

Doctrina del Consello Consultivo de Galicia sobre el cauce aplicable para sustanciar la responsabilidad patrimonial de contratistas y concesionarios

JOSÉ ÁNGEL OREIRO ROMAR
*Letrado y secretario general del Consello Consultivo
de Galicia.
Letrado de la Xunta de Galicia (exc.)*

1. Introducción
2. Marco normativo
3. La responsabilidad de contratistas y concesionarios en la jurisprudencia
4. La solución de la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración
5. Doctrina consultiva. Especial referencia al Consello Consultivo de Galicia
6. Conclusiones

1 Introducción

La responsabilidad patrimonial de contratistas y concesionarios en el ámbito de la prestación de servicios públicos o la ejecución de obras públicas es una institución de larga raigambre y tradición en nuestro devenir normativo y jurisprudencial.

Conviene aclarar que, por más que intervengan contratistas y concesionarios, se trata de una responsabilidad pública por daños producidos a un tercero ajeno a dicha relación, esto es, al margen de cualquier vínculo contractual, pacto, o acuerdo de voluntades entre la Administración reclamada y el que ejercita su derecho a reclamar. Por tanto, no cabe confundirla con la responsabilidad patrimonial contractual de la Administración con sus contratistas en el marco de la ejecución de un contrato

(artículo 191.c de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público).

Pero, frente a la responsabilidad pública extracontractual común, el hecho de que un agente privado intervenga en el ámbito de la prestación de un servicio público dota de matices, idiosincrasia y régimen jurídico propio esta modalidad de responsabilidad patrimonial, y ello porque la intervención del contratista constituye un elemento que distorsiona la relación de supremacía, y en general las potestades administrativas exorbitantes que la Administración tiene frente al común de los ciudadanos en la prestación de servicios públicos. Lo primero que conviene preguntarse es si el concesionario o contratista participa de algún modo directo o indirecto de estas potestades, ya que por un lado es un delegado de la Administración para el cumplimiento de una finalidad de interés público, pero por otro es una persona jurídica privada, que en consecuencia no puede dictar actos administrativos ni se beneficia del principio de autotutela ejecutiva y declarativa.

Como extensión de este primer problema, está el de la jurisdicción competente para el conocimiento de las resoluciones que se dicten en este tipo de asuntos. Por un lado, la jurisdicción contencioso-administrativa se crea con la finalidad específica de atender a las peculiaridades del funcionamiento de la Administración, como ente encargado de la prestación de servicios de interés público o general. De hecho, la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, contiene previsiones específicas en la materia, del mismo modo que la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹. Pero precisamente por la distorsión que genera la intervención de un sujeto privado en la prestación del servicio público, puede suceder que el conflicto se traslade al ámbito de las relaciones entre el

1. De conformidad con el artículo 2.e) de la LJCA, según el cual:

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

[...]

e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”. Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 9.4, establece:

[...]

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

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

reclamante y la empresa contratista o concesionario, que —reiteramos— es un sujeto de derecho privado. De este modo, parece contra natura que las relaciones entre particulares puedan someterse al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

No obstante lo anterior, y también producto de la aludida distorsión, con carácter previo a cualquier reclamación, es preciso que la Administración se manifieste, esto es, dicte una resolución, como consecuencia de un procedimiento administrativo tramitado para tal fin. Y de ello se deriva que, *ab initio*, y como cualquier resolución administrativa, puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

De todo lo expuesto se deriva que en la actualidad ambas jurisdicciones —civil y contencioso-administrativa— puedan conocer de reclamaciones de responsabilidad patrimonial, de acuerdo con el siguiente sistema de distribución:

- La jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las demandas que se interpongan exclusivamente contra la Administración, o bien conjuntamente contra la Administración y el contratista.
- La jurisdicción civil conocerá de las demandas que se interpongan exclusivamente contra el contratista o concesionario o su aseguradora.

El presente artículo versa sobre las vicisitudes de una reclamación de esta índole, y la jurisprudencia y la doctrina que los órganos consultivos han establecido en relación con una problemática histórica que ha sido tratada de forma dispar en las sucesivas legislaciones, y que, probablemente por ello, dista de ser pacífica (*vid.* epígrafe 3).

2

Marco normativo

La institución de la responsabilidad patrimonial se regula en el artículo 106.2 de la Constitución Española², como un principio que disciplina las relaciones entre la Administración y los administrados, y que supone a la vez un derecho de todo administrado y una obligación de toda Administración.

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, regula los principios de la responsabilidad patrimonial (capítulo IV, título pre-

2. Artículo 106.2 CE:

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

eliminar, artículos 32 y siguientes). La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, disciplina el procedimiento para hacer efectiva la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial (título IV), y que en esencia es el procedimiento administrativo común, con una serie de especialidades por razón de la materia (artículos 61, 65, 67, 81, 82, 86, 91, 92, 96 y 114).

También existen preceptos dispersos en la legislación de régimen local que aluden a la responsabilidad patrimonial, aunque no pueda decirse que constituyan ni un régimen sustantivo autónomo, ni siquiera especialidades con respecto a la regulación general. El artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, establece lo siguiente: “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”. En sentido similar se pronuncia el artículo 223 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

Por otro lado, los órganos consultivos ostentan la competencia para dictaminar con carácter preceptivo y no vinculante sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50 000 €, salvo que la legislación autonómica establezca otra diferente³.

Conviene distinguir esta competencia de la establecida en tiempos relativamente recientes por parte del artículo 191.3.c) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que atribuye a los órganos consultivos el conocimiento de las reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, en los casos en que la indemnización reclamada sea de cuantía igual o superior a 50 000 €⁴. Descendiendo a las especialidades propias

3. La práctica totalidad de las legislaciones autonómicas han rebajado esta cuantía. Así, el artículo 13 de la Ley 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias establece el límite de 6000 €. La Ley 4/2005, del Consejo Consultivo de Andalucía, establece el límite de 15 000 € para aquellas reclamaciones entre Administraciones públicas no pertenecientes a la Administración de la comunidad autónoma. Por su parte, los artículos 12.j) de la Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Galicia, y 17.a) de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Decreto 91/2015, de 18 de junio, establecen la competencia del órgano consultivo siempre y cuando la cuantía reclamada sea superior a 15 000 € en caso de las entidades locales, y 30 000 € en caso de la Administración autonómica.

4. Al igual que en el caso de la responsabilidad patrimonial extracontractual, la legislación básica estatal permite rebajar esta cuantía a través de la normativa correspondiente de la comunidad autónoma.

de la responsabilidad de contratistas y concesionarios, la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con una dicción muy similar a la prevista en las normas de contratación pública precedentes, establece, para aquellos que hayan sufrido un daño producido por contratista (artículo 196) o concesionario (artículo 258.e) en la ejecución de un contrato, la posibilidad de dirigirse a la Administración para que informe sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. Estos preceptos se dictan al amparo del artículo 149.1.18.^a de la Constitución, que atribuye al Estado competencia legislativa en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, y, en consecuencia, son de aplicación general a todas las Administraciones públicas y organismos y entidades dependientes de ellas (disposición final primera, “títulos competenciales”).

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

Finalmente, es interesante realizar una específica referencia al ámbito autonómico de Galicia. La Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, establece en su artículo 50 la obligación del contratista de indemnizar por los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración. Esta ley ha ofrecido una serie de reglas a nivel procedimental a las que seguidamente haremos referencia, y que merecen en su conjunto una valoración muy positiva.

3

La responsabilidad de contratistas y concesionarios en la jurisprudencia

Con la entrada en vigor de la Ley 13/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, y de forma coherente con la Ley Orgánica del Poder Judicial, el legislador procesal parecía apostar de un modo directo, claro y homogéneo a favor de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de las reclamaciones de responsabilidad

patrimonial, aun en el caso de que mediase la actuación de contratistas o concesionarios (2.e LJCA y 9.4 LOPJ). De hecho, la exposición de motivos de la LJCA contenía una referencia expresa a esta cuestión, y tras establecer la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en todo lo relativo a la contratación administrativa, ya avanzaba lo siguiente: “Algo parecido debe decirse de las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Los principios de su peculiar régimen jurídico, que tiene cobertura constitucional, son de naturaleza pública y hoy en día la Ley impone que en todo caso la responsabilidad se exija a través de un mismo tipo de procedimiento administrativo. Por eso parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción Contencioso-administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal”. Con esta declaración, reconocía una problemática histórica, y manifestaba una clara intención de ponerle fin⁵.

Pero si esta era la pretensión de la ley, en ningún caso puede considerarse cumplida.

Poco tiempo después de su entrada en vigor, la Sala Especial de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo, por medio de auto de 27 de diciembre de 2001, declaró la competencia de la jurisdicción civil para el conocimiento de una reclamación de responsabilidad patrimonial, basándose en que se había dirigido frente a la Administración, y también frente a su compañía aseguradora, entendiéndose por esta razón que se estaban cuestionando temas de derecho privado.

Esta resolución fue la primera de muchas. En diversos autos de esta misma Sala Especial —autos de 19 de julio de 2009, 22 de junio de 2011, 24 de abril de 2015 (ATS 2964/2015), 19 de diciembre de 2016 (ATS 12363/2016),

5. La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956, ya recogía una cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, tratando de reafirmar la unidad jurisdiccional cuando se suscitasen cuestiones sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, evitando de esta manera el peregrinaje de jurisdicciones. Pero unos meses más tarde, la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, en su artículo 41, dispuso que cuando el Estado actuase en relaciones de derecho privado la responsabilidad habría de exigirse ante los tribunales ordinarios. *De facto*, esto supuso que la mayor parte de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra la Administración del Estado se dirigiesen a la jurisdicción civil. Esta situación cambia con la entrada en vigor de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, del Procedimiento Administrativo Común, cuyo artículo 144 disponía: “Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo, actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley”.

30 de mayo de 2018 (ATS 6028/2018), conflicto de competencia 21/2017—, el Tribunal Supremo atribuyó a la jurisdicción civil la competencia para el conocimiento de reclamaciones dirigidas contra una entidad pública empresarial ante reclamaciones de responsabilidad patrimonial, como consecuencia del funcionamiento de servicios públicos. Esta decisión se adoptó basándose en la naturaleza jurídico-pública del organismo, y en que la reclamación guarda relación directa con la prestación de un servicio público que tiene encomendado.

Pero la problemática más intensa, y la que puede perjudicar en mayor medida los intereses del ciudadano y su derecho a una administración eficaz, es aquella que deriva de una línea jurisprudencial que, en esencia, considera que la Administración debe tramitar y resolver toda reclamación de responsabilidad patrimonial que se le formule, pero, si declara la responsabilidad del contratista, será la jurisdicción civil la competente para su cuantificación y ejecución. En la práctica, esto supone que si el ciudadano opta por dirigirse a la Administración, eventualmente puede que sea remitido a la jurisdicción civil para entablar un litigio de esta naturaleza.

En concreto, la STS núm. 2295/2016, de 25 de octubre (ECLI:ES:TS:2016:4625), reconoce lo siguiente: “Bien es verdad que no han faltado pronunciamientos de esta Sala en los que, ante la falta de declaración de la forma expuesta por la Administración, se declara la responsabilidad de la Administración concedente por el mero hecho de no responder a esa alternativa que, en todo caso, podrá repetir contra la concesionario si el daño surge como consecuencia de un mandato ineludible que le impuso aquella, debiendo citarse en este sentido la sentencia de 7 de abril de 2001, dictada en el recurso de apelación 3509/1992, con abundante cita de otras; en las que se funda esa imputación directa a la Administración del daño precisamente en la desatención de la petición del lesionado conforme a lo que le impone a los poderes públicos los mencionados preceptos vigentes al momento de los hechos enjuiciados, de contenido similar a los actuales”. Pero lo más relevante, y —reiteramos— lo que produce una mayor problemática para el ciudadano, es la consideración de que, “así como la exigencia de responsabilidad en el supuesto de que sea imputable al concesionario deberá hacerse valer por la vía ordinaria del proceso civil y ante ese orden jurisdiccional —en este sentido Auto de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 24 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2965)—; en el supuesto de que se impute el daño al concesionario, pero por órdenes impuestas por la Administración, siendo esta la responsable, el régimen de responsabilidad sigue los trámites procedimentales y procesales establecidos con carácter general para la

responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Así pues, cuando el daño se impute a un concesionario —o contratista—, de conformidad con lo establecido en los mencionados preceptos, el perjudicado ha de dirigirse contra la Administración titular del servicio y otorgante de la concesión; debiendo ésta, con audiencia de todas las partes afectadas, determinar si la imputación del daño ha de realizarse, conforme a ese sistema de reparto de responsabilidad, bien al concesionario o a la Administración; dejando abierta la vía civil para aquel primer caso y la vía administrativa para la segunda”.

No han faltado pronunciamientos posteriores aparentemente contradictorios. En concreto, la STS núm. 1645/2018, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:4019), analiza un supuesto en que la Administración recibe una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el paciente, y resuelve reconociendo la existencia del derecho a ser indemnizado del paciente, y, al mismo tiempo, la imputación de los daños al hospital privado concertado. La resolución se ejecutó en sus propios términos: la Administración pagó la indemnización y exigió primero y repercutió en vía ejecutiva la cantidad pagada sobre el hospital concertado. La cuestión que reviste interés casacional era “si la declaración de responsabilidad patrimonial sanitaria de una Administración Pública efectuada por dicha Administración, concluyendo con ello un procedimiento en el que tuvo plena participación la entidad sanitaria concertada, y en la que se añadía que tal declaración lo era sin perjuicio de la posterior acción de repetición que pudiera ejercitarse frente al centro concertado, exige a aquélla iniciar y resolver un procedimiento administrativo diferente cuando decide ejercitar tal acción, o si, por el contrario, la resolución que puso fin al expediente de responsabilidad patrimonial es título ejecutivo suficiente para exigir el reembolso de la indemnización abonada sin necesidad de ulterior procedimiento”. El Tribunal Supremo considera que si en un procedimiento en que fue citada como interesada se declara la existencia de responsabilidad de la Administración frente al paciente, pero también del hospital privado frente a la Administración, es un pronunciamiento consentido, firme, y por tanto ejecutivo.

De este modo, no queda claro si la Administración ha de limitarse a declarar la responsabilidad del contratista, “dejando abierta la vía civil” para su cuantificación y efectividad, o bien, al contrario, la Administración puede declarar dicha responsabilidad del contratista, determinar su importe, asumir la indemnización, y repetir contra el contratista. O más bien, parece que el Tribunal Supremo considera ambas vías igualmente válidas.

4

La solución de la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración

Esta ley desarrolla la normativa básica estatal, y en concreto el artículo 214 del entonces texto refundido, actual artículo 196 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público, que 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 esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto en el contrato de obras, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el redactor del proyecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 315, o en el contrato de suministro de fabricación.

3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, informe sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

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

La redacción del vigente precepto básico coincide sustancialmente con lo señalado en la normativa básica que le precede, si bien en el derogado por la actual LCSP se recogía que los terceros podían requerir previamente al órgano de contratación “para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad”, mientras que en el vigente artículo 196 se sustituye la referencia “se pronuncie” por “informe” (de significación más limitada). No obstante, a diferencia de la anterior, explicita también entre las prerrogativas de la Administración la de “declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato” (artículo 190).

Pese al contenido literal de los preceptos transcritos, el desarrollo legislativo llevado a cabo por la Comunidad Autónoma de Galicia a través de la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración (artículos 40 y 41), modula el alcance de la disposición que se acaba de reproducir, estableciendo expresamente la po-

sibilidad de que la Administración instruya, en cualquier caso, las reclamaciones que se le dirijan por el funcionamiento de sus servicios gestionados indirectamente, y emita una resolución administrativa en la que, en su caso, se valore directamente la responsabilidad del contratista.

De conformidad con el artículo 40 de la mencionada Ley 1/2015, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que puedan formular las personas usuarias de los servicios públicos podrán dirigirse directamente a la Administración autonómica titular del servicio público, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal, sin perjuicio del derecho de las personas usuarias a reclamar contra el prestador del servicio en la vía jurisdiccional que corresponda en los casos en que no se pretenda la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración. Incluso se prevé que, si la Administración titular del servicio público entiende que se produjeron lesiones en los bienes y derechos de las personas usuarias susceptibles de ser indemnizadas por concepto de responsabilidad patrimonial, iniciará de oficio el procedimiento correspondiente, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal.

Singularmente relevante es lo establecido en artículo 41, bajo la rúbrica: “Intervención del gestor del servicio en el expediente de responsabilidad patrimonial”:

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

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

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

En caso de incumplimiento de la resolución por el contratista, las cantidades determinadas por la Administración en el procedimiento tendrán la consideración de crédito de derecho público, a efectos de su recaudación por el órgano competente de la Administración. Las can-

tidades recaudadas serán objeto de entrega a la persona usuaria del servicio perjudicado.

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

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

El régimen jurídico expuesto merece una valoración muy positiva, especialmente desde la perspectiva de los problemas que genera a efectos prácticos la intervención de un sujeto privado en la determinación de una responsabilidad pública extracontractual⁶. Se trata de un desarrollo legislativo completo, que dota de seguridad jurídica a la materia, que mejora la regulación estatal, y que permite al administrado decidir la vía que prefiere para hacer efectiva la responsabilidad, sin que ello suponga un sometimiento a cargas extraordinarias o peregrinajes jurisdiccionales innecesarios; y evita las polémicas antes aludidas.

En este sentido, con la misma claridad que la ley, se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de diciembre de 2018 (recurso núm. 554/2018), que al interpretar el artículo 40 de la Ley 1/2015, de 1 de abril, manifiesta:

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

Sin embargo, tales disposiciones no se extienden a las entidades locales de Galicia, dado el ámbito de aplicación de la norma previsto en su ar-

6. Además, contempla otras previsiones que, aun no teniendo carácter procedimental, y de forma indirecta, contribuyen a facilitar a los administrados el ejercicio de su derecho a reclamar:

- El prestador del servicio está obligado a remitir a la Administración autonómica las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que le puedan formular directamente las personas usuarias. El contrato incluirá expresamente esta obligación como obligación esencial, cuyo incumplimiento será causa de resolución contractual.

- El régimen jurídico de cada servicio público podrá precisar los estándares mínimos de calidad cuyo incumplimiento se considerará funcionamiento anormal y que determinarán el derecho de la persona usuaria a ser indemnizada, sin perjuicio de la posible acreditación de mayores daños y perjuicios de acuerdo con la legislación reguladora de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

título 17, por lo que la regulación aplicable a las entidades locales gallegas sería la establecida en el citado artículo 191 de la LCSP, cuyas disposiciones, además, han sido objeto de incorporación al régimen de responsabilidad patrimonial previsto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, entre los principios que disciplinan la institución (artículo 32.9)⁸.

5

Doctrina consultiva. Especial referencia al Consello Consultivo de Galicia

Contando con una disposición legal que ampara, en el ámbito de la Administración autonómica gallega, el proceder más garantista para el administrado, no ofrece dudas su aplicación. Sin embargo, al margen de esa disposición legal, las tensiones son reiteradas y evidentes cuando se aborda la responsabilidad del contratista interpuesto.

Diversos consejos consultivos vienen defendiendo (así, dictámenes 210/2016, 287/2019 y 300/2019 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias) que el principio de responsabilidad objetiva de la Administración, consagrado en el artículo 106.2 de la Constitución, permanece inalterable con independencia de si el servicio público es gestionado o prestado por la Administración de forma directa o indirecta, por lo que, si se acreditan el nexo causal entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público y los demás requisitos legalmente exigidos, previa audiencia del con-

7. Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración:

“Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

1. La presente ley tiene por objeto reconocer los derechos que asisten a la ciudadanía en sus relaciones con el sector público autonómico gallego y regular los mecanismos que aseguren el cumplimiento efectivo de estos derechos con la finalidad de garantizar unos servicios públicos de calidad que sirvan con objetividad a los intereses generales.

2. Su ámbito de aplicación será el sector público autonómico, integrado, de acuerdo con la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, por la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y por las entidades instrumentales.

3. Los ámbitos de la Administración relativos a la educación, a la sanidad y a la justicia se regirán por su normativa específica, y en ellos la presente ley será de aplicación supletoria”.

8. Artículo 32.9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: “Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”.

tratista, debe ser la Administración titular del servicio quien indemnice, sin perjuicio del posterior ejercicio de la acción de regreso frente al contratista implicado en la causación del daño por el que se reclama. También vienen precisando que, con relación a esta acción de repetición, el artículo 196 de la LCSP —tal como se recogía ya en la normativa anterior— establece que la responsabilidad por los daños ocasionados en ejecución del contrato atañe, por regla general, al contratista, quien ha de afrontarla en definitiva de no mediar título de imputación al servicio público. Por ello, instada la vía de la responsabilidad patrimonial frente a la Administración, esta debe no solo dar audiencia al contratista, sino también declarar su eventual responsabilidad y acudir a la acción de regreso cuando la indemnización se abone por la Administración, pues de lo contrario se cargaría sobre el todo social un montante indemnizatorio que atañe al haber de la empresa e implica la concreción de un riesgo que la ley residencia, con carácter general, en el contratista, no en la Administración contratante. Esta asunción de la responsabilidad —sin perjuicio de la posterior repetición— parece la postura más garante de la igualdad de la posición de los ciudadanos, en cuanto que equipara la vía de resarcimiento cuando el servicio es prestado por la propia Administración y cuando es prestado por un contratista o concesionario, y evita con ello que se inutilice todo el procedimiento administrativo sustanciado a su instancia cuando el servicio es objeto de prestación indirecta. Se razona así en la doctrina consultiva más reciente que “la Administración, como titular del servicio público, es responsable hacia los ciudadanos de los daños causados en la prestación de servicios públicos, sin perjuicio de su derecho a repetir frente a sus contratistas”, y que el perjudicado “ostenta el derecho, constitucional y legislativamente reconocido”, a reclamar por esos daños, pesando sobre la Administración el deber de asegurar la “completa reparación”, recordándose que también el artículo 1908 del Código Civil residencia la responsabilidad en “los propietarios” del elemento o instalación en diversos supuestos, por lo que se concluye que “ha de abonarse a la reclamante la cantidad por el Ayuntamiento, sin perjuicio de que este pueda repetirla frente al contratista” (por todos, dictámenes 173/20 y 86/21 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid). En la misma línea se manifiestan otros consejos consultivos (entre otros, dictámenes 44/2019 y 189/2021 del Consejo Consultivo de Canarias, y 511/2019 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana). Tal como se puntualiza en el Dictamen 189/2021 del Consejo Consultivo de Canarias, cabe “la posibilidad de que la propuesta de resolución estime la reclamación, declare la responsabilidad del contratista y le exija a este el pago de la indemnización”, pero dado que se ha sustanciado un procedimiento de responsabilidad patrimonial

y pesa el deber de asegurar la plena indemnidad, la Administración “también tiene la posibilidad legal de pagar la indemnización a la entidad reclamante, y seguidamente ejercer el derecho de repetición sobre la empresa concesionaria”. Al efecto, conviene recordar que la Administración dispone de potestades y prerrogativas para exigir el reintegro al contratista, habiendo declarado el Tribunal Supremo, respecto a la resolución que ponga fin al procedimiento de responsabilidad imputando la misma a una empresa interpuesta, que “esa misma resolución, una vez adquiere firmeza, es título suficiente para reclamar la Administración las cantidades abonadas a la entidad concertada, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento a esos concretos fines” (STS de 20 de noviembre de 2018 —ECLI:ES:TS:2018:4019—, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a).

Procede reparar además en que es común que el ciudadano, desconociendo la modalidad de gestión del servicio, dirija su reclamación frente a la Administración titular del mismo a través de un procedimiento administrativo que no requiere de asistencia técnica, de modo que, una vez ventilada en ese procedimiento la causalidad del daño cuyo resarcimiento se impetra, no procede inutilizar esta tramitación remitiendo al reclamante a reemprender su pretensión por otros cauces, pues ese peregrinaje no solo pugna con los criterios de eficiencia y buena administración, sino también con la igualdad de los administrados, quienes disponen, en los supuestos de gestión directa, de la garantía de un procedimiento administrativo informado por el principio de gratuidad.

No obstante lo anterior, es patente que el legislador estatal no ha aprovechado las sucesivas reformas de la normativa de contratación para imponer el sometimiento del contratista al procedimiento tramitado por la Administración, ni para explicitar que el titular del servicio pueda o deba asumir la responsabilidad para después repetir contra el prestador. Antes bien, al limitarse ahora a “informar” sobre a cuál de las partes (contratista o Administración) corresponde la responsabilidad (artículo 196 de la LCSP), y detenerse su prerrogativa en “declarar la responsabilidad imputable” al contratista (artículo 190), no parece amparar una condena al gestor interpuesto cuantificando en sede administrativa el perjuicio causado.

Por ello, el Consello Consultivo de Galicia disiente de la doctrina de la generalidad de los órganos consultivos, con seguidismo de lo establecido en la STS núm. 2295/2016, de 25 de octubre, exclusivamente en lo relativo a las entidades locales, optando por una postura que obliga al ciudadano a abrir una doble vía para obtener el resarcimiento. Así, la doctrina del Consello Consultivo de Galicia sobre el cauce aplicable para sustanciar la responsabilidad patrimonial de contratistas y concesionarios de las entidades locales

se recoge, entre otros, en los dictámenes CCG 51/2023, CCG 229/2020, CCG 57/2021, CCG 166/2021, CCG 5/2022 y CCG 364/2018, y puede resumirse de la siguiente manera:

- La Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, no resulta de aplicación a las entidades locales.
- No obstante lo anterior, la normativa de aplicación no impide a las entidades locales tramitar un procedimiento de responsabilidad patrimonial, aun en el caso de que los daños no sean consecuencia de una orden de la Administración, todo ello con fundamento en la garantía última del funcionamiento del servicio público que le corresponde como titular del mismo.
- Iniciado un procedimiento de responsabilidad patrimonial, no resulta procedente que la Administración acuerde el archivo sobre la consideración de que la responsabilidad correspondería eventualmente al contratista.
- Como consecuencia de lo anterior, si la reclamación imputa el daño al concesionario o contratista la Administración está obligada a tramitar y resolver.
- Pero, y aquí es donde el órgano consultivo gallego se aparta del resto de la doctrina, si la resolución imputa el daño al contratista o concesionario, el CCG dictamina que dicha resolución debe limitarse a apreciar la concurrencia de los presupuestos legales para ello (particularmente, el nexo causal), declarando su responsabilidad, dejando abierta la vía civil para el reclamante a los efectos de determinar el *quantum* indemnizatorio y la exigencia de dicha cantidad. Esta doctrina —reiteramos— es una consecuencia de la interpretación y aplicación de lo establecido en la citada STS núm. 2295/2016, de 25 octubre (ECLI:ES:TS:2016:4625), y en el Auto de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 24 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2965), que se citan en todos los dictámenes.

6

Conclusiones

La doctrina del órgano consultivo gallego, y sobre todo la jurisprudencia en que se fundamenta, a pesar de la claridad, supone en la práctica la condena a un peregrinaje primero administrativo, y después jurisdiccional, para el perjudicado por el funcionamiento de un servicio público.

Es cierto que el administrado siempre puede optar por acudir directamente a la vía civil cuando considere que la imputación corresponde al concesionario o contratista. Pero en aquellos casos en que, por razones de prudencia, o por existir razonables dudas, opte por ejercer su derecho a presentar una reclamación administrativa, pueden darse situaciones que mal se compatibilizan con los principios de eficacia o celeridad que deben presidir la actuación de las Administraciones públicas.

En este sentido, es evidente que la jurisdicción civil no está vinculada por resoluciones administrativas, y puede perfectamente suceder que considere que la responsabilidad no corresponde al concesionario o contratista, discrepando del previo pronunciamiento administrativo. En este caso, el administrado se verá obligado a reproducir su pretensión ante la Administración, que a su vez podrá invocar que la resolución que declara la responsabilidad del contratista es consentida, definitiva y firme por no haber sido recurrida en tiempo y forma ante la jurisdicción competente, esto es, la contencioso-administrativa.

Por otro lado, puede también suceder que la Administración declare la existencia de una concurrencia de culpas entre el contratista y el administrado, en un determinado porcentaje. Pero, en la medida en que la determinación de la cuantía concreta corresponde a la jurisdicción civil, se producirá una situación absurda en la que se determina un porcentaje, pero no la cantidad total sobre la que se aplica dicho porcentaje.

El Consello Consultivo es perfectamente consciente de esta situación, y de hecho ha manifestado en varios de los aludidos dictámenes lo siguiente: “Respecto de este criterio de imputación de daños al contratista y el procedimiento para exigirlo, sin embargo, no somos ajenos al debate que se ha suscitado en torno a la necesidad de que la resolución administrativa se pronuncie sobre todos los aspectos de la reclamación y también sobre los problemas que genera esta solución adoptada en el ámbito jurisprudencial desde la perspectiva del administrador porque tiene que dirigir la reclamación de dos maneras diferentes, por lo que sería recomendable contar con una regulación normativa que resolviera esta controversia de manera clara y efectiva mediante formulando un procedimiento ad hoc con garantías para todos los afectados para este tipo de reclamaciones”.

La “regulación normativa que resolviera esta controversia de una manera clara y efectiva” es precisamente la establecida en la tantas veces citada Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración. Pero —reiteramos— dicha ley solo resuelve las reclamaciones que pretendan dirigirse contra la Administración autonómica, dejando al margen las entidades locales, por descontado, el sector público

estatal. Precisamente por ello, la problemática jurisprudencial aludida es inexistente en el caso de las reclamaciones dirigidas contra la Administración autonómica gallega.

Así las cosas, resulta incomprensible cómo a nivel estatal, y teniendo en cuenta la longevidad de esta problemática, que se remonta a la Ley de la Jurisdicción de 1956 y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, no se haya dado una solución, que no deja de ser una garantía para el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos, y en definitiva para el cumplimiento del principio de responsabilidad establecido en los artículos 9 y 106.2 de la Constitución Española. El legislador puede perfectamente poner fin a esta problemática con una regulación básica que establezca obligatoriamente una vía única para este tipo de reclamaciones, y tiene el ejemplo exitoso de la legislación autonómica gallega para tomar como referente. El problema no es tanto de claridad, sino de uniformidad. En tanto que no proceda de esta manera, la inseguridad jurídica permanecerá.