

# La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros

**SUMARIO:** I. EL SISTEMA LEGAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CONCESIONARIOS Y CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACION Y SU INAPLICACION JURISPRUDENCIAL. II. LOS PROBLEMAS ACTUALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CONTRATISTAS Y CONCESIONARIOS DE LA ADMINISTRACION. III. RESPONSABILIDAD OBJETIVA O RESPONSABILIDAD POR CULPA O NEGLIGENCIA. IV. LA CUESTION DE LA IMPUTACION. V. LA JURISDICCION COMPETENTE.

## I. EL SISTEMA LEGAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CONCESIONARIOS Y CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACION Y SU INAPLICACION JURISPRUDENCIAL

Como ya tuve ocasión de señalar en 1978<sup>1</sup> y es, por lo demás, generalmente aceptado, en el momento de la aparición de la Ley de Ex-

---

<sup>1</sup> En mi trabajo «Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros», *REDA*, núm. 18, 1978, pp. 397 y ss. Cfr. también la bibliografía citada en el mismo. Debe decirse, pese al tiempo transcurrido desde entonces, que las conclusiones allí apuntadas me siguen pareciendo, como se verá, sustancialmente válidas en la actualidad. En sentido semejante, véase, además, con posterioridad, aparte de las referencias existentes en las obras generales, por ejemplo, PANTALEÓN PRIETO, A. F., *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, 1985, esp. pp. 56 y ss.; MARTÍN REBOLLO, L., «La responsabilidad patrimonial de la Administración Local», en *Tratado de Derecho Municipal*, I, dirigido por Santiago MUÑOZ MACHADO, Madrid, 1988, esp. pp. 618 y ss.; MESTRE DELGADO, J., «Las formas de prestación de servicios públicos. En particular la concesión», en *Tratado...*, cit., II, pp. 1223 y ss.; REBOLLO PUIG, M., «Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: im-

propiación Forzosa, la responsabilidad de los contratistas y concesionarios de la Administración carecía por completo de regulación específica alguna, siendo, por tanto, de aplicación a los daños que tales sujetos pudieran causar a terceros las reglas generales del Código Civil, es decir, los preceptos reguladores de la responsabilidad por culpa o negligencia entre particulares y resultando, en consecuencia, los Tribunales civiles los competentes para resolver los litigios que pudieran suscitarse entre aquéllos (y, en general, los gestores de los servicios públicos) y los terceros que hubieran podido resultar dañados por la actividad de los concesionarios y contratistas de la Administración<sup>2</sup>.

Hasta la aparición de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, la consideración de que las lesiones patrimoniales producidas a terceros por contratistas y concesionarios de la Administración significaban un supuesto más de responsabilidad civil entre particulares, estrictamente sometido a la aplicación de las normas del Código Civil y al conocimiento de los Tribunales civiles de Justicia, constituía, en efecto, una cuestión absolutamente pacífica<sup>3</sup> y recogida expresamente por una buena porción de normas jurídicas, entre las que pueden citarse (además del artículo 4 de la Ley Santamaría de Paredes, de 13 de septiembre de 1888, reformada en 22 de junio de 1894 y 5 de abril de 1904), por ejemplo<sup>4</sup>, el artículo 121 de la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 cuando señala que «compete a los Tribunales de Justicia: ... 3.º El [conocimiento] de las cuestiones relativas a los daños y perjuicios ocasionados a terceros en sus derechos de propiedad, cuya enajenación no sea forzosa, por el establecimiento o uso de las obras concedidas, o por cualesquiera otras causas dependientes de las concesiones». El artículo 256 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1878 decía, por su parte, que «compete igualmente a los Tribunales de Justicia el conocimiento de las cuestiones relativas a daños y perjuicios ocasionados a terceros en sus derechos de propiedad particular cuya enajenación no sea forzosa: 1.º Por la apertura de pozos ordinarios. 2.º Por la apertura de pozos artesianos y por la ejecución de obras

---

putación y responsabilidad por hecho de otro (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1989)», *Poder Judicial*, núm. 20, 1990, pp. 23 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S., *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1992, esp. pp. 95 y ss.

<sup>2</sup> Sobre la aplicación al ámbito local del mismo régimen jurídico, común a todas las Administraciones Públicas, cfr., por todos, MARTÍN REBOLLO, L., *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Madrid, 1977, pp. 121 y ss. Del mismo autor, «La responsabilidad patrimonial de la Administración Local», en *Tratado de Derecho Municipal*, cit., II, Madrid, 1988, pp. 583 y ss.

<sup>3</sup> Cfr., por todos, MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, pp. 95 y ss. Aunque RIVERO YSERN, E., *El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares*, Sevilla, 1969, pp. 217 y ss., entendía que antes de la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 la responsabilidad de los concesionarios de obras públicas se exigía ante los Tribunales contenciosos.

<sup>4</sup> Cfr., sobre el particular, mi trabajo «Responsabilidad de contratistas y concesionarios...», cit., p. 397, nota 1.

subterráneas. 3.º Por toda clase de aprovechamientos en favor de particulares»<sup>5</sup>.

Ese sistema normativo, que hacía de los concesionarios o contratistas de los servicios públicos unos estrictos empresarios privados sin especificidad alguna de régimen, encontraba, por lo demás, adecuado soporte en razonamientos teóricamente impecables, mantenidos por la doctrina más autorizada. Así, GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>6</sup>, ya puesta en marcha la nueva Ley, decía lo siguiente: «el concesionario se encuentra como regla en una situación de Derecho civil, por la razón simple de que es una persona de Derecho civil. De la misma manera que los actos del concesionario no son actos administrativos, o sus contratos, contratos administrativos, o sus agentes, agentes administrativos o sus fondos, en fin, fondos públicos, así su eventual responsabilidad no hay razón para que sea una responsabilidad administrativa. Aceptar lo contrario implicaría automáticamente trastocar las bases de nuestro régimen administrativo», introduciendo importantes distorsiones en un mecanismo claro y acomodado a los correctos principios, en dos aspectos fundamentales del asunto: la consideración de la responsabilidad del concesionario como responsabilidad objetiva y la atribución, como lógico corolario, del conocimiento de estas cuestiones a la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Esto fue, sin embargo, precisamente lo que hizo la Ley de Expropiación Forzosa, alterando radicalmente la situación existente en ese momento. Esta pacífica aceptación de que las lesiones patrimoniales causadas a terceros por contratistas o concesionarios de la Administración se someterían estrictamente a las reglas del Código Civil y a los Tribunales ordinarios vino a quebrar, en efecto, con la publicación de la Ley de Expropiación Forzosa, que estableció un régimen jurídico específico (sustantivo y procesal) de responsabilidad de los concesionarios de la Administración, régimen todavía vigente que debe entenderse aplicable también a los contratistas<sup>7</sup> y que se encuentra en perfecta

---

<sup>5</sup> Lo mismo cabe decir respecto de otra serie de preceptos como el artículo 19 del Pliego de Condiciones Generales para la contratación de obras públicas, aprobado por Decreto de 13 de marzo de 1903: «Será de cuenta del contratista indemnizar a los propietarios de todos los daños que se causen con la explotación de canteras; con la extracción de tierras para la ejecución de los terraplenes; con la ocupación de terrenos para formar caballeros y para colocar talleres y materiales; con la habilitación de caminos para el transporte de éstos, y con las demás operaciones que requiera la ejecución de las obras...» O el artículo 22 del Reglamento de Ordenación de los Transportes Mecánicos por Carretera, aprobado por Decreto de 9 de diciembre de 1949, en donde, inicialmente y a propósito de la prohibición del arriendo de concesiones, se indica que «... el material móvil afecto a la concesión deberá estar matriculado a nombre del concesionario, que asumirá en todo caso de manera exclusiva los riesgos económicos y responsabilidades de toda índole que se deriven de la explotación». Cfr. la nota 1 de mi trabajo «Responsabilidad de contratistas y concesionarios...», cit., p. 397.

<sup>6</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, cito por la edición facsimilar de Civitas, Madrid, 1984, p. 203.

<sup>7</sup> Cfr. mi trabajo «Responsabilidad de contratistas y concesionarios...», cit., pp. 399 y ss.; PANTALEÓN, *op. cit.*, pp. 63 y ss., esp. p. 66.

sintonía con la regulación general de la responsabilidad patrimonial de la Administración que la propia Ley de Expropiación Forzosa introducía. Esta regulación especial, anteriormente inexistente<sup>8</sup>, supuso, como se dice, un cambio decisivo en el sistema de responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración, instrumentado por los artículos 121.2 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa, por más que fuera sistemáticamente desconocido durante mucho tiempo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto en la jurisdicción contencioso-administrativa, que no conoció de asunto alguno, como en la civil, que, conociéndolos prácticamente todos, prescindió sencillamente del mismo. El alcance del modelo establecido se comprende bien con la simple lectura de los preceptos que lo recogen, que no por conocidos deben dejar de transcribirse, habida cuenta del absoluto incumplimiento de que han sido objeto por la jurisprudencia y del radical desconocimiento que del mismo ha mostrado un sector de la doctrina. El artículo 121 de la Ley dice así:

«Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir a sus funcionarios con tal motivo.

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

Por su parte, el artículo 123 señala:

«Cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, en la forma prevista en el párrafo 2 del artículo 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 121. Esta resolución dejará abierta la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario, en su caso.»

---

<sup>8</sup> De «extraordinaria novedad de la Ley» lo calificó GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, p. 201.

El sistema que estos preceptos establecen aparece absolutamente claro en sus propios términos, cuya voluntad cierta de modificar el sistema hasta entonces vigente no llegaba, sin embargo, al extremo de convertir a la Administración en responsable de la actuación ordinaria del concesionario o contratista, de la que éstos continuaban ciertamente, como siempre, respondiendo. No parece dudoso, en efecto, por un lado, que la indemnización a que se refiere el párrafo 2 del artículo 121 de la Ley (en los servicios públicos concedidos) es, lógicamente, la del párrafo 1 (es decir, una indemnización consecuencia de la determinación de la responsabilidad con los mismos criterios que sirven para precisar la de la Administración, esto es, responsabilidad objetiva y no por culpa o negligencia), y cuya responsabilidad será normalmente imputable al concesionario, salvo que la lesión a terceros hubiera tenido su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración y que sea de ineludible cumplimiento para aquél, en cuyo caso, como parece lógico, habrá de ser la propia Administración el sujeto directamente responsable en cuanto sólo a ella podría serle imputado el daño.

Por su parte, el artículo 123 de la Ley de Expropiación Forzosa se refiere a los aspectos procedimentales o procesales del asunto, estableciendo, sin excepción alguna, que el procedimiento de reclamación de responsabilidad a los concesionarios de la Administración por los perjuicios causados a terceros en el desarrollo de su actividad habrá de canalizarse dirigiendo todas las peticiones de responsabilidad a la Administración concedente, con independencia de la naturaleza de la actividad desplegada por el concesionario. La Administración concedente del servicio decidirá (mediante una actividad arbitral, aquí plenamente justificada, por tratarse de la resolución, también, de intereses propios), primero, si hay responsabilidad y, en su caso, quién es, luego, el sujeto responsable, siendo, por lo demás, con toda lógica, la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para conocer las decisiones de la Administración sobre la procedencia de la indemnización y sobre el sujeto imputable, en la medida misma en que tales decisiones se instrumentan necesariamente a través de un acto administrativo.

La equiparación del régimen de contratistas de obras públicas con los concesionarios es, asimismo, evidente, como se ha notado, a la vista, por ejemplo, de la extraordinariamente significativa adición, en la reforma del Reglamento de Contratos de 25 de noviembre de 1975, de un nuevo párrafo, el tercero, al artículo 134 del mismo, que quedaba, pues, redactado del siguiente modo:

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

Cuando tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. También será ésta responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de vicios 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 el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable. Contra su acuerdo podrá interponerse recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa»<sup>9</sup>.

Este sistema, claro en su estricta formulación legal, fue introduciéndose progresivamente en el ordenamiento jurídico-administrativo entero, extendiéndose de forma imparable en el plano normativo. Así, con independencia de las precisiones procedimentales previstas en los artículos 134 y 137 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, de 26 de abril de 1957, hoy derogadas, la innovación se introduce inmediatamente en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, cuyo artículo 128.1 dice todavía así: «Serán obligaciones generales del concesionario: ... 3. Indemnizar a terceros de los daños que les ocasionare el funcionamiento del servicio, salvo si se hubieren producido por actos realizados en cumplimiento de una cláusula impuesta por la Corporación con carácter ineludible»<sup>10</sup>.

La responsabilidad de los concesionarios y contratistas de la Administración así regulada arraigó con firmeza en los textos legales, aunque no fue, sin embargo, acompañada de una efectiva aplicación práctica, por lo menos hasta bastante más de veinte años después de su establecimiento. Los fallos de la jurisdicción contencioso-administrativa acerca de esta cuestión, en cuyo seno debía suponerse que iban a ser conocidas todas las demandas sobre responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración, han sido, en efecto, prácticamente inexistentes durante todo ese tiempo, pudiendo dedu-

<sup>9</sup> La legalidad de este precepto, cuyo carácter reglamentario podría pensarse que no alcanza a cubrir la atribución de competencia jurisdiccional que realiza, ha sido confirmada tanto por la doctrina (cfr. PANTALEÓN, *op. cit.*, p. 66), como por la jurisprudencia (Sentencia de 28 de mayo de 1980), en cuanto concreción de lo ya afirmado por la Ley de Expropiación Forzosa.

<sup>10</sup> Lo mismo, claramente, por ejemplo, en el artículo 19 de la Ley de Autopistas de 10 de mayo de 1972: «Las indemnizaciones que procedan en los supuestos de los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 121 de la de Expropiación Forzosa serán de cargo del concesionario, cuando los daños a que dichos preceptos se refieren sean consecuencia de la ejecución del proyecto o de la explotación del servicio concedido, a no ser que sean exclusivamente imputables a cláusulas o medidas impuestas por la Administración después de haber sido adjudicada la concesión.»

cirse, con harto fundamento, no que no existieran reclamaciones de responsabilidad contra los contratistas y concesionarios de la Administración, sino que las que se sustanciaban lo eran (en aplicación de las reglas de la responsabilidad por culpa o negligencia previstas en el Código Civil para las relaciones entre particulares) justamente ante los Tribunales civiles, cuya competencia en la materia estos Tribunales no han negado nunca <sup>11</sup>.

Una notable excepción viene constituida por la importante Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1983 (Arz. 6070) <sup>12</sup> que, con toda corrección, se inhibe en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, considerando incompetente a la jurisdicción civil, en un supuesto en el que, como consecuencia de la realización de unos trabajos urgentes en una carretera por una empresa contratista del Ministerio de Obras Públicas, una pala excavadora de aquella empresa rompió un cable subterráneo propiedad de la Compañía Telefónica, que demandó en vía civil a la empresa contratista, a su Compañía aseguradora y al Ministerio de Obras Públicas. La doctrina sentada por esta Sentencia fue inmediatamente truncada por la propia jurisprudencia civil, en línea de continuación con la práctica anterior al sistema establecido por la Ley de Expropiación Forzosa, y en aplicación del principio de que los concesionarios y los contratistas no son sino meros sujetos privados que someten sus actos como regla a este Derecho y cuya eventual responsabilidad debe exigirse con arreglo a la doctrina de la culpa.

No es posible ocultar que a esta situación contribuyó, a mi juicio, con su autoridad, la posición inicial de GARCÍA DE ENTERRÍA <sup>13</sup> acerca de las dos cuestiones sustanciales que el sistema descrito planteaba: la responsabilidad objetiva o por culpa o negligencia de los concesionarios y contratistas y la jurisdicción competente. Por lo que se refiere al primer aspecto, GARCÍA DE ENTERRÍA <sup>14</sup> se preguntaba: «¿Ha de entenderse que toda la responsabilidad civil en que pueda incurrir el con-

<sup>11</sup> Cfr. PANTALEÓN, F., *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, cit., esp. pp. 56 y ss., 112 y ss., *passim*; MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, pp. 95 y ss.

<sup>12</sup> La Sentencia recoge las afirmaciones menos firmes de otra anterior de 19 de febrero de 1982. Cfr. sobre el particular los comentarios de PANTALEÓN, *op. cit.*, pp. 68 y 227 y ss. Es de notar que, en la actualidad, tras la aprobación de la nueva Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los pronunciamientos de este tipo comienzan ya, como no podía ser de otro modo, a producirse. Así, por ejemplo, la Sentencia (civil) de la Audiencia Provincial de Oviedo, de fecha 4 de julio de 1994, a la que aludiremos después, que revoca el fallo sobre el fondo decidido por la Sentencia del Juzgado de Instancia, en un asunto en el que fueron demandados el Ayuntamiento de Gijón y otras varias personas, físicas y jurídicas.

<sup>13</sup> Que no es ya, según entiendo, la que sostiene en la actualidad. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4.ª ed., Madrid, 1993, pp. 388 y ss., como veremos.

<sup>14</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios...*, cit., p. 197.

cesionario de servicios públicos en ejercicio de la concesión se regirá en adelante por la nueva Ley y no por el Código Civil?». El mismo <sup>15</sup> respondía: «No, a nuestro juicio», al afirmar, como hemos visto, que «el concesionario se encuentra como regla en una situación de Derecho civil, por la razón simple de que es una persona de Derecho civil», de tal forma que si ni sus actos, ni sus contratos o sus agentes son actos, contratos o agentes administrativos, ninguna razón existe para que su responsabilidad sea una responsabilidad administrativa, diferente a la civil. Respecto al segundo de los aspectos indicados, la conclusión era, asimismo, elemental, en cuanto consecuencia de la anterior: la jurisdicción competente para aplicar los principios del resarcimiento propios del Derecho civil no será la jurisdicción contencioso-administrativa, sino lógicamente la civil: «La razón de esta calificación —decía el autor citado <sup>16</sup>— es simple: se trata de relaciones patrimoniales entre particulares, dado el inequívoco carácter privado del concesionario y de su empresa. En el orden práctico juega también claramente la intención de descargar a la Administración de un volumen de asuntos considerables ...»

Por su parte, CLAVERO <sup>17</sup> señalaba en 1971, en una afirmación que sigue siendo todavía válida <sup>18</sup>, que «la primera impresión que produce el estudio de los aspectos jurisdiccionales de la responsabilidad de la Administración en la doctrina de los Tribunales ordinarios es la cantidad de asuntos que han sido conocidos por ellos, que también hubieran sido fallados en cuanto al fondo por las Salas de lo Contencioso-Administrativo si ante ellas hubieran sido planteados».

Lo que se produjo, en la práctica, fue ciertamente la asunción de su propia competencia por parte de ambas jurisdicciones, especialmente la civil, que fue, como se ha notado <sup>19</sup>, ante la que se plantearon la

<sup>15</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 203.

<sup>16</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 202.

<sup>17</sup> CLAVERO ARÉVALO, M. F., «La quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración», *RAP*, núm. 66, 1971, p. 99. Cfr. también los ejemplos citados por SALAS, J., *Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica*, Bolonia, 1977, esp. pp. 136 y ss., y MARTÍN REBOLLO, L., *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Madrid, 1977. Asimismo, Díez-PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. I, Madrid, 1966, pp. 667 y ss.

<sup>18</sup> Y que ya había recogido yo mismo en 1978 en mi trabajo, p. 400, por nota. Cfr., posteriormente, las observaciones de PANTALEÓN, F., *op. cit.*, p. 235, sobre la validez de esa cita en 1985, afirmación hoy todavía correcta por lo menos hasta que se proceda a la aplicación plena del sistema establecido en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

<sup>19</sup> Cfr. PANTALEÓN, F., *op. cit.*, pp. 63, 237, y *passim*, que alude a un sistema de libre opción (*contra legem*) en beneficio del perjudicado o a una «dualidad de jurisdicciones excluyentes entre sí». Luego veremos cómo no siempre esto es así, puesto que algún caso hay en el que el mismo asunto ha sido decidido por el Tribunal Supremo en la Sala Primera y en la de lo Contencioso-Administrativo. En el mismo sentido, MUÑOZ MACHADO, S., *La responsabilidad civil concurrente...*, cit., pp. 95 y ss.

mayor parte de las acciones de responsabilidad civil frente a concesionarios y contratistas de la Administración <sup>20</sup>.

Pues bien, la jurisprudencia civil, que es donde ha estado radicada esta cuestión durante todo ese tiempo, se ha negado sistemáticamente a aplicar la Ley de Expropiación Forzosa o la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en sus decisiones sobre la responsabilidad de concesionarios y contratistas de la Administración, probablemente para evitar acusaciones de exceso de jurisdicción <sup>21</sup>, con la consecuencia de que el sistema legalmente establecido fue lisa y llanamente inaplicado por unos Tribunales civiles sólidamente instalados en una jurisprudencia aplicadora de la doctrina de la culpa, claramente *contra legem* <sup>22</sup>, creadora de sus propias reglas abiertamente contrarias a Derecho, tan insólitas como las contenidas, por ejemplo, en la Sentencia de 20 de marzo de 1990, en donde se asegura que el servicio público imprime tan fuerte carácter que la Administración titular del mismo responde siempre de lo que acontezca como consecuencia de su funcionamiento, aunque la gestión se haya encomendado a un particular, colaborador eventual o estable. Esa jurisprudencia afirma también la existencia de solidaridad en la responsabilidad, de tal modo que siempre que intervenga en la producción de daño la Administración titular del servicio (aunque su intervención sea mínima), el lesionado podrá dirigirse directamente contra ella exigiéndole la indemnización completa <sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Esta fue, por lo demás, la fórmula que MARTÍN-RETORTILLO («Responsabilidad patrimonial de la Administración y Jurisdicción», *RAP*, núm. 42, 1963, p. 207) propugnó en 1963 para resolver el problema de las acciones de responsabilidad frente a la Administración cuando ésta actuase en relaciones de Derecho privado —y que llegó a figurar incluso, antes, en el Anteproyecto de LRJAE—: que el lesionado pudiera dirigirse, a su arbitrio, ante ambas jurisdicciones, resultando las dos competentes.

<sup>21</sup> MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, p. 115. Véase también el excelente análisis de esta jurisprudencia civil que lleva a cabo en el mismo lugar.

<sup>22</sup> Cfr. PANTALEÓN, *op. cit.*, pp. 57, 64, 67 ó 96. La misma afirmación en MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, pp. 97 y ss. y 115 y ss.

<sup>23</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, pp. 114 y ss. y 124, que, tras analizar con todo detenimiento la jurisprudencia civil al respecto concluye, en efecto, que, habiendo establecido una doctrina fuertemente objetivadora, aplica, no obstante, su ordenamiento propio (el Código Civil), sustituyendo (*contra legem*) la legislación administrativa, lo que conduce al establecimiento de reglas propias que no concuerdan con el Derecho vigente, y que pueden resumirse, por ejemplo, en la afirmación de la Sentencia de 20 de marzo de 1990, citada en el texto, de que «el titular del servicio público responde siempre, aunque adjudique su gestión a un concesionario», o en la consagración de la regla de la solidaridad, que permite a los particulares lesionados, «a la mínima participación de la Administración en la producción de la lesión, exigirle a ella en primer lugar y de forma directa la indemnización entera» (p. 118).

## II. LOS PROBLEMAS ACTUALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CONCESIONARIOS Y CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACION

Ahora bien, todo ello no obstante, y aunque tardíamente, el sistema instaurado por la Ley de Expropiación Forzosa ha ido encaminándose hacia su efectiva vigencia, bien es verdad que con enormes dificultades, derivadas de la inercia jurisprudencial a que acaba de hacerse referencia.

Fue el Consejo de Estado quien primero tuvo ocasión de enfrentarse a los problemas derivados de la responsabilidad de los concesionarios y contratistas en tres conocidos e influyentes Dictámenes<sup>24</sup>, cuyos presupuestos básicos, con algunas pequeñas alteraciones, han permanecido prácticamente los mismos hasta la actualidad, para ser, mucho después, recogidos por la jurisprudencia contencioso-administrativa, que se ha enfrentado a ellos en términos no ciertamente uniformes, en tres momentos diferentes. Los hitos de esta jurisprudencia contencioso-administrativa, como se verá después con más detalle, vienen constituidos por las siguientes decisiones: la primera vez, que yo sepa, en que se produce un pronunciamiento judicial al respecto es en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la entonces Audiencia Territorial de Oviedo, de fecha 18 de marzo de 1976<sup>25</sup>, cuya doctrina fue posteriormente rectificada en apelación por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de mayo de 1980 (Arz. 2844), pese a que el fallo de instancia fue confirmado en sus propios términos. Con criterio muy diferente se aproxima al argumento la Sentencia de 9 de mayo de 1989 (Arz. 4487), para ser, a su vez, rectificado por la Sentencia de 25 de enero de 1992 (Arz. 1343), que finalmente plantea la cuestión en sus justos términos. Lo sucedido aquí con esta jurisprudencia, es decir, el conflicto de posiciones jurídicas producido en el momento en que los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa se enfrentan a los problemas de la responsabilidad de los contratistas y los concesionarios, no es sino un reflejo de las diferencias de criterio existentes en la doctrina<sup>26</sup>, ilustrativo, asimismo, acerca de lo extraordinariamente laborioso de la puesta en práctica del sistema legal previsto.

Los problemas que hoy plantea la responsabilidad de los concesionarios y los contratistas de la Administración —y que recoge esa juris-

<sup>24</sup> De fechas 1967, 1968 y 1970; cfr. mi trabajo «Responsabilidad de contratistas y concesionarios...», cit., p. 401, y notas 14 y 15.

<sup>25</sup> Cfr. mi trabajo «Responsabilidad de contratistas y concesionarios...», cit., pp. 397 y ss.

<sup>26</sup> Ya puestas de manifiesto en mi trabajo «Responsabilidad de contratistas y concesionarios...», cit., esp. pp. 403 y ss.

prudencia— son sustancialmente tres, los tres siguientes: en primer término, la cuestión de si la responsabilidad extracontractual de los empresarios de los servicios públicos es exigible con arreglo a las reglas de la **responsabilidad objetiva** que establece la Ley de Expropiación Forzosa para la responsabilidad aquiliana de la Administración (es decir, la responsabilidad derivada del artículo 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa) o si, por el contrario, su responsabilidad se acomoda a la doctrina de la culpa o negligencia prevista en el Código Civil, tal y como, ya hemos visto, ocurría con anterioridad a la Ley de Expropiación Forzosa y la jurisprudencia civil seguía después admitiendo.

En segundo lugar, está la más polémica cuestión de la imputación de los daños causados por el contratista o concesionario: se trata de averiguar, en efecto, quién es el **sujeto imputable** por la producción de los daños ocasionados por el concesionario de los servicios públicos, lo que implica decidir si de la lesión sufrida por un tercero a causa de la actuación del empresario de un servicio público debe responder directamente la Administración concedente del servicio o, por el contrario, responde (con responsabilidad objetiva) el propio concesionario o gestor de los servicios públicos (y en qué casos y en qué circunstancias), supuesto, naturalmente, el cumplimiento o la concurrencia de los requisitos generales del daño indemnizable, es decir, la realidad efectiva de los daños producidos y la existencia de un nexo causal entre la acción lesiva (o su ausencia o defecto) y el resultado dañoso.

Este asunto, en gran medida puramente artificioso, constituye un argumento que si en el momento de establecerse el régimen jurídico que ha quedado descrito no podía generar dificultad alguna (es inimaginable que la Administración pudiera responder de los daños ocasionados por los concesionarios, sujetos absolutamente privados e independientes de la Administración), ha venido a convertirse con posterioridad en un importante elemento de confusión en el régimen jurídico de la institución, que ha impedido una adecuada comprensión del sistema legal, tan claro, por lo demás, en su formulación y tan correcto en los principios y en el régimen que establece, como hemos visto. En esta interpretación, sostenida por un sector de la doctrina<sup>27</sup>, y que

<sup>27</sup> Así, con un título muy significativo, GONZÁLEZ NAVARRO, F., «Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público», *RDAF*, núms. 44-45, 1976, pp. 215 y ss. En el mismo sentido, ARIÑO ORTIZ, G., «El servicio público como alternativa», *REDA*, núm. 23, 1979, p. 552; VILLAR EZCURRA, J. L., *La responsabilidad en materias de servicios públicos*, Madrid, 1981, esp. pp. 19 y 66; JURISTO SÁNCHEZ, R., *La ejecución del contrato de obra pública*, Madrid, 1983, pp. 165 y ss. También DEL GUAYO CASTIELLA, I., *El servicio público del gas*, Madrid, 1992, pp. 280 y ss.; GARCÍA PÉREZ, Marta, *La utilización del dominio público marítimo-terrestre. Estudio especial de la concesión demanial*, Madrid, 1995, pp. 309 y ss. Frente a esta posición, que hace abstracción del sentido literal de las normas, en la línea de la aplicación del régimen jurídico legalmente previsto, cfr. mi trabajo «Responsabilidad de contratistas y concesionarios...», cit., pp. 403 y ss., y bibliografía allí citada. En el mismo sentido, LEGUINA VILLA, J., *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, 2.ª ed., Madrid, 1982,

tuvo reflejo jurisprudencial en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1989 —en cuanto el principal defensor de la misma tuvo ocasión de traducirla directamente a una Sentencia—, la Administración sería directamente responsable de los daños causados por sus concesionarios, contratistas o agentes, existiendo una responsabilidad solidaria de aquélla con éstos, que no serían ya meros sujetos privados o empresarios estrictamente particulares, sino nada más y nada menos que **delegados** en sentido estricto de la Administración, al ser la concesión o el contrato constitutivos de una auténtica delegación, conservando siempre la Administración la titularidad del servicio concedido y los poderes de policía sobre el mismo.

No me parece que ésta sea una solución correcta, como ya he tenido ocasión de señalar<sup>28</sup>, solución, por lo demás, que ha sido, asimismo, pronto —y parece que definitivamente— arrumbada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha vuelto, acertadamente, a cambiar el criterio de esa decisión, que puede así considerarse aislada. Baste por el momento decir que los daños que no puedan serle imputados a la Administración no pueden ser de ningún modo por ella atendidos, no habiendo, en consecuencia, solidaridad alguna entre la Administración y el contratista o concesionario (otra cosa sería, como se notará, una posible responsabilidad subsidiaria de la Administración en caso de insolvencia de éstos), ni siendo en modo alguno equiparables o intercambiables entre sí la técnica de la concesión con la de la delegación, no teniendo nada que ver tampoco, consecuentemente, desde el punto de vista que nos ocupa, un concesionario de un servicio público con un delegado de la Administración.

Está, por último, el viejo y gran asunto de la **jurisdicción competente** —tan debatido, aunque hoy ya también definitivamente resuelto—, la cuestión del cauce procesal de la reclamación correspondiente (difícilmente escindible de las demás cuestiones, estrechamente imbricadas entre sí), esto es, en definitiva, si la responsabilidad de los gestores de los servicios públicos debe exigirse ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria o ante los de la jurisdicción contencioso-administrativa, tras seguir la vía específica que establece el artículo 123 de la Ley de Expropiación Forzosa o el artículo 134 del Reglamento de Contratos del Estado.

p. 325; MARTÍN REBOLLO, L., «La responsabilidad patrimonial de la Administración local», cit., p. 618; PANTALEÓN, F., *Responsabilidad civil...*, cit., pp. 56 y ss.; MESTRE DELGADO, J. F., «Las formas de prestación de los servicios públicos locales...», cit., pp. 1258 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S., *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, cit., pp. 119 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4.ª ed., Madrid, 1993, pp. 388 y ss. *Vid.* la bibliografía citada en nota 1.

<sup>28</sup> Cfr. mi trabajo «Responsabilidad de contratistas y concesionarios...», cit., pp. 403 y ss. Cfr., en el mismo sentido, la doctrina citada en la nota anterior.

### III. RESPONSABILIDAD OBJETIVA O RESPONSABILIDAD POR CULPA O NEGLIGENCIA

La solución adoptada en este punto, ya desde los primeros Dictámenes del Consejo de Estado, ha sido, como hemos visto, la de entender aplicables a la responsabilidad de contratistas y concesionarios las reglas de la Ley de Expropiación Forzosa —las mismas que las que rigen respecto a la responsabilidad de la Administración—, reglas que teóricamente son más beneficiosas para el particular lesionado que las propias del Código Civil, en la medida en que podrá verse resarcido sin necesidad de tener que probar la concurrencia de culpa o negligencia en la conducta lesiva <sup>29</sup>.

La idea rectora en esta materia no es otra, a mi juicio, que la de que el resarcimiento de los daños producidos por la prestación de servicios públicos en sentido estricto no puede introducir discriminación alguna en relación con la posición del sujeto dañado, que no tiene por qué ver recortada su esfera patrimonialmente garantizada frente a los daños causados por servicios de titularidad administrativa, cualquiera que sea la modalidad de prestación concreta de los mismos, es decir, en función de la forma jurídica concreta en que son llevados a cabo. Esta perspectiva, por lo demás, es la adoptada por el artículo 106.2 de la Constitución y su no aceptación podría integrar una auténtica discriminación en el sentido en que el Tribunal Constitucional ha fijado el concepto, esto es, como una desigualdad de trato no justificada por no ser razonable, y, en consecuencia, una violación del artículo 14 de la Norma Fundamental que podría justificar la procedencia de la utilización del recurso de amparo.

En este sentido se pronunció tempranamente el Consejo de Estado, en el Dictamen de 12 de julio de 1973 <sup>30</sup>, la trascripción de cuya argumentación nos releva de mayores precisiones:

«Pero mayor importancia tiene, como conclusión extraída de lo dicho, la afirmación de que el derecho indemnizatorio del particular lesionado queda configurado en los términos sustantivos de la Ley de Expropiación Forzosa, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios

<sup>29</sup> No parece, sin embargo, tan evidente este beneficio, habida cuenta de la tendencia a la «objetivación» de la responsabilidad en la jurisprudencia civil, que vendría a relativizar la distinta capacidad garantizadora de uno y otro régimen. Cfr. SALAS, J., *Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica*, Bolonia, 1977, p. 146; PANTALEÓN, F., *Responsabilidad civil...*, cit., pp. 83 y ss., por nota; MUÑOZ MACHADO, S., *La responsabilidad civil concurrente...*, cit., pp. 114 y ss. y 117 y ss.

<sup>30</sup> Recop. 1972-1973, Madrid, 1980, pp. 143 y 144.

públicos, y ello aunque la titularidad del servicio haya quedado transferida en régimen de concesión con interposición consiguiente de la figura de un concesionario. Cualquier particular afectado por la actuación de éste podrá tener y ejercitar la acción civil ordinaria y exigir, en consecuencia, la obligación de indemnizar a quien, interviniendo culpa o negligencia, le hubiere causado daño (art. 1.902 del Código Civil), pero tiene también la acción administrativa para exigir y obtener la indemnización prevista en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, si concurren los requisitos legales al efecto establecidos. *El criterio del encuadramiento orgánico del agente productor del daño dentro de la esfera administrativa podrá ser coherentemente esgrimido para la determinación del sujeto responsable, o de la eventual responsabilidad subsidiaria de la Administración, pero no para restringir la cobertura indemnizatoria del particular lesionado, con remisión a las normas del Derecho civil que establecen la responsabilidad por culpa o negligencia, mientras que la Ley de Expropiación Forzosa la objetiva por referencia a la causa (funcionamiento del servicio público) con abstracción del elemento intencionalidad o de la valoración de la negligencia del sujeto responsable. Y es que el derecho a ser indemnizado que asiste al particular lesionado por el funcionamiento de los servicios públicos está configurado en términos sustantivos por el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, con independencia de que la Administración mantenga la titularidad del servicio y lo gestione directamente o interponga un tercer concesionario. La utilización por la Administración de un servicio no puede trascender, con efecto limitativo, sobre los derechos y posición de los administrados lesionados por el servicio. Lo contrario produciría evidentes e inadmisibles consecuencias discriminatorias para supuestos objetivos idénticos.»*

No obstante la distinción establecida por el Consejo de Estado en función de cuál sea la actividad desarrollada por el concesionario, pública o privada, de donde implícitamente concluye la existencia de una **doble responsabilidad** de contratistas y concesionarios según cuál sea la forma aplicable, con distinto alcance en cuanto a las reglas a aplicar y a la jurisdicción competente<sup>31</sup>, parece mucho más razonable pensar que la responsabilidad de los contratistas y concesionarios es única, porque establecer esa doble esfera de responsabilidad<sup>32</sup> «supone introducir un elemento de inseguridad que necesariamente ha de perju-

<sup>31</sup> De ello es una muestra el texto del Dictamen transcrito. Pero también se observa en otros, como en los de 13 de julio de 1967 y 11 de julio de 1968, por ejemplo. Cfr. sobre el particular mi trabajo «Responsabilidad de contratistas y concesionarios...», cit., p. 405.

<sup>32</sup> SALAS, J., *op. cit.*, p. 145.

dicar a quien ha sufrido el daño, en la medida en que se le obliga a analizar, previamente a la presentación de su reclamación, la naturaleza jurídica de la actividad de la que se ha derivado el daño». La dicción de los artículos 121.2 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y del artículo 134 del Reglamento de Contratos del Estado despeja cualquier duda sobre el particular, al no distinguir ninguna clase de actividad de concesionarios y contratistas por razón de su naturaleza —se refieren a toda ella— y sus reglas, perfectamente claras, son difíciles de salvar en cuanto al reconocimiento del carácter objetivo de la responsabilidad de estos colaboradores de la Administración, cualquiera que sea su actividad.

Carácter objetivo de la responsabilidad, cuya justificación deriva, como se dice, de la realización de actividades que son de titularidad administrativa, frente a la cual, y desde la perspectiva del titular del patrimonio dañado (que es una de las prioridades de la Ley), no debe existir diferencia alguna según que la gestión del servicio o la realización de la obra se efectúe por la propia Administración directamente o por medio de contratista o concesionario interpuesto. Así lo entendió finalmente también la jurisprudencia, a partir de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la entonces Audiencia Territorial de Oviedo, de fecha 18 de marzo de 1976<sup>33</sup>, cuando señaló lo siguiente:

«Remitir al tercero perjudicado por la ejecución de una obra pública a las reglas comunes de la responsabilidad civil, so pretexto de que la comisión del daño es imputable al contratista, sería tanto como recortar sus posibilidades de reclamar indemnización, en demérito de los derechos que las Leyes administrativas le confieren; piénsese —razona dicho Alto Cuerpo Consultivo— en el contraste que entrañarían las diferencias de las reglas a aplicar (administrativas o civiles), según que la obra pública fuese ejecutada directamente por la Administración o por el sistema de contrata; de esta forma se proporciona a los perjudicados un mayor margen de seguridad jurídica, ya que para ellos es siempre la Administración quien actúa con su cortejo de prerrogativas y poderes, sin que les corresponda conocer las relaciones internas que puedan existir entre la Administración y el contratista a los efectos del abono de las indemnizaciones que puedan ser exigidas.»

---

<sup>33</sup> Sentencia a la que me referí en mi trabajo «Responsabilidad de contratistas y concesionarios...», cit., pp. 401 y ss., siendo la primera decisión que conozco que aborda frontalmente estas cuestiones.

Esta solución fue ratificada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de mayo de 1980 (Arz. 2844), que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la misma <sup>34</sup>, afirmando que

«los preceptos antes citados (son los artículos 121.2 y 123 LEF y 134.2 RCE) han pretendido sin duda en estos casos permitir al particular citado una paridad de trato en relación con otros casos en que la Administración es directamente imputable, pero sin perjuicio de que la responsabilidad recaiga sobre el patrimonio a quien realmente corresponda porque es quien tiene obligación de soportarla».

#### IV. LA CUESTION DE LA IMPUTACION

Este último inciso nos introduce directamente en el tema de la imputación de los daños causados a terceros por los contratistas o concesionarios. La cuestión a resolver aquí es la de determinar si de los daños causados a terceros por los concesionarios o los contratistas de la Administración responde directamente la Administración o lo hace el propio concesionario o contratista, aun cuando la responsabilidad lo sea siempre de acuerdo con las reglas de la Ley de Expropiación Forzosa y no del Código Civil.

Un sector de la doctrina y una (aislada) Sentencia contencioso-administrativa —en una cierta concordancia con los resultados obtenidos por la jurisprudencia civil— vienen a afirmar, como hemos notado, posiblemente con un bienintencionado pero excesivo celo garantizador (en extremo, vendría a hacer del Estado un inmenso asegurador universal), que la responsabilidad por los perjuicios causados por los concesionarios y contratistas debe ser directamente atribuida a la Administración titular del servicio o de la obra, existiendo una responsabilidad solidaria de la misma derivada de esa titularidad y de la condición del contratista o concesionario como un mero delegado en sentido técnico de la Administración, aunque ello pueda ser sin perjuicio de la puesta en manos de ésta de una acción de regreso que le permita dirigirse contra el contratista, de tal modo que sea éste quien finalmente soporte la carga del resarcimiento económico debido. Así se manifiesta, por ejemplo, la ya citada Sentencia de la Sala de Oviedo, de 18 de marzo de 1976, cuyo supuesto de hecho, bien simple, es extraordinariamente clarificador: se trata de un contratista municipal de una

---

<sup>34</sup> Aun cuando la Sentencia de la Sala de Oviedo fue confirmada, lo cierto es que lo fue con una argumentación muy diferente, más en la línea que se señala en el texto y ya apuntada en mi trabajo de 1978. En el mismo sentido, la Sentencia de 18 de diciembre de 1982, comentada por PANTALEÓN, *op. cit.*, pp. 61 y ss.

obra de urbanización que, al utilizar una pala excavadora, provoca el derrumbamiento de una casa colindante con las obras. La perjudicada se dirige al Ayuntamiento en cuestión en solicitud del resarcimiento de los daños y perjuicios, petición que el Ayuntamiento deniega, indicando que los daños debe sufragarlos el contratista —y a él serle reclamados—, en cuanto adjudicatario de las obras. La reclamante acude a la jurisdicción contencioso-administrativa y la Sala declara la responsabilidad, no del contratista, sino directamente de la Administración, justificándolo en los siguientes términos, resultando particularmente llamativo, en este sentido, el inciso relativo a la cita del artículo 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa:

«No es óbice a las ineludibles consecuencias que de lo anteriormente razonado se desprende, el hecho de que los daños —indudablemente acaecidos en la realidad— sean producidos por la ejecución material de la actividad desplegada por una empresa constructora, ligada con la Administración Local demandada por un indudable contrato administrativo para la realización de un proyecto de urbanización, pues independientemente de la norma contenida en el artículo 121, número 2, de la Ley de Expropiación Forzosa, la doctrina legal antes expuesta evidencia que la Administración Pública responderá de los daños causados a terceros que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, *aludiendo el ordenamiento jurídico con esa expresión legal a todo tipo de actuación administrativa ejercitada desde la posición privilegiada que a la Administración corresponde como persona jurídica de Derecho público; en ella se engloba* —dice el Dictamen del Consejo de Estado de 18 de junio de 1970— *la ejecución de las obras públicas, ya lo sean con servicios y medios propios, ya mediante la interposición de un contratista privado: el titular de la obra pública es siempre la Administración, que en ningún momento deja de ejercitar sobre ella sus potestades y de asumir la responsabilidad de los daños que su ejecución pueda causar a terceros*»<sup>35</sup>.

Sentado que el responsable directo de los daños causados por el contratista lo es la Administración contratante, la Sentencia, admitien-

<sup>35</sup> La noción de servicio público a estos efectos es siempre una noción amplia, que la jurisprudencia ha tenido ocasión de precisar. Así, por ejemplo, la Sentencia de 15 de febrero de 1994 (Arz. 890), con cita de otras anteriores, dice, a estos efectos, de la responsabilidad de la Administración: «El concepto jurídico del servicio público ha sido definido por esta Sala —Sentencias de 5 de junio de 1989 (Arz. 4338) y 22 de noviembre de 1991 (Arz. 8844)— como toda actuación, gestión o actividad propias de la función administrativa ejercida, incluso con la pasividad u omisión de la Administración cuando tiene el deber concreto de obrar o comportarse de modo determinado.» Cfr. también PANTALEÓN, F., *op. cit.*, pp. 66, 234, *passim*.

do, no obstante, que en determinados casos la carga económica de la indemnización debe corresponder al contratista, atribuye a la Administración una acción de regreso frente a éste:

«A la Administración incumbirá, en su caso, ejercitar la acción de regreso contra los contratistas, cuando los daños producidos le sean imputables a ellos y no a vicios del proyecto, según se desprende de las reglas contenidas en los artículos 19 del Pliego General de Condiciones de 13 de marzo de 1903 (Decreto de 31 de diciembre de 1970) (*sic*) y 134 del Reglamento de 28 de diciembre de 1967 y 25 de noviembre de 1975; **al contratista le corresponde, en definitiva, la carga económica de la indemnización, pero sin que esta responsabilidad final pueda servir a la Administración para desvanecer la suya propia frente a terceros.**»

No puede compartirse esta posición jurisprudencial, sustancialmente errónea, a mi juicio, en cuanto permite cargar sobre un sujeto (la Administración) la responsabilidad contraída por otro sujeto diferente, extraño a la propia Administración, y por causas no debidas a ésta. Por el contrario, no parece que ofrezca demasiadas dudas que la responsabilidad de los contratistas o concesionarios de la Administración, ajenos por completo a su estructura organizativa, debe ser exclusivamente suya, porque ellos son únicamente los sujetos imputables, no debiendo, por tanto, responder la Administración por actos o hechos que no son susceptibles de serle atribuidos.

Es sabido, en efecto, que, para el surgimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, el título de imputación básico (aparte de otros que lo complementan), lo es el de la integración en la organización administrativa, de tal modo que sólo cuando el agente dañoso aparezca obrando dentro de la propia estructura organizativa de ésta, podrá serle jurídicamente atribuido a la misma. Por ello, «por no estar integrados en la organización, no imputan su actividad dañosa a la Administración los concesionarios» ni «los contratistas administrativos»<sup>36</sup>, sino que los perjuicios provocados en el desarrollo de su actividad en el ámbito del servicio concedido o de la obra contratada les son directamente atribuibles a ellos mismos —salvo, naturalmente, en los casos de excepción precisados en los artículos 121.2 LEF para los concesionarios y 134 del Reglamento de Contratos del Estado para los contratistas, supuestos éstos en los que, al actuar los contratistas o concesionarios como meros ejecutores de órdenes de la Administración,

<sup>36</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso...*, cit., II, p. 388.

puede perfectamente entenderse que el daño procede directamente de ella y justamente en el ámbito de su giro o tráfico <sup>37</sup>.

No es obstáculo a esta conclusión, ni introduce ninguna alteración en la misma, el hecho de que sea la Administración quien deba pronunciarse en todo caso sobre la procedencia de la indemnización y sobre el sujeto responsable del daño —el concesionario, el contratista o ella misma—, en la medida en que este pronunciamiento simplemente materializa la voluntad legal de establecer un único procedimiento de reclamación de las lesiones producidas por contratistas o concesionarios, pero no afecta en absoluto al mecanismo de imputación del resultado dañoso, cuya precisión es, en el caso que nos ocupa, perfectamente nítida en su elementalidad.

La doctrina de la Sentencia en cuestión fue corregida en el sentido que se acaba de poner de manifiesto por la del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1980 (Arz. 2844), que resolvió el recurso de apelación contra aquélla interpuesto por la Administración Local demandada y que, pese a confirmar en sus propios términos el fallo de la decisión de instancia, fijó una doctrina conceptualmente muy diferente, justamente en la línea de lo que acaba de ser expuesto, de que la imputación no puede ser realizada directamente a la Administración sino al contratista o concesionario interpuesto que es quien, en realidad, causa el daño. Para hacer justicia en el caso concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo tuvo ciertamente que realizar algún malabarismo jurídico —como consecuencia de tener que condenar a la Administración, pese a reconocer abiertamente que los daños eran imputables al contratista y que él debería pagarlos <sup>38</sup>—, pero su doctrina es clara en lo que respecta a la afirmación de la inexistencia de responsabilidad directa de la Administración en estos casos, puesto que el sujeto imputable lo es el contratista. Dice así la Sentencia en los extremos que interesan:

«CDO.: Que la Sentencia apelada se funda, para declarar la obligación de la Corporación municipal de indemnizar, en la general aplicación y, por tanto, a los Entes Locales del artículo 121 LEF, reiteradamente señalada de modo directo por la doctrina de esta Sala; y en lo que al caso respecta, porque entiende

<sup>37</sup> Así se manifiesta con toda claridad la Sentencia (contenciosa) de 31 de julio de 1989 (Arz. 6193), Sentencia que, siendo inmediatamente posterior a la de 9 de mayo de 1989 (Arz. 4487), no sigue, sin embargo, la doctrina de ésta, manteniéndose en la línea del texto. A ella nos referiremos más abajo.

<sup>38</sup> Véase especialmente la primera parte del último considerando, de difícil comprensión, aun cuando parece querer decir que si la Administración no se pronuncia de acuerdo con lo que le pide el artículo 123 de la Ley de Expropiación Forzosa, queda abierta la posibilidad de ejercitar la acción de responsabilidad contra la Administración. Cfr. MUÑOZ MACHADO, S., *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 123-124.

que en relación con aquella prescripción legal la obra pública, incluso realizada mediante contratista privado, es también servicio público en el amplio sentido de empresa u organización pública allí empleado y cuyo normal o anormal funcionamiento es susceptible de determinar la responsabilidad del Ente titular; **debe, sin embargo, señalarse que en el caso de obra pública ejecutada mediante contrata, como el de servicio público prestado mediante concesionario, tiene lugar la interposición de una empresa privada que presta el servicio o realiza la obra, situándose en una relación de Derecho público respecto de la Administración pero en posición de Derecho privado respecto a los particulares, con ese efecto, precisamente querido, de interposición de otra persona, de suerte que en su esfera de actividad ya no pueda hablarse de empresa administrativa ni de imputación por articulación orgánica en la Administración; la consecuencia, obviamente, sería la de que sus actos dañosos no serían susceptibles de imputarse a la Administración, sino a la empresa interpuesta en uno y otro caso, y así precisamente lo declaran los artículos 121.2 LEF y 72.3 de la de Contratos del Estado, respecto del concesionario, y el artículo 134.1 del Reglamento General de Contratación del Estado de 28 de diciembre de 1967 —aplicable supletoriamente a las Corporaciones locales por virtud de la Disposición Adicional 2.ª de su Reglamento de Contratación—; prescripciones normativas que si no dejan duda acerca de ese extremo, en ambos casos contemplan la posibilidad de un supuesto en que sí es imputable el daño a la Administración, es decir, cuando tenga su origen “en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste” (en la concesión) o “los perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración” (en el contrato de obras); claro está que sin duda como consecuencia de esta excepción y del carácter decisivo y prioritario que la determinación de esas excepciones puede tener para la Administración, se reconoce a ésta la competencia para decidir, tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 121 (art. 123 LEF), prescripción, asimismo, explícita en el artículo 134.2 del citado Reglamento de Contratación, aplicable pese a su rango precisamente porque en rigor procede a hacer aplicación del mismo principio a caso idéntico, como se acaba de señalar; y con ello, confiere carácter contencioso-administrativo a la reacción frente a esas decisiones de la Administración.**

CDO.: Que en el caso, la Corporación demandada, lejos de proceder de ese modo, se limitó a rechazar la reclamación con

base en la existencia de un contratista pero sin pronunciarse concretamente como los preceptos citados exigen, con lo cual lo que hizo fue eludir su propia responsabilidad frente al perjudicado, reclamante en la vía administrativa procedente, y a ella debe, por tanto, serle impuesta, sin perjuicio de su desplazamiento sobre el responsable, de modo idéntico al contemplado en el artículo 42 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; puesto que, a más de lo dicho, **los preceptos antes citados han pretendido sin duda en estos casos permitir al particular citado una paridad de trato en relación con otros casos en que la Administración es directamente imputable, pero sin perjuicio de que la responsabilidad recaiga sobre el patrimonio a quien realmente corresponde porque es quien tiene obligación de soportarla.»**

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1992, como veremos<sup>39</sup>, cuya doctrina vino a rectificar la sentada por la de 9 de mayo de 1989 (Arz. 4487) que supuso, a su vez, un giro radical sobre los correctos principios que acaban de ser destacados y que seguidamente se examina.

Un camino muy diferente toma, en efecto (aun cuando en su último considerando se remite y cita textualmente la Sentencia de 28 de mayo de 1980), la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1989<sup>40</sup>, al suponer un giro verdaderamente importante en la jurisprudencia anterior, y de la que fue Ponente Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, que tradujo al texto de una Sentencia la posición doctrinal que sobre esta cuestión había mantenido él mismo con anterioridad<sup>41</sup>, sostenido sustancialmente alrededor de la afirmación de que en los supuestos de daños causados por concesionarios y contratistas quien responde directamente es la Administración titular del servicio, justamente por serlo, y no el contratista o concesionario interpuesto, frente a quien, en su caso, la Administración dispondría de un acción de regreso que le permitiría resarcirse de una indemnización indebidamente acordada. Esta posición, difícilmente compatible, a mi juicio, con los precisos términos de la Ley, debe, sin embargo, ser adecuadamente examinada, aun cuando su vida ha sido —afortunadamente, en mi

<sup>39</sup> Cfr. también la Sentencia de 11 de noviembre de 1986, citada por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso...*, cit., II, p. 388.

<sup>40</sup> Decisión jurisdiccional ésta que suscitó gran interés (y críticas) en la doctrina. Cfr. REBOLLO PUIG, M., *op. cit.*, pp. 23 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, esp. pp. 125 y ss., pero que no tuvo continuidad alguna.

<sup>41</sup> Cfr. su trabajo «Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público», cit., pp. 215 y ss., cuyo título es ya significativo. La traslación es, en muchos casos, literal, reproduciendo incluso la Sentencia las erratas contenidas en el trabajo. Cfr. REBOLLO PUIG, M., *op. cit.*, p. 27, por nota.

criterio— relativamente efímera, al venir su doctrina muy pronto recificada por las Sentencias de 31 de julio de 1989, ya citada, y, muy especialmente, por la de 25 de enero de 1992, a la que nos referiremos después.

El despliegue teórico de la Sentencia de 9 de mayo de 1989 contrasta vivamente, por de pronto, con la importancia de los hechos en ella enjuiciados, que eran verdaderamente sencillos (y, en lo sustancial, muy semejantes a los resueltos por la Sentencia de la Sala de Oviedo más arriba examinada): la existencia de unos daños provocados en unos inmuebles ubicados en la Plaza Mayor de Palencia como consecuencia de filtraciones de agua (minuciosamente descritas en la propia Sentencia) debidas al mal funcionamiento de unas bocas de riego. Constatada la existencia de los daños y reclamada por el dueño de los inmuebles una indemnización, el Ayuntamiento se niega a su abono, alegando que el servicio público del abastecimiento de agua era un servicio prestado en régimen de concesión (y que el pliego de condiciones establecía que el contratista sería directamente responsable de los daños causados a terceros por el funcionamiento anormal de los servicios a su cargo), por lo que, en consecuencia, la Corporación no podría entrar a resolver el fondo del asunto, remitiendo al reclamante a los Tribunales civiles. No obstante ser declarado inadmisibile su recurso de reposición, por entender el Ayuntamiento de Palencia que lo procedente era una reclamación previa a la vía judicial civil, el recurrente planteó el pleito ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la entonces Audiencia Territorial de Valladolid, que dictó Sentencia estimatoria, posteriormente confirmada por la del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1989.

Tres son —o, tal vez, cuatro— los argumentos que se contienen en la Sentencia de 9 de mayo de 1989 (coincidentes con los expuestos por GONZÁLEZ NAVARRO en su trabajo, resumido en los términos de la Sentencia) para llegar a la conclusión de que el sujeto directamente imputable lo es la Administración. En primer lugar, la Sentencia realiza una extraordinariamente alambicada interpretación del tenor literal de los preceptos de la Ley de Expropiación Forzosa que regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración, sosteniendo que los artículos 121 y 123 de la misma, que irían dirigidos exclusivamente a asegurar la integridad patrimonial de los particulares frente a la actividad de las Administraciones Públicas, sin pretensión alguna de regular la técnica de la concesión o la posición del concesionario, fueron distorsionados por la legislación posterior y, en consecuencia, mal comprendidos:

«Lo que en la Ley de Expropiación Forzosa se regula como un tema unitario —responsabilidad de la Administración, actuan-

do o no mediante la interposición del concesionario—, en la legislación posterior aparece distorsionado y, en consecuencia, mal comprendido...

Pues bien, lo que importa subrayar es que en ninguna parte de la Ley de Expropiación Forzosa aparece el propósito de regular la concesión de servicios públicos, ni tan siquiera la posición del concesionario, sino únicamente el de asegurar la integridad patrimonial de los particulares frente a la actividad de las Administraciones Públicas, ya sea porque esa actividad busque directamente el despojo patrimonial (expropiación forzosa), ya sea porque el mismo se origine como secuela incidental de una actividad que desde luego no se lo proponía (responsabilidad extracontractual).

Por eso, la única explicación posible al hecho de que el artículo 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa hable de responsabilidad del concesionario es que si no se hubiera hecho así, la responsabilidad de la Administración hubiera sido menos completa, menos perfecta y hasta, si se quiere, menos clara.»

A partir de aquí (que la Sentencia considera «un punto de partida sólido» para tratar de comprender el precepto), se intenta explicar el valor de la «enigmática» expresión «a cargo del concesionario» contenida en el artículo 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa, a través de una segunda afirmación, ya mucho más precisa: que el concesionario de un servicio público es, en realidad, un delegado de la Administración en el estricto sentido de la expresión. Así:

«... Resulta indudable que el concesionario podrá ser un delegado de la Administración, en el sentido estricto y técnico del vocablo, esto es, un sujeto que asume el ejercicio de funciones administrativas cuya titularidad se reserva la Administración. Tales serían, por ejemplo: a) La utilización de la vía de apremio..., b) El ejercicio de facultades de policía, sin perjuicio...

...

Pero hay que añadir que no sólo en estos supuestos tiene el concesionario condición de delegado, esto es, de ejecutor de unas competencias de titularidad administrativa. Porque **lo cierto es que también cuando actúa dentro del giro o tráfico normal de su empresa actúa como un verdadero y propio delegado.**

Al respecto debe recordarse que en el supuesto de la concesión de un servicio público y, en general, en la gestión de los servicios públicos mediante contrato, la Administración ha asumido previamente la actividad de que se trata, por considerarla indispensable para la vida de la sociedad. Se ha producido lo que la

doctrina ha llamado *publicatio* de dicha actividad y que no supone otra cosa que la conversión de tal actividad en competencia administrativa.

...

En segundo lugar, hay que tener presente que la Administración concedente no pierde la titularidad por el hecho de conceder el servicio.

...

Y porque mantiene su titularidad la Administración, le alcanza la responsabilidad por los hechos o actos del concesionario-gestor, incluso cuando éste entra en relaciones de Derecho privado. La Administración es gestora como agente y responsable necesaria de los intereses colectivos prevalentes.

...

**Por ello cabe decir** —según ha quedado ya anticipado— **que el concesionario es, en todo caso** —y no sólo cuando actúa poderes públicos extraconcesionales cuyo ejercicio específicamente se le haya transferido (policía, recaudación, etc.)—, **un delegado de la Administración.**»

La tercera de las afirmaciones es consecuencia de ésta. Si el concesionario de un servicio público es un delegado de la Administración titular del mismo en el estricto sentido técnico-jurídico de la expresión, lógico es, en consecuencia, que la concesión constituya una auténtica delegación, en el mismo estricto sentido jurídico-administrativo, lo que resultará la clave para explicar esa «enigmática expresión» que contiene el artículo 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa («correrá la indemnización a cargo del concesionario»), que se resuelve en que como la concesión integra una auténtica delegación, la actuación del delegado se imputa siempre al delegante, que es quien habría de responder directamente, sin perjuicio de la acción de regreso contra el contratista o concesionario-delegado, atribución de la acción de regreso que es en lo que vendría a consistir el contenido de aquella expresión del artículo 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa. En efecto, dice así la Sentencia sobre este extremo:

«... Si la gestión de servicios públicos mediante contrato exige la previa atribución de las competencias administrativas, y la Administración conserva la titularidad en todo momento, resultará que, **con independencia de la delegación de otras posibles competencias, la concesión implica ya por sí sola una delegación, esto es, una transferencia del ejercicio de la competencia cuya gestión se encomienda a esa persona —natural o técnica (*sic*), según el caso— que es el concesionario.**

**Y si esto es así, los actos del delegado se considerarán como dictados por la autoridad que haya conferido la delegación (art. 32.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado), es decir, por la Administración concedente, por lo que resulta explicable que ésta no pueda quedar exenta de responsabilidad por la actuación del concesionario como tal, aunque sea en relaciones de Derecho privado.**

Que todo esto es como decimos se confirma por la simple lectura del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico...

**... Todo ello sin perjuicio de repetir contra el concesionario, ya que la indemnización en este caso es de cargo del mismo, según dice el artículo 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa y sus concordantes.»**

Bien se comprende que esta posición no resulta aceptable. Al margen del barroquismo de su formulación, implica, por de pronto, claramente una abierta desatención de los términos de la Ley, cosa que, por lo demás, no parece importarle mucho a la Sentencia que, citando el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico como prueba de la certeza de sus tesis, no duda, sin embargo, en prescindir olímpicamente de la clarísima atribución que ese precepto hace al orden jurisdiccional civil para el enjuiciamiento de los supuestos que regula: la Sentencia declara apodícticamente que la competencia lo es de la jurisdicción contencioso-administrativa —que dispondría de una supuesta *vis atractiva*—, y basta. Por otro lado, no puede, a mi juicio, razonablemente sostenerse, sin necesidad de entrar en mayores pormenorizaciones al respecto, que un concesionario o contratista de la Administración pueda ser un mero delegado suyo. El concesionario es un sujeto jurídico completamente ajeno a la Administración que no puede imputar su actuación a ésta —salvo los casos de excepción expresamente previstos—, extraña en principio por completo a su actuación, por diferencia con lo que sucede con un delegado que actúa estrictamente según la voluntad del órgano delegante.

La doctrina de esta Sentencia, que parte de algunos principios que necesariamente deben ser compartidos (la indemnidad del patrimonio de la víctima), refleja otros que no pueden ser admitidos, como lo es la responsabilidad directa y absoluta de la Administración, que no puede convertirse en un asegurador universal de todos los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos, aun cuando no quepa desconocer que la Administración debe jugar el papel de una última garantía que asegure a la víctima el resarcimiento del daño, lo que podría conseguirse por la vía de la responsabilidad **subsidiaria** —no solidaria— de la Administración, que operaría sólo en caso de insolven-

cia del concesionario o contratista <sup>42</sup>. No es tampoco aceptable la construcción técnica de los concesionarios como delegados de la Administración, por no señalar el dato decisivo del carácter completamente arbitrario de la formulación expuesta, completamente al margen —e incluso chocando frontalmente con ella— de la solución establecida en la Ley. En este mismo sentido, Santiago MUÑOZ MACHADO <sup>43</sup> ha puesto de relieve con contundencia las carencias de la solución jurisprudencial propuesta por esta Sentencia, Sentencia cuya doctrina, como se dijo, no duró mucho tiempo, siendo pronto rectificadora, primero por la Sentencia de 31 de julio de 1989 (Arz. 6193) (decisión ésta que no deja de tener su trascendencia en cuanto, producida inmediatamente después de la de 9 de mayo de 1989, bien podría entenderse una primera rectificación a la doctrina de esta Sentencia, al apartarse de la misma, manteniéndose, bien al contrario, en las más seguras posiciones —aplicando el ordenamiento jurídico en vigor— a que venimos haciendo referencia) <sup>44</sup>, después por la de 25 de enero de 1992 (Ar. 1343), de la que fue Ponente don José Luis Ruiz Sánchez, Sentencia ésta que, constituyendo el tercer hito en la materia, viene a rectificar abiertamente aquella doctrina, sin citarla, colocándose en la línea de una

<sup>42</sup> Cfr. MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 135, apuntando que ésta es también la solución del Derecho francés.

<sup>43</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, pp. 129 y ss., que expone siete sólidos y convincentes argumentos frente a la doctrina de la Sentencia de 9 de mayo de 1989.

<sup>44</sup> En el caso por esta Sentencia resuelto se condenó directamente a la Administración (el Ayuntamiento de Valladolid) por los daños causados por un contratista, pero por entender que los mismos se produjeron como consecuencia de la actividad de la propia Administración. Dice así esta significativa Sentencia, en los extremos que ahora nos importan: «TERCERO. La responsabilidad patrimonial de la Administración... no ofrece dificultad alguna en cuanto a su título de imputación cuando los daños y perjuicios inferidos a los particulares se derivan de su actividad jurídica, en la que la causación es atribuible directamente a ella, e incluso cuando los mismos han sido producidos por su actividad técnica cuando la misma ha sido llevada a cabo directamente por sus propios órganos, en que también se le atribuye de esa forma. El problema surge cuando tal actividad técnica no es cumplida directamente por la organización administrativa, sino por organizaciones privadas no integradas en la Administración, con las que ésta contrata, atribuyéndoles la gestión de un servicio público o la ejecución de una obra pública... Al respecto, la Ley de Expropiación Forzosa, en su artículo 121.2, desarrollado en el artículo 137 de su Reglamento, ha resuelto la cuestión en el caso de concesión de servicios públicos, en el sentido de hacer correr la indemnización a cargo del concesionario, con carácter general, y a la Administración, en el caso de que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por ésta y que sea de ineludible cumplimiento por aquél; y el Reglamento General de Contratos del Estado, de 25 de noviembre de 1975, de supletoria aplicación a la Administración Local, en su artículo 134, en el supuesto de contratación de obras, asignándosela al contratista en principio, y sólo atribuyéndosela a la Administración cuando los perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden suya o de vicios del proyecto; particularidades de las que es perfectamente (posible) inferir con carácter de generalidad el principio de que la Administración será la directamente responsable cuando los daños o los perjuicios son achacables a su propia actividad técnica aunque de la misma sea ejecutor material un tercero, si éste se atiene a las instrucciones u órdenes de ella... QUINTO. Las anteriores circunstancias... llevan decididamente a la afirmación de la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Valladolid por los daños y perjuicios experimentados por el actor, ya que las causas del siniestro... necesariamente han de atribuirse a la actividad jurídica y técnica del mismo...»

correcta aplicación de los principios y del sistema montado por la Ley de Expropiación Forzosa, que, por cierto, ha permanecido sin alteración alguna tras las novedades introducidas en la materia por la Ley 30/1992 y el Decreto de 26 de marzo de 1993. Los hechos que dieron lugar a la Sentencia fueron de una notable gravedad, consistentes en resumen en lo siguiente: a las 4,50 horas del día 17 de agosto de 1982 se produjo en la planta baja del edificio número 17 de la calle de España, dedicado a Bar-Restaurante «El Bodegón», de la localidad asturiana de Luanco (Ayuntamiento de Gozón), una fuerte explosión de gas licuado propano (GLP), «motivando —para decirlo en los términos de la propia Sentencia— gravísimos desperfectos en el edificio de su ubicación con su derrumbamiento, así como en otros del entorno, con pérdida de once vidas, numerosos heridos, derrumbamiento de otros tres edificios y, en otros, daños de consideración que hubieron de ser demolidos, otros con desperfectos graves, así como en vehículos aparcados, enseres y mobiliario». Interpuesta la correspondiente reclamación ante el Ministerio de Industria, al amparo de los artículos 121 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y disposiciones concordantes, con la pretensión de que resolviera acerca de la procedencia de la indemnización y sobre quién debiera pagarla (el concesionario «Butano, S. A.», en opinión de los reclamantes), fue desestimada por silencio administrativo, confirmándose después expresamente la desestimación mediante la Resolución expresa del recurso de reposición interpuesto, de fecha 21 de diciembre de 1984, dictada de acuerdo con el Consejo de Estado <sup>45</sup>, sobre la base de «no ser la Administración competente para resolver sobre la procedencia o no de la indemnización solicitada, por no tratarse el servicio prestado por “Butano, S. A.” al “Bar El Bodegón” de un *servicio público concedido*, sin perjuicio de las acciones civiles que pudieran ejercitarse ante la jurisdicción ordinaria». Interpuesto el correspondiente recurso contencioso-administrativo directamente ante el Tribunal Supremo, entonces competente <sup>46</sup>, éste lo estima, en una Sentencia francamente valiosa por su sencillez —pese a lo complejo del asunto (y de la prosa utilizada en su redacción, hartamente difícil)—, cuya doctrina, expuesta sin pretenciosidad alguna, acierta, a mi juicio, a colocar en el lugar preciso el

<sup>45</sup> En su Dictamen número 46876, de 13 de diciembre de 1984, recogido en la Recopilación de Doctrina Legal de 1984, número marginal 267. El Dictamen, nada afortunado, a mi juicio, estima que la jurisdicción competente ha de ser la civil, retrocediendo, desde luego, en los avances que en esta materia había ya realizado el Alto Organismo Consultivo.

<sup>46</sup> El recurso se planteó antes de publicarse la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Conviene reparar, aunque sea un momento, en las fechas. Sin perjuicio de que la Sentencia finalmente adoptara una decisión en extremo correcta, debe notarse que la explosión de la que trae causa ocurrió en 1982, siendo la Sentencia —dictada en única instancia— de 1992, esto es, diez años más tarde del acaecimiento de los hechos y poco menos de ocho años después del comienzo del pleito.

asunto que nos ocupa. El fallo, en este sentido, es ejemplar, no sólo en cuanto a la resolución de fondo, estimando la pretensión indemnizatoria, por supuesto, sino también en lo que a la aplicación del sistema de responsabilidad de los concesionarios respecta, al resolver, por su orden, todas y cada una de las cuestiones a que obligan los preceptos de la Ley de Expropiación Forzosa y que tan sistemáticamente han sido incumplidos por la propia jurisprudencia (contenciosa y civil). Dice así el tenor del fallo, que conviene transcribir:

«... Declaramos: 1.º La procedencia de la indemnización de los daños y perjuicios causados a los demandantes como consecuencia de la explosión que se recoge en el primer Considerando de esta Sentencia y que produjeron los perjuicios a que se refieren y exponen en cada antecedente de hecho de las demandas. 2.º Se reconoce el derecho que asiste a los demandantes a la indemnización de los daños y perjuicios que por los mismos experimentaron, cuyas cuantías se fijarán en período de ejecución de Sentencia. 3.º Que el sujeto a cargo del cual deben correr las indemnizaciones es la Empresa "Butano, S. A.", como concesionaria del servicio público de gas, con la desestimación de la acción ejercitada contra la Administración demandada. 4.º Se anulan dejando sin efecto, como contrarias a Derecho, la desestimación de la Resolución presunta por silencio y la expresa confirmatoria en reposición dictada por el Ministerio de Industria y Energía, de fecha 21 de diciembre de 1984. 5.º Todo ello sin hacer expresa imposición en cuanto a las costas de este recurso a parte alguna.»

La Sentencia llega a estas conclusiones tras haber resuelto acertadamente los problemas fundamentales, frontalmente planteados, de la responsabilidad de los concesionarios (y contratistas) de la Administración, especialmente, con una claridad meridiana, el que ahora nos ocupa de la imputación. Así, aun cuando con una prosa no del todo diáfana, tras decidir, con todo fundamento, que la posición jurídica de «Butano, S. A.» equivale a la de un auténtico concesionario <sup>47</sup> del «servicio público de gestión del envasado, distribución y suministro a particulares y organismos oficiales del gas butano (propano) y otros, igual-

<sup>47</sup> En realidad, es más que un concesionario, como sucede con otros ejemplos de gestores instrumentales de servicios públicos —cfr. CLAVERO ARÉVALO, M. F., «La quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional...», cit., pp. 100 y ss.; MARTÍN REBOLLO, L., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 177 y ss. Cfr. también mi trabajo «Responsabilidad de contratistas y concesionarios...», cit., p. 405, por nota. En el mismo sentido, PANTALEÓN, F., *op. cit.*, pp. 78 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, pp. 144 y ss., aun cuando esa posición, perfectamente adecuada en el momento, pudiera hoy no poder ser sostenida en sus propios términos, habida cuenta del despiezamiento posterior del Monopolio de Petróleos.

mente licuables, de origen petrolífero», decide, sin la menor vacilación, que los daños producidos a los recurrentes deben serle imputados a la Empresa «Butano, S. A.», en cuanto fue esta Compañía quien, por haber desatendido normas de seguridad de cumplimiento obligado (que le hubieran debido impulsar a poner la situación en conocimiento de la Administración, para la actuación por ésta de los poderes de policía que mantiene sobre el servicio), que condujeron a un funcionamiento anormal del servicio público concedido, resultó ella el sujeto únicamente imputable, estimando, por lo demás, que el procedimiento de aplicación es el previsto en el artículo 123 LEF y afirmando, en consecuencia, su propia competencia para conocer del asunto. Aunque no con la mejor prosa posible, el sentido de la decisión y sus fundamentos es palmario:

«SEGUNDO. Para poder llegar a una correcta consecuencia, en orden a las pretensiones deducidas y a la imputabilidad responsable que se asigna a la Administración, es preciso establecer los presupuestos de hechos precisos, como concluyentes, que supongan puntos de partida para fijar la consecuencia en cuanto a estimar o no correcta la tesis que se mantiene en orden a la correlatividad que se le asigna a la Administración respecto de «Butano, S. A.» y deducir la imputación responsable que estima procedente, por la inobservancia y exigibilidad de las necesarias medidas de seguridad en las instalaciones para uso y consumo de gas propano en su destino comercial específico —Bar-Restaurante— por quien tiene la correspondiente autorización para el embotellado y distribución de dicho gas, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento General de Servicio Público de Gases Combustibles aprobado por Decreto 2913/1973, de 26 de octubre, y por tanto vigilar esas medidas de seguridad y su observancia, lo que a su vez nos *obliga a establecer la cualidad de «Butano, S. A.»*, en la función al mismo conferida en la prestación de un «servicio público» cuyas consecuencias al estimarse impropriedade la actuación de quien se le confió su satisfacción es exigible de acuerdo con lo prevenido en los artículos 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y 121 de la misma.

TERCERO. Así, se ha de partir que la explosión, como determinante de la catástrofe, está comprobado, se debió a un escape de gas licuado propano contenido en las bombonas que lo suministran a la cocina —semiindustrial—..., y a la inexistencia de instalación de ventilación a nivel del suelo y el vuelo que provocase la aireación precisa y necesaria..., destacándose el defecto apuntado en la instalación como una omisión grave de las obligadas medidas de seguridad de quien es actuante —tesis acto-

ra— en función subsidiaria de la Administración, pues: **“Cuando se trate de servicios concedidos —dice el artículo 123 LEF— la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, en la forma prevista en el párrafo 2 del artículo 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo 2.º del artículo 121” y “esta resolución dejará abierta la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario en su caso” y, el indicado artículo 121.2 dispone: “En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario...”**, y aun cuando en el Texto Articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, sobre contratos del Estado, en su artículo 65, integrado entre las Disposiciones Generales que regulan el contrato de gestión de servicios públicos, se dispone que: **“En todo caso, la Administración del Estado conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha del servicio de que se trate”** tales poderes y facultades deben ser ejercitados, si las funciones recayentes, en este supuesto sobre **“Butano, S. A.” como concesionaria del servicio público —OM de 11 de junio de 1957— de gestión del “envasado, distribución y suministro a particulares y organismos oficiales de gas butano (propano) y otros igualmente licuables de origen petrolífero”**, se hiciera dejación, sin actuar de acuerdo con la normativa adecuada —Decreto de 26 de octubre de 1973, 2913/1973, Reglamento General del Servicio Público de los combustibles— deberá hacerlo la Administración en función de lo expuesto.

**CUARTO.** Como secuela de lo expuesto los actores sitúan la responsabilidad de la Administración y entidad demandada en la actuación inadecuada como integrada en un supuesto de **“funcionamiento anormal de un servicio público” con imputación directa en razón a la actuación omisiva “Butano, S. A.”** que a través de sus distribuidores e inspectores debe cumplir y observar, en orden a las instalaciones, su conservación y obligadas medidas de seguridad que garanticen y prevean cualquier acontecimiento, y se ha de destacar que unos dos días antes del suceso se giró visita de inspección, estimando correcta la instalación no obstante carecer de la adecuada aireación, con lo cual se incumplió lo prevenido en el Decreto de 24 de abril de 1975, número 1091...

**QUINTO.** ... Y si la instalación originariamente era deficiente en las inspecciones a que viene obligada la empresa suministradora debió corregir esos defectos y motivar la actuación de la Administración en la función de policía en la misma recayen-

te, porque no se puede olvidar que como consecuencia de la omisión del adecuado sistema de aireación, el gas butano liberado por la llave abierta, hubiese salido al exterior, evitándose la retención y su explosión, como se produjo, con las consecuencias nefastas que la vida de familiares, así como heridas sufridas y daños en bienes y enseres de los actores, éstos han experimentado, lesiones y daños susceptibles de resarcimiento, perfectamente definidos en los respectivos escritos de demanda, evaluables y que han provocado un evidente detrimento patrimonial y efectos de clara antijuridicidad, porque los sujetos que los han experimentado no tienen el deber jurídico de soportarlo, cuando su motivación está en la omisión de las exigencias previstas en la norma que trata de eliminar los riesgos previsibles, lo que constituye la base y la posibilidad de concretar el enlace del vínculo o relación existente entre la Administración y la entidad suministradora "Butano, S. A." que se manifiesta en el concurso de la accionabilidad prevista en el artículo 123 de la Ley de Expropiación Forzosa con la determinación de la persona responsable de acuerdo con el artículo 121.2 de la misma Ley.

SEXTO. Como consecuencia de lo expuesto, se concreta la responsabilidad derivada del acaecimiento objeto de autos, y las derivaciones en el orden económico deducibles, como efecto del funcionamiento anormal de un servicio público, en la entidad "Butano, S. A." en su cualidad de concesionaria a la que se le encomendó la gestión del "envasado", distribución y suministro a particulares y organismos oficiales de gas butano (propano), y otros igualmente licuables de origen petrolífero —arts. 1.º de la Orden de 5 de diciembre de 1964 y 2.º de la Orden de 11 de junio de 1957—, debiendo ser resarcidos por la misma en el importe que se concretará en período de ejecución de sentencia los daños experimentados por cada uno de los actores.»

## V. LA JURISDICCION COMPETENTE

Ya hemos tenido ocasión de señalar más arriba cuál ha venido siendo la situación en este punto, caracterizada en la práctica por una situación de doble competencia jurisdiccional<sup>48</sup> en la que no negando

<sup>48</sup> De «dualidad de jurisdicciones excluyentes entre sí» califica PANTALEÓN, F. (*Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, cit., p. 237), al sistema hasta ahora vigente. Hay, sin embargo, ejemplos de reclamaciones de responsabilidad que han sido resueltos por ambas jurisdicciones, la civil y la contencioso-administrativa. Así sucedió nada menos que en el asunto de la explosión de gas en Luanco, a que nos hemos referido en el texto, que dio lugar a la Sentencia (también condenatoria) de la Sala Primera, de fecha 21 de abril de 1989 (Arz. 3250), solución ésta que incita, desde luego, a muchas reflexiones, y a saludar la ahora indudable generalización

ningún orden jurisdiccional su propia competencia, fueron los Tribunales civiles quienes, aplicando el régimen jurídico de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, vinieron resolviendo tradicionalmente estas cuestiones y justificando su competencia, entre otros extremos que más arriba hemos apuntado, en la posibilidad de división de la contienda de la causa cuando los demandados fueran la Administración y un particular <sup>49</sup>.

Esta situación, claramente contraria a Derecho, como se ha visto, se ha perpetuado, sin embargo, prácticamente en idénticos términos, hasta hoy mismo, hasta la aprobación de la Ley 30/1992 (y el Reglamento de 26 de marzo de 1993, por el que se aprueban los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materias de responsabilidad patrimonial), que al residenciar definitivamente, con toda claridad (arts. 142, 143 y 144), en la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para conocer todas las cuestiones de responsabilidad patrimonial de la Administración, ha zanjado definitivamente la cuestión, induciendo también algunos pronunciamientos en este sentido por parte de los Tribunales civiles, que finalmente parece que han comenzado a aplicar el ordenamiento jurídico administrativo y a declinar su competencia en favor de los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa <sup>50</sup>.

---

de la atribución a la jurisdicción contenciosa de la competencia para decidir todas las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración.

<sup>49</sup> Cfr. PANTALEÓN, *op. cit.*, p. 69, por nota, siendo la Sentencia de 10 de noviembre de 1983 la decisión que rompe con esta doctrina jurisprudencial, que parecía consolidada.

<sup>50</sup> Así, por ejemplo, la Sentencia (civil) de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 4 de julio de 1994 (recurrida en casación, con lo que la Sala Primera del Tribunal Supremo habrá de pronunciarse al respecto), que declara la incompetencia de la jurisdicción civil —citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1983, que ya conocemos— y con el soporte de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la que hace cabal aplicación, acusando el exceso de jurisdicción en que había incurrido el Juzgado de Instancia, al condenar a un Ayuntamiento por la producción de daños en un inmueble, en un pleito en el que la Corporación había sido demandada junto con otros particulares. En otro orden de cosas, aunque también consecuencia inmediata y directa de la aplicación de la Ley 30/1992, son, asimismo, de destacar los dos recientes Autos del Tribunal Supremo dictados por la Sala de Conflictos, de fechas 7 de julio y 27 de octubre de 1994, de los que fue Ponente el Presidente del Tribunal Supremo, don Pascual Sala. Especialmente el primero de ellos, que declara (aunque existe un voto particular), aplicando la Disposición Adicional 1.ª del Reglamento de 26 de marzo de 1993, que la competencia para decidir sobre los daños provocados por el funcionamiento del Instituto Catalán de la Salud (consistentes en el fallecimiento de una enferma a consecuencia, según se decía, de una transfusión sanguínea infectada del virus de inmunodeficiencia humana) corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa y no a la social. A la misma conclusión se llega en el otro Auto, aun cuando habiéndose producido los hechos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992, el conflicto se resuelve, apoyándose en la legislación anterior, en favor de la jurisdicción civil. Los Autos citados se pronuncian sobre otro asunto importante, aunque aquí resulte lateral, como es la supresión de la acción autónoma de responsabilidad del artículo 40 LRJAE, que entienden efectivamente producida. No me resulta posible estar de acuerdo con esa posición, en cuanto tal acción autónoma deriva del sistema técnico de la Ley Jurisdiccional, no de la previsión del derogado artículo 40 LRJAE. Cfr. en el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso...*, II, cit., pp. 426-427.

Al margen, sin embargo, de la nueva regulación legal, que aclara definitivamente la cuestión en el ámbito general de la responsabilidad civil de la Administración (derogando, incluso, el artículo 41 LRJAE, de forma que también el enjuiciamiento de las reclamaciones de responsabilidad surgidas en el funcionamiento de la Administración sometido al Derecho privado se encomienda a la jurisdicción contencioso-administrativa), lo cierto es que el asunto ya estaba, a mi juicio, resuelto en los términos legales (no por la *vis atractiva* a que se refería sin fundamento alguno y en contra del texto explícito del artículo 41 de la Ley Jurisdiccional la Sentencia de 1989) respecto de los contratistas y concesionarios de la Administración, en favor de la competencia de los Tribunales contencioso-administrativos. En efecto, el vigente artículo 123 LEF precisaba que «**la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión en la forma prevista..., la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización, como sobre quién debe pagarla**». No es dudoso que resolviéndose el asunto mediante un acto administrativo sujeto al Derecho administrativo la jurisdicción competente ha de ser la contenciosa (sin que tenga significación alguna a estos efectos la derogación del artículo 137 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, que establece una mera regla procedimental perfectamente sustituible por la que ahora resulta de aplicación), como, por lo demás, la jurisdicción más arriba citada ha entendido con toda corrección<sup>51</sup>, siendo detectable la misma claridad en el artículo 134 del Reglamento de Contratos del Estado<sup>52</sup>.

A esta conclusión no es obstáculo, desde luego, la Ley 30/1992, que no regula para nada la responsabilidad de los concesionarios y contratistas de la Administración, lo que determina que continúe rigiéndose por sus propias normas<sup>53</sup>, que la nueva legislación no ha querido, con buen criterio, alterar.

Esta situación se confirma claramente, a mi juicio, en la redacción del artículo 1.3 del Reglamento de 26 de marzo de 1993:

<sup>51</sup> Incluyendo la Sentencia de 31 de julio de 1989, que recoge una referencia explícita a su propia competencia, discutida por la Administración demandada.

<sup>52</sup> La legalidad de este artículo ha sido corroborada, como ya vimos, por la Sentencia de 28 de mayo de 1980, señalando que tal precepto resulta «aplicable pese a su rango precisamente porque en rigor procede a hacer aplicación del mismo principio a caso idéntico (los previstos en el artículo 121.2 LEF), como se acaba de señalar, y con ello confiere carácter contencioso-administrativo a la reacción frente a esas decisiones de la Administración».

<sup>53</sup> Las citadas de la Ley de Expropiación Forzosa, de la Ley y Reglamento de Contratos y de la legislación especial. Es de destacar, por otra parte, que en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas se contiene un precepto en este mismo sentido, el artículo 162.c): «El contratista estará sujeto a las siguientes obligaciones con carácter general: ... 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.»

«Se seguirán los procedimientos previstos en los capítulos II y III de este Reglamento para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del Proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, dicha legislación establece. En todo caso, se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios.»

Este precepto, pese a su inclusión en el Reglamento de 26 de marzo de 1993, carece, a mi juicio, de sustantividad alguna, viniendo únicamente a llenar el vacío normativo que la nueva legislación ha provocado en el artículo 134 del Reglamento de Contratos del Estado, al derogar los preceptos de la LRJAE sobre responsabilidad a que remite este artículo 134 del Reglamento de Contratos. Lo mismo cabe decir respecto de los concesionarios, no disponiendo tampoco de relevancia alguna, como ya se ha notado, la derogación del artículo 137 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa —incluido en el capítulo II del título V del mismo— por el Reglamento de 26 de marzo de 1993.