

7.7. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS CONCESIONARIOS Y CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN POR DAÑOS CAUSADOS A TERCEROS

A. INTRODUCCIÓN

Los ciudadanos, como sujetos de derechos, disponen de una serie de garantías frente al actuar de la administración. La primordial, el principio de legalidad, constituye la línea que debe guiar a ésta, desde el sometimiento a la ley y al derecho. Al mismo tiempo, otra, la responsabilidad patrimonial se reconoce como la garantía jurídica que disponen los ciudadanos frente a cualquier actuación de los poderes públicos que perjudique sus intereses.

A lo largo de los últimos años el Ararteko ha observado preocupadamente una situación de indefensión del administrado ante la, muchas veces, falta de aplicación del instituto de la responsabilidad objetiva o por el resultado, que debe predicarse del actuar de la administración. No se trata, sin embargo, de analizar la aplicación de la responsabilidad administrativa en general, sino, de un modo más concreto, de aclarar aquellos supuestos en los que la actividad de la administración no se realiza directamente por ella misma sino mediante otros agentes, a los cuales las distintas administraciones encomiendan la realización de esos servicios de carácter público, bien sea en régimen de concesión, bien mediante su contratación pública. En la medida en que, siendo empresarios privados, llevan a cabo una actividad desarrollada en el ejercicio de una competencia funcional pública, el resarcimiento de los daños que pudieran ocasionar a terceros ha discurrido de manera análoga al régimen descrito para la responsabilidad patrimonial de la administración. De la misma forma, las sociedades públicas de derecho privado que gestionan servicios públicos deben seguir el mismo régimen de responsabilidad por resultado, sin duda alguna justificado tanto por el hecho de que estas sociedades se financian con capital público, como por el interés general que deben perseguir en el ejercicio de sus atribuciones.

No obstante, del conjunto de expedientes tramitados por esta institución, se observa que es práctica habitual desestimar la solicitud de responsabilidad patrimonial cuando la administración advierte que los servicios públicos se prestan mediante una empresa privada contratada para tal fin.

De este modo, los ciudadanos se encuentran ante la tesitura de tener que reclamar tanto ante la propia administración reclamante como ante las empresas, que, en la mayoría de las veces, tratan de huir de las exigencias procedimentales que *merece* este procedimiento.

Por todo ello, se considera conveniente, en aras de articular un correcto procedimiento de reparación del mismo, elevar la siguiente recomendación general:

B. EVOLUCIÓN DEL MARCO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS
IMPUTABLES A LA EMPRESA CONTRATADA PARA LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

1. La responsabilidad patrimonial de la administración como responsabilidad objetiva.

El régimen jurídico de la responsabilidad por daños causados en el devenir del funcionamiento de los servicios públicos aparece consagrado por el actual ordenamiento jurídico en el artículo 106.2 de la Constitución, donde se afirma que:

«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».

Este precepto constitucional viene a responder a la obligación de que el ciudadano sea resarcido de manera objetiva de los daños ocasionados por la propia administración en el ejercicio de sus ámbitos de actuación, obligación que ya aparecía en la legislación preconstitucional.

En efecto, con carácter previo a la Norma suprema de 1978, se reguló inicialmente a través de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (LEF), que en su título IV dedicado a la indemnización por ocupación temporal y otros daños (art. 121 y ss.) incluía una referencia a *«toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que en esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos».*

Asimismo, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 incluyó dentro del Título IV en su capítulo primero, en concreto, en su artículo 40, el *«derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado 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».*

Con posterioridad a la promulgación de la Constitución de 1978, y en cumplimiento de la reserva de ley de su artículo 106.2, se reguló el régimen de responsabilidad patrimonial de la administración a través de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC), desarrollado mediante RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

De este régimen común para todas las administraciones observamos una serie de características. Estos requisitos exigidos para poder acreditar el nacimiento de un derecho indemnizatorio se derivan del propio texto legal, así como de la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo (merecen destacarse, entre otras, las SS.TS de 2 de febrero de 1980 RA\743, de 25 de septiembre de

1984 RA\221, de 25 de mayo de 1995 RA\4031). De este modo, se debe comprobar la existencia de:

- a) una efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas,
- b) que el daño o lesión patrimonial producido al reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en relación directa, inmediata y exclusiva de causa o efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal,
- c) ausencia de fuerza mayor, y
- d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño producido cabalmente por su propia conducta,
- e) de igual modo, se exige que no haya caducado el derecho a reclamar por el transcurso de un año desde que se produjeron los hechos.

En definitiva, como ha señalado el TS, para determinar el derecho a una indemnización hace falta determinar «una *actividad administrativa -por acción u omisión- un resultado dañoso y una relación de causa efecto entre aquella y éste, incumbiendo la prueba a quien reclama*».

2. El derecho a ser indemnizado cuando los daños se produzcan por empresas concesionarias o contratadas para la gestión de servicios públicos.

A la vista de las circunstancias previamente expuestas, debemos precisar, con carácter previo, el régimen jurídico del derecho a ser indemnizado cuando los daños son causados por empresas concesionarias y contratadas para la realización de servicios públicos.

• La Ley de Expropiación Forzosa consideró el primero de los casos planteados, las concesiones administrativas, en su artículo 121.2, recogiendo en éste el principio de responsabilidad de las empresas concesionarias por los daños causados en el ejercicio de sus funciones públicas. Este principio solamente era excusado en el caso de que la lesión tuviera su origen en alguna cláusula impuesta por la administración al concesionario y, por ende, de obligado cumplimiento.

De igual modo, establece un procedimiento específico en estos casos. En el mismo, la persona perjudicada, antes de que transcurra un año, presentará una reclamación ante la administración que otorgó la concesión. Ésta dispone de una función medial y deberá resolver siempre sobre dos aspectos: en primer lugar, sobre la procedencia de la indemnización y, en segundo, en el caso que ésta se constate, sobre quién debe pagarla. Asimismo, el acuerdo del órgano administrativo deja expedita la vía contencioso-administrativa.

• Por otro lado, la anterior Ley de Contratos del Estado (LCE), aprobada por Decreto 923/1965, de 8 de abril, establecía en su artículo 72.3 la obligación del contratista de indemnizar los daños causados a terceros «como consecuencia *de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio*», salvo perjuicios derivados inmediata y directamente de una orden de la administración. Así, el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto

3.410/1975, de 25 de noviembre, reiterando este principio, regulaba su procedimiento en su artículo 134 al disponer que: «Será de cuenta del contratista indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requieran la ejecución de las obras. Cuando tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. También será ésta responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de vicios de proyecto. Las reclamaciones de los terceros se presentarán, en todo caso, en el término de un año ante el órgano de contratación, que decidirá en el acuerdo que dicte, oído al contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable. Contra su acuerdo podrá interponerse recurso ante la jurisdicción contencioso administrativa».

Junto a este conjunto normativo, en el ámbito de la administración local, debemos situar el artículo 223 del Real Decreto 2.568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales (ROF) que recoge, como regla general, el carácter objetivo de la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos, o por las actuaciones de sus autoridades, funcionarios o agentes. Se excepciona de este régimen, artículo 224.1 "...cuando la Entidad local explote una industria o Empresa como persona jurídica de derecho privado...", en cuyo caso regirá la responsabilidad civil por culpa. En el caso de servicios contratados por las administraciones locales, el artículo 128.1 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCP) dispone, dentro de las obligaciones generales de los concesionarios, la de indemnizar a los terceros de los daños que les pudiera ocasionar el funcionamiento del servicio municipal, siempre y cuando no se hubiese sido producido por actos relacionados con el cumplimiento de una cláusula ineludible impuesta por la Corporación a la empresa concesionaria.

• *La LRJAP y PAC viene a consagrar este régimen objetivo de la responsabilidad administrativa; nada dice, en cambio, sobre la regulación del asunto que nos ocupa. No obstante, sí que encontramos una referencia a esta cuestión en el RRP. En su artículo 1.3 se hace referencia a su ámbito de aplicación, donde se incluye: «Se regirán 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, la legislación establece. En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios».*

Otra disposición que viene a completar el panorama legislativo es la vigente *Ley 13/1995*, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), la cual considera de manera genérica en su artículo 98 el principio de la responsabilidad del contratista por los daños causados a terceros: «Será Obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen o terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato». Este principio se exceptiona en el caso que esos daños fueran ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la administración, o bien como consecuencia, en los contratos de obras o en los suministros de fabricación, de los vicios del proyecto elaborado por ella misma. En ambos supuestos la responsabilidad recaerá íntegramente sobre la propia administración contratante.

De este modo, la posible actuación de que disponen los terceros para conocer ante quién reclamar y qué procedimiento deben seguir, se puede sustanciar, en este caso, ante el órgano de contratación. Este procedimiento, recogido en el 98.3 LCAP, se inicia a instancia de tercero, dando audiencia al contratista, y finaliza con una resolución que se pronunciará sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad (art. 98.3). Una vez esté determinada, la reclamación se formulará conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable en cada caso (art. 98.4). En este sentido, si la responsabilidad es del órgano contratante, se deberá seguir el procedimiento administrativo. Si, por el contrario, la responsabilidad es de la empresa contratada, la vía que queda expedita es la de responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 y ss. del Código Civil.

3. Consideraciones jurisprudenciales.

Debemos recoger brevemente cual ha sido la interpretación que ha hecho a lo largo de estos últimos años el Tribunal Supremo de este aspecto concreto que incide en la responsabilidad de la administración. Según ha recogido en una constante y reiterada jurisprudencia, véanse entre otras las SS.TS 2 de abril 1985 (RA 2.855), de 20 de octubre de 1987 (RA 8.676), de 9 de mayo de 1989 (RA 4.487), y en especial, de 23 de febrero de 1995 (RA 1.280), de 18 de diciembre de 1995 (RA 9.408) y de 25 de octubre de 1996 (RA 215), este tribunal parte de la consideración de la obligación de la administración de responder de los daños ocasionados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos al margen de la gestión directa o indirecta que ocupe a los mismos. De suerte que si la administración opta por una gestión indirecta, por cuestiones organizativas, esta decisión no debe, en ningún caso, incidir negativamente en el derecho que acoge la Constitución a ser indemnizado. Así, el Tribunal Supremo afirma que "la naturaleza netamente objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ajena por tanto a toda idea de culpabilidad, impide a la Administración, que actúa en la *esfera de* sus atribuciones para *satisfacer un* servicio público, desplazar la misma al contratista,

mero ejecutor material, sin perjuicio de la acción de repetición de aquélla contra éste".

De forma más descriptiva la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en su sentencia de 3 de abril de 1995, reiterada por la sentencia de 19 de noviembre de 1996 (RA 1.655), e igualmente por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 9 de mayo de 1996 (RA 644), indica en el siguiente fundamento de derecho, que, por su expresividad, recogemos literalmente: *"Si a un ciudadano no se le puede exigir que conozca que el servicio de recogida de perros abandonados está concedido al efecto de articular su pretensión resarcitoria ante la Administración teniendo en cuenta tal circunstancia, al Ayuntamiento concedente se le puede y debe exigir que la tome en consideración en la vía administrativa y que aplique la legislación pertinente, si no lo hace, habrá de arrastrar las consecuencias que de su comportamiento puedan derivarse, sin perjuicio de la acción de repercusión que, si lo estima oportuno puede ejercer contra el concesionario».*

C. CONCLUSIONES

De las disposiciones hasta ahora citadas se desprenden una serie de conclusiones sobre el marco jurídico que debe ser aplicado en cada supuesto:

1. La responsabilidad patrimonial de la administración se reconoce de forma objetiva, es decir, se establece la responsabilidad aquiliana o por resultado de la administración, ajena a toda idea de culpa. Así, el ciudadano no tiene por qué ver recortada su *esfera* patrimonial garantizada frente a los daños causados por servicios de titularidad administrativa, cualquiera que sea la modalidad de la restación concretada de los mismos, es decir, cualquiera que sea la forma jurídica concreta en que son llevados a cabo, sin que en el resarcimiento de los daños producidos por la prestación de servicios públicos pueda introducirse discriminación alguna por esta causa.

De esta manera, no debe suponer diferencia alguna, desde la perspectiva del particular, si la gestión del servicio público o la realización de la obra se lleva a cabo directamente por órganos administrativos o bien por medio de contratistas o concesionarios.

2. La jurisdicción competente a la hora de determinar la responsabilidad patrimonial de los concesionarios y contratistas de la administración es la contencioso-administrativa, ya que es mediante un acto administrativo por el que se determina la existencia de responsabilidad y quién debe asumirla (art. 123 LEF y art. 134.3 del RCE).

De igual forma, la LRJAP y PAC reconoce la unidad de régimen jurídico en aquellos casos en los que la administración actúe en relación de derecho privado. El artículo 144, a diferencia del derogado art. 41 de la Ley del Procedimiento Administrativo (LPA), establece que *«Cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente*

de los daños y perjuicios causados por *el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo, actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 142 y 143, según proceda*».

Este principio viene reiterado mediante el RRP en su artículo 2.1 *in fine*: «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». Es por ello por lo que, a la vista de estas disposiciones, el artículo 224.1 del ROF-RJEL debe ser aplicado únicamente respecto a las empresas públicas locales que se asignan a servicios de índole privado. La diferencia se sitúa en función del servicio que lleva a cabo por las empresas públicas, si está es de alcance público se aplicará el régimen general del artículo 223, si en cambio pertenece a la esfera privada se atenderá a la normativa del Código Civil.

3. Dentro de este marco jurídico, el punto esencial es determinar quién es el sujeto imputable en la producción de daños ocasionados por la gestión de los servicios públicos: el órgano contratante o el contratista en la ejecución del contrato. El régimen que deriva de las normas previamente expuestas resulta el siguiente:

- Regla general (artículos 121.2 LEF y art.-98.1LCAE): El concesionario y el contratista deberán indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del servicio público o el contrato.
- Regla especial: en aquellos casos en los que los daños deriven de manera directa e inmediata de una orden de la administración, o bien, en el supuesto de las concesiones que se deriven de una cláusula impuesta por ésta de ineludible cumplimiento, la responsabilidad se imputará a la administración; así como en los casos de contratación en los que la consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación sea imputable a la administración contratante.

4. No obstante, esta responsabilidad ha sido convenientemente matizada por la extensa corriente jurisprudencial del Tribunal Supremo, que partiendo de la naturaleza netamente objetiva de la responsabilidad patrimonial de la administración, ajena por tanto a toda idea de culpabilidad, impide a la administración, que actúa en la esfera de sus atribuciones para satisfacer un servicio público, desplazar la misma al contratista, mero ejecutor material, sin perjuicio de la acción de repetición de la administración contra el contratista.

Por lo tanto, se debe determinar si la empresa contratada lleva a cabo una actividad que se corresponde con los servicios públicos que la administración tiene encomendados. Asimismo, el artículo 85 de la Ley de Bases del Régimen

Local considera que «son *servicios públicos locales cuando tienden a la consecución de los fines señalados como de competencia de las Entidades Locales*», al margen de que posteriormente se gestionen de manera directa o, como en el caso de análisis, indirectamente a través de concesión.

Las consecuencias jurídicas de lo anteriormente expuesto merecen una necesaria reflexión. Siempre y cuando las actividades objeto del contrato o concesión estén incluidas en la esfera de actuaciones que tienden a la consecución de los fines señalados como de competencia de las entidades locales, el titular último de la misma actividad es la propia administración, que en ningún momento debe dejar de ejercitar sobre ella sus potestades y de asumir la responsabilidad de los daños que su ejecución pueda causar a terceros (así lo ha confirmado el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de mayo de 1980). Por ello, debemos entender el artículo 98 de la LCAP y los artículos 121 y 123 de la LEF, a la vista de esta interpretación del Tribunal Supremo, como una vía de regreso que puede poner en marcha la administración contra el concesionario o contratista. Ello responde en buena lógica a la necesidad de evitar que se configure un sistema donde existan dos regímenes de responsabilidad patrimonial, uno objetivo, que siga el artículo 106 de la CE, y otro por culpa, según las disposiciones del Código Civil, en función de que sea la administración la encargada de gestionar el servicio público o éste se gestione por organizaciones privadas no integradas en la administración. El origen y el motivo de estas disposiciones no debe ser otro que la posibilidad de la administración de determinar quién es el responsable y, en su caso, ejercitar la acción de repetición sobre la empresa contratada.

5. Conviene, en último lugar, precisar el grado de responsabilidad de la propia administración a la hora de resarcir los daños al tercero lesionado. En este orden de cosas, se observa que existen dos corrientes doctrinales y jurisprudenciales que responden a esta cuestión de manera diferente. Por un lado, la corriente mayoritaria, unánime desde la Sentencia de 5 de noviembre de 1974, entiende que la responsabilidad de la administración por los daños del contratista es solidaria entre ella y la empresa responsable. En este sentido se expresan varias sentencias del Tribunal Supremo que sobre esta materia han sido dictadas (Sentencia de 23 de febrero de 1995, Sentencia 18 de diciembre de 1995 y Sentencia de 25 de octubre de 1996). Por otro lado, una incipiente corriente doctrinal, en la que destaca MUÑOZ MACHADO, (en *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*. Ed. Civitas. 1992, pp. 130 y ss., y 180 y ss.), que reconoce que, si bien no es justa la exoneración de la responsabilidad de la administración, habrá que situarla como garantía última que asegure la garantía del resarcimiento a la víctima y no como responsable directo. Para ello, haciendo alusión al derecho francés, establece la responsabilidad subsidiaria de los órganos administrativos frente al impago del contratista directamente responsable.

A la vista de la problemática planteada, de su marco legal, así como de las diversas corrientes jurisprudenciales, podemos concluir que el instituto resarcitorio

establece mecanismos suficientes, que han quedado sobradamente descritos, para que, en el caso de daños derivados de la actuación de empresas contratadas por la administración para el ejercicio de servicios públicos, sea la propia administración, como órgano contratante, la encargada de resolver las solicitudes de responsabilidad patrimonial presentadas ante ella, previa instrucción de un expediente donde necesariamente deberá ser llamada como parte la empresa adjudicataria.

Con carácter general, la resolución administrativa deberá versar, en su caso, sobre las siguientes cuestiones:

- Sobre la efectiva existencia de un daño derivado del funcionamiento normal o anormal de un servicio público.
- Sobre quién es directamente responsable, tomando como base las normas citadas.
- Sobre la cuantía de la indemnización resarcitoria.
- Sobre la responsabilidad bien solidaria, y en todo caso subsidiaria, que debe recaer en los órganos públicos con objeto de reparar el daño causado, así como la acción de regreso contra la empresa, en su caso.

Concluyendo de este modo se observa que, siguiendo las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico, amén de la constante jurisprudencia del Alto Tribunal en este sentido, se puede dar una efectiva respuesta al derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por los daños que sufran como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, erradicándose definitivamente estas actuaciones incorrectas de la práctica administrativa.

7.8. RÉGIMEN SANCIONADOR DE ALUMNOS

Se han suscitado ante el Ararteko distintas quejas en las que algunos padres de alumnos sancionados en centros educativos denuncian la falta de garantías en la aplicación del régimen sancionador, y consideran que el centro ha actuado de manera arbitraria e incumpliendo los procedimientos establecidos.

Por su parte, los profesores implicados se sienten en algunos casos desautorizados por la tramitación de un expediente sancionador, y entienden que la existencia de un sistema reglado de garantías desactiva la eficacia de la medida disciplinaria, ya que dilata tanto en el tiempo la imposición de la sanción que, en el supuesto de que ésta se aplique, carece ya de sentido como respuesta a la falta cometida.

Indican, además, que lo que deben ser relaciones cotidianas en el ámbito docente por mor de excesos reglamentistas no puede convertirse en una suerte de juicio penal que distorsiona las normales relaciones de los alumnos con los profesores, difumina el principio de autoridad de los mismos e incide muy negativamente en el derecho de los demás alumnos a que se les impartan sus clases con normalidad.