1902 del CC y Ley de 1904. La consecuencia adversa para el funcionario según se opte por una vía u otra es clara: por una misma actuación dañosa por culpa leve o levisima el funcionario quedará exento de responsabilidad si la reclamación del particular va dirigida a la Administración de la que se hace cargo; por el contrario, si la dirige directamente contra el agente público deberá hacer frente a dicha responsabilidad, resultando así ampliada. Así, se configurará más “generosa”, desde la posición del funcionario, la reclamación directa a la Administración *ex* artículo 1.451.

No se oculta, como ha puesto de manifiesto nuestra doctrina, que la conclusión expuesta no sea acorde con la articulación del sistema instituido de responsabilidad de las Autoridades y personal de las Administraciones públicas, debiendo el lesionado, en los casos de negligencia simple, dirigirse directamente a la Administración.¹³ Menos convincente se muestra otro tipo de argumento con la misma finalidad

¹³ Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, cit., p. 1488. En contra, PANTALEÓN PRIETO, F., “La responsabilidad por daños derivados de la asistencia sanitaria”, cit., pp. 172 y 173, al entender, con razón, que “no existe base sólida para restringir la responsabilidad civil del personal al servicio de la Administración pública frente a los particulares dañados a los casos de culpa o negligencia graves, en contra de lo dispuesto con carácter general en el artículo 1.902 del Código Civil, respecto del que el apartado 3 del artículo 145 de la Ley 30/1992 aparecería como norma excepcional no extensible por analogía (artículo 4.2 CC)”.

de exonerar la culpa leve del funcionario en caso de reclamación directa a éste, como es el de pretender “resucitar” de la derogación expresa al artículo 43 de la LRJAE, ya que “a falta de cualquier otro precepto [¿y las leyes civiles?] donde se establezca en qué casos responde civilmente el funcionario, por necesidad habrá que acudir a ese artículo 43. Porque, en última instancia, la derogación tiene sentido cuando la norma se sustituye por otra nueva diferente o incompatible con la anterior; no en el caso de que la nueva regulación, sin que exista contradicción, lo que ofrece es meramente una laguna. Entonces debe conservarse el precepto anterior, por lo demás plausible, ya que el Derecho siente horror al vacío”.¹⁴

En cualquier caso, la injustificada desigualdad que derivaría de esta situación introducida, una vez más, por el nefasto artículo 145.1 de la LRJ-PAC hace necesariamente inclinarse por entender que subsiste la “franquicia” en favor del funcionario en cuanto a su irresponsabilidad en actuaciones dañosas derivadas de culpa leve ante los Tribunales civiles, dada la inequívoca finalidad de la LRJ-PAC en este sentido cuando se reclama a la Administración. Surgiría con ello un especial cuidado para el particular cuando decidiera, dirigirse directamente contra el funcionario, en el supuesto de daños derivados de actuaciones puramente materiales, debiendo acreditar efectivamente el dolo, culpa o negligencia graves, con el riesgo añadido de no prosperar la reclamación en los casos de culpa leve o levisima; en contraste, la indemnización estaría asegurada si la reclamación se dirigiera a la Administración, conocida la naturaleza objetiva de ésta.

4. *El carácter discrecional de la vía de regreso y la introducción de criterios de ponderación en la exigencia de responsabilidad*

Crítica unánime¹⁵ ha recibido el artículo 145.2 al mantener el carácter discrecional de la Administración, cuando hubiere indemnizado

¹⁴ P. L. SERRERA CONTRERAS, De la responsabilidad de las Administraciones públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio”, cit., p. 117.

¹⁵ Cfr. a partir de la Ley 30/1992, entre otros, J. LEGUINA VILLA, “La responsabilidad patrimonial de la Administración de sus autoridades y del personal a su servicio”, cit., p. 408; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II p. 405; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, cit., pp. 1473 y 1474; y R. PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, cit., pp. 451-452.

directamente a los lesionados,¹⁶ para exigir de sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieren incurrido por dolo, culpa o negligencia graves. Así, dejar al arbitrio de la Administración la exigencia de la acción de regreso ha supuesto, históricamente, que en la práctica no se ejercite, dando lugar por tanto a una irresponsabilidad *de facto* de los agentes públicos, asumiendo en todo caso el erario público las indemnizaciones cuyo origen se residencia en conductas dolosas o culposas de aquéllos, que quedan impunes. Es cierto que la responsabilidad patrimonial de la Administración se asienta sobre bases sólidas objetivas, con abstracción hecha a toda idea de culpabilidad o ilicitud de su actuación, pero no es ajena, en absoluto a ello. Precisamente esta culpabilidad identificada en un servidor público es útil, junto a facilitar la imputación al funcionamiento anormal del servicio público, para la exigencia de la responsabilidad personal final del daño producido. Si el sistema resarcitorio público no culmina necesariamente en esta última etapa deviene insatisfactorio e insuficiente, y quiebran los propios cimientos de la inacabada construcción de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Y es precisamente esta deficiencia legal administrativa la que determina, de modo principal, que subsista la vía procesal civil. No es ocioso recordar que durante la tramitación parlamentaria se propuso sustituir los términos “podrá exigir” por “deberá exigir”.¹⁷

Por otro lado, si la Administración que indemnizó decide exigir la responsabilidad al agente público, el procedimiento, regulado en el artículo 21 del Real Decreto 429/1993, tendrá como objeto constatar o verificar efectivamente la responsabilidad o no del titular del órgano pero no así el montante o cuantía de la indemnización, ya perfecta-

¹⁶ Como acertadamente sostiene González Pérez, además del requisito exigido de la indemnización previa al lesionado para proceder contra el funcionario en vía de regreso, “parece que el momento inicial del plazo debe ser el del pago, abstracción hecha al momento de la firmeza del acto o sentencia que reconoció al derecho de indemnización. Aunque esto supone dejar al criterio de la Administración la iniciación del plazo, la exigencia del pago de la indemnización no deja lugar a otra alternativa, ya que si se entendiera que el plazo corre desde la firmeza del acto del que dimana la obligación del pago, el procedimiento frente al titular del órgano se tramitaría sin que se hubiese cumplido aquel requisito” (J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común* (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), cit., p. 1480.

¹⁷ Las enmiendas no aceptadas fueron presentadas por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, con los números 145 y 146, en el Congreso de los Diputados, entendiéndose, con razón, que la exigencia de responsabilidad no debería ser facultativa sino necesaria. *Vid.* J. LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, “Responsabilidad de las Administraciones públicas (Exégesis de la elaboración de la Ley 30/1992)” cit., p. 493.

mente determinada previamente por la propia Administración o por sentencia firme. Ahora bien, la introducción en el párrafo segundo del artículo 145.2 de criterios de ponderación, en una lista abierta (“entre otros”), para la *exigencia de responsabilidad*, aumenta la posibilidad, con independencia de concurrencia de culpas, de discusión sobre la cuantía de la indemnización. Con acierto, señala González Pérez que ello será imposible en la práctica si la cantidad ha sido fijada por sentencia, pero no así en los casos fijados por la propia Administración. Nada impide que el funcionario pueda discutir, en el procedimiento abierto en vía de regreso, si la cantidad fijada que pagó la Administración al particular fue la correcta. Por ello, sería conveniente a fin de evitar esta situación que en el proceso administrativo incoado por reclamación del particular y donde se fija la indemnización se citase al funcionario.¹⁸

Con razón se ha estimado que la pretendida finalidad de la Ley, con la introducción de los criterios de ponderación (limitar la discrecionalidad de la Administración), produzca el negativo efecto contrario en cuanto a la exigibilidad de responsabilidad a los titulares de los órganos administrativos culpables, esto es, “la ha venido a subrayar, más que a limitar”. Como afirma García de Enterría, “si las autoridades y funcionarios eran hasta ahora prácticamente irresponsables de

¹⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, cit., p. 1479. Añade Parada Vázquez que “la Ley parece configurar esta responsabilidad como un supuesto especial, que podríamos denominar de responsabilidad variable, pues los daños ocasionados a terceros, y por los que la Administración ha pagado ya, no son los mismos que se imputan de rebote al funcionario, puesto que pueden ponderarse, si no a la alta, sí a la baja, según la confusa regulación de la Ley [...] Caben, pues, al parecer, unos perdonos o rebajas de la indemnización que la Administración pudo haber pagado, alterándose de esta forma la naturaleza de la acción de regreso. Esta solución es criticable, pues configura una amplia potestad discrecional en materia por esencia reglada, con ingreso de incurrir en un tratamiento desigual y discriminatorio entre los funcionarios que atraviesan la misma situación”. [R. PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, cit., p. 451 y 452]. Como tuvimos ocasión de examinar, esta posibilidad de “rebajas” fue aceptada por la doctrina con ocasión de la aprobación de la LRJAE (art. 42.1). En este mismo sentido, es nuevamente reiterado por el propio J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1996, p. 432, añadiendo que “aunque el procedimiento tenga por objeto la acción de regreso, pueda tener sentido decidir el importe de la indemnización que debe reintegrar el funcionario responsable”.

facto, tras la reforma legal están más cerca de serlo *de iure*, lo cual es notoriamente insano”.¹⁹

5. *Las actuaciones del personal al servicio de las Administraciones públicas en sus relaciones de Derecho privado*

Al igual que el derogado artículo 41 de la LRJAE, el artículo 144 de la vigente Ley establece que la actuación del personal al servicio de las Administraciones públicas en sus relaciones de Derecho privado, se considerarán actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La novedad es que “la responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 142 y 143, según proceda”, es decir, conforme a los procedimientos normal o abreviado de responsabilidad patrimonial, omitiéndose referencia alguna a qué Tribunales correspondería su control. Sin embargo, con anterioridad, el artículo 142.6 establece que “la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa”.

La regulación expuesta ha llevado a nuestra doctrina²⁰ a sostener una pretendida vuelta a la unidad jurisdiccional en favor de los Tri-

¹⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, cit., pp. 405 y 406. En el mismo sentido, R. PARADA VÁZQUEZ PÉREZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, cit., p. 451.

²⁰ Cfr., entre otros, J. LEGUINA VILLA, “La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio”, cit., pp. 402 y 403; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, cit. p. 386 y 427; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, cit., p. 1391; R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo I. Parte General*, cit., p. 699, y E. ESCUSOL BARRA y J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 210 y 211. Entre los civilistas, F. PANTALEÓN PRIETO, “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 91, 1996, pp. 403 y 404 (igualmente publicado en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, cit. pp. 27-30), y *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración (Hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas)*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 34 y 35, y L. Pascual ESTEVIILL, “La responsabilidad civil de la Administración Pública. Estado de la cuestión en relación a las Leyes administrativas de presente”, en *La Ley*, t. 2, 1995, pp. 1152 y 1153. Ahora bien, como es sabido, para Pantaleón la afirmación de la unidad jurisdiccional en favor de los Tribunales contencioso-administrativos (que no del régimen sustantivo aplicable en los casos de responsabilidad patrimonial en relaciones de Derecho privado), es la más correcta según las previsiones de la LRJ-PAC, lo que no obsta para que sostenga justamente lo contrario, es decir, que la competencia

bunales contencioso-administrativos en materia de responsabilidad patrimonial, sea cual fuere la actividad —administrativa o no— de la Administración, recuperándose así la unidad conseguida con la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) y pronto perdida con la LRJAE. Y se ha dicho “pretendida” porque desde luego una cosa es la finalidad perseguida por la Ley²¹ y otra bien distinta es lo que literalmente dice el artículo 144. Así la norma remite a los mismos procedimientos de reclamación previstos para la responsabilidad administrativa pero no hace referencia alguna al Derecho sustantivo aplicable (si es o no por funcionamiento de los servicios públicos) ni expresa, aunque sí implícita, a la Jurisdicción competente,²² originando lógicas dudas y opiniones contrarias.²³

exclusiva en materia de responsabilidad patrimonial —civil extracontractual— de la Administración de *lege ferenda*, sea de la Jurisdicción ordinaria.

²¹ Recuérdese igualmente la aparente vía única de reclamación del artículo 145.1. Parece como si la Ley, junto a esas iniciales pretensiones, con insistencia reclamadas por la doctrina durante la vigencia de la LRJAE, finalmente no las haya consagrado, al introducir previsiones que producen distorsión cuando no contradicción (en mi opinión intencionadas y no fruto de una mera redacción defectuosa) que necesariamente obligan al intérprete a adoptar una postura contraria a la finalidad inicialmente pretendida por la norma.

²² Durante la tramitación parlamentaria, el entonces artículo 139.5 establecía lo siguiente: “La resolución administrativa que ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial, tanto ordinario como abreviado, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, será impugnabile ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”. Al mismo se presentó la enmienda número 173 por parte de la señora diputada Larrañaga Galdós, del Grupo Mixto, proponiendo suprimir el término (privada), con objeto de conseguir garantizar a los ciudadanos el acceso a la jurisdicción ordinaria. Si bien fue rechazada por el Grupo Parlamentario Socialista, este mismo Grupo, durante la tramitación en el Senado, enmienda 485, suprimió la remisión a la Jurisdicción contencioso-administrativa. El debate se reprodujo con el artículo 141 (hoy 144). A éste fueron presentadas las enmiendas 143 del Grupo Izquierda Unida y 174 de la señora diputada Larrañaga, pretendiendo, respectivamente, añadir al final del precepto “o la vía jurisdiccional civil, a opción del interesado” y sustituir la última frase por “la responsabilidad se exigirá por vía ordinaria”. Curiosamente, en contraste con la supresión expresa al orden contencioso-administrativo acontecida por la enmienda del Grupo Parlamentario Socialista, éste se opuso a las enmiendas porque entendía que precisamente se trataba de que fuera aquella Jurisdicción la que conociera de todas estas cuestiones. En el Senado se pretendió por algunos Senadores del Grupo Mixto, enmienda 91, la misma finalidad de la enmienda 143 del Grupo Izquierda Unida, que también fue rechazada. *Vid.*, no exento de críticas, J. J. ABAJO QUINTANA, *La tramitación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Aspectos administrativos y parlamentarios*, cit., pp. 554, 555 y 564.

²³ Cuyo principal apoyo para sostener la dualidad se encontraría en el artículo 9.2, 3 y 4 de la LOPJ. *Vid.*, entre otros, P. L. Serrera Contreras, “De la responsabilidad de las Administraciones públicas y de sus autoridades y demás personal a

De lo expuesto, puede concluirse que no existe fundamento alguno en la LRJ-PAC para sostener que se ha unificado el régimen sustantivo aplicable a la responsabilidad de la Administración derivada tanto de su actuación pública como privada, prevaleciendo, por el contrario, respectivamente, una responsabilidad sujeta al sistema objetivo del funcionamiento de los servicios públicos y otra con base a parámetros iusprivatistas o de culpa. No puede decirse lo mismo con respecto a la vigencia de la dualidad jurisdiccional. La regulación contenida (aunque una vez más, defectuosa) en la Ley permite sostener que se ha practicado una unificación en favor de la Jurisdicción contencioso-administrativa en materia de responsabilidad patrimonial, y que, precisamente, basándose en ella no puede dejar de resaltarse que nuestro Alto Tribunal, Sala de Conflictos de Jurisdicción, en el conocido Auto de 7 de julio de 1994, haya resuelto en favor de aquélla.

B. *Las propuestas de una reforma. Las Jornadas de estudio de Sevilla y el Borrador del Ministerio para las Administraciones Públicas de 17 de abril de 1997*

Las expectativas frustradas por la LRJ-PAC, en la materia objeto de análisis, como fueron, fundamentalmente, la supresión de la vía jurisdiccional civil contra el funcionario culpable²⁴ y la obligatoriedad de la acción de regreso, han propiciado la necesidad de su reforma, no ya sólo desde instancias académicas sino también gubernamentales. Precisamente, y con la colaboración entre otras instituciones, del Ministerio de Administraciones Públicas, se celebraron en Sevilla los días 23 y 24 de enero de 1997 unas *Jornadas de Estudio sobre la reforma de la Ley 30/1992*, bajo los auspicios del Área de Derecho Administrativo

su servicio", cit., pp. 106-168, y F. Martín GONZÁLEZ, "La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios públicos", cit., p. 264. En contra de esta conclusión fundamentada en la LOPJ se pronuncia J. GONZÁLEZ PÉREZ, "La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas dos años después", en *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995, pp. 40 y 41, citando a Delgado Barrio, García de Enterría y T. R. Fernández. También F. Pantaleón Prieto, "La responsabilidad por daños derivados de la asistencia sanitaria", cit., p. 172, insistiendo en la posibilidad de haber sido modificados por la LRJ-PAC los preceptos contemplados por la LOPJ sobre responsabilidad civil de determinadas autoridades en el ejercicio de sus cargos y la atribución de competencias a específicos Tribunales, por considerar que no es materia reservada a Ley Orgánica.

²⁴ Cuyos argumentos son expuestos con detalle por F. Alonso Colomer, "La responsabilidad patrimonial de los empleados públicos en el marco estatutario", cit., pp. 124-133.

de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.²⁵ Venían precedidas estas Jornadas de unas *Propuestas para la reforma de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, elaboradas en diciembre de 1996 por los Catedráticos de Derecho Administrativo A. Pérez Moreno, L. Parejo Alfonso y F. López Menudo. Pues bien, en estas *Propuestas*, y con respeto a la responsabilidad de las autoridades y demás personal al servicio de las Administraciones públicas, los artículos 145 y 146 quedarían redactados del siguiente modo: “La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados exigirá de sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad [...]” (artículo 145.2) y “Las Autoridades y demás personal al servicio de las Administraciones Públicas responderán civilmente, conforme a la legislación correspondiente, cuando actúen fuera del ejercicio de sus cargos y funciones. [...]” (artículo 146.1).

A los artículos reseñados se incorporaría una disposición adicional con el siguiente contenido: “Sin perjuicio de lo dispuesto en la Disposición Adicional Sexta de la LRJ-PAC, relativa a los actos de la Seguridad Social, los daños producidos por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos sanitarios están sujetos, tanto en sus aspectos sustantivos como procedimentales, al régimen de responsabilidad administrativa establecido en la presente Ley y en la anteriormente citada”. Con estas propuestas se colman plenamente las críticas suscitadas, y ya conocidas, por nuestra doctrina administrativista. Veamos:

1o. Del artículo 145.2 se suprime, con acierto, el término “directamente”, que como se recordará introduce distorsión y es uno de los argumentos básicos para sostener la procedencia de la reclamación directa por el particular contra el funcionario, y que, por otra parte, limita esta posibilidad si el pago de la indemnización procede de otras vías. Pero, sobre todo, se sustituye “podrá exigir” por “exigirá” para accionar la vía de repetición, pasando así de potestativa —y que con tanta insistencia ha sido criticada— a obligatoria.

2. Con la redacción propuesta del artículo 146.1 se suprime definitivamente la vía de reclamación directa ante la Jurisdicción civil, subsistiendo únicamente en los supuestos de actuaciones ajenas al ejercicio

²⁵ La coordinación de las Jornadas estuvo a cargo del Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad hispalense A. Pérez Moreno, y como moderador su homólogo de la Universidad Complutense L. Martín-Retortillo. La materia de nuestro estudio corrió a cargo del profesor F. Garrido Falla, con la ponencia titulada “La responsabilidad administrativa”.

de los cargos o funciones. Decae, así, definitivamente la regla de la solidaridad, existiendo una única vía de reclamación ante la Administración. En palabras de los autores de la propuesta, “la nueva redacción [...] conlleva una opción, difusamente implícita en el texto vigente, que viene a sentar la vis atractiva del derecho administrativo y la jurisdicción contenciosa en los supuestos de daños producidos por las Autoridades (previsión ausente en el texto actual) y demás personal al servicio de la Administración cuando actúen en el ejercicio de sus cargos o funciones, con lo que se viene así a plasmar el efecto productora [...]”. Además, como se ha señalado, se incluyen expresamente a aspectos sustantivos como procedimentales, se sujetarán al régimen de las Autoridades, “olvidadas” en el vigente artículo 146.1.

3o. Finalmente, se incorpora a la propia Ley los daños producidos en el ámbito de los servicios sanitarios, resaltando que tanto en sus materia de responsabilidad patrimonial, y que tantas objeciones ha de abril de 1997, un Borrador de modificación de la LRJ-PAC. El texto responsabilidad patrimonial. Se eleva así a rango legal lo estatuido por el Reglamento de procedimientos de las Administraciones públicas en recibido de instancias doctrinales y jurisprudenciales. Se despeja así cualquier duda sobre la existencia de la vía procedimental laboral y jurisdiccional social en la materia.

Pues bien, con las aportaciones doctrinales como la expuesta, el Ministerio de las Administraciones Públicas, contando ya con algunos precedentes de anteproyectos de reforma, ha elaborado, con fecha 17 cido por la derogación del artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa básicamente las Propuestas analizadas de Sevilla, aunque introduce novedades dignas de elogio que mejoran sustancialmente el objetivo pretendido con la reforma. Veamos el contenido de los preceptos en cuestión:

Artículo 145.2: “La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo o culpa o negligencia grave, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca”.

Como puede advertirse, se sustituye la posibilidad por la obligatoriedad en el ejercicio de la acción de regreso con los presupuestos conocidos, si bien subrayando lo que ya antes se sobreentendía, que será “de oficio”. No es ocioso recordar que precisamente el carácter meramente facultativo de la acción de regreso había sido puesta de

manifiesto por la doctrina²⁶ como un impedimento “insalvable” para suprimir o entender suprimida la reclamación directa del particular ante la Jurisdicción civil, puesto que, de así considerarse, la Autoridad o funcionario podía de hecho quedar impune de los daños producidos y “diluida” su responsabilidad en la de la Administración (con la injusticia manifiesta que ello representa), si no se ejercitaba la vía de repetición.

Pero lo realmente novedoso en la reforma, con respecto a las *Propuestas* de Sevilla, es la supresión del párrafo 2o. de este apartado 2, relativo a los criterios de ponderación. Como bien se sabe, la introducción de estos criterios tampoco quedaron al margen de razonables críticas, en cuanto que lejos de conseguir una pretendida limitación a la discrecionalidad administrativa podían generar con tal exigencia en la acreditación de la responsabilidad funcionaria que *de facto* quedarán impunes.²⁷

Artículo 146.1. Responsabilidad penal: “La responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente”.

Con esta redacción se omite cualquier referencia a la responsabilidad civil, salvo claro está la derivada de la penal, se suprime cualquier posibilidad de reclamación directa por el particular lesionado contra el agente público, articulándose como vía única de reclamación la dirigida a la Administración. Se acaba definitivamente con la opción solidaria, y con ella la competencia de la Jurisdicción civil para el conocimiento de responsabilidad civil originada de actuaciones de Autoridades y personal dependientes de las Administraciones públicas,²⁸ a

²⁶ Cfr., entre otros, F. PANTALEÓN PRIETO, “La responsabilidad por daños derivados de la asistencia sanitaria”, cit., p. 172, y J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, cit., p. 427, para quien “dejar abierta la posibilidad de que el particular lesionado pueda dirigir la acción de resarcimiento frente a la “autoridad” responsable tiene mucho sentido. Pues por lo general será el único medio real para evitar que la indemnización recaiga sobre la colectividad”.

²⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, cit., pp. 405 y 406.

²⁸ A ello contribuye la atribución al orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los supuestos de concurrencia de culpas de la Administración pública y un sujeto privado, según las versiones (si bien con variaciones) de los Anteproyectos de la Ley Reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo de noviembre de 1994 y enero de 1995, aunque desaparece sorprendentemente en el Proyecto aprobado por el Consejo de Ministros. Su importancia, trascendencia y vicisitudes han sido puestas de manifiesto, entre otros, por F. PANTALEÓN PRIETO, “La responsabilidad por daños derivados de la asistencia sanitaria”, cit., pp. 166 y 167; M. CLAVERO ARÉVALO, en

excepción de aquella producida en el ámbito exclusivamente privado y ajeno al cargo o función pública. Acorde con este inequívoco objetivo, debe valorarse positivamente la derogación expresa, que se recoge en el apartado 1o. de su disposición derogatoria, de la Ley de 5 de abril de 1904 y el Real Decreto de 23 de septiembre de 1904 relativos a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos,²⁹ normativa que, como se recordará una vez más, planteó algunas dudas sobre su derogación tácita con la entrada en vigor de la LRJ-PAC.

Por su parte, la disposición adicional (con el título "Responsabilidad en materia de asistencia sanitaria") dispone: "La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso". La absoluta claridad de su contenido hace innecesarios más comentarios al respecto, remitiendo a lo ya indicado con ocasión de las *Propuestas*.

Finalmente, no ha escapado a este Borrador una cuestión relacionada con la responsabilidad de Derecho privado. Así, al vigente artículo 144 se añade un último inciso del siguiente tenor: "El régimen jurídico sustantivo de esta responsabilidad es el establecido para el

La reforma del Proceso Contencioso-Administrativo, coord. por A. Pérez Moreno, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 45 y 47; y J. GONZÁLEZ PÉREZ, "Orden jurisdiccional competente para conocer de las cuestiones de responsabilidad patrimonial en los supuestos de concurrencia de culpas de la Administración pública y del administrado", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 89, 1996, pp. 93-105.

²⁹ A este respecto, hay que señalar que ya la reciente Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado ha derogado expresamente en su totalidad (disposición derogatoria única, apartado 1o.) a la LRJAE, incluidos sus artículos, que se encontraban aún en vigor tras la LRJ-PAC, 44 a 49. Quedaría, no obstante, el "impedimento" que representan los artículos 56.2o. y 73.2.a) de la LOPJ, al contemplar la responsabilidad civil por los hechos realizados en el ejercicio de su cargo de determinadas autoridades. Sin perjuicio, como ya se expuso, de considerar por algún sector doctrinal que esta materia no se encuentra reservada a Ley Orgánica, lo que supondría la inexistencia de obstáculo alguno para considerar a estos artículos modificados por las nuevas previsiones de la LRJ-PAC, es lo cierto que un pronunciamiento expreso a este respecto por parte del legislador se impone a todas luces. Y para ello no existe mejor ocasión en estos momentos que la reforma parcial de la LOPJ, que se encuentra actualmente en tramitación parlamentaria, y que entró en Cámara del Congreso de los Diputados el día 18 de septiembre de 1996.

funcionamiento del servicio público". Según indicamos, la doctrina se mostraba unánime a la hora de considerar la unificación procedimental practicada con este artículo, si bien existían serias dudas que ocurriera lo mismo con el Derecho sustantivo a aplicar en los casos de responsabilidad en actuaciones de la Administración sometidas al Derecho privado. Pues bien, con el Borrador se despejan esas dudas, se opera una unificación íntegra en cuanto a procedimiento, régimen sustantivo y orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Ahora bien, una vez resuelto que el régimen jurídico procesal y material de todo el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es único, y como planteara en su día Leguina Villa, ¿cuál es la razón para que se continúen calificando los daños mencionados en el artículo 144 como un supuesto de responsabilidad de Derecho privado? Lo cierto, añade este autor, "es que de Derecho privado tal supuesto de daños sólo conserva el nombre, estando en todo lo demás integrado en el régimen general de responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos".³⁰

La valoración de la reforma pretendida por el Borrador es altamente positiva, como no podía ser de otra manera, al solucionar las graves incógnitas y la confusión introducida en esta materia por la LRJ-PAC. Si dicho Borrador se convirtiera definitivamente en Ley se habrá logrado un objetivo tenazmente perseguido por nuestra doctrina administrativista, la consagración, sin resquicios, de una responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, llevando hasta sus últimas consecuencias el principio de responsabilidad objetiva, a la que se sujetarán necesariamente a ella y a su régimen administrativo las actuaciones lesivas de sus agentes públicos. Finalizaría también una evolución de la responsabilidad civil de los funcionarios en relación con la Administración y los particulares eventualmente lesionados, pasando de ser personal ante éstos a subsidiaria de la Administración, y de subsidiaria a solidaria, para, finalmente y en cualquier caso, estar cubierta de forma directa por la Administración. Y para esta última se han puesto los medios necesarios: exigencia de la vía de regreso por parte de la Administración y competencia exclusiva del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. No dudamos en el acierto de la elección del sistema, pero será su andadura la que despejará cualquier duda sobre su estricto cumplimiento y viabilidad.

³⁰ J. LEGUINA VILLA, "La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio", cit., p. 403.

II. CONCESIONARIOS Y CONTRATISTAS

A. *Los postulados de la Ley de Expropiación Forzosa*

Hasta la entrada en vigor de la LEF, las lesiones patrimoniales causadas a terceros por parte de concesionarios y contratistas a consecuencia de la gestión del servicio público o de la ejecución de la obra pública venían sometidas pacíficamente a las normas del CC y al conocimiento de los Tribunales civiles.³¹

Con su habitual maestría, García de Enterría explicaba la razón de esta calificación: “El concesionario se encuentra como regla en una situación de Derecho civil, por la razón simple de que es una persona de Derecho civil. De la misma manera que los actos del concesionario no son actos administrativos, o sus contratos administrativos, o sus agentes administrativos, o sus fondos, en fin, fondos públicos, a su eventual responsabilidad no hay razón para que sea una responsabilidad administrativa.”³²

³¹ Cfr., entre otros, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa (Potestad expropiatoria. Garantía patrimonial. Responsabilidad civil de la Administración)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, y reproducido facsimilamente (con un prólogo) por Civitas, Madrid, 1984, p. 202 (citando a la doctrina francesa); R. BOCANEGRA SIERRA, “Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 18, 1978, pp. 397 y 398, a cuya legislación citada me remito; F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 56; y S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 95 y 96.

No obstante, Rivero Ysern advierte que en relación con los concesionarios de obras públicas existieron precedentes históricos que consideraron a la relación del concesionario y el tercero perjudicado como una relación jurídico administrativa, y que el conocimiento de los litigios correspondía a la Jurisdicción contencioso-administrativa hasta la ruptura que supuso la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877. Dichos precedentes fueron la Proposición de Ley de Silvela de 12 de noviembre de 1938, sobre organización y atribuciones de los Consejos de Provincia, y la Ley de 25 de septiembre de 1863 para el Gobierno y Administración de las Provincias (E. RIVERO YSERN, *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, Instituto García Oviedo-Universidad de Sevilla, 1969, pp. 217-220).

³² E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa (Potestad expropiatoria. Garantía patrimonial. Responsabilidad civil de la Administración)*, cit., p. 203. Añadía que “se trata de relaciones patrimoniales entre particulares, dado el inequívoco carácter privado del concesionario y de su empresa. En el orden práctico juega también claramente la intención de descargar a la Administración de un volumen de asuntos considerables, ya que la competencia de la jurisdicción contenciosa exigiría necesariamente un pronunciamiento administrativo previo”, *ibid.*, p. 202.

Pues bien, “la extraordinaria novedad”³³ que la LEF introduce con respecto al “pacífico” régimen anterior es bien elocuente: “En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste” (artículo 121.2) y “Cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, en la forma prevista en el párrafo dos del artículo 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo dos del artículo 121. Esta resolución dejará abierta la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario, en su caso” (artículo 123).

Por su parte, el Reglamento de la LEF, de 26 de abril de 1957, añadiría unas precisiones procedimentales del siguiente tenor: “En el caso de servicios públicos concedidos se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 134, con las especialidades siguientes: a) El lesionado deberá presentar una copia simple de su reclamación y de cuantos documentos acompañe. b) Presentado su escrito se dará traslado de la copia al concesionario para que en el plazo de quince días exponga lo que a su derecho convenga y aporte cuantos medios de prueba estime necesarios” (artículo 137). El novedoso sistema será inmediatamente adoptado por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, y en la posterior legislación sectorial.

Por lo que respecta a los contratistas de obras públicas, su asimilación al nuevo tratamiento expuesto va a resultar evidente a partir³⁴ de la adición al párrafo 3o. al artículo 134 del Reglamento General de Contratación del Estado, operada por Decreto de 25 de noviem-

³³ *Idem*, p. 201.

³⁴ Ciertamente, de la redacción originaria no podía deducirse claramente esta equiparación, y así fue puesto de manifiesto por Rivero Ysern, para quien era “indiscutible que, de *lege data*, la responsabilidad del contratista de obras públicas es una responsabilidad de tipo civil”, si bien apostaba firmemente por una plena equiparación de *lege ferenda*, como así ocurriría con el Decreto de 1975 (E. RIVERO YSERN, *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, cit., pp. 242-244). Por su parte, el Consejo de Estado se mostró al respecto vacilante, pronunciándose en sentido adverso en el Dictamen núm. 39.038 de 7 de marzo de 1974, aunque en otros, por el contrario, no tuvo dudas en la equiparación: 36.913 de 18 de junio de 1970, 38.603 de 12 de julio de 1973 y 39.435 de 5 de diciembre de 1974.

bre de 1975. A partir de esta reforma, la equiparación puede considerarse pacífica tanto en la doctrina³⁵ como en la jurisprudencia.³⁶

Pues bien, a pesar de la claridad del nuevo régimen jurídico específico de responsabilidad de los concesionarios establecido en la LEF, pronto se entendió por nuestra mejor doctrina³⁷ que el alcance de la extensión del artículo 121.2 no podía suponer que toda la responsabilidad civil del concesionario en el ejercicio del servicio público se rigiera en adelante por la nueva Ley, sino, como hasta ahora venía sucediendo, por las normas del CC. Una excepción cabía a ese principio, añade García de Enterría, “y a ella habrá que reducir la aplicación prevista por la nueva Ley: la hipótesis de que el concesionario ejercite verdaderos poderes públicos en nombre de la Administración conce-

³⁵ Cfr., por todos, F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, cit., pp. 63-67, quien plantea una cuestión de interés: “¿Acaso un precepto de carácter meramente reglamentario puede determinar cuestiones tan importantes como la jurisdicción competente y el régimen jurídico de la responsabilidad de los contratistas de obras públicas, modificando las soluciones anteriores fundadas en normas de carácter legal (p.e. artículo 51 LECiv.)?” Pero la objeción, sigue afirmando el propio Pantaleón, se desvanece, porque “el artículo 134 REC no hace sino dejar claro lo que ya debería estarlo desde la entrada en vigor de la LEF. Porque si, como hemos visto ya, la expresión “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos” del artículo 121,1 de dicha Ley ha de entenderse que abarca todo el “giro o tráfico” de la Administración y, por consiguiente, también su actividad técnica consistente en la realización con sus propios medios de obras públicas, parece evidente que el régimen establecido en materia de responsabilidad de los concesionarios de servicios públicos en los artículos 121,2 y 123 LEF era también aplicable a los contratistas de obras públicas. Dicho de otra forma y con más precisión: La indudable interpretación amplia de la expresión “funcionamiento de los servicios públicos” del artículo 121,1 exigía entender la expresión “servicios públicos concedidos” de los artículos 121,2 y 123 en el sentido de abarcar todos aquellos casos en que la Administración contrata a personas de Derecho privado para la realización de actividades que forman parte de su giro o tráfico ordinario; en el sentido, por tanto, de abarcar también los casos de obras públicas contratadas. El artículo 134 REC no hizo sino confirmar esa sensata interpretación, en orden a superar anteriores dudas”, *ibid.*, p. 66.

³⁶ Por todas, la Sentencia, Sala Cuarta, del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1980, según la cual “la doctrina legal antes expuesta evidencia que la Administración Pública responderá de los daños causados a terceros a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, aludiendo el Ordenamiento Jurídico con esa expresión a todo tipo de actuación administrativa ejercitada desde la posición privilegiada que a la Administración corresponde como persona jurídica de Derecho público; en ella se engloba —dice el Dictamen del Consejo de Estado de 18 de junio de 1970— la ejecución de obras públicas, ya lo sean con servicios y medios propios, ya mediante la interposición de un contratista privado”.

³⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa (Potestad expropiatorio. Garantía patrimonial. Responsabilidad civil de la Administración)*, cit., p. 203.

dente”.³⁸ Y esta postura, no olvidemos, era congruente con la cláusula “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”, sobre la que, como pudimos examinar en la primera parte de este trabajo, se construía el nuevo régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración. Por ello, la imputación de la actuación lesiva de Autoridades y agentes públicos es cubierta por la responsabilidad directa de la Administración, toda vez que este personal se halla inmerso en la propia organización administrativa y ejercen funciones públicas, circunstancia ésta que no concurre en los concesionarios de servicios públicos, meros empresarios privados, de cuyo sistema resarcitorio público quedan así excluidos.

B. Postura doctrinal mayoritaria sobre el sistema implantado por la Ley de Expropiación Forzosa.

Como García de Enterría y sin entrar en este momento a especular sobre el régimen sustantivo y jurisdicción aplicable, la mayoría de los autores han coincidido que de los preceptos contenidos en la LEF se entiende que el concesionario de servicio público y contratista de obra pública son responsables directos y únicos por los daños que causen en la gestión del servicio o en la construcción de la obra frente al lesionado, sin que a la Administración le sea imputable la causa de esos daños ni por ello esté obligada a indemnizar, a excepción claro está de aquellos daños que tengan su origen en alguna cláusula u orden administrativa de ineludible cumplimiento, en cuyo caso la Administración es responsable de manera única y directa.

Ahora bien, a partir de esta elemental coincidencia sobre el sujeto imputable del acto lesivo, esta doctrina mayoritaria³⁹ realiza una interpretación mucho más extensa a la mantenida por García de Ente-

³⁸ Y añadía: “Sólo a estos reducidísimos supuestos cabe entender, en conclusión, que alcanza la aplicación de la nueva Ley en cuanto a los eventuales daños resultantes. Sólo, pues, en esta situación es posible predicar de los concesionarios privados la imputación de un daño a efectos de la Ley de Expropiación Forzosa”, *idem*, p. 203.

³⁹ Se inicia, con especial lucidez, en el libro de E. Rivero Ysern, *El Decreto administrativo y las relaciones entre particulares*, cit., pp. 217-244, y continúan en esta línea aunque con matices, entre otros, F. PERA VERDAGUER, *Expropiación Forzosa*, 2a. ed., Bosch, Barcelona, 1970. pp. 566, 572 y 573; R. BOCANEGRA SIERRA, “Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros”, cit., pp. 397-406; J. LEGUINA VILLA, *La responsabilidad civil de la Administración pública (Su formulación en el Derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español)*, 2a. ed., Tecnos, Madrid, 1983, p. 235; F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, cit.,

ría,⁴⁰ en cuanto que la LEF ha introducido novedades significativas referidas al Derecho sustantivo aplicable al concesionario y contratista, y también, en consecuencia, a la Jurisdicción competente. Veamos cómo se articula esta razonable posición:

1o. Toda la actividad, pública o privada, del concesionario o contratista en la gestión del servicio o cumplimiento del contrato y, que pueda originar una lesión a tercero, se encuentra sujeta a las previsiones de la LEF, dado el tenor literal de su artículo 121.2, que no distingue una u otra actividad, sino simplemente “en los servicios públicos concedidos” y, en consecuencia, se trata de una responsabilidad única, siempre ventajosa⁴¹ y garantizadora para el perjudicado.⁴² No obstan-

pp. 56-77; L. MARTÍN REBOLLO, “La responsabilidad patrimonial de la Administración local”, en *Tratado de Derecho Municipal*, t. I, dirig. por S. Muñoz Machado, Civitas, Madrid, 1988, pp. 618-621; S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas*, cit., pp. 119 y 120; y R. PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, cit., pp. 429 y 430.

⁴⁰ Posición que, creemos, ha sido corregida en su obra *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, cit., p. 388, afirmando que “en lo que a los concesionarios se refiere, hay que observar que, aunque la responsabilidad se califique en estos casos de administrativa y se reconozca a la Administración la competencia para resolver sobre su procedencia según las reglas aplicables a ésta [...], los daños producidos a terceros en el ámbito del servicio concedido no se imputan a la Administración concedente, sino a ellos mismos”. Y así lo han advertido, entre otros, R. BOCANEGRA SIERRA, “Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros”, cit., pp. 404 y 405; F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, cit., p. 60; y M. REBOLLO PUIG, “Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1989), en *Poder Judicial*, núm. 20, 1990, p. 27.

⁴¹ Los riesgos han sido expuestos con claridad meridiana por F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, cit., pp. 67-70. En cualquier caso, la opción por parte del particular para acudir a una u otra jurisdicción fue aceptada por algunos autores como “mal menor”, en base, fundamentalmente, al acercamiento de la responsabilidad por culpa a la responsabilidad objetiva. *Vid.*, entre otros, L. MARTÍN-RETORTILLO, “Responsabilidad patrimonial de la Administración y Jurisdicción”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 42, 1963, pp. 206 y 207, y J. SALAS, “Sobre la naturaleza jurídica de las relaciones entre usuarios de servicios públicos y las empresas concesionarias”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 4, 1975, pp. 45 y 46.

⁴² Cfr. J. SALAS HERNÁNDEZ, *Régimen jurídico de la energía eléctrica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1977, p. 145; R. BOCANEGRA SIERRA, “Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros”, cit., p. 405 y 406, y M. REBOLLO PUIG, “Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1989)”, cit., p. 27.

te, y con independencia de la práctica judicial, la doctrina no ha dejado de poner de manifiesto las dificultades que comporta la admisión para el concesionario de una responsabilidad sometida al Derecho administrativo.⁴³

2o. La responsabilidad del concesionario y contratista se configura como una responsabilidad objetiva, es decir, la misma ya conocida y aplicable a la Administración, y cuya virtualidad consiste en atender a la lesión antijurídica producida, sin probar la concurrencia de culpa o negligencia en la conducta lesiva. Y a esta conclusión se llega, por un lado, por la propia dicción legal empleada en el artículo 121.2 (“En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización [...]”, es decir, la indemnización del apartado 1o. de toda lesión producida como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos) y, por otro, atendiendo al fundamento mismo de la responsabilidad por los daños producidos en la prestación de los servicios públicos, que no puede introducir discriminación en relación con el sujeto dañado, según sea la modalidad de prestación concreta de los mismos (directa por parte de la Administración o por medio de concesionario o contratista interpuesto). Se trata, por tanto, de la realización de actividades que son de titularidad administrativa. Así, la responsabilidad de concesionarios y contratistas va a estar sujeta a normas jurídico-públicas reguladoras de este tipo de responsabilidad (LEF y LRJAE) y no al CC.

⁴³ Así, se ha señalado la incongruencia que representa someter al concesionario y contratista a este tipo de responsabilidad con independencia del régimen en el que actúan, mientras que personas públicas, como Renfe, y privadas pero de titularidad estatal, como sociedades mercantiles, estén sometidas a las normas del CC. Ello se ha intentado superar equiparando la responsabilidad del concesionario a los entes instrumentales de la Administración. *Vid.*, al respecto, entre otros, M. CLAVERO ARÉVALO, “La quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, en *Revista de Administración Pública*, núm. 66, 1971; F. LLISSET BORREL, “La vicariedad en el ejercicio de la función administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 80, 1976, p. 221; y R. BOCANEGRA SIERRA, “Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros”, *cit.*, pp. 405 y 406. Desde luego, el Consejo de Estado ha distinguido actuaciones del concesionario con predominio de funciones públicas de aquellas otras exclusivamente privadas de la gestión del servicio, doctrina que ha sido criticada y calificada de “intermedia” o de “compromiso”, configurando con ella una doble responsabilidad (Dictámenes, entre otros, de 13 de julio de 1967, 11 de julio de 1968 y 12 de julio de 1973). Las consecuencias de esta distinción son claras: distinto régimen sustantivo y distinta competencia jurisdiccional. La problemática, hoy día, se ha diluido como consecuencia del artículo 144 de la LRJ-PAC, de cuyo alcance y contenido ya tuvimos ocasión de examinar.

3o. Se establece un único procedimiento de reclamación de las lesiones producidas por concesionarios o contratistas, según las previsiones de los artículos 123 de la LEF y 137 de su Reglamento. Es, pues, un procedimiento administrativo, donde la Administración decide en todo caso sobre la procedencia de la indemnización y sobre el sujeto responsable (concesionario, contratista o la propia Administración), sin que por ello afecte a la imputación del resultado dañoso. Se trataría de una función arbitral de la Administración, cuya causa se encuentra en que con la resolución se están tratando también los intereses propios.⁴⁴

4o. Al tratarse necesariamente de un acto administrativo (decisión sobre la existencia de responsabilidad y, en su caso, sujeto responsable), será la Jurisdicción contencioso-administrativa la competente para conocer sobre las decisiones de la Administración, tal y como expresamente establece el artículo 123 de la LEF.

Ahora bien, frente a esta interpretación lógica y consecuente de la normativa expropiatoria, su aplicación no ha sido seguida por la Jurisdicción civil, que simplemente la ha ignorado, ni por cierto sector de la propia doctrina administrativa que introdujo, entre otras, una construcción teórica dispar desde sus propios inicios, identificando al sujeto imputable con el sujeto responsable.

C. *La práctica judicial civil, la “reacción” de cierto sector doctrinal y el “despertar” de la Jurisdicción contencioso-administrativa*

A pesar de la interpretación antes expuesta sobre la innovación introducida por la LEF y legislación posterior, lo cierto es que los Tribunales ordinarios han seguido conociendo sobre la responsabilidad civil de concesionarios y contratistas, considerando a éstos, a todos los efectos, como sujetos privados sometidos a este Derecho, y cuya responsabilidad se exige de acuerdo con la doctrina de la culpa. Una materia, por lo demás, desconocida por la Jurisdicción contencioso-administra-

⁴⁴ En contra, y fiel a su postura originaria ya descrita, se muestra E. García de Enterría, en su trabajo “La responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en Derecho administrativo”, en *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núm. 7, 1964, p. 25, para quien “existe un posible equívoco derivado del artículo 123 de la propia Ley, que parece otorgar a la Administración una intervención en la declaración y extensión de la responsabilidad de los concesionarios, lo que parece que viene a corroborar el artículo 137 del Reglamento. Sin embargo, parece obligado dirigir la interpretación hacia otro sentido, ya que la declaración y liquidación de la responsabilidad de los concesionarios privados con terceros es un problema puramente civil e *inter-privatos*, en el que la Administración no sólo no tiene título para intervenir, sino que le es del todo indiferente”.

tiva durante, al menos, veinte años después del sistema legal instaurado. Esta práctica del orden jurisdiccional civil ha sido considerada *contra legem* por una amplia doctrina,⁴⁵ a la luz de las normas referidas.

Teniendo en cuenta estas premisas (conocimiento “pacífico” de la Jurisdicción civil, aunque se considerase materia sujeta a una dualidad de jurisdicciones,⁴⁶ si bien no llevada a la práctica por la del orden contencioso-administrativo), un importante sector de nuestra doctrina no sólo reaccionó contra esta práctica judicial contraria a Derecho en el sentido expuesto más arriba por la opinión mayoritaria, sino que fue más allá a la formulada por ésta, en una particular interpretación de los preceptos de la LEF, en el sentido de considerar que de los daños y perjuicios de concesionarios y contratistas responde directamente la Administración, introduciendo así “un importante elemento de confusión en el régimen jurídico de la institución”.⁴⁷ Es significativo que en el tiempo en que se formula esta particular interpretación, se producen paralelamente los primeros pronunciamientos sobre la materia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Así, se ha considerado a la Sentencia de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Oviedo de 18 de marzo de 1976 como la primera que inaugura frontalmente la problemática planteada, y que tendremos ocasión de examinar más adelante.

Con el revelador título “Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público”.⁴⁸ F. González Navarro inaugura esta doctrina, que en sus líneas básicas se encuentra construida sobre la base de los siguientes argumentos, según el dictado de los preceptos contenidos en la LEF: el significado

⁴⁵ Cfr. R. BOCANEGRA SIERRA, “Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros”, *cit.*, pp. 400 y 401; F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, *cit.*, *passim*; y S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas*, *cit.*, esp. 114-118, 124 y 125.

⁴⁶ Que es calificada por Pantaleón Prieto como “excluyentes entre sí” (*Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, *cit.*, p. 237). Aunque ello no ha impedido, como resalta Bocanegra Sierra, que hayan habido “ejemplos de reclamaciones de responsabilidad que han sido resueltos por ambas jurisdicciones, la civil y la contencioso-administrativa. Así sucedió nada menos que en el asunto de la explosión de gas en Luanco (R. BOCANEGRA SIERRA, “La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros”, *cit.*, pp. 235 y 236).

⁴⁷ R. BOCANEGRA SIERRA, “La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros”, *cit.*, p. 215.

⁴⁸ Publicado en *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núms. 44-45, 1976, pp. 215-250.

del artículo 121.2 de esta Ley, que regula la responsabilidad de la Administración, debe entenderse en el sentido de que por los daños causados por los concesionarios responde en todo caso la Administración, sin perjuicio de una posible acción de regreso de ésta contra el concesionario causante del daño, salvo las conocidas excepciones. Para ello se configura una responsabilidad solidaria que considera al concesionario como delegado de la Administración, como título de imputación, siendo la concesión una auténtica delegación, conservando la Administración la titularidad y los poderes de policía sobre el servicio público concedido. En consecuencia, al considerarse toda la actividad del concesionario como dictada por la Administración delegante, se sujetará a la responsabilidad objetiva de la Administración.

Los severos reparos a este erróneo planteamiento han sido puestos de manifiesto —amplia y contundentemente— por algunos destacados autores,⁴⁹ cuyos argumentos básicos sólo quedan aquí apuntados: la contradicción que se contiene al acumular dos títulos de imputación distintos y no compatibles a los efectos de justificar la responsabilidad directa de la Administración por hecho de otro (identificado sujeto imputable del daño, no del acto causante del mismo, con sujeto responsable), el riesgo creado por la existencia de servicios públicos y la literalidad del artículo 121 con la imputación a la Administración de los actos del concesionario y, sobre todo, la equiparación indiscriminada de la delegación con la concesión.

La peculiar interpretación doctrinal expuesta, y que ha contado con firmes partidarios,⁵⁰ ha sido acogida también por algunos pronunciamientos jurisprudenciales correspondientes al orden contencioso-administrativo, que se inicia con la aludida Sentencia de la Audiencia

⁴⁹ Cfr. R. BOCANEGRA SIERRA, "Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros". cit., *passim*; el magnífico trabajo de M. REBOLLO PUIG, "Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1989", cit., *in totum*; y S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas*, cit., esp. pp. 119-139.

⁵⁰ Cfr., entre otros, G. ARIÑO ORTIZ, "El servicio público como alternativa", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 23, 1979, p. 552; J. L. VILLAR EZCURRA, *La responsabilidad en materia de servicios públicos*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1981, pp. 19 y 66; y P. J. TORRENT I RIBERT, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (Especial consideración de la derivada del uso de las vías públicas. El seguro de la responsabilidad civil de los entes públicos)*, Mapfre, Madrid, 1995, esp. pp. 7-15, 55 y 56.

Territorial de Oviedo de 18 de marzo de 1976⁵¹ y culmina con la del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1989.⁵²

Afortunadamente, esta solución ha venido a ser corregida por otra abundante jurisprudencia en la línea defendida por la doctrina mayoritaria (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1980, 18 de diciembre de 1982, 11 de noviembre de 1986, 31 de julio de 1989 y, especialmente la de fecha 25 de enero de 1992).

D. *Un "inconveniente" para la doctrina mayoritaria: los poderes de dirección, inspección y control de la Administración contratante con respecto al servicio público concedido o ejecución de obra pública contratada*

Conocida la atribución de estos poderes a la Administración, justificados por la propia titularidad del servicio público concedido o de la obra contratada, que obliga a aquélla a atender convenientemente las actividades atribuidas, surge un interrogante no exento de interés: ¿No debiera bastar ello para imputar directamente a la Administración la responsabilidad surgida por los daños causados a terceros en el

⁵¹ Comentada por R. BOCANEGRA SIERRA, "Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros", cit., pp. 397-406. Se afirma en ella que el responsable directo por los daños causados por el contratista es la Administración contratante, sin perjuicio de una eventual acción de regreso. Pero entonces, ¿Cómo explicar "el tenor literal del artículo 123 de dicha Ley "[...] como sobre quién deba pagarla, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 121 [...]?", se pregunta con razón F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, cit., p. 73. Por el contrario, establece de una manera correcta la responsabilidad objetiva de los contratistas y el procedimiento administrativo único de reclamación.

⁵² Con anterioridad, Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1984 y 2 de abril de 1985. Es de destacar que en la Sentencia de 9 de mayo de 1989 fue Ponente F. GONZÁLEZ NAVARRO, incorporando a ella los argumentos que ya defendiera en su trabajo "Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público". Las críticas a la misma por la doctrina mayoritaria en la materia pueden verse especialmente en R. BOCANEGRA SIERRA, "Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros", cit., pp. 225-235; M. REBOLLO PUIG, "Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1989)", cit., pp. 23-51; y S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas*, cit., pp. 125-136. En cambio, comparte su doctrina I. del Guayo Castiella, en el comentario a la Sentencia referida "Responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos concedidos", en *Actualidad Administrativa*, núm. 17, 1990, pp. 197-213.

desarrollo de la actividad concedida o contratada,⁵³ “¿no cabe ahí [...] una responsabilidad por omisión?”⁵⁴ Los términos planteados deben reducirse a aquellos casos en los que la Administración, debiendo emplear la diligencia exigible, en virtud de estos poderes, para exigir y evitar los daños no lo hizo. Es evidente que la carga de culpa que conlleva esta falta de diligencia no es acorde con el sistema de responsabilidad objetiva por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos que consagran nuestras leyes administrativas. Pero también es cierto que en determinados supuestos la actuación de la Administración requiere elementos reprochables para emerger la responsabilidad derivada de esta conducta, como ha puesto de manifiesto reiterada jurisprudencia civil y doctrina,⁵⁵ con base en principios de justicia y equidad, y justificada en una culpa *in vigilando*.

Pero la imputación con fundamento en este título por actuación de personas no integradas en la organización de la Administración debe aplicarse de forma especialmente restrictiva. Como afirma Muñoz Machado, “poco alivia a la Administración una técnica desburocratizadora tan veterana como la gestión indirecta de los servicios públicos, si tiene que superponer un aparato propio de vigilancia permanente sobre el contenido material completo de la actividad del concesionario o contratista”.⁵⁶ Debe concurrir el incumplimiento de un deber de la

⁵³ Vid. F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, cit., p. 75. Si bien ya el propio autor considera que “ello no es bastante, por sí solo”, para que la Administración deba responder en todo caso, sí que reduce el ámbito de la cuestión planteada al menos a la responsabilidad de aquella como consecuencia de la falta de ejercicio o del ejercicio negligente de dichos poderes. Se trataría de un título de imputación a añadir a los ya conocidos del artículo 121 de la LEF.

⁵⁴ L. MARTÍN REBOLLO, “La responsabilidad patrimonial de la Administración local”, cit., p. 620.

⁵⁵ Cfr., entre otros, A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, “Responsabilidad administrativa por culpa *in vigilando* o *in ommittendo*”, en *Poder Judicial*, núm. 2, 1986, pp. 117-128, y M. REBOLLO PUIG, “Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1989)”, cit., pp. 48-51, quien hace observar que cuando se trata de hacer responsable a la Administración “de los daños causados por alguien ajeno a su organización, las reglas y requisitos exigibles pueden ser distintos e incluir un “funcionamiento anormal” o culposo, lo que encontraría, así, el lugar que, pese a su formal negación, la doctrina y jurisprudencia andaban buscando”.

⁵⁶ S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas*, cit., p. 117 y añade: “no hay que suponer que la Administración es siempre responsable por la falta de vigilancia sobre la actividad de un particular. En el caso del concesionario ya hemos visto que, exista o no ese deber, el régimen de la responsabilidad administrativa discurre por otros derroteros. En los

Administración de evitar que el concesionario o contratista cause el daño, con una falta de diligencia para prevenirlo y evitarlo. En la mayoría de estos casos, y de apreciarse, resultará más coherente con el sistema legal declarar la responsabilidad de la Administración no solidariamente sino de manera subsidiaria para el caso de insolvencia del concesionario o contratista. Por lo demás, las consecuencias de una excesiva generalización conllevaría a que la Administración estuviera a "pie de obra", a unas cautelas excesivas que algunos pronunciamientos judiciales han calificado como de "diabólicas".

E. *El "silencio" de la Ley 30/1992 y la consecuente "huida" de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*

Resulta cuanto menos sorprendente que la LRJ-PAC haya omitido por completo cualquier referencia a la responsabilidad de concesionarios y contratistas. No se alcanza a entender cómo la Ley ha dejado fuera de su ámbito este régimen de responsabilidad que, en cualquier caso, debe entenderse relegado a la legislación expropiatoria y de contratos ya conocidas.

No obstante, el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial de 1993 sí regula un aspecto de dicha responsabilidad en su artículo 10.3, en el sentido siguiente: "Se seguirán los procedimientos previstos en los capítulos II y III de este Reglamento para determinar la responsabilidad de las Administraciones públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones públicas, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, dicha legislación establece. En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga medios de prueba necesarios".

supuestos de incumplimiento por los particulares de normas administrativas de seguridad, hay que determinar, caso por caso, si la Administración tiene un deber concreto de vigilar e imponer su cumplimiento, o la sanción por incumplimiento debe ser judicial, o la Administración cumple con la imposición de sanciones u otras fórmulas de coacción. Evidentemente la Administración no puede ser civilmente responsable siempre que se incumpla una norma de derecho público", *idem*, p. 118.

Este artículo plantea serios interrogantes. Para empezar, ¿cómo explicar que únicamente se refiera a contratistas y no también a concesionarios? Pero es más, ¿no había quedado claro que el procedimiento administrativo que se inicia por la reclamación del lesionado ante la Administración pública es el mismo, ya se declare que los daños sean imputables al concesionario o contratista o a la propia Administración? Si es así, ¿por qué se alude sólo al procedimiento en los casos que sea responsable la Administración Si se quiere ser coherente con la interpretación hasta aquí sostenida sobre la responsabilidad de concesionarios y contratistas, habrá que convenir, con Bocanegra Sierra, que el precepto carece de “sustantividad alguna, viniendo únicamente a llenar el vacío normativo que la nueva legislación ha provocado en el artículo 134 del Reglamento de Contratos del Estado, al derogar los preceptos de la LRJAE sobre responsabilidad a que se remite este artículo 134 del Reglamento de Contratos. Lo mismo cabe decir respecto de los concesionarios, no disponiendo tampoco de relevancia alguna, como ya se ha notado, la derogación del artículo 137 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa —incluido en el capítulo II del título V del mismo— por el Reglamento de 26 de marzo de 1993”.⁵⁷ En consecuencia, habría que entender que la derogación por parte del Reglamento de 1993 del artículo 134 del Reglamento de la LEF supondría simplemente sustituir un procedimiento por otro.

Sin embargo, la omisión legal y la insuficiente y confusa previsión reglamentaria abrirán las puertas a la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) para seguir por unos derroteros bien distintos. En su capítulo VIII (“De la ejecución y modificación de los contratos”), título III (“De las actuaciones relativas a la contratación”), el artículo 98 (“Indemnización de daños y perjuicios”) dispone lo siguiente: “1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. 2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabrica-

⁵⁷ R. BOCANEGRA SIERRA, “La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros”, cit., p. 238.

ción. 3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil. 4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”.

Con respecto a los apartados 1o.⁵⁸ y 2o. parece que han cambiado poco las cosas. Algún matiz interesante resulta del contenido del apartado 2o., al especificar que los vicios del proyecto elaborado lo sean “por ella misma”. Ahora bien, donde se produce una significativa novedad es en los siguientes apartados referidos al procedimiento para depurar la responsabilidad del contratista. En el 3o. comienza diciendo que los “terceros *podrán* requerir previamente [...]”. Se ostenta con ello, a criterio del particular lesionado, una mera posibilidad para reclamar en vía administrativa, y que se refuerza cuando a renglón seguido expresa la norma que “el ejercicio de esta facultad [...]”. Parece claro, con la dicción empleada en este apartado, que la vía de reclamación administrativa única y exclusiva que la LEF y la de Contratos del Estado configuraban ha desaparecido. Y esta mera facultad de acudir en vía administrativa por parte del particular recobra su pleno sentido cuando, a continuación, se dispone claramente que el “ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil. En consecuencia, la nueva LCAP ha establecido que cuando se produzcan daños y perjuicios a particulares como consecuencia de la ejecución del contrato, el lesionado podrá optar entre dirigirse a la Administración contratante en vía administrativa (interrumpiéndose en este caso la acción civil) o, por el contrario, ejercitar la

⁵⁸ *Vid.*, asimismo, el artículo 162.b) de la propia Ley, que establece, como obligación del contratista de gestión de servicios públicos la de “Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración”. Obsérvese que la excepción alcanza genéricamente a “cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración”, de mayor amplitud que la conocida hasta ahora debida a una orden expresa o cláusula impuesta por la Administración. ¿Está pensando el legislador en los supuestos de culpa *in vigilando*? *Vid.*, sobre esta significativa extensión experimentada, P. L. SERRERA CONTRERAS, “La responsabilidad del contratista en la novísima legislación de contratos del Estado”, cit., p. 15; J. J. MOLLINEDO CHOCANO y J. L. DE HIJAS GARCÍA, “Del Contrato de Gestión de Servicios”, en *Contratos de las Administraciones Públicas (Comentarios a la Ley 13/1995, de 18 de mayo)*, cit., p. 824; y J. SUAY RINCÓN, dirig. por R. Gómez-Ferrer Morant, Civitas, Madrid, 1996, p. 414.

acción civil ante los Tribunales ordinarios, solución que como se recordará ya fue apuntada por algunos autores.

Y esta sustantiva novedad no tiene otra posible interpretación⁵⁹ —dada su extrema claridad— que la expuesta. Y por ello, insiste, en el apartado 4o., que la reclamación se formulará “conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”,⁶⁰ proceso civil o un eventual procedimiento administrativo. Pero obsérvese que el apartado 3o., en el caso de que el particular opte por reclamar en vía administrativa al órgano contratante, limita el procedimiento administrativo a la declaración del sujeto responsable por parte de dicho órgano contratante, pero nada más. Como es sabido, en la legislación anterior, la actuación de la Administración incluía, además, la procedencia de las reclamaciones y sus cuantías, posibilitando de manera expresa contra dichos acuerdos recurso contencioso-administrativo.

Por ello, y pese a creer que esa no debiera de haber sido la solución legislativa, hay que convenir con Pantaleón Prieto que “la competencia para conocer de las cuestiones de responsabilidad de los concesionarios de servicios públicos y demás contratistas de la Administración ha dejado ya de corresponder a la Administración contratante y la jurisdicción contencioso-administrativa”,⁶¹ considerando, incluso, en bue-

⁵⁹ A pesar de los elogiados esfuerzos de P. L. SERRERA CONTRERAS, “La responsabilidad del contratista en la novísima legislación de contratos del Estado”, cit., pp. 17 y 18, para quien, insistiendo en los conocidos riesgos que esta dualidad comporta, considera que “cuando la novísima Ley habla de acción civil, lo hace en el sentido de acción indemnizatoria, lo que es compatible con su ejercicio ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”. En otra línea se muestran los que opinan que el artículo 98.1 y 2 sólo opera a efectos puramente internos en cuanto que establecen unas reglas de reparto de responsabilidad entre contratista y Administración. *Vid.* J. SUAY RINCÓN, “La ejecución del contrato administrativo”, cit., p. 413, quien, por lo demás, sigue sosteniendo la responsabilidad directa de la Administración, sin perjuicio de la acción de regreso contra el contratista.

⁶⁰ Para Serrera Contreras, siguiendo su particular interpretación, este apartado no significaría otra cosa que el “procedimiento establecido en determinados supuestos” (cual podría ser el del artículo 219 de la propia Ley que después veremos), o bien referirse a los procedimientos especiales en materia de responsabilidad de la Administración, cual ocurre con el procedimiento abreviado [...]” (P. L. SERRERA CONTRERAS, “La responsabilidad del contratista en la novísima legislación de contratos del Estado”, cit., p. 18).

⁶¹ Y añade: “El órgano de contratación ya no decidirá sobre tal responsabilidad, sino sólo se pronunciará, a voluntaria petición del tercero perjudicado y sin efecto alguno para el concesionario u otro contratista, sobre a cuál de las partes [...], corresponde la responsabilidad por los daños en cuestión. Para la nueva Ley, la acción de responsabilidad del perjudicado contra el concesionario es una “acción civil” [...] que ha de ejercitarse ante los Tribunales Civiles” (F. PANTALEÓN PRIETO).

na lógica la derogación de los artículos 121.2 y 123 de la LEF, contradictorios con la nueva Ley, y la “vuelta” a una responsabilidad civil por culpa.⁶² Advertir, en fin, que la interpretación de Pantaleón se entiende correcta siempre y cuando el órgano administrativo contratante declare responsable de los daños y perjuicios al contratista, puesto que esta declaración no obliga a éste,⁶³ y sólo concede al particular la acción civil ante los Tribunales ordinarios; pero no obviamente cuando el órgano contratante declara la propia responsabilidad de la Administración, que servirá al perjudicado para la reclamación administrativa y, en su caso, acudir a los Tribunales contencioso-administrativos.

F. *Las acertadas previsiones del Borrador de reforma de la Ley 30/1992*

La quiebra importante que ha supuesto la LCAP con respecto al sistema establecido con anterioridad, se ha debido, sin duda, a la notable influencia ejercida por la Jurisdicción civil en esta materia, a cierto sector doctrinal y, cómo no, al significativo silencio de la LRJ-PAC.

En las conocidas *Propuestas* de Sevilla se ha intentado, con acierto, poner remedio a esta situación. Así, en el artículo 139 se introduciría un apartado con el siguiente contenido: “3. Los concesionarios y demás gestores de servicios públicos, así como los contratistas de obra pública, responderán directamente y con sujeción al sistema de responsabilidad establecido en la presente Ley, de los daños que causaren, salvo que éstos deriven exclusivamente de alguna cláusula, instrucción u orden impuesta por la Administración de ineludible cumplimiento para aquéllos. En todo caso, la reclamación se dirigirá al órgano con-

to, “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente”, cit., p. 410).

⁶² Cfr. F. PANTALEÓN PRIETO, “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente”, cit., pp. 410 y 411, y F. SOSA WAGNER; L. TOLIVAR ALAS; T. QUINTANA LÓPEZ; M. FUERTES LÓPEZ y R. SÁNCHEZ MARÍN, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Cedecs, Barcelona, 1995, p. 157.

⁶³ Sin embargo, habría que superar el inconveniente, como apunta Suay Rincón, de no considerar a esa resolución del órgano de contratación como inserta en el marco de un procedimiento administrativo “y que, como todas las demás resoluciones administrativas que se producen en dicho marco, pueden ser recurridas en sede contencioso-administrativa.. Resultaría sorprendente argumentar que dicho procedimiento no tiene naturaleza administrativa y que, por ello, procede la vía civil frente a la resolución que le pone fin” (J. SUAY RINCÓN, “La ejecución del contrato administrativo”, cit., p. 415).

tratante de la obra o servicio, el cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo anterior. Esta resolución, que deberá dictarse previo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiera, dejará abierta la vía contencioso administrativa, que podrán utilizar el particular o el concesionario o contratista de la Administración. En el ámbito de los servicios públicos, la Administración titular responderá subsidiariamente; con beneficio de excursión, de la indemnización debida por el concesionario o gestor responsable cuando éste resultare insolvente”.

Como puede observarse, la reforma propuesta en Sevilla no hace otra cosa que restablecer el sistema implantado por la LEF y confirmada por la legislación de contratos, según la interpretación que a lo largo de este trabajo hemos defendido: responsabilidad directa del concesionario y contratista no de la Administración, salvo las conocidas excepciones, sujeción a una responsabilidad objetiva, vía única posible de reclamación ante la Administración donde ésta se pronunciará necesariamente sobre la procedencia de la indemnización y quién debe pagarla, y competencia exclusiva de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Pero también con algunas novedades dignas de estimar: dictamen previo a la resolución administrativa del Consejo de Estado o, en su caso, órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, como garantía añadida para contratistas y terceros, y responsabilidad subsidiaria de la Administración en el ámbito de los servicios públicos concedidos en el supuesto de que el concesionario resultare insolvente.

La trascendencia que representan las *Propuestas* de Sevilla viene especialmente reforzada porque el Borrador de reforma de la LRJ-PAC, elaborado por el Ministerio para las Administraciones Públicas de fecha 17 de abril de 1997, introduce una redacción prácticamente idéntica, aunque con matices. Al artículo 139 se incorpora un apartado 5o. en los siguientes términos: “Los adjudicatarios de contratos de las Administraciones Públicas responderán directamente y con sujeción al sistema de responsabilidad establecido en la presente Ley, de los daños que causaren, salvo que éstos deriven exclusivamente de alguna cláusula, instrucción u orden impuesta por la Administración de ineludible cumplimiento para aquéllos o, en general, imputable a la Administración contratante. En todo caso, la reclamación se dirigirá al órgano de contratación, el cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién deba pagarla de conformidad con lo dispuesto en el párrafo anterior. Esta resolución, que deberá dictarse

previo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, dejará abierta la vía contencioso-administrativa, que podrán utilizar el perjudicado o el contratista de la Administración. En el ámbito de los servicios públicos, la Administración responderá *subsidiariamente*, de la indemnización debida por el contratista responsable *cuando este resultare insolvente*". Por su parte, en el apartado 2o. de la disposición derogatoria, se derogan los artículos 121.2 y 123 de la LEF.

De la pretendida reforma se extraen las siguientes conclusiones:

1o. Las ya conocidas por las *Propuestas* de Sevilla, esto es, responsabilidad directa y objetiva de concesionarios y contratistas, vía administrativa única de reclamación del tercero cuya resolución pondrá fin a la vía administrativa, previo dictamen del órgano consultivo, y consiguiente posibilidad de utilizar, por el concesionario o contratista y perjudicado, la vía contencioso-administrativa.

2o. Ahora bien, se mantiene, al igual que introdujera expresamente el artículo 162.c) de la LCAP, una cláusula general para imputar la responsabilidad directa de la Administración, fuera de los casos conocidos, al establecer "o, en general, imputable a la Administración contratante".

3o. Se contiene igualmente la responsabilidad subsidiaria de la Administración en el supuesto de que el concesionario resultara insolvente, posibilidad que ya algunos autores habían defendido con anterioridad.⁶⁴ Pero, ¿por qué se limita esta garantía, en beneficio del perjudicado, para el ámbito de los servicios públicos, al concesionario, y no se amplía para el contratista de obra pública? Se impone aquí, precisamente para conseguir en su plenitud la finalidad perseguida con la fórmula de la responsabilidad subsidiaria de la Administración, que se contemple también para el contratista de obra pública.

⁶⁴ Cfr. R. BOCANEGRA SIERRA, "La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros", cit., pp. 229 y 230 y, especialmente, S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas*, cit., pp. 82, 135, 137, y 181-183, quien afirma que "es ésta una solución estimable. No descarga al concesionario de sus responsabilidades y, sin embargo, instituye a la Administración en garante final de la indemnidad patrimonial del lesionado. Realmente la insolvencia del concesionario revela una culpa *in eligendo* de la Administración (que no ha cumplido sus deberes ni al seleccionar ni al mantener a un concesionario en estas condiciones)", *ibid.*, p. 135. Solución, por otra parte, adoptada por el Derecho francés.

4o. Finalmente, en cuanto a la disposición derogatoria, y para evitar posibles equívocos, ¿no debería derogarse también expresamente el artículo 98.3 y 4 de la LCAP?

En cualquier caso, con la reforma acometida se resuelve definitivamente, y de la manera más congruente con el sentido auténtico de nuestro ordenamiento jurídico desde la aprobación de la LEF, la —tan cuestionada— responsabilidad extracontractual de concesionarios y contratistas.