

## **ESPECIAL MENCIÓN A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN MATERIA DE CONCESIONARIOS PÚBLICOS O CONTRATISTAS EN EL ÁMBITO LOCAL**

Elena GALÁN RODRÍGUEZ DE ISLA

*Magistrada de los Juzgados de Bilbao*

### **SUMARIO:**

1. Introducción.
2. Elementos subjetivos.
  - 2.1. Legitimación activa.
  - 2.2. Legitimación pasiva.
    - 2.2.1. Funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.
    - 2.2.2. Acción u omisión.
    - 2.2.3. Concurrencia de administraciones.
3. Elementos objetivos.
  - 3.1. Individualización del daño.
  - 3.2. Daño efectivo y evaluable económicamente.
  - 3.3. Relación de causalidad.
  - 3.4. Ausencia de fuerza mayor.
4. Elementos temporales. Prescripción.
5. Especial mención a la responsabilidad patrimonial en materia de concesionarios públicos o contratistas.
  - 5.1. Regulación legal.
  - 5.2. Interpretación jurisprudencial.
  - 5.3. Contenido de la resolución administrativa.

### **1. INTRODUCCION.**

La Constitución de 27 de diciembre de 1978, recoge en su artículo 9.3 el principio de responsabilidad de los poderes públicos y, a su vez, en el artículo 106.2 señala que “los particulares, en los términos establecidos en la Ley tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Por otra parte, el artículo 149.1.18ª del texto constitucional atribuye competencia exclusiva al Estado en relación al sistema de responsabilidad de todas las

Administraciones Públicas, lo que significa que las Comunidades Autónomas habrán de atenerse a la legislación general, sin perjuicio de las especialidades procedimentales derivadas de su específica organización.

Con carácter general, la responsabilidad objetiva de la Administración aparece regulada en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

Actualmente, la normativa legal que contempla los principios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, viene constituida por el artículo 139 de la Ley de las Administraciones Públicas, de 26 de noviembre de 1992 (LRJAP-PAC ) que dispone: “1.Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. 2.En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.3.Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.4.La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

El Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas, en materia de responsabilidad patrimonial, en su artículo 2 preceptúa: “1.Mediante los procedimientos previstos en este Reglamento las Administraciones Públicas reconocerán el derecho a indemnización de los particulares en los términos previstos en el Capítulo I del Título X de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por las lesiones que aquellos sufran en cualquiera de sus bienes y derechos siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. También serán de aplicación los procedimientos previstos en este Reglamento para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial en que incurran las Administraciones Públicas cuando actúen en relaciones de Derecho privado”.

Por otro lado, la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, establece: “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”.

En el ámbito local, la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985, que se remite a la legislación estatal, determina en su artículo 54, que “Las Entidades Locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa”. Especial mención hay que hacer al artículo 25 apartado 2 de la LBRL, que determina las competencias que el Municipio ejercerá, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas y singularmente, el artículo 26 del citado texto legal que preceptúa: “1.Los Municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los siguientes servicios:

- a) En todos los Municipios: Alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos urbanos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas.
- b) En los municipios con población superior a 5000 habitantes, además: Parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos.
- c) En los municipios con población superior a 20.000 habitantes, además: Protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público”.

Finalmente, hay que recalcar que, además, de la normativa general que ha sido puesta de manifiesto, no puede obviarse la existencia de normas especiales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, y así cabe reseñar, la establecida en materia urbanística en el art. 35 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo.

## 2. ELEMENTOS SUBJETIVOS

### 2.1. Legitimación activa

Sobre este particular, cabe indicar que a tenor del art. 106.2 CE, pueden reclamar la responsabilidad extracontractual de la Administración los particulares por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos. En iguales términos, se pronuncia el art. 139.1 LRJAP-PAC, bien entendido que la expresión “particulares”, ha de considerarse ligada al concepto de administrados, en su doble cualidad de sujetos pasivos de las potestades administrativas y sujetos activos de derechos subjetivos frente a la Administración.

Asimismo, hay que resaltar que aunque la Ley habla de indemnización a los particulares, según reiterada doctrina jurisprudencial dicho concepto debe entenderse en un sentido amplio, en cuanto engloba cualquier sujeto lesionado, es decir, otros entes públicos u otra administración.

Por consiguiente, la legitimación activa puede definirse como una relación fijada por la Ley entre una persona física o jurídica y el contenido de la pretensión necesaria para que aquella pueda ejercitarla ante los Tribunales de Justicia.

En este sentido, cabe citar la Sentencia de fecha 25-5-2011, del TSJ Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec.4ª, rec.71/2008, que en su fundamento de derecho segundo, afirma:

“En el orden contencioso-administrativo la legitimación activa se define, según una consolidada jurisprudencia de este Tribunal, en consideración a la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de suerte que, de estimarse está, se produzca un efecto positivo o beneficio o la eliminación de un efecto negativo o perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esta ventaja ha de ser concreta y efectiva.

El criterio de delimitación de la legitimación fundado en la existencia de un derecho o interés legítimo ( artículo 19.1. a ) Ley 29/1998, como superador del inicial interés directo ( artículo 28 LJCA de 1956 ), en el orden contencioso-administrativo ha sido reiteradamente declarado por el Tribunal Constitucional ( entre otras SSTC 60/2001, de 29 de enero, 203/2002, de 28 de octubre, y 10/2003, de 20 de enero ) el cual insiste en que las normas procesales deben ser interpretadas en sentido amplio ( STC

73/2004, de 22 de abril ) máxime tras haber procedido a entender sustituido el interés directo por el más amplio de interés legítimo identificable con cualquier ventaja o utilidad derivada de la reparación pretendida ( entre otras SSTC 60/1982, de 11 de octubre, 257/1988, de 22 de diciembre y 97/1991, de 9 de mayo )..”.

## **2.2. Legitimación pasiva**

Lógicamente, para que exista responsabilidad de la Administración debe existir una actuación imputable a la misma, esto es, mediante las personas físicas que conforman sus órganos y actúan por cuenta de ella, dentro del contexto del funcionamiento normal o anormal de la Administración.

### *2.2.1. Funcionamiento normal o anormal de los servicios.*

La responsabilidad de la administración deviene no solo por un funcionamiento anormal de los servicios, sino que el resultado dañoso puede surgir como consecuencia de una actuación normal de la administración. Y, a este respecto, el concepto de servicio público ha de considerarse en su sentido amplio, como actividad administrativa, gestión o quehacer administrativo.

La antijuricidad, susceptible de convertirse en lesión indemnizable, se predica del efecto de la acción de un servicio público, no del agente de la Administración causante del daño, a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio ciudadano, que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado, en tanto en cuanto no exista fuerza mayor o causa de justificación que legitimen como tales el perjuicio de que se trate (STS 4ª 12-7-85).

El principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se configura en el funcionamiento normal o anormal de aquélla al prestar un servicio público; ello quiere decir que basta la producción de un daño individualizado y con trascendencia económica para que se deba analizar la producción del mismo con la prestación de un determinado servicio público, y especialmente a efectos de poder determinar la existencia de fuerza mayor, que excluiría la responsabilidad.

Por otra parte, hay que recordar que si bien es cierto que la simple declaración de nulidad de un acto administrativo no presupone ni genera inexorablemente un derecho a la indemnización, por surgir ésta de la existencia de un daño o lesión patrimonial, no es menos cierto que si la lesión existe y por añadidura el acto o actuación resulta ilegal, la imputación del daño a la Administración puede resultar obligada, como sucede,

verbigracia, en el caso en el que el/la recurrente/a sufre, hasta la cancelación del aval presentado para suspender la ejecución de la liquidación tributaria reclamada, perjuicio que además, y en el caso concreto de deuda tributaria extinguida por causa de la prescripción por dimanar de un funcionamiento anormal de la Administración, no debe ser soportado por el/la actor/a.

En este apartado, resulta conveniente hacer una referencia a la problemática que puede surgir con los organismos públicos y empresas públicas.

Pues bien, la aplicación del Derecho Público o del Derecho Privado a la actividad administrativa responde a la necesidad de cumplir un determinado fin de la forma más eficaz y adecuada posible. En un primer momento las formas públicas para la consecución de esos fines eran absolutas, si bien en la actualidad se encuentran desbordadas por la exteriorización de la Administración Pública bajo fórmulas reguladas por el Derecho Privado. Los servicios públicos son todos aquellos que, pudiendo gestionarse de manera directa incluso a través de la constitución de una sociedad mercantil, tienden a la consecución de los fines señalados que son competencia de las Administraciones Públicas.

Es un hecho indiscutible que la Administración Pública en su forma de organización y de manifestación externa, en cuanto se refiere a la mejor prestación de los servicios públicos, en beneficio del interés general, puede acudir al Derecho Público o al Derecho Privado, siendo una cuestión de oportunidad y de eficacia. Tanto en un caso como en otro, las Administraciones pueden crear organismos y sociedades mercantiles que coadyuvarán en la gestión del interés general, aun cuando adopten formas propias del Derecho Privado, en cuanto a su composición y gestión interna.

Así, pudiera darse el caso, por ejemplo, que ante una caída de un ciudadano/a, en un edificio sea o no titularidad de un Ayuntamiento, en el que se encomienda a través de una sociedad de economía mixta, la gestión en materia de vivienda, no resultaría conforme a derecho que el mismo, pudiera oponer que la pretensión ejercitada de responsabilidad patrimonial, deber ser conocida por la Jurisdicción civil, por considerar que la citada mercantil no ejerce potestades administrativas, pues la jurisdicción contencioso-administrativa sería competente para el conocimiento y decisión final de la controversia, en atención a lo que se dispone en el art. 2 de la LJCA y en el art. 9 de la LOPJ.

### 2.2.2. Acción u omisión

El daño puede ser causado por acción o por omisión, que presenta particularidades propias, ya que como advierte la Sentencia de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 8ª, de fecha 27-2-2012, en su fundamento de derecho octavo: “...como ha dicho recientemente esta Sala en sus sentencias de 16 de mayo de 2008, 27 de enero de 2009 y 31 de marzo de 2009, la relación de causalidad no opera del mismo modo en el supuesto de comportamiento activo que en el supuesto de comportamiento omisivo. Tratándose de una acción de la Administración, basta que la lesión sea lógicamente consecuencia de aquélla. Problema distinto es si esa conexión lógica debe entenderse como equivalencia en esta sede, pues en todo caso el problema es de atribución lógica del resultado lesivo a la acción de la Administración. En cambio, tratándose de una omisión de la Administración, no es suficiente una pura conexión lógica para establecer la relación de causalidad; si así fuera, toda lesión acaecida sin que la Administración hubiera hecho nada para evitarla sería imputable a la propia Administración; pero el buen sentido indica que a la Administración sólo se le puede reprochar no haber intervenido si, dadas las circunstancias del caso concreto, estaba obligada a hacerlo. Ello conduce necesariamente a una conclusión: en el supuesto de comportamiento omisivo, no basta que la intervención de la Administración hubiera impedido la lesión, puesto esto conduciría a una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración. Y ese dato que permite hacer la imputación objetiva sólo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar...”.

Como clarifica la Sentencia de 15-2-2012 del TSJ Asturias Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª en su fundamento de derecho cuarto: “...no basta con que un hecho con resultado lesivo se produzca en una instalación pública, o más concretamente en el interior de un centro público, para que a tal circunstancia se anude sin más la concurrencia de responsabilidad patrimonial (STS, Sala 3ª, de 24-9-2001, rec. 5348/97; 13-9-2002, rec. 3192/01; 20-3-2003, rec.190/02; y 1-7-2004, rec. 357/03, lo que convertiría a las Administraciones públicas en entidades providencialistas ( STS, Sala 3, de 13-11-97, rec. 4451/93; y 5-6-98, rec. 1662/94 concurrir un déficit de atención, vigilancia o cuidado, imputable a los responsables del centro ( STS, Sala 3ª, de 16-2-99, rec. 6361/94; 20-1-2003; rec. 8543/98; y 20-12-2004; rec. 3999/01), o bien, un estado inadecuado de las instalaciones ( STS, Sala 3ª, de 28-2-2003, rec. 9789/98 ).

Por tanto, en contra de lo que aduce el recurrente, el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea objetiva no implica que la misma

deba responder necesariamente de todos los daños que se puedan sufrir en centros públicos, sino que para que proceda la responsabilidad patrimonial deberán darse los requisitos que la caracterizan. Para el éxito de la pretensión deducida sería totalmente imprescindible acreditar que la caída tuvo su origen o una conexión causal con un defectuoso mantenimiento de las instalaciones sanitarias en el lugar en que se produjo el percance, bien porque existía el barrillo en el suelo o bien porque el material de dicho suelo fuese resbaladizo, como sostiene la actora.

Es reiterada la jurisprudencia que viene a reconocer que el estándar de eficacia que es exigible a los servicios públicos no es de carácter absoluto, pues, en otro caso, se llegaría a la exigencia de un estándar de eficacia que excedería de los que comúnmente se reputan obligatorios en la actualidad y convertiríamos a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa de responsabilidad de las Administraciones Públicas creando un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, se sigue de ello que no pueda en el presente supuesto afirmarse la responsabilidad reclamada, cuando no puede olvidarse, con independencia de que el suelo pudiera encontrarse resbaladizo por la lluvia caída, que la posibilidad de caerse en la vía pública surge desde el mismo momento en que se transita por ella, sin que las consecuencias de esta caída puedan ser imputadas sin más a la Administración responsable, riesgo que aumenta cuando la zona por la que se transita está en rampa y que se incrementa aún más, si quien transita es una persona lesionada en una rodilla y que puede hacerlo con distracción, o con calzado inadecuado, y que consecuentemente ha de asumir el riesgo de una caída en la forma y lugar en que la misma se produce...”

Al margen de doctrina jurisprudencial existente sobre la materia tratada, no puede desconocerse que la determinación de los estándares de rendimiento que deben ser exigidos a las Administraciones Públicas, en la prestación de los servicios de su titularidad, es una tarea compleja, no exenta de evidentes dificultades, pudiendo establecerse estos criterios:

- a) primer lugar, debe tomarse en consideración la Administración Pública titular del servicio, pues resulta obvio que no puede exigirse el mismo nivel de exigencia en la prestación de servicios a la Administración Estatal, Autonómico o a la Local, pues los medios económicos y materiales de los que dispone una u otra son bien diferentes.



- b) En segundo lugar, debe tenerse en cuenta el concepto de servicio público de que se trate, pues no a todos los servicios que presenten las Administraciones debe serle exigido el mismo estándar de calidad. Buena prueba de lo que aquí, se dice se encuentra en el artículo 26 de la LBRL, que distingue entre servicios que deben ser prestados por todos los municipios ( apartado 1 a ) y otros que deben ser prestados por los municipios dependiendo de su población, lo que pone de manifiesto que el nivel de calidad del servicio debe ser más elevado cuando se trata de aquellos servicios que el propio Legislador ha considerado como esenciales, en la medida en que deben ser prestados por todos los municipios sin excepción.
- c) En tercer lugar, en el caso de la Administración Local es un criterio a tomar en consideración la propia magnitud del Ente Local, pues no parece lógico que se exija el mismo estándar de rendimiento del servicio a un Ayuntamiento acogido al régimen jurídico de los municipios de gran población que a otro que, verbigracia, funcione en régimen de concejo abierto, pues es evidente que las posibilidades presupuestarias de uno y otro son bien diferentes.
- d) En cuarto lugar, que nos encontremos ante un supuesto de acción u omisión, pues en este último caso se debería tomar en consideración la existencia o no de un deber de actuar, la omisión por parte de la Administración de tal deber, y que la actividad sea materialmente posible.

### *2.2.3. Concurrencia de administraciones*

Sobre esta materia, dispone el artículo 140 en el apartado 1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre que: “Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones Públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones Públicas; añadiendo el apartado 2 que, en otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación”.

De la expresa dicción del precepto citado, cabe extraer la conclusión de que frente al principio de responsabilidad individual, debe regir como regla general el principio de

responsabilidad solidaria cuando no sea posible dicha determinación y todo ello atendiendo a una posición garantista del administrado.

Así, la Sentencia de 6 de febrero de 2012 de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, estima en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución desestimatoria presunta del Ministerio de Cultura sobre reclamación por responsabilidad patrimonial, señalando que las Administraciones demandadas no han adoptado medida precautoria alguna para evitar el daño ocasionado al recurrente y aludiendo a que habrían sido numerosas las ocasiones en que se han desprendido piedras de la Muralla, sin que las entidades responsables, tanto de la administración local, autonómica y estatal, hayan adoptado medidas para garantizar la seguridad de los transeúntes, que, como en el presente caso, y con la necesaria diligencia en la conservación de la Muralla y en la adopción de determinadas medidas precautorias, señalando y advirtiendo de los riesgos existentes, pudo haberse evitado el daño producido.

Asimismo, cuando hablamos de formas de actuación conjunta de administraciones, se hace necesario dejar constancia de un supuesto singular que ha sido contemplado, por el Tribunal Supremo Sala 3<sup>a</sup>, sec. 1<sup>a</sup>, S 8-1-2010, rec 107/2009, que establece que una interpretación integradora de las reglas sobre competencia objetiva previstas en la Ley Jurisdiccional permite deducir que la competencia objetiva en los casos en que hayan de fiscalizarse decisiones sobre responsabilidad patrimonial adoptadas por diferentes Administraciones, pero fundadas en igual causa de pedir, entendida esta causa como el dato fáctico determinante de la reclamación, ha de corresponder al órgano jurisdiccional competente para fiscalizar el acto dictado por la Administración de mayor ámbito territorial. Y, así se dispone en la referida sentencia que aunque, en principio, el conocimiento de las impugnaciones de las decisiones adoptadas en materia de responsabilidad patrimonial por parte de los órganos competentes de una Comunidad Autónoma y de la Administración General del Estado correspondería a órganos jurisdiccionales diferentes, la finalidad de no dividir la continencia de la causa y evitar resoluciones contradictorias postula a favor de un conocimiento unitario por parte del órgano jurisdiccional que tenga una competencia más amplia.

### **3. ELEMENTOS OBJETIVOS**

Nuestra jurisprudencia viene exigiendo de forma constante y reiterada los siguientes requisitos:

#### **3.1. Individualización del daño**

Conforme preceptúa el artículo 139.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Ello determina que el daño debe formar parte del patrimonio del afectado y que no constituya una carga común que todos los administrados tengan el deber soportar.

#### **3.2. Daño efectivo y evaluable económicamente**

Acreditada la existencia de responsabilidad patrimonial y la relación de causalidad entre la conducta antijurídica y los daños o perjuicios ocasionados, los mismos han de ser ciertos e individualizados. A tal efecto, tanto el daño emergente como el lucro cesante, es decir, aquellos perjuicios que suponen una carga añadida al daño, ya que son ganancias dejadas de percibir, o bien cifra de negocio que no se realizó debido a la actuación de la Administración, pueden encuadrarse dentro de este concepto.

Según describe la Sentencia de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 6ª, de fecha 7-7-2010 en su fundamento de derecho quinto: "... La lesión se define como daño ilegítimo, pues no todo perjuicio es constitutivo de una lesión en el sentido técnico-jurídico del término, porque si bien toda lesión es integrante de un daño y perjuicio no todo daño y perjuicio es constitutivo de una lesión, dentro del marco de los arts. 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 106.2 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992. Esa antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño o el perjuicio y ese deber de soportar el daño o el perjuicio sufrido se da en los supuestos en que la ley y el grupo normativo de ella derivado justifican dichos detrimentos de un modo expreso o implícito... Debe pues concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización conforme a la conciencia social...".

También, cabe citar la Sentencia de fecha de 19-10-2011, del TSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo, en su fundamento de derecho cuarto: “... Es jurisprudencia reiterada la que sostiene que la extensión de la obligación de indemnizar responde, según se deduce de lo dispuesto en los artículos 106.2 CE y 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al principio de la reparación integral. De ahí que la reparación comprenda todos los daños alegados y probados por el perjudicado, esto es, no sólo los posibles intereses económicos o directamente evaluables, como el daño emergente o el lucro cesante, artículo 1106 CC, aunque excluyendo las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, sino comprendiendo también perjuicios de otra índole, como, por ejemplo, las secuelas o el daño moral o, con carácter más general, el *pretium doloris* como precisaron las tempranas sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1984 y 7 de octubre de 1989, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y abarca tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados ( SSTS 23 de febrero de 1988 y 10 de febrero de 1998 ).

El Tribunal Supremo en sentencia de 21 de junio 2011, tras reiterar que el principio de reparación integral en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la administración comprende todos los daños alegados y probados sufridos por el perjudicado, tanto los de índole material económicamente valorable como los de índole inmaterial o moral, con remisión a la sentencia de 23 de marzo de 2011, recurso de casación 2302/09, ( con cita de otras anteriores ) señala que el resarcimiento del daño moral por su carácter efectivo y de *pretium doloris*, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo por lo que deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, estableciendo como criterios jurisprudenciales a que ha de ajustarse el órgano jurisdiccional, los de reparabilidad económica del daño moral y la razonabilidad de su compensación en atención a los hechos declarados probados...”.

Respecto de los gastos judiciales, existen sentencias en las que no se admiten la indemnización de estos gastos.

La Sentencia de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª de 26-4-2012, en su fundamento de derecho sexto, señala que: “no ha lugar a la cantidad reclamada en concepto de honorarios de Abogado correspondientes a los gastos necesarios para entablar la reclamación de la responsabilidad patrimonial ante la Administración en base, fundamentalmente a que la presencia de un Letrado no resulta

necesaria para entablar dicha reclamación en vía administrativa. Y también, en el mismo sentido, de conformidad con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de las SSTs de 30 de marzo de 2006 y de 4 de diciembre de 2006...”.

### **3.3. Relación de causalidad**

La jurisprudencia, con relación al tema que nos ocupa, se ha pronunciado en la siguiente manera:

Sentencia del TSJ Castilla-La Mancha Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26-3-2012, fundamento de derecho segundo: “... la copiosa jurisprudencia sobre la materia ha estructurado una compacta doctrina de la que pueden significarse como pilares fundamentales los siguientes: a ) La legislación ha estatuido una cobertura patrimonial de toda clase de daños que los administrados hayan sufrido en sus bienes a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, fórmula que abarca la total administrativa; b) Servicio público viene a ser sinónimo de actividad administrativa y para su calificación hay que atender, más que a una tipificación especial de alguna de las formas en que suelen presentarse, al conjunto que abarca todo el tráfico ordinario de la Administración; c) De ahí que siempre que se produzca un daño en el patrimonio de un particular sin que éste venga obligado a soportarlo en virtud de disposición legal o vínculo jurídico, hay que entender que se origina la obligación de resarcir por parte de la Administración, si se cumplen los requisitos exigibles para ello, ya que al operar el daño o el perjuicio como meros hechos jurídicos, es totalmente irrelevante para la imputación de los mismos a la Administración que ésta haya obrado en el estricto ejercicio de una potestad administrativa, o en forma de mera actividad material, o en omisión de una obligación legal.

Los requisitos exigibles para imputar a la Administración la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados a los administrados son los siguientes: en primer lugar, la efectiva realidad de un daño material, individualizado o económicamente evaluable, segundo, que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa y exclusiva e inmediata de causa a efecto, cualquiera que sea su origen (Reglamento, acto administrativo, legal o ilegal, siempre actuación material o mera omisión); por último, que no se haya producido por fuerza mayor y que no haya caducado el derecho a reclamar por el transcurso del tiempo que fija la Ley...

No obstante, también ha declarado de forma reiterada el Tribunal Supremo ( por todas, sentencia de cinco de junio de 1998 ) que no es acorde con el principio de

responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, aun de forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, y que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento, lo que, entre otras palabras, significa que la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico. Cabe señalar, por último, que a los fines del artículo 106.2 de la Constitución, El Tribunal Supremo, en Sentencias, entre otras, de veintidós de marzo de 1995, homologado como servicio público toda actuación, gestión, actividad, o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad, con resultado lesivo...”.

En este caso, la precitada sentencia desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial de una agresión sufrida por una menor, a manos y pies de otro alumno, accidente producido en el patio del Instituto, en hora de recreo, sin participación de educadores ni responsables directivos del centro, ni por falta acreditada de vigilancia sobre parámetros distintos de los usuales en una actividad normal y programada en el centro. Ni hubo, en ese sentido, acontecimiento extraordinario que hubiera obligado a intervenir y cuya omisión propiciase la responsabilidad del centro. Porque una cosa es que la responsabilidad patrimonial de la Administración se haya objetivado en considerables proporciones, y otra muy distinta que por el mero hecho de haberse producido una lesión en el interior de un colegio público, tenga que responder la Administración en este caso, la Educativa.

En esta línea, la Sentencia del TSJ Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo de 20-3-2012: “desestima el recurso deducido contra la resolución de la Generalitat de Catalunya que rechazó la petición indemnizatoria de los daños y perjuicios causados con motivo de una adopción de una niña en la República del Congo, salvo la cuantía reclamada por el concepto de contrato entre la parte demandante y ADIC, que deberá abonar la Administración Pública demandada. La Sala aprecia que no fueron las irregularidades detectadas provocadas por la incapacidad de la asociación el

detonante del fracaso material de la adopción de la niña que había sido asignada a la parte demandante, sino la intervención de un tercero, como es la Administración Pública Congoleña, que legalmente rompe el nexo causal, al intervenir en el proceso de adopción en la forma impeditiva que lo hizo, lo que impide atribuir la responsabilidad en el aspecto resarcitoria a la Administración Pública demandada”.

Igualmente, no resulta ineludible el requisito de la exclusividad en el nexo causal pues pueden concurrir concausas, que si bien no exoneran de responsabilidad a la Administración, la consecuencia es que cabe moderar equitativamente la cuantía de la reparación o indemnización.

De forma semejante, se pronuncia la Sentencia 15-3-2012 de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, determinando en su fundamento de derecho tercero “... la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, aunque admitiendo la posibilidad de una moderación de las responsabilidades en el caso de que intervengan otras causas, la cual debe tenerse en cuenta en el momento de fijarse la indemnización. El hecho de la intervención de un tercero o una concurrencia de concausas imputables unas a la Administración y otras a personas ajenas e incluso al propio perjudicado, imponen criterios de compensación (asumiendo cada una la parte que le corresponde) o de atemperar la indemnización a las características o circunstancias concretas del caso examinado.

La doctrina expuesta es así contemplada en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio, 7 de julio, 20 de octubre y 16 de diciembre de 1997, 10 de febrero de 1998, 10 de junio de 2003 y 23 de septiembre de 2004...”.

### **3.4. Ausencia de fuerza mayor**

Con relación a la cuestión tratada la jurisprudencia ha venido declarando que la fuerza mayor se configura como aquel evento imprevisto e irresistible, de tal forma que dicho evento sería difícilmente previsible pero que, aunque previsible, sería inevitable, añadiéndose en el ámbito administrativo, además la nota de ajeneidad del servicio, en el sentido que sólo aquel evento exterior al funcionamiento de los servicios en cuyo seno surge la lesión. La fuerza mayor es concepto jurídico que debe quedar ceñido, como reiteradamente ha repetido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al suceso que esté fuera de círculo de actuación obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuese inevitable, como guerras, terremotos, etc., pero no aquellos eventos internos, intrínsecos, e ínsitos en el funcionamiento de los servicios públicos. Además, señala la

Jurisprudencia que la carga de probar la concurrencia de la fuerza mayor corre de cuenta de la Administración pues el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquélla responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquélla cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia.

En este sentido, la Sentencia de fecha de 28-6-2010 del TSJ Murcia Sala de lo Contencioso-Administrativo, en su fundamento de derecho tercero recoge que “según la doctrina jurisprudencial por fuerza mayor debe entenderse aquellos acontecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su naturaleza, y por caso fortuito, los acontecimientos o hechos imprevisibles pero insertos en el funcionamiento interno de cada actividad o servicio, según su naturaleza. Son constitutivos de fuerza mayor los acontecimientos imprevisibles e inevitables caso de ser previstos, que excedan de los riesgos propios de la empresa, esto es de los derivados de la propia naturaleza de los servicios públicos (STS de 2-4-85) o los acontecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su propia naturaleza (STS de 4-2-83). Estos últimos que integran el caso fortuito no son obstáculo a la declaración de responsabilidad pese a ser independientes del actuar del órgano administrativo y incluso de la posibilidad de evitar los efectos dañosos aún empleando la máxima diligencia. Es evidente por tanto que la jurisprudencia distingue entre ambas figuras según la nota de exterioridad o interioridad del hecho dañoso. La fuerza mayor es una causa no solo irresistible, sino sobre todo extraña y ajena al funcionamiento del servicio. Un acontecimiento exterior o inesperado, imprevisible o irresistible ( SSTS 16-11-74 y 3-11-75; acontecimiento que aparte de ser ordinariamente imprevisible y siempre inevitable, excede de los riesgos propios de la empresa ( STS de 12-3-84 ); suceso que está fuera del círculo de actuación obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable. Por su parte el caso fortuito es de hecho imprevisible o indeterminable, pero interno al funcionamiento del servicio, conectado a sus propios elementos intrínsecos: aquellos eventos intrínsecos, ínsitos en el funcionamiento de los servicios públicos del Ayuntamiento...”.



#### **4. ELEMENTOS TEMPORALES. PRESCRIPCIÓN.**

En virtud del artículo 142.5 LRJAP-PAC, el derecho a reclamar prescribe al año siguiente al hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, si bien en caso de daños, de carácter físico o psíquico a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En cuanto al cómputo de la prescripción, interesa destacar la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sec. 4ª de 23-7-2012, que en su fundamento de derecho décimo determina: "...debemos recordar que en la Sentencia de 5 de abril de 2010, recurso de casación para la unificación de doctrina 96/2009, se reitera lo dicho en la Sentencia de 30 de marzo de 2010, recurso de casación para la unificación de doctrina 103/2008, ambas de la Sección 4ª, en el sentido de que el "*dies a quo*" para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozca definitivamente los efectos del quebranto" ( FJ5º), es decir, en términos de la STS de 27 de abril de 2010, recurso de casación 5477/2005, Sección Sexta, "cuando se conocen los efectos lesivos en el patrimonio del reclamante, momento en el que existe ya la posibilidad de valorar su alcance y extensión" ( FJ2º).

En la citada Sentencia de 27 de abril de 2010 se recuerda la jurisprudencia que declara que "la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello...". En la Sentencia de 15 de setiembre de 2008, recaída en el recurso de casación para la unificación de doctrina 238/2007, donde se hace mención, FJ 4º, a otras sentencias que, "defienden que la fecha inicial para contar el plazo de prescripción del artículo 142, apartado 5, de la Ley 30/1992, tratándose de daños físicos o psíquicos en las personas, es la de la curación o aquella en la que se conoce el alcance de las secuelas, esto es, cuando se estabilizan los efectos lesivos y se conoce definitivamente el quebranto de la salud. Esta merma puede ser permanente, producirse en un momento determinado y quedar inalterada, o continuada, manifestándose día a día. En el primer caso, el período de prescripción se inicia cuando se producen, pues en ese instante cabe evaluar los daños, mientras que en el segundo, como no pueden medirse ab initio las consecuencias para la salud, hay que esperar a conocer su entidad o, como dice el repetido precepto legal, el "alcance de las secuelas". De la doctrina precedente cita la Sentencia de 11 de mayo de 2004, en que se pone de relieve que: por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. Ejemplo de un

daño de este tipo, cuyo resultado lesivo queda determinado por la producción del hecho o acto causante, sería el de la pérdida de un brazo, o de una pierna. Se trata de daños que pueden ser evaluados económicamente desde el momento de su producción, y por eso el día inicial del cómputo es el siguiente a aquél en que el daño se produjo. Daños continuados, en cambio, son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un período de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos...”.

En la misma línea, cabe invocar la Sentencia de 15-6-2012, del TSJ Castilla-León ( sede Burgos ), Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec., 2ª, que en su fundamento de derecho segundo, señala que: “....la interrupción del plazo de prescripción de un año hoy establecido por el artículo 142.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común se produce no sólo por la iniciación de un proceso penal que verse sobre la posible comisión de hechos delictivos a los que pueda estar ligada la apreciación de responsabilidad civil dimanante de la infracción penal, sino incluso por la pendencia de de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada ( sentencia de 26 de mayo de 1998, que invoca la doctrina de la sentencia de 4 de julio de 1980 ). De esta jurisprudencia se deduce que la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello...”.

## **5. ESPECIAL MENCIÓN A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN MATERIA DE CONCESIONARIOS PÚBLICOS O CONTRATISTAS**

### **5.1. Regulación legal**

El marco normativo más reciente venía constituido por el artículo 98, sobre indemnización de daños y perjuicios, de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas- derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de

16 de junio, que incorpora su tenor literal, salvo el calificativo civil del apartado 3, al artículo 97, luego incorporado al art. 198 LCSP. Asimismo, cabe citar el art. 229 y 256 del citado texto legal y hoy, al art. 214 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que siguiendo la legislación precedente y bajo la rúbrica de “indemnización de daños y perjuicios” establece: “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 fabricación. 3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción. 4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”.

Igualmente, el artículo 246 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de la Ley de Contratos del Sector Público, obliga al concesionario a “e) Indemnizar los daños que se ocasionen a terceros por causa de la ejecución de la obra o de su explotación, cuando le sean imputables de acuerdo con el artículo 214”; y el artículo 280 obliga al gestor de servicios públicos “c ) 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”.

Asimismo, el artículo 1.3 del 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 señala que “ 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 pronuncie en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios”.

De la literalidad de los preceptos que han sido mencionados de la Ley de Contratos del Sector Público, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se desprende que no existe relación de causalidad entre el actuar de la administración y el daño producido, cuando los mismos no hayan sido ocasionados por una orden directa o proyecto de la Administración, por lo que, *prima facie*, no rige el principio de solidaridad.

## 5.2. Interpretación jurisprudencial

Como, recientemente, recoge el TSJ de Castilla-León (sede Valladolid) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, S 9-3-2012: “en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo han venido conviviendo dos líneas jurisprudenciales y así lo recuerda la sentencia de 6 de octubre de 1994:

“Una tesis que ha entendido que el art.134 habilita al particular lesionado para exigir de la Administración contratante, titular de la obra pública, en régimen objetivo y directo, la indemnización por los daños derivados de la obra en trance de ejecución, realizada a través de contratista interpuesto, debiendo la Administración si se dan los requisitos de responsabilidad abonar la indemnización al dañado sin perjuicio de su derecho de repetición frente al contratista.

Esta es la tesis mantenida por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 18 de junio de 1970 y 12 de junio de 1973...

La segunda tesis es la que interpreta el art. 134 según su literalidad, es decir, como una acción dirigida a obtener un pronunciamiento sobre la responsabilidad en atención al reparto de la carga indemnizatoria en los términos del propio precepto; es decir, que la Administración declarará que la responsabilidad es del contratista, salvo que exista una orden de aquélla que haya provocado el daño o salvo que el mismo se refiera a vicios del proyecto. En los demás supuestos la reclamación, dirigida ante el órgano de contratación, será resuelta por la Administración, decidiendo la responsabilidad que debe ser satisfecha por el contratista”, tesis que mantienen también las sentencias entre otras de 19 de febrero de 2002 y 11 de julio de 1995.

Esta segunda línea jurisprudencial, afirma la sentencia de 30 de abril de 2001, es la tesis correcta a juicio de nuestra Sala “ no sólo porque el texto del artículo 134 citado

es clarísimo a juicio de nuestra Sala “ no sólo porque el texto carece de sentido, y atenta al principio de economía procesal, que, teniendo como tiene la Administración potestad de interpretar el contrato, y por tanto las incidencias habidas en el mismo, tenga que abrirse una nueva vía administrativa, en su caso procesal, para que el pago se haga efectivo”.

Un claro exponente de la citada doctrina jurisprudencial, viene precedido por la Sentencia del TSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17-12-2010, sec. 8ª, que en su fundamento de derecho tercero señala: “... Esta línea de interpretación es confirmada por el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, en su sentencia de 30 de marzo de 2009, dictada en el recurso 10680/2004 donde leemos: “...la regla general de responsabilidad del adjudicatario por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución de un contrato, debido a que su intervención rompe el nexo causal, exonerando a la Administración. Ahora bien, por excepción, teniendo en cuenta la titularidad administrativa de la operación y el fin público que trata de satisfacer, responde la Administración contratante cuando los daños deriven de satisfacer, responde la Administración contratante cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de sus órdenes o de los vicios del proyecto. En la noción de “órdenes” se ha de integrar el proyecto mismo, si los perjuicios causados son consecuencia de su naturaleza y alcance, y no de su forma de ejecución o de los defectos en su puesta en práctica... Los indicados preceptos imponen a la Administración una estricta disciplina de procedimiento... Cabe que los perjudicados, conforme les autoriza el apartado 3 del artículo 98 de la Ley 13/1995 ( y les autorizaba el último párrafo del artículo 134 del Reglamento General de Contratación ), se dirijan al órgano de contratación para que, previa audiencia del contratista, se pronuncie sobre a quién ( este último o la Administración misma ) le toca responder de los daños, decisión susceptible de las impugnaciones administrativas y jurisdiccionales que procedan ( artículo 107 de la Ley 30/1992, 106, apartado 1, de la Constitución, 1 y 25 de la Ley 29/1998 ). Si resuelve que la responsabilidad es del primero, el órgano de contratación dejará expedita la vía para que los perjudicados se dirijan contra él; en otro caso, seguirá el cauce establecido en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, de 26 de marzo, porque así lo dispone su artículo 1, apartado 3 (véase la sentencia de 22 de mayo de 2007, ya citada, FJ 3º). Dado que el apartado 3 del artículo 98 de la Ley 13/1995 configura como una facultad la posibilidad sobre el sujeto responsable, cabe que también que reclamen directamente a la Administración contratante al amparo de los artículos 106, apartado 2, de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992...”.

Continúa refiriendo la precitada sentencia que: “En esta tesitura, dicha Administración puede optar entre dos alternativas: considerar que concurren los requisitos para declarar la existencia de responsabilidad o estimar que están ausentes y que, por lo tanto, no procede esa declaración; en la primera hipótesis pueden ofrecerse, a su vez, dos salidas posibles; a saber: entender que la responsabilidad corresponde al contratista o que, por darse los supuestos que contempla el apartado 2 del repetido artículo 98, sea ella misma quien tiene que hacer frente a la reparación. En este último caso así lo acordará y en el otro deberá reconducir a los interesados hacia el cauce adecuado, abriéndoles el camino para que hagan efectivo su derecho ante el adjudicatario responsable. Desde luego, ésta fuera de lugar que, ante tal eventualidad, se limite a declarar su irresponsabilidad, cerrando a los perjudicados las puertas para actuar contra la empresa obligada a resarcirles. Así se lo impiden, no sólo el espíritu del artículo 98 de la Ley 13/1995, que quiere un previo pronunciamiento administrativo sobre la imputación del daño, cualquiera que sea el modo en que se suscite la cuestión, sino principios básicos de nuestro sistema administrativo en general, como los de buena fe y confianza legítima ( artículo 3, apartado 1, de la Ley 30/1992 ), y de su procedimiento particular, que obligan a impulsarlo de oficio y a poner en conocimiento de los interesados los defectos de que adolecieren sus actos a fin de que los subsanen en tiempo oportuno ( artículos 71, 74, apartado 1, y 76, apartado 2, de la misma Ley ). Estas exigencias resultan aún más intensas cuando, incumpliendo su deber de resolver (artículo 42 de la repetida Ley), la Administración da la llamada por respuesta. Tal pasividad, que hurta al ciudadano la contestación a la que tiene derecho, permite interpretar que la Administración ha considerado inexistente la responsabilidad del contratista, al que no ha estimado pertinente oír y sobre cuya conducta ha omitido todo juicio, debiendo entenderse que, al propio tiempo, juzga inexistentes los requisitos exigidos por el legislador para que se haga efectiva la suya propia. En esta tesitura, el ulterior debate jurisdiccional debe centrarse en este último aspecto, sin que sea admisible que ante los tribunales la Administración cambie de estrategia y defienda que el daño, cuya existencia nadie discute, debe imputarse a la empresa adjudicataria del contrato de obras en cuya ejecución se causó, pues iría contra su anterior voluntad, tácitamente expresada...”.

Por consiguiente, cabe extraer la conclusión de que esta segunda postura que consiste en que la responsabilidad del contratista o concesionario por los daños que ocasione la ejecución de la obra pública o la gestión del servicio público, sería directa y objetiva, es la seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que si bien es cierto que primeramente siguió la tesis primera. Ahora bien, cabe matizar que dentro de dicha doctrina jurisprudencial, mayoritariamente los Tribunales Superiores de justicia, se

decantan por la tesis de que la responsabilidad directa del contratista, cede a favor de una imputación directa de la Administración cuando ésta, en vía administrativa, desestima la reclamación por el mero hecho de existir un contratista o concesionario, o bien, por no haber otorgado audiencia al mismo, o se limite a imputar el daño al contratista o concesionario directamente sin valoración del nexo causal, supuesto en que responderá directamente la Administración, y todo ello sin perjuicio de la acción de repetición frente a los mismos.

### **5.3. Contenido de la resolución administrativa**

En este contexto y atendiendo a los pronunciamientos precedentes, resulta relevante detenerse en un análisis del contenido que puede revestir la resolución administrativa:

#### *a) Desestimación presunta de la administración*

En el supuesto de que la Administración no resuelva el silencio es negativo, conforme al art. 142.7 y 143.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, una vez transcurrido el plazo de seis meses o 30 días del artículo 17.2 establecido en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas. Pues bien, como se ha señalado precedentemente, si iniciado el procedimiento los contratistas o concesionarios, y por tanto, se ha omitido el trámite de oír sus alegaciones o presentar pruebas, la Administración no podrá en el proceso judicial, como mecanismo de defensa, imputar la responsabilidad a los mismos, sin perjuicio, en caso de condena, de la vía de repetición, siendo la responsabilidad directa de la Administración como titular del servicio cuyo funcionamiento normal o anormal del servicio ha provocado el daño.

#### *b) Desestimación expresa*

En este caso, la Administración puede considerar que no concurren los requisitos del art. 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que la acción ha prescrito o ha existido fuerza mayor. Si los contratistas o concesionarios han sido llamados en el procedimiento administrativo, permitirá al perjudicado, en su caso, concretar en la demanda la responsabilidad de cada uno de ellos, a fin de que, el Tribunal se pronuncie sobre la responsabilidad patrimonial, cuantía, sujetos responsables y naturaleza de la responsabilidad.

*c) Estimación total de la reclamación, o bien parcial rebajando la cuantía de la indemnización.*

En este supuesto, la Administración habrá de examinar si concurren los elementos del reiterado art. 139, la cuantía de la indemnización y la participación del contratista o concesionario, o la posible concurrencia de orden directa o inmediata de la Administración como causa de responsabilidad o vicios del proyecto elaborado por la propia Administración, o en su caso declarar la responsabilidad directa del contratista o concesionario. La posición de los mismos, en el proceso judicial lo harán en su condición de parte demandada, discutiendo que no se dan los requisitos del art. 139, prescripción o fuerza mayor u otros motivos que le eximen, de acuerdo con el art. 214 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de la Ley de Contratos del Sector Público. Asimismo, pueden rebatir la cuantía de la indemnización fijada por la administración.