

Ámbito de aplicación del procedimiento administrativo y contencioso-administrativo de responsabilidad patrimonial

Scope of application of the administrative and judicial-administrative procedure for the liability of the public administrative

Manuel Rebollo Puig

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Córdoba¹

RESUMEN: Partiendo de la competencia contencioso-administrativa para enjuiciar la responsabilidad de las Administraciones y de la necesidad de seguir antes un procedimiento administrativo específico, se exponen las excepciones a esas reglas. Se repasan las distintas modalidades de responsabilidad administrativa y las que, por ser diferentes de la responsabilidad extracontractual, no están sometidas a estas reglas. Se analizan los entes del sector público a los que es aplicable este régimen y aquellos otros cuya responsabilidad será decidida por la jurisdicción civil sin necesidad de procedimiento administrativo previo. Se señalan las especialidades para los casos en los que la responsabilidad de una Administración concurre con la de particulares o con la de otras Administraciones, incluida la de la Unión Europea. También se abordan las singularidades cuando los daños se producen en la ejecución de contratos de la Administración. Y se estudia finalmente la alteración de las vías para hacer efectiva la responsabilidad de la Administración cuando ésta cuenta con un seguro de responsabilidad.

ABSTRACT: This paper sets out the exceptions to the requirement to initiate administrative proceedings in order to claim the Administration's liability and to the general jurisdiction of the contentious-administrative courts to declare such liability. It reviews the different types of administrative liability and those that are exempt from these rules, as they differ from non-contractual liability. It analyses the public

¹ Proyecto de la Junta de Andalucía PROYEXCEL-00903; Proyecto PID2022-138118NB-I00 del Ministerio de Ciencia e Innovación.

Recibido: 20-09-2025

Aceptado: 31-10-2025

sector entities to which this legal framework applies and those whose liability is determined by civil courts without the need for prior administrative proceedings. The special features of cases in which the liability of an administration coincides with that of individuals or other administrations, including that of the European Union, are highlighted. The particularities of cases where damage occurs in the execution of administration contracts are also addressed. Finally, the paper examines what happens when the administration has liability insurance.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad patrimonial de Administraciones y de entes públicos. Responsabilidad extracontractual. Jurisdicción contencioso-administrativa. Procedimiento administrativo. Concurrencia de responsabilidades. Daños en ejecución de contratos de la Administración. Contrato de seguro de responsabilidad de la Administración. Acciones de regreso.

KEYWORDS: Liability of public administrations and entities. Non-contractual liability. Contentious-administrative jurisdiction. Administrative procedure. Concurrence of liabilities. Damages in the performance of administrative contracts. Public administration liability insurance. Recourse actions.

SUMARIO: I. LA REGLA GENERAL DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y DE LA NECESARIA VÍA ADMINISTRATIVA PREVIA. II. EXCEPCIONES A LA NECESIDAD DEL PREVIO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. III. ÁMBITO MATERIAL. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SOLO HA DE SEGUIRSE PARA DECLARAR LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL, NO CUANDO LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA TIENE OTRAS BASES: **1. El procedimiento de responsabilidad ha de seguirse sea cual sea la actividad administrativa causante del daño. 2. Responsabilidades administrativas excluidas de este procedimiento. 3. Identificación de la acción. La *causa petendi*.** IV. ÁMBITO SUBJETIVO DEL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. ADMINISTRACIONES Y OTROS ENTES DEL SECTOR PÚBLICO. **1. Entes respecto de los cuales es segura la exigencia de procedimiento administrativo y la competencia contencioso-administrativa y entes respecto de los que surgen dudas. Planteamiento. 2. Sociedades mercantiles de titularidad pública. 3. Entidades públicas empresariales y similares autonómicas y locales. 4. Corporaciones sectoriales de derecho público. 5. Sujetos**

privados que ejercen funciones públicas. En especial, mutuas colaboradoras de la Seguridad Social y federaciones deportivas.

V. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA COMPETENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA CUANDO EL DAÑO LO CAUSAN UNA ADMINISTRACIÓN Y UN PARTICULAR: 1. Solidaridad entre Administración y particular coproductor del daño. Vías con las que cuenta la víctima. 2. La vía administrativa previa y el papel en ella del particular coproductor del daño. 3. La posterior acción de regreso.

VI. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA COMPETENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN CASO DE CONCURRENCIA DE VARIAS ADMINISTRACIONES: 1. Evolución legislativa. 2. Los dos tipos de supuestos del artículo 33 LRJSP y su deslinde. 3. Régimen para los supuestos del artículo 33.1 LRJSP. 4. Régimen para los supuestos del artículo 33.2 LRJSP. 5. Acción de regreso de la Administración pagadora, o de su aseguradora, contra las otras Administraciones responsables solidarias. 6. Supuestos en que no es de aplicación el artículo 33 LRJSP y peligros que comportan. 7. Responsabilidad concurrente de Administraciones nacionales y Unión Europea.

VII. PROCEDIMIENTO Y JURISDICCIÓN ANTE DAÑOS CAUSADOS A TERCEROS EN EJECUCIÓN DE CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN: 1. Cuestiones que se suscitan. El reparto de responsabilidad entre la Administración y el contratista. 2. Régimen de responsabilidad de la Administración contratante. 3. Régimen de responsabilidad del contratista. 4. La consulta prevista en el artículo 196.3 LCSP. 5. Posibilidad de exigir la responsabilidad del contratista ante la jurisdicción civil. 6. Exigencia de responsabilidad a la Administración contratante y al contratista. 7. Referencia específica a los daños causados por entidades concertadas con mutualidades de funcionarios.

VIII. PROCEDIMIENTO Y JURISDICCIÓN CUANDO LA ADMINISTRACIÓN TIENE UN CONTRATO DE SEGURO: 1. Observaciones previas. 2. La vía administrativa y contencioso-administrativa. 3. El ejercicio de la acción del artículo 76 LCS en vía civil.

I. LA REGLA GENERAL DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y DE LA NECESARIA VÍA ADMINISTRATIVA PREVIA

Partimos de que es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas [arts. 9.4 LOPJ y 2.e) LJCA]. Al margen queda la responsabilidad civil derivada del delito; o sea, la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los daños causados en la comisión de delitos por su personal (arts. 121 CP y 37 LRJSP), cuya declaración compete a la jurisdicción penal. Y puede detectarse una excepción a la competencia contencioso-administrativa en el art. 2.e) de la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social que declara la competencia de esa jurisdicción para conocer de las indemnizaciones que pidan los empleados públicos (incluidos los funcionarios) por los daños que les cause la Administración como consecuencia de su incumplimiento de la legislación de seguridad laboral². También hay, si no una excepción, una matización ante la posibilidad de ejercer ante la jurisdicción civil una acción contra la aseguradora de la Administración, como luego se verá. En otro orden de cosas, también quedan al margen la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional o la que se ventila en arbitrajes internacionales o, específicamente, la que puede declarar el TEDH de acuerdo con el art. 41 CEDH³.

Con esas excepciones, la competencia es de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero la responsabilidad de la Administración no se puede exigir directamente ante esa jurisdicción. Previamente, la reclamación de la indemnización debe dirigirse a la Administración supuestamente responsable y solo cuando ésta se haya pronunciado o cuando se haya producido el silencio podrá iniciarse el contencioso-administrativo. Así, primero, habrá que «fabricar un acto administrativo»⁴ y,

² En ese sentido orientó ya el ATS, Sala de Conflictos de Competencias, 12/2019, de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:5150A). Y es eso lo que entiende la Sala de lo Social del TS. Así, SSTs, Sala 4ª, 487/2021, de 5 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:2055) y 1102/2021, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4190) en casos de reclamación de indemnización por funcionarios a su Administración por haber sufrido acoso laboral. También lo acepta así la Sala 3ª. Así, su sentencia 478/2025, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2025:1777) donde se lee: «Corresponde al orden (...) social conocer la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas (...) en materia de riesgos laborales (...) incluida la reclamación de responsabilidad derivada de daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales».

³ Sobre esto, vid. BARCELONA LLOP, J., CUESTA BÁRCENAS, D. A., *Indemnización y responsabilidad patrimonial del Estado en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Atelier, Barcelona, 2024, sobre todo su capítulo primero, pp. 25 a 68, redactado por CUESTA BÁRCENAS, D. A.

⁴ La expresión es de BLASCO ESTEVE, A., *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1985, p. 212: el «dogma del carácter revisor» de esta jurisdicción entraña «la necesidad de ‘fabricar’ un acto administrativo» y así «convertir una ilegalidad material (la que causó el daño y el daño mismo) en una ilegalidad formal (el acto administrativo denegatorio de la indemnización)».

de ser denegatorio de la indemnización, se ejercerá ante la jurisdicción una doble pretensión: de nulidad de ese acto administrativo y de reconocimiento del derecho de indemnización o, por mejor decir, de condena de la Administración al pago de la indemnización⁵. Si se pidiera directamente en el contencioso-administrativo la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración sin el previo procedimiento administrativo y sin un acto (o un silencio) que impugnar, el recurso sería inadmisibile conforme a los arts. 51.1.c), 58 y 69.c) LJCA⁶.

Si la anterior Ley 30/1992, tras abordar solo algún aspecto de ese procedimiento, lo remitía al reglamento (por eso el RD 429/1993 aprobó el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial), la LPAC aborda directamente ese procedimiento (no contiene ya ninguna remisión a los reglamentos y deroga expresamente ese RD 429/1993). Así, en la LRJSP se contiene la regulación de los aspectos materiales de la responsabilidad (arts. 32 y ss.) y en la LPAC la regulación del referido procedimiento. No es que esta ley contenga un capítulo específico sobre el procedimiento de responsabilidad, sino que dispersamente a lo largo de su articulado sobre el procedimiento administrativo en general entrevera preceptos específicos para este procedimiento (arts. 61.4, 65, 67, 81, 82.5, 86.5, 91, 92 y 96.4) al que se refiere reiteradamente como «procedimiento de responsabilidad patrimonial» (o, en el art. 91, como «procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial»). Estos preceptos se consideran procedimiento administrativo común, competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.18ª CE). El papel, pues, que corresponde a la legislación autonómica es muy reducido⁷.

Las mismas reglas sobre la competencia contencioso-administrativa y la necesidad de seguir antes un procedimiento administrativo específico rigen, con solo muy reducidas singularidades, si se trata de reclamar indemnización por actos legis-

⁵ Por eso afirman GARCÍA DE ENTERRÍA, E., T. R. FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Las Rozas, II, 18ª ed., 2024, p. 478, que el contencioso-administrativo en materia de responsabilidad «formalmente se presenta también como un proceso impugnatorio: se impugna el acto administrativo o el silencio denegatorio (...) El recurso victorioso implica la anulación de este acto y su sustitución...».

⁶ Solo una observación conviene añadir. Si se trata de impugnar el silencio negativo, en principio, en el momento de interponer el recurso contencioso-administrativo, éste debe haberse consumado. Pero el TS admite los recursos prematuros –esto es, interpuestos antes de que se produjera ese silencio– si, mientras se sustancia el proceso, pasa el plazo que la Administración tenía para resolver (seis meses) y sigue sin haber resolución expresa. Es buen exponente de ello la STS de 7 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:8098).

⁷ Ello pese a que los estatutos de autonomía de segunda generación contienen referencias en dirección contraria. Por ejemplo, en el art. 47.4 del Estatuto andaluz de 2008 se dice que «corresponde a la Junta de Andalucía, en materia de responsabilidad patrimonial, la competencia compartida para determinar el procedimiento...». Vid. sobre esto las atinadas observaciones de MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I., «Competencias sobre el régimen de las Administraciones públicas», en S. MUÑOZ MACHADO, S., REBOLLO PUIG, M. (Dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Thomson/Civitas, Madrid, 2008, pp. 417 a 420.

lativos o por el funcionamiento de la Administración de Justicia. Para esta última, dejando al margen los requisitos previos (declaración de error judicial en unos casos, absolución en caso de responsabilidad por prisión preventiva...), la singularidad más notable es la necesidad de informe del Consejo General del Poder Judicial (art. 81.3 LPAC) y la específica atribución de competencia para resolverlo al Ministerio de Justicia (art. 293.2 LOPJ). En cuanto a la del Estado legislador, simplemente está en la competencia para resolver el procedimiento administrativo (art. 92 LPAC). Pero, para lo que aquí nos ocupa, se mantiene la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y la necesidad del procedimiento administrativo previo.

Puede presentarse este procedimiento administrativo previo como una garantía del administrado, como un cauce de satisfacción del perjudicado sin necesidad de acudir al proceso judicial. Pero es también un requisito procesal y una carga para el perjudicado. Dado cómo se despachan asiduamente estos procedimientos, predomina su sesgo de carga; y carga pesada que simplemente obliga a la víctima a elaborar una reclamación y a demorar su demanda tras una frecuente pasividad total de la Administración que, no ya es que no resuelva en plazo (seis meses), sino que no realiza ningún trámite y que no ve aquí una vía de solución extrajudicial de conflictos, sino un puro privilegio que le permite retrasar las indemnizaciones. Ahora que la Ley Orgánica 1/2025 de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia ha impuesto con carácter general como requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio extrajudicial de solución de controversias y que exime de ello a todas las entidades del sector público (art. 3.2), hay aquí un equivalente más gravoso.

II. EXCEPCIONES A LA NECESIDAD DEL PREVIO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Hay, no obstante, excepciones, esto es, supuestos en los que puede pretenderse de los órganos contencioso-administrativos una condena de la Administración a indemnizar por responsabilidad patrimonial sin haberla planteado previamente ante la Administración. Al menos, estas:

a) Responsabilidad administrativa derivada de actos o reglamentos ilegales anulados en el mismo contencioso-administrativo en el que se pide la indemnización. Se da, por tanto, esta excepción cuando el perjudicado ejerce simultáneamente las pretensiones de nulidad del acto o reglamento y la de indemnización por los daños que le haya causado, acumulación que permite el art. 31.2 LJCA⁸. En tal hipótesis puede

⁸ COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Aranzadi La Ley, Las Rozas, 35ª ed., 2024, T. II, p. 375.

plantearse por primera vez en el contencioso-administrativo la pretensión indemnizatoria sin haberlo hecho antes en vía administrativa y sin que la Administración, por tanto, haya tenido previa oportunidad de pronunciarse sobre ella⁹. Y, si antes del contencioso-administrativo hubo recurso administrativo, puede que en este no se haya planteado nada sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración y que se suscite por primera vez en la vía judicial. En cualquier caso, esto es solo una posibilidad que se abre al perjudicado que igualmente puede, primero, pedir solo la anulación y, después, una vez lograda esa nulidad, pedir la indemnización por los daños que le causó el acto o reglamento ilegal y ya anulado, supuesto en el que, para esto segundo, sí tendrá que seguir el procedimiento administrativo de responsabilidad.

b) Responsabilidad administrativa derivada de vía de hecho declarada en contencioso-administrativo (art. 32.2 LJCA)¹⁰.

c) Responsabilidad administrativa derivada de inactividad ilegal declarada en contencioso-administrativo. Aunque el art. 32.1 LJCA no lo reconoce expresamente, lo admite el TS¹¹.

d) Responsabilidad administrativa declarada en ejecución de sentencia contencioso-administrativa por imposibilidad de ejecutarla (arts. 105 LJCA)¹² o por contravenir la Administración el fallo (art.108.2 LJCA).

Además, hay supuestos en los que la misma Administración declara su responsabilidad patrimonial sin seguir el procedimiento *ad hoc* establecido en la LPAC. Son ejemplos de ello los siguientes:

⁹ La viabilidad de esta pretensión indemnizatoria dependerá del éxito de la anulatoria (FD 8ª de STS de 23 de julio de 2009; ECLI:ES:TS:2009:5111); y no cabe plantearla como alternativa o subsidiaria de ésta (FD 7º de STS de 29 de junio de 2009; ECLI:ES:TS:2009:4540).

¹⁰ La STS de 22 de septiembre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:5603) da en su FD 3º una argumentación rotunda para defenderlo así. También es ilustrativo el ATS, Sala de Conflictos de Competencias, 15/2007, de 22 de junio (ECLI:ES:TS:2007:8696A): la indemnización «puede interesarse, desde el principio, en vía administrativa, o puede también acumularse en la vía jurisdiccional, tanto a una pretensión de anulación de un acto administrativo como a una pretensión de cese de una actuación administrativa material constitutiva de vía de hecho».

¹¹ STS 1332/2021, de 15 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4128). Dice en su FD 7º: «No hay una previsión legal que dé cobertura a la pretensión indemnizatoria (...) Dicho esto, ninguno de los preceptos citados excluye tajantemente esta posibilidad. De aquí que, en ausencia de un criterio jurisprudencial establecido al respecto, esta Sala entiende que elementales exigencias de economía procesal conducen a admitir que en el procedimiento del art. 29.1 de la Ley Jurisdiccional se formule una pretensión indemnizatoria siempre que los daños o perjuicios que se trate de reparar estén claros y directamente relacionados con la inactividad de la Administración».

¹² No obstante, respecto a la indemnización por imposibilidad de ejecutar una sentencia, cabe sostener que no se trata realmente de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, sino de una indemnización basada en algo distinto. En tal sentido, STS 267/2025, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2025:992).

a) El art. 106.4 LPAC permite que la Administración, al mismo tiempo que declara la nulidad de un acto o reglamento en revisión de oficio, establezca «las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados». Que el precepto se refiera a «las circunstancias previstas en los arts. 32.2 y 34.1 LRJSP» demuestra que se trata de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración en el que el daño tiene su origen en el acto o reglamento nulo; un supuesto de responsabilidad patrimonial solo que eximido del procedimiento general.

b) En concordancia con lo que acabamos de ver, y con lo que antes hemos visto de conformidad con el art. 31.2 LJCA, cabe aceptar también que, al presentar un recurso administrativo contra un acto, se pida, no solo su anulación, sino indemnización por los daños que haya causado basada en la responsabilidad patrimonial de la Administración y que, ante ello, la Administración, al resolver ese recurso, decida sobre la procedencia o improcedencia de tal indemnización sin tener que tramitar el procedimiento de responsabilidad establecido en la LPAC.

c) Permite el art. 58.1 LCSP que los órganos competentes para resolver los recursos especiales en materia de contratos impongan a la Administración, a solicitud del interesado, la obligación de indemnizar a éste los daños que les haya irrogado el acto impugnado. Es, según creo, un supuesto de responsabilidad patrimonial extracontractual (no contractual, pues no deriva del incumplimiento de contratos)¹³ aunque con alguna peculiaridad. Si por esa vía cabe imponer a la Administración una indemnización que en el fondo es por una responsabilidad patrimonial (extracontractual) sin haber tramitado el específico procedimiento de responsabilidad patrimonial regulado en la LPAC, hay que aceptar, además, que en el posterior contencioso-administrativo podrá pedirse y obtenerse tal indemnización, sin haber seguido ese procedimiento.

d) Asimismo, las indemnizaciones por daños causados con ocasión de una expropiación adicionales a la privación del bien expropiado deben determinarse en el procedimiento de fijación del justiprecio como una partida específica y no mediante el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la LPAC¹⁴

e) Otros casos en los que cabe que la Administración se pronuncie sobre las indemnizaciones que debe abonar, basadas en el fondo en su responsabilidad patri-

¹³ Vid. Díez Sastre, S., *La tutela de los licitadores en las adjudicaciones de los contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 267-268.

¹⁴ Vid. Colón Piazeulo, E., *Los procedimientos especiales de responsabilidad administrativa (Expropiación, contratos, anulación de actos y leyes ampliatorias de la responsabilidad)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 59 y ss. y 70 y ss. En el mismo saco cabe incluir las indemnizaciones que proceden, de acuerdo con el art. 48.e) TRLSRH, cuando se superan cuatro años desde la ocupación directa de bienes sin que se hayan podido materializar los aprovechamientos conferidos y el particular pide, junto con el justiprecio, la indemnización por el tiempo de ocupación.

monial, se dan en el rescate de las concesiones demaniales [que, como dice el art. 100.d) LPAP debe producirse «previa indemnización»] o ante el desistimiento en los procedimientos de contratación (art. 152.2 LCSP).

Otras leyes pueden prever diversos supuestos de este género y no veo óbice para que lo hagan las leyes autonómicas respecto a sectores de su competencia.

III. ÁMBITOMATERIAL.ELPROCEDIMIENTOADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SOLO HA DE SEGUIRSE PARA DECLARAR LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL, NO CUANDO LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA TIENE OTRAS BASES

1. El procedimiento de responsabilidad ha de seguirse sea cual sea la actividad administrativa causante del daño

El procedimiento de responsabilidad patrimonial regulado en la LPAC ha de seguirse, sea cual sea la actividad administrativa causante del daño: un reglamento o un acto¹⁵, una actividad material o técnica, una omisión o inactividad, una ejecución de un contrato... Incluso cuando el daño se produzca en actuaciones o relaciones de derecho privado de la Administración. Así cabe deducirlo del art. 35 LRJSP¹⁶. Súmese a ello lo ya dicho sobre exigencia de responsabilidad por actos legislativos y de la Administración de Justicia.

¹⁵ Ello, aunque se trate de uno de los llamados actos políticos, pues, si del art. 2.a) LJCA se desprende que tales actos dan origen a responsabilidad patrimonial de la Administración y que su declaración compete a la jurisdicción contencioso-administrativa, hay que inferir que previamente habrá que seguir el procedimiento administrativo de responsabilidad.

¹⁶ COSCULLUELA MONTANER, L. (2024: 378-379). Así se infería ya del art. 144 de la Ley 30/1992, sobre todo tras su reforma por la Ley 4/1999. Y era terminante el art. 1.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RD 429/1993). El art. 35 LRJSP es menos claro porque solo se refiere al régimen sustantivo, no al procedimental, y no hay precepto similar en la LPAC. Ya lo ha entendido así el TS; en el ATS, Sala de Conflictos, 2/2022, de 2 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:3581A), aunque abordando otro aspecto, dice que el art. 35 LRJSP «se refiere a la legislación administrativa aplicable, no a la jurisdicción competente» y, si no se refiere a la jurisdicción competente, tampoco se refiere al procedimiento administrativo previo. Pese a ello, lo más razonable es entender que no se pretendió cambiar la situación anterior y que, por tanto, esta responsabilidad de la Administración surgida de sus actuaciones o relaciones de derecho privado exige el mismo procedimiento administrativo.

2. Responsabilidades administrativas excluidas de este procedimiento

El procedimiento al que la LPAC se refiere como «procedimiento de responsabilidad patrimonial» es, en realidad, pese a esa denominación tan genérica, el procedimiento pertinente solo para declarar la responsabilidad administrativa extracontractual¹⁷; de modo que, cuando se exijan a una Administración indemnizaciones basadas en otros títulos, no es de aplicación este procedimiento¹⁸.

Así, queda fuera del ámbito de aplicación de este procedimiento la responsabilidad contractual¹⁹. No me refiero a la responsabilidad por celebrar contratos o convenios inválidos, que sí es extracontractual²⁰. Tampoco a la que surge por dañar

¹⁷ En derecho civil se diferencia entre responsabilidad extracontractual (o aquiliana, o cuasidelictual o por acto ilícito, como la llama el CC), contractual, cuasicontractual y delictual. En derecho administrativo son posibles y necesarias distinciones similares, pero no hay una terminología que las refleje. Se habla inexpressivamente de «responsabilidad patrimonial de la Administración»; por esa misma denominación genérica y porque se dice que surge, sin más precisiones, ante toda lesión derivada de cualquier funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, existe la tendencia a hacer de ella una institución que abarque todas las fuentes de obligaciones indemnizatorias, restitutorias o compensatorias de la Administración. Así, si no se hacen más precisiones, cabría decir, por ejemplo, que si la Administración incurre en mora en sus obligaciones contractuales, hay un daño para el contratista que se deriva del funcionamiento —anormal, en este caso— de los servicios públicos y que, en consecuencia, la acción del contratista para exigir indemnización puede y debe fundarse en los arts. 106.2 CE y 32 y ss. LRJSP; debiendo tramitarse, en consecuencia, por el procedimiento *ad hoc* establecido en la LPAC. Frente a ello, hay que distinguir, y ello exige establecer como premisa que la regulación de la LRJSP y de la LPAC sobre «responsabilidad patrimonial» es solo la paralela a la de los arts. 1.902 y ss. CC. HUERGO LORA, A., *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas*, Marcial Pons, 2002, pp. 68-69 y 163, explica que esa denominación inexpressiva de «responsabilidad patrimonial» obedece a razones coyunturales, como es su inicial regulación en la LEF, pero que, en realidad, se corresponde con la responsabilidad civil extracontractual.

¹⁸ Téngase en cuenta, además, que, según el TS, «la responsabilidad patrimonial se configura como una *institución residual* que se configura por el ordenamiento jurídico con el fin de proporcionar un medio para que los ciudadanos que se vean perjudicados por las actuaciones de las Administraciones públicas puedan ver satisfecho las lesiones ocasionadas, pero *cuando no existan otros mecanismos directos para ese resarcimiento*». Así, la STS 1389/2021, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4481).

¹⁹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid, 1984 (edición que reproduce la de 1956), p. 205, donde ya diferenciaba claramente entre uno y otro régimen de responsabilidad administrativa.

²⁰ Vid. HUERGO LORA, A., *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 215 y ss. Es clarificadora la STS 1555/2021, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4932). El Ayuntamiento de Marbella declaró la nulidad de un contrato de arrendamiento de vehículos y el contratista reclamó con fundamento en la responsabilidad patrimonial (extracontractual) el importe de las facturas impagadas. El Ayuntamiento opuso que se trataba de un supuesto de responsabilidad contractual. La STS reseñada acoge la tesis de la reclamante, o sea, la de la responsabilidad patrimonial (extracontractual): «La declaración de nulidad de contratos (...) constituye título jurídico para reclamar a la Administración —por vía de la responsabilidad patrimonial— el importe de las facturas emitidas y no pagadas por los servicios efectivamente prestados con base en los contratos declarados nulos». Cosa distinta —e irrelevante para lo que me ocupa— es que esta STS negó la indemnización por no ser el daño antijurídico dado que «la

a terceros en la ejecución de contratos, que asimismo es responsabilidad extracontractual. La que hay que excluir es la que nace del incumplimiento por parte de la Administración de sus contratos (art. 213.2 LCSP) o convenios de distinto género. Esa es una responsabilidad contractual que no está sometida a las reglas materiales de los arts. 32 y ss. LRJSP ni a las del procedimiento de responsabilidad patrimonial regulado en la LPAC. Lo ilustra bien la STS 169/2021, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:541). Una empresa reclamó al Ayuntamiento de Marbella, ante el incumplimiento por éste de un convenio urbanístico de planeamiento (aprobó un plan general en el que no plasmó las modificaciones pactadas), la devolución de las cantidades entregadas e indemnización de los daños causados por la paralización de la urbanización; todo ello basado en la responsabilidad patrimonial de la Administración. El TS acepta la naturaleza contractual (y administrativa) del convenio y también la posibilidad de indemnización por incumplimiento; pero niega que se pueda canalizar por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración y sin instar antes la resolución del convenio por incumplimiento, porque se trata de una responsabilidad contractual²¹. En igual dirección, por ejemplo, STS 903/2021, de 23 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2624). También aquí lo que se imputaba a un ayuntamiento era el incumplimiento de un convenio urbanístico de planeamiento; también aquí se reclamaba con base en la responsabilidad patrimonial; y también aquí ese planteamiento fue rechazado por el TS: «ha de negarse la posibilidad de reclamar por la vía de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración la indemnización derivada del incumplimiento de las obligaciones contractuales exigibles conforme al Código Civil, sin instar la resolución del mismo»²². Igualmente, y con más razón, son propios de la jurisdicción civil los asuntos en que, ante el incumpli-

reclamante tuvo una participación esencial y voluntaria en la generación de la causa de la nulidad de los contratos».

²¹ Dice que el planteamiento de la reclamante «... no puede aceptarse, no ya porque suponga una auténtica confusión entre dos tipos de responsabilidades distintas como son la responsabilidad contractual y la patrimonial, de naturaleza —precisamente— extracontractual, sino porque, además, con tal planteamiento de la recurrente se produce un doble efecto pernicioso: se elude el régimen jurídico propio de la responsabilidad realmente acontecida, la contractual, y se impide, además, que puedan valorarse debidamente los requisitos de la responsabilidad patrimonial que se reclama (...) En ambos casos la Administración es responsable y surge el deber de indemnizar, pero su responsabilidad tiene una fuente u origen distinto que atrae sobre sí un régimen jurídico propio y diverso que debe ser respetado, de forma que si la responsabilidad surge en el seno del incumplimiento de un contrato es éste el régimen jurídico que habrá de seguirse (...), con exclusión del régimen jurídico de la responsabilidad que se genera, al margen de toda relación contractual, por el mero actuar de la Administración, régimen éste que opera a modo de cláusula residual...».

²² Igualmente, la diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual sirve, cuando se pide indemnización a sociedades mercantiles por incumplimiento de contratos, para decantarse por la competencia de la jurisdicción civil (ATS, Sala de Conflictos, 7/2024, de 25 de junio; ECLI:ES:TS:2024:9759A) sin las dificultades que surgen cuando se trata de la responsabilidad de este tipo de entes, que luego explicaré. Y algo parecido sucede cuando se pide indemnización por responsabilidad contractual a entidades

miento por la Administración de un contrato privado, la otra parte pide al mismo tiempo la resolución del contrato con petición adicional de indemnización por los daños causados por tal incumplimiento. Por tanto, tampoco en tal caso hay que tramitar previamente el procedimiento de responsabilidad patrimonial²³.

Fuera de la exigencia de este procedimiento quedan, asimismo, las reclamaciones por responsabilidad cuasicontractual de la Administración, particularmente por enriquecimiento injusto, que, pese a la confusión que domina en tal materia y pese a la posibilidad de admitir cierta comunicación de régimen, es distinta de la responsabilidad extracontractual²⁴.

Por supuesto que igualmente hay que excluir de la necesidad de seguir este procedimiento la exigencia de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de los delitos cometidos por el personal a su servicio. Ya recordé antes que tal responsabilidad es declarada por la jurisdicción penal y, naturalmente, lo hace sin que haya precedido ninguna vía administrativa. Ahora bien, si pese a la existencia de un proceso penal e incluso mediando sentencia condenatoria, el perjudicado pretendiera exigir la responsabilidad directa de la Administración conforme a la LRJSP²⁵, habrá de ejercer su acción en vía administrativa siguiendo el procedimiento aquí estudiado antes de acudir, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa²⁶.

Por otra parte, hay obligaciones indemnizatorias de la Administración por expresas determinaciones legales basadas normalmente en razones de solidaridad

públicas empresariales; por ejemplo, los retrasos de RENFE (ATS, Sala de Conflictos, 7/2013, de 11 de abril (ECLI:ES:TS:2013:4800A)).

²³ ATS, Sala de Conflictos de Competencia, 5/2022, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2022:7065A).

²⁴ Vid. COSCULLUELA MONTANER, L., «Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, n.º 84 (1977), pp. 185 a 202. También REBOLLO PUIG, M., *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 247 a 266; sobre otros supuestos de responsabilidad cuasicontractual (gestión de negocios ajenos y cobro de lo indebido), pp. 192 y ss. Además de las sentencias y dictámenes allí citados, confirma la distinción y es especialmente ilustrativo el dictamen del Consejo de Estado 550/1995, de 6 de abril, n.º marginal 224.

²⁵ Esta posibilidad la admiten normalmente los tribunales y no sólo en los casos de sentencia penal absolutoria o en la que se haya reservado la acción civil, sino incluso tras pronunciarse el juez penal por la responsabilidad civil; *vid.* CASINO RUBIO, M., *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 296 y 313 a 324, donde se recogen sentencias en este sentido y su crítica. Con todo, forzoso es reconocer que las actuales relaciones entre responsabilidad administrativa derivada de delito y la genérica responsabilidad patrimonial de la Administración son extremadamente confusas. Vid. REBOLLO PUIG, M., «Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración», en SAINZ MORENO, F. (Dir.), *Estudios para la reforma de la Administración pública*, INAP, 2004, pp. 229 y ss.

²⁶ Por eso, COSCULLUELA MONTANER, L. (2024: 376), afirma que «el perjudicado tiene opción de seguir esta vía penal o la contencioso-administrativa». Ahora bien, pudiera ocurrir que el tribunal de lo contencioso-administrativo acuerde la suspensión hasta que se resuelva el proceso penal porque de lo que allí se considere probado dependerá la existencia o no de responsabilidad administrativa. A este respecto es interesante la STS de 31 de octubre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:7511).

social. Ejemplo relevante es de las ayudas públicas establecidas para paliar los daños por catástrofes (arts. 20 y ss. de la Ley 17/2015 de Protección Civil y RD 307/2005)²⁷. En estos casos, en los que no son necesarios los requisitos para la responsabilidad patrimonial de la Administración, la reclamación de la indemnización no requiere seguir el procedimiento estudiado. Ello sin perjuicio de que algunas veces pueda el perjudicado pedir indemnización por la genuina responsabilidad patrimonial²⁸, en cuyo caso sí tendrá que instar este procedimiento. Piénsese, asimismo, en la solicitud de reembolso de los gastos por prestación sanitaria privada ante la falta de asistencia pública, solicitud que encuentra base en el art. 4.3 del RD 1030/2006 sobre la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud²⁹. También en este caso se trata de una pretensión que, aunque pueda tener su origen en un anormal funcionamiento de los servicios públicos, cuenta con sustento legal específico distinto de la genérica responsabilidad patrimonial y que, por ello, queda al margen del procedimiento establecido para resolver sobre ésta y hasta de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (corresponde a los jueces de lo social).

También es distinta de la genérica responsabilidad patrimonial de la Administración la que surge en virtud del principio de indemnidad de los funcionarios. Es referencia capital la STS 956/2020, de 8 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2345)³⁰. Es un supuesto en que un *mosso d'esquadra* reclamaba a la Generalidad indemnización por los daños que le causaron en acto de servicio dos menores y en el que invocaba el principio de indemnidad, mientras que la demandada sostenía que era un supuesto

²⁷ Vid. JORDANO FRAGA, J., *La reparación de los daños catastróficos. Catástrofes naturales, Administración y Derecho público: responsabilidad, seguro y solidaridad*, Marcial Pons, Madrid, 2000. Otros ejemplos ofrecen la Ley 35/1995, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual; la Ley 13/1996 (arts. 93 y ss. para afectados por delitos de terrorismo; Ley 14/2002, de ayudas a enfermos de hepatitis C por tratamiento en el sistema sanitario público; R. Decreto-Ley 9/1993, para afectados por el SIDA a consecuencia de actuaciones del sistema sanitario público; etc.

²⁸ Así, para el caso de los daños causados por terrorismo, vid. MARTÍN RETORTILLO, L., «De la eficacia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 19, 1987; DOMÍNGUEZ LUIS, J. A., «Responsabilidad patrimonial y acción terrorista; concurrencia de nexo causal por inactividad de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 90, 1996; y MIR PUIGPELAT, O., «Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo. Ley 32/1999, de 8 de octubre de solidaridad con las víctimas del terrorismo, y su Reglamento de desarrollo», *Indret: revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2000.

²⁹ Prevé el reembolso de esos gastos en caso de «asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud (...) una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva...».

³⁰ En igual sentido, las SSTs 1003/2020, de 15 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2406); 1207/2020, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:3022); 18/2021, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2021:98); 910/2021, de 24 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2524); 913/2021, de 24 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2523); 947/2021, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2626); 983/2021, de 7 de julio (ECLI:ES:TS:2021:2843); y 1384/2021, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4282).

de responsabilidad patrimonial de la Administración, el TS se decanta por la primera tesis: «... se trata de una materia propia de la función pública» que debe abordarse «mediante el *principio del rescimiento o de indemnidad*, que rige para los empleados públicos cuando actúan en el ejercicio de su cargo. Esos daños no se configuran como lesiones, en el sentido técnico-jurídico propio de la responsabilidad extracontractual de la Administración. En contra de lo que sostiene la Administración recurrente, tales perjuicios no son imputables a una Administración pública porque la causa de la lesión o daño que sufre el agente no ha sido una actuación normal o anormal de un servicio público imputable a la actuación administrativa, ni ha sido ésta la que produce una lesión resarcible que el perjudicado no tenga la obligación de soportar». Y, ante la derogación de los preceptos que consagraban este derecho de los policías, la sentencia afirma que eso «no alteró en nada la situación existente ni ha significado que lo que debemos considerar como un principio general del derecho haya desaparecido del ordenamiento» porque «lo que aplica correctamente la sentencia recurrida es el principio general que acabamos de enunciar»³¹. De algunos de los argumentos de esta STS y de diversos dictámenes del Consejo de Estado podía deducirse que este principio de indemnidad no se circunscribía a los policías, sino que era aplicable a todos los funcionarios o empleados públicos o, incluso más allá, a los daños sufridos por particulares en la realización de funciones públicas³². Pero eso ha quedado desmentido por la jurisprudencia reciente que ha negado la aplicación de este principio ante los daños padecidos por funcionarios de prisiones³³. Si no se aplica a estos funcionarios, cuyos riesgos son tan similares a los de los policías, con más razón excluirá a los demás empleados públicos, por más que me parezca una solución de acierto discutible. Sea cual fuere el ámbito de aplicación de este principio de indemnidad, lo que nos importa aquí es que, si la reclamación de indemnización se fundamenta en él y no en la genérica responsabilidad patrimonial de la Administración, no solo habrá un régimen material distinto, sino que tampoco deberá ventilarse en el pro-

³¹ Después explica más sobre el fundamento de este principio: «... el principio general de rescimiento o indemnidad es un principio inherente al sentido instrumental de toda Administración. En la medida en que quienes la sirven no actúan en interés propio, sino en el público —en el de todos— si sufren daño o perjuicio en el servicio, sin mediar culpa o negligencia, se les debe resarcir directamente por la propia Administración en cuyo nombre actúan. Por eso, venga o no expresado en preceptos concretos, hay que recordar que el artículo 1729 del Código Civil establece la obligación de que el mandante indemnice al mandatario todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario».

³² He sintetizado esos dictámenes del Consejo de Estado en REBOLLO PUIG, M., «La reclamación de la indemnización», en CASARES MARCOS, A. B. (Coord.), QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 129-130.

³³ SSTs 290/2022, de 8 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:926) y 1371/2023, de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5754). Vid. ARRIBAS LÓPEZ, A., «El tortuoso camino de la indemnidad de los funcionarios de prisiones (a propósito de la STS de 8 de marzo de 2022)», *Diario La Ley*, n.º 10133, 2022.

cedimiento de responsabilidad patrimonial. Todo esto debe entenderse sin perjuicio de que, al margen de este principio de indemnidad, el funcionario pueda reclamar con fundamento en la genérica responsabilidad patrimonial de la Administración³⁴, en cuyo caso sí que deberá seguir el procedimiento establecido al efecto en la LPAC.

3. Identificación de la acción. La *causa petendi*

Para decidir si, ante una solicitud de indemnización, la Administración debe seguir el específico procedimiento de responsabilidad patrimonial de la LPAC y resolverlo conforme a lo previsto en los arts. 32 y ss. LRJSP o si, por el contrario, debe tramitarlo por otras vías y resolverlo conforme a otras reglas sustantivas, lo determinante es la acción que ejerza el reclamante, acción identificada por su *causa petendi*. No se trata de los meros argumentos dialécticos para convencer a la Administración o al Tribunal, sino que esa *causa petendi* identifica lo que se pide, de modo que integra el objeto del procedimiento administrativo y, después, del proceso³⁵. Por ello no cabe que la Administración, ante una reclamación basada en la genérica responsabilidad administrativa extracontractual, decida por su cuenta que la indemnización solicitada encuentra mejor acomodo, por ejemplo, en alguno de los regímenes específicos de obligaciones indemnizatorias de la Administración y, sin más, lo tramite y resuelva conforme a estos. Tampoco cabe, a la inversa, que, si el particular ejerce otro tipo de acción para reclamar una indemnización, la Administración rehúya pronunciarse sobre ella y, en su lugar, tras tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial, dicte resolución otorgando o denegando la responsabilidad extracontractual³⁶. Esa práctica no tiene justificación, origina disfunciones y supone incurrir en flagrante incongruencia.

Esta identificación de la acción ejercida tiene otras muchas consecuencias. Así, condiciona al juez contencioso-administrativo que no puede resolver en función de una responsabilidad distinta de la invocada por el demandante. El *iura novit curia* no permite tanto. Este límite, asentado en la jurisprudencia civil³⁷, hay que acogerlo

³⁴ Reclamación del empleado público que eventualmente puede tener éxito si demuestra un funcionamiento anormal del servicio público, no debido a su propia actuación, causante de su daño. Por todas, las SSTs de 18 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:1475), de 16 de junio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:3452) y de 30 de junio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4362), que abordan también la compatibilidad con la pensión extraordinaria con el límite del enriquecimiento injusto.

³⁵ GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 8ª ed., 1976, I, pp. 186 y 248 y ss.

³⁶ Si acaso, cabría ensayar el cauce de la modificación o mejora voluntaria de la solicitud del art. 68.3 LPAC. Sólo si el particular lo admitiera, cabría el cambio. Pero no en otro caso, no sin esa modificación aceptada por el peticionario ni, menos aún, sin ni siquiera plantearse.

³⁷ Especialmente en las relaciones entre responsabilidad contractual y extracontractual. Por ejemplo, la STS, Sala de lo Civil, de 14 de febrero de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:14823): «el juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada en la demanda sin que pueda variarla, de manera que si ejercita

igualmente para la jurisdicción contencioso-administrativa³⁸. Igualmente comporta que, basada la responsabilidad en vía administrativa en un concreto género de responsabilidad, no cabe plantearla con otra *causa petendi* en vía judicial³⁹. También es eso lo relevante para decidir la jurisdicción competente⁴⁰; y para resolver si hay o no litispendencia o cosa juzgada⁴¹.

Dejando al margen esas otras consecuencias, lo que importa a nuestros efectos afirmar es que el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la LPAC está constreñido a los casos en que el reclamante basa su solicitud de indemnización en los arts. 32 y siguientes de la LRJSP, no en los otros supuestos en que su petición de indemnización, compensación, restitución o reembolso tienen otra base jurídica.

la acción extracontractual invocando los arts. 1.902 y 1.903 CC no puede alterarla para resolver como si hubiera ejercitado la acción derivada de contrato o de su cumplimiento y a la inversa». Igualmente, la STS, Sala de lo Civil, de 26 de diciembre de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:8003).

³⁸ Y alguna sentencia de la Sala 3ª del TS la acepta. Es el caso de la ya aludida STS 169/2021, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:541). Recuérdese que el particular pidió la indemnización derivada de incumplimiento de convenio por responsabilidad patrimonial y el TS consideró que se trataba de responsabilidad contractual. Pero, recogiendo lo ya razonada por la sentencia recurrida, dijo: «... a esta Sala le está vedado en cumplimiento del principio de congruencia (...), plantearse la procedencia de la devolución de la cantidad pagada con fundamento en la existencia de un hipotético incumplimiento imputable al ayuntamiento, pues no es este el fundamento jurídico en que se sustenta la petición...». No son óbices los arts. 33.2 y 65.2 LJCA, pues no permiten al juez cambiar las pretensiones de las partes, sino sólo los «motivos», lo que es sinónimo en este caso a fundamentos de derecho; no permiten, por el contrario, cambiar las pretensiones y estas quedan identificadas no sólo por lo que se pide, sino por la causa de pedir.

³⁹ En caso contrario, la pretensión sería rechazada como «cuestión nueva» sobre la que no ha podido pronunciarse antes la Administración; o sea, que para que el procedimiento administrativo sirva como vía previa al contencioso-administrativo, han de basarse ambos en el mismo tipo de responsabilidad. El art. 56.1 LJCA permite que en la demanda se aleguen «cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración». Pero eso permite añadir o cambiar los fundamentos jurídicos, no la pretensión misma. Y es esto último lo que se altera si se pasa de pedir con base en la responsabilidad patrimonial a pedir la indemnización con base en otro género de responsabilidad o, al revés, si en vía judicial se exige una responsabilidad patrimonial (o sea, extracontractual) cuando previamente se ejerció otra acción.

⁴⁰ En cuanto a ello, el ATS, Sala Especial de Conflictos de Competencias, 10/2023, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:6746A), tras aclarar que la solicitante decía «expresamente que la pretensión se formula con base en la responsabilidad patrimonial de la Administración; y no como una pretensión por incumplimiento contractual», afirma: «... a fin de determinar qué orden jurisdiccional está legalmente llamado a conocer del presente asunto (petición de indemnización), debe estarse a la pretensión formulada por el actor y a las normas jurídicas que alega como fundamento de aquella. Ello significa que la circunstancia de que la relación jurídica preexistente entre (la reclamante) y Canal de Isabel II, S. A., sea de naturaleza contractual y regulada por el derecho privado no es aquí decisiva, sin perjuicio naturalmente de que pueda —llegado el caso— tomarse en consideración a la hora de resolver el fondo del litigio. En otras palabras, lo determinante de la competencia jurisdiccional es la naturaleza de la acción ejercitada».

⁴¹ En cuanto a esto último, es sugerente la STSJ del País Vasco 632/2011, de 14 de julio (ECLI:ES:TSJPV:2011:4023), que niega que haya cosa juzgada ante una reclamación de responsabilidad de la Administración y otra previa sobre vicios en la construcción basada en la legislación específica sobre viviendas de protección oficial.

III. ÁMBITO SUBJETIVO DEL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. ADMINISTRACIONES Y OTROS ENTES DEL SECTOR PÚBLICO

1. Entes respecto de los cuales es segura la exigencia de procedimiento administrativo y la competencia contencioso-administrativa y entes respecto de los que surgen dudas. Planteamiento

Afirmamos al principio que la jurisdicción contencioso-administrativa es la competente para declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas [arts. 9.4 LOPJ y 2.e) LJCA] y que, antes de acudir a ella, es necesario plantear la reclamación ante la propia Administración para, tras seguir el procedimiento específico establecido en la LPAC, conseguir una resolución (o un silencio) que será la recurrible ante esa jurisdicción.

Eso no ofrece dudas si se trata de exigir la responsabilidad de las Administraciones territoriales (la general del Estado, de las comunidades autónomas y de municipios, provincias e islas).

Lo mismo hay que afirmar si lo que se pretende es que se declare la responsabilidad de entes institucionales con personalidad de derecho público y sometidos en su actuación al derecho público. O sea, contra los organismos autónomos, las agencias estatales, las autoridades administrativas independientes o equivalentes autonómicos y locales. Todos estos tienen indudablemente la consideración de Administraciones públicas [arts. 2.3 LPAC, 2.3 LRJSP y 1.2.d) LJCA] y, por tanto, les son de aplicación las normas sobre responsabilidad patrimonial de la Administración tanto en cuanto al régimen material como en cuanto al procedimental y procesal. También hay que entender que la responsabilidad patrimonial de las universidades públicas, de las mancomunidades y de los consorcios está sometida a las mismas reglas materiales y procedimentales. Todo eso parece incontrovertible [por más que la legislación a veces se empeña en enturbiar las cosas, como ocurre con las universidades públicas y los arts. 2.2.c) LRJSP y LPAC] por lo que no son necesarias más explicaciones.

Pero hay una serie de entes del sector público respecto a los que es más dudoso si se les aplica ese régimen material y formal de derecho administrativo o si, por el contrario, tienen el régimen de responsabilidad extracontractual de los particulares, con competencia de la jurisdicción civil y sin necesidad de seguir antes el procedimiento de responsabilidad regulado en la LPAC. Me refiero sobre todo a las sociedades mercantiles de titularidad pública y a las entidades públicas empresariales.

También, en otro orden, a las corporaciones sectoriales de derecho público y a las mutuas de accidentes de trabajo.

Antes de acometer la situación de esos entes, dos precisiones son oportunas:

- Lo que se va a analizar es si, en caso de que el dañado reclame una indemnización de alguno de esos tipos de entes, debe hacerlo primero en vía administrativa y después contencioso-administrativa o si, por el contrario, debe hacerlo ante la jurisdicción civil. Queda al margen, por tanto, la posibilidad de que el perjudicado por una actuación de esos entes decida reclamar la indemnización, no a ellos, sino a su Administración matriz. Por ejemplo, ante el daño causado por una sociedad anónima municipal encargada del abastecimiento de agua, el perjudicado decide reclamar la indemnización, no a esa sociedad, sino al ayuntamiento⁴². Si así lo hace, indudablemente tendrá que presentar su reclamación ante la Administración matriz y acudir después a la jurisdicción contencioso-administrativa. Y con seguridad ésta no podrá declararse incompetente: puede que dicte sentencia que, entrando en el fondo del asunto, desestime la demanda porque considere que el daño causado por el ente instrumental no es imputable a la Administración matriz y que, por tanto, ésta no es responsable; lo que no cabrá es que se declare incompetente porque, desde luego, tiene competencia para resolver sobre la responsabilidad de la Administración matriz. Pero, insisto, no es esto lo que se plantea aquí. Lo que se va a abordar es más simple: suponiendo que el daño lo ha causado un ente instrumental y que el perjudicado reclama a éste (no a su Administración matriz) la indemnización, ¿debe hacerlo ante la jurisdicción civil o ante la contencioso-administrativa? O, lo que a la postre es casi lo mismo, ¿debe instar el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración o puede prescindir de él y acudir directamente al juez civil?

- El ámbito subjetivo de aplicación del procedimiento administrativo de responsabilidad y de la competencia contencioso-administrativa está en función de quién sea el ente al que se reclama la indemnización, no de la naturaleza del ente que la reclama. Y ello supone sobre todo que ese procedimiento y esa competencia jurisdiccional no se alteran lo más mínimo por el hecho de que la dañada y solicitante de la indemnización sea otra Administración⁴³.

⁴² A esta posibilidad han prestado especial atención MUÑOZ MACHADO, S., *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas (y otros estudios sobre responsabilidad)*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1998, pp. 163 a 170; y DE AHUMADA RAMOS, F. J., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 3.ª ed., 2009, pp. 405 a 470. No circunscriben su estudio a los entes de los que ahora hablamos, sino que lo extienden a todos los entes institucionales (incluidos organismos autónomos, autoridades independientes...) e incluso a las sociedades meramente participadas por la Administración y admiten, aunque con diferencias entre sí, una respuesta ampliamente favorable a la imputación a la Administración.

⁴³ STS de 28 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:9076): «...cualquier eventual acción de responsabilidad patrimonial del ayuntamiento frente a la Administración del Estado exige formular la co-

2. Sociedades mercantiles de titularidad pública

Me ocupo aquí de las sociedades mercantiles de titularidad exclusivamente pública, ya sean de una sola Administración, ya sean de varias. No me refiero, por el contrario, a las sociedades mixtas, ni aunque la participación pública sea mayoritaria, para las que su régimen de derecho privado en cuanto a la responsabilidad me parece innegable. Excluyo también el supuesto en el que el dañado decida reclamar la indemnización conjuntamente a la Administración matriz y su sociedad mercantil, supuesto en el que la competencia contencioso-administrativa, previa reclamación ante esa Administración matriz, está fuera de duda⁴⁴.

Por lo demás, lo que se diga de las sociedades mercantiles de titularidad exclusivamente pública es extensible a las fundaciones constituidas por las Administraciones con arreglo a la Ley estatal 50/2002, de Fundaciones, o similares autonómicas, pues en ambos casos se trata de entes instrumentales personificados conforme al derecho privado y, en su actividad, sometidos ampliamente a normas de derecho privado. Hablaremos solo de las sociedades mercantiles por ser lo más común, pero lo mismo cabe predicar de esas fundaciones.

Su régimen de responsabilidad, ¿es el de derecho administrativo o el de derecho privado? Más en concreto, para lo que aquí nos atañe, ¿su responsabilidad debe exigirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, previo procedimiento administrativo, o directamente ante la jurisdicción civil? Y cuando digo directamente ante la jurisdicción civil, digo bien porque, en caso de ser esa la competente, ni siquiera regiría como requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio extrajudicial de solución de controversias, pues lo excluye, como ya antes recordé, el art. 3.2 de la Ley Orgánica 1/2025. La verdad es que hay razones para dar una respuesta y la contraria. En la doctrina han pesado más las que inclinan por un régimen material y formal de derecho privado, es decir, a aplicar las mismas reglas sustantivas sobre la responsabilidad extracontractual que rigen para los particulares y por la

respondiente reclamación administrativa previa de responsabilidad patrimonial...». Ver también la STS de 30 de septiembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6484), que excluye que sea alternativo el requerimiento del art. 44 LJCA. Cosa distinta es que en algún caso la Administración dañada pueda, en vez de reclamar la indemnización a la causante del daño, declararla ejecutivamente, como sucede cuando una Administración puede sancionar a otra. Por ejemplo, la STS de 18 de abril de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:2714). Vid. REBOLLO PUIG, M., *Responsables de las infracciones administrativas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2023, p. 261.

⁴⁴ En esa hipótesis, al ser una de las demandadas una Administración, la sociedad mercantil de titularidad administrativa se convierte en uno de los sujetos privados que concurren a la producción del daño, por lo que, de acuerdo con el art. 9.4.2º LOPJ, la competencia sería contencioso-administrativa. Lo aclara el ATS, Sala de Conflictos, 4/2015, de 17 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:1178A). Tras optar por la competencia de la jurisdicción civil para las reclamaciones contra estas sociedades mercantiles, como de inmediato se verá, añade: «Todo ello sin perjuicio de que, (...) de acuerdo con el último inciso del art. 9.4 LOPJ, una reclamación acumulada frente al Ayuntamiento y la sociedad municipal de aguas sería competencia de los tribunales contencioso-administrativos».

competencia de los jueces civiles sin necesidad de procedimiento administrativo previo⁴⁵. Pero admitido que tampoco está huérfana de fundamentos la solución opuesta, lo que cabría esperar es que la jurisprudencia ofreciera una constante y segura. No hay tal. El TS da respuestas variadas. Veamos algunas muestras en los autos dictados por la Sala Especial de Conflictos de Competencia:

- En dos casos de reclamación al Metro de Madrid, S. A., los AATS de esa Sala de Conflictos, el 41/2011, de 3 de octubre (ECLI:ES:TS:2011:10267A), y el 9/2019, de 26 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:2293A), atribuyeron la competencia a la jurisdicción civil. Pese a su sólida argumentación⁴⁶, no se crea que es una solución pacífica⁴⁷.

- Respecto a la responsabilidad de Correos y Telégrafos, S. A., ha habido resoluciones de la Sala de Conflictos en los dos sentidos: los AATS de 13 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:9020A) y 11/2022, de 16 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:16304A) se decantaron por la competencia

⁴⁵ Basten algunas muestras. MARTÍN REBOLLO, L., «La responsabilidad de las Administraciones públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», *Documentación Administrativa*, n.º 237-238, 1994, pp. 87 (nota) y 89, afirmó que, como estas entidades «actúan sometidas sin más al tráfico jurídico privado», no están sujetas a la responsabilidad de derecho administrativo. Yo mismo me decanté por esa solución en REBOLLO PUIG, M. (2013: 103-107). BELADIEZ ROJO, M., *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 76, afirmó que «al tratarse de sujetos privados (...) esta responsabilidad deberá exigirse conforme a los procedimientos propios de este sector del ordenamiento, siendo por tanto la jurisdicción civil la competente...» (aunque respecto del régimen material en p. 75 optaba para ellas por un régimen de responsabilidad objetiva).

⁴⁶ Se lee en el 9/2019: «no puede obviarse en absoluto que la competencia de estos mismos órganos —del orden contencioso-administrativo— requiere, imperativamente, "una actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo" (art. 1.1 LJCA), que ha de concretarse (...) en la existencia de un acto administrativo, disposición o resolución (arts. 8, 10 y 11 LJCA) en la que se exteriorice, expresa o presuntamente, la voluntad de alguna de las Administraciones públicas reseñadas en el art. 1.2 LCA. En otras palabras, el proceso contencioso-administrativo exige (...) una actividad administrativa susceptible de impugnación que pueda imputarse a alguna de las Administraciones públicas legalmente previstas (...). Y en el auto 41/2011, de 3 de octubre, en un supuesto semejante al presente, en que la reclamación también se dirigía contra Metro Madrid, S.A., razonábamos que no se trataba de un supuesto de responsabilidad civil patrimonial de una Administración pública incardinable en los arts. 9.4 LOPJ y 2.e) LJCA, porque "el hecho determinante de la responsabilidad reclamada no se sitúa en la órbita del derecho público, sino privado. No se hace referencia a una actividad de ejercicio de potestades públicas, ni a materias excluidas del ordenamiento jurídico privado (aplicación de normativa presupuestaria, control financiero, control de eficacia y contratación), sino a una materia sujeta al derecho privado, y, por lo tanto, de conocimiento del orden jurisdiccional civil"».

⁴⁷ Por ejemplo, la STS de 22 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5450) aceptó la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de una reclamación de indemnización por daños causados por Metro de Madrid, S. A., y confirmó la sentencia de instancia que la había condenado a pagar 150.000 €, aunque lo hizo con una argumentación que considero palmariamente errónea.

de la jurisdicción civil⁴⁸; pero antes el interesante ATS 23/2014, de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2014:7721A), la atribuyó a la contencioso-administrativa, pese a que decía que «es evidente (...) que (Correos) no es una Administración pública», porque «cualquiera que sea el ropaje a que acuda la Administración, ello no significa que su actuación quede inmune y ajena a la responsabilidad patrimonial propia de las Administraciones Públicas».

- La misma Sala en el ATS 29/2009, de 1 de abril (ECLI:ES:TS:2009:5975A) resolvió que una reclamación contra Ferrocarriles Vascos, S. A., era competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

- La Sala de Conflictos también se ha pronunciado sobre la competencia en casos de reclamación contra sociedades mercantiles de capital íntegramente local para la prestación del servicio de aguas. Curiosamente, lo ha hecho en tres casos, respecto a la misma sociedad constituida por la Diputación de Almería y doce municipios para la gestión del agua (Gestión del Agua del Levante Almeriense, S.A., GALASA), en sus AATS 102/2007, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2007:15520A), 36/2008, de 18 de diciembre (ECLI:ES:TS:2008:13919A) y 12/2018, de 26 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:10328A). En todos ellos dirimió el conflicto en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa⁴⁹. Pero los AATS de la misma Sala 4/2015, de 17 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:1178A), 66/2009, de 19 de junio (ECLI:ES:TS:2009:9700A), 17/2008, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2008:6520A) y 100/2007, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2007:15517A), igualmente ante reclamaciones de indemnización por responsabilidad patrimonial a sociedades mercantiles de capital totalmente municipal encargadas del suministro de aguas, declararon la competencia de la jurisdicción civil⁵⁰.

⁴⁸ En igual dirección, la STS de 8 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:1156) consideró que correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa resolver sobre la responsabilidad de Correos, S. A., teniendo en cuenta que había causado el daño en su actuación de servicio público o cumpliendo «obligaciones de servicio público».

⁴⁹ Así, el ATS 12/2018 dice: «... su carácter de Administración pública (el de GALASA), es indiscutible en todo cuanto se refiere a la prestación del servicio público y, por tanto, también en cuanto a su responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dicho servicio, ya que en realidad la constitución de una sociedad anónima fue la fórmula adoptada para aunar los esfuerzos de todas las entidades públicas fundadoras en la prestación del servicio público que a cada una de ellas incumbía por separado, pero sin que ello les permitiera eludir el régimen específico de su responsabilidad patrimonial». Sin embargo, ese «indiscutible» carácter de Administración de GALASA me parece erróneo.

⁵⁰ Por sintetizar solo el último de los citados, el ATS, Sala de Conflictos, 4/2015 dice: las sociedades mercantiles de titularidad administrativa, «... al tener una personalidad jurídica propia y distinta de una Administración pública o de un organismo de derecho público, sus decisiones, acuerdos o silencios no tienen la naturaleza administrativa y, por ello, la reclamación de responsabilidad civil extracontractual no es competencia de los tribunales contencioso-administrativos, sino de los tribunales del orden civil».

El panorama descrito es, pues, pasmosamente movedizo y no permite saber a ciencia cierta cuál es la jurisdicción competente ni, por ende, si es necesario o no el procedimiento administrativo previo.

En ninguno de esos autos la Sala de Conflictos tuvo en cuenta el sobrecargado art. 35 LRJSP. Pero parece que este precepto orienta en el sentido de considerar que la responsabilidad de este tipo de entes tiene el mismo régimen que la responsabilidad de las Administraciones. Ello, porque entre otras cosas dice que «cuando las Administraciones públicas actúen (...) a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los arts. 32 y siguientes, incluso cuando (...) la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración...». Y porque esa referencia a las entidades de derecho privado a través de las cuales actúe la Administración parece incluir sobre todo a los entes de los que ahora hablamos⁵¹.

Así lo ha entendido el por ahora último auto de la Sala de Conflictos sobre el tema, el 10/2023, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:6746A). Se reclamaba indemnización a Canal de Isabel II, S.A. (sociedad constituida por la Comunidad de Madrid, el Ayuntamiento de Madrid y otras Administraciones) que, según dice el mismo auto, «forma parte del sector público institucional en el sentido del ... art. 2 LRJSP»:

«Habida cuenta de esta caracterización de Canal de Isabel II S.A., le resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 35 de la LRJSP: "Cuando las Administraciones públicas actúen (...) a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando (...) la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración (...)". Efectivamente, en el presente caso, la pretensión de responsabilidad patrimonial de la Administración —regulada en los arts. 32 y siguientes LRJSP— se dirige contra una entidad de derecho privado dependiente de varias Administraciones territoriales, que en este ámbito actúan a través de aquélla. Ello implica que las circunstancias del presente caso (...) resultan plenamente subsumibles en el supuesto de hecho del mencionado art. 35 LRJSP».

⁵¹ Si se acepta que ese es el sentido de este art. 35 LRJSP, hay que entender que cuando el art. 2.2.b) de la misma ley solo sujeta estos entes de derecho privado a lo regulado en ella cuando sus normas específicamente se refieran a ellos, una de esas normas sería justamente el art. 35. Por lo demás, ese mismo art. 2.2.b) dice que también le es de aplicación la LRJSP «cuando ejerzan potestades administrativas». Por tanto, su responsabilidad tendría el régimen de derecho administrativo cuando el daño se cause con ocasión del ejercicio de esas potestades, lo que, según el art. 113 de la misma ley, solo cabe excepcionalmente. Pero averiguar qué significa en este contexto «potestades administrativas» entraña adentrarse en un terreno oscuro y resbaladizo.

Y con ese fundamento⁵² declara la competencia del orden contencioso-administrativo⁵³.

¿Ha encontrado el TS en el art. 35 LRJSP la clave para resolver definitivamente la cuestión que abordamos? ¿Seguirá en el futuro declarando con esa base la competencia contencioso-administrativa para resolver sobre la responsabilidad extracontractual de estos entes con personalidad de derecho privado de titularidad pública? Parece que no y, de hecho, ya ha dicho lo contrario poco después⁵⁴.

Si aceptamos, como hace este ATS 10/2023, la competencia contencioso-administrativa, antes de acudir a ella habrá que sustanciar el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial. Y entonces, ¿ante quién tendrá el particular que presentar su previa reclamación administrativa y quién tramitará y resolverá ese procedimiento administrativo? ¿El ente de derecho privado o su Administración matriz? Es chocante que, por ejemplo, una sociedad anónima, por mucho que sea de titularidad pública, tramite un procedimiento administrativo y dicte un acto administrativo recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por eso, sería razonable atribuir la tramitación y resolución de ese procedimiento a la Administración matriz⁵⁵. En el eventual posterior contencioso-administrativo ésta sería

⁵² Realmente añade otro argumento endeble: que el ATS 23/2014, de 30 de septiembre, en el caso de la sociedad anónima de Correos había declarado la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero, como hemos visto, los AATS de 13 de mayo de 2021 y 11/2022, de 16 de noviembre, optaron después por la jurisdicción civil para las reclamaciones contra Correos, S. A.

⁵³ Cabe hacer tres objeciones a este razonamiento. Primera: de ese art. 35 LRJSP dijo poco antes la misma Sala de Conflictos en el ATS 2/2022, de 2 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:3581A), que «se refiere a la legislación administrativa aplicable, no a la jurisdicción competente». Segunda: ténganse en cuenta los arts. 113 y 130 LRJSP que, entre las excepciones al régimen de derecho privado de sociedades mercantiles y fundaciones estatales, no dicen nada de la responsabilidad extracontractual. Si el legislador hubiera querido que fuese el de derecho administrativo, bien fácil le habría resultado hacer alusión a ello en esos dos preceptos. Y tercera: si bien puede tener sentido atribuir a estos entes un régimen de responsabilidad de derecho administrativo cuando gestionan servicios públicos, no lo tiene cuando desarrollan meras actividades empresariales en competencia con sujetos privados. Como dice FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Relatoria: el seminario organizado por la *Revista de Administración Pública* y la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre sociedades públicas, convenios y otras zonas oscuras del derecho administrativo», *RAP*, n° 226 (2025), pp. 86-87, «no resulta razonable que esas empresas públicas queden sujetas a cargas y limitaciones (...) que, sin embargo, no alcanzan a las competidoras privadas, quebrando de esa manera la igualdad competitiva».

⁵⁴ STS, Sala Civil, 1704/2023, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:5477), ante una sociedad del Ayuntamiento de Vitoria, dice: «AMVISA es una sociedad mercantil local, de capital público, de las previstas en el art. 85.2.d LRBRL, que tiene personalidad jurídica propia y distinta de la Administración pública titular de su capital social (...), de forma que (...) su régimen de responsabilidad civil extracontractual se rige por el derecho privado (art. 1902 CC) y no por el derecho administrativo (...), la competencia para su enjuiciamiento corresponde a los tribunales del orden civil, y no a los tribunales contencioso-administrativos».

⁵⁵ Así lo propone en «Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial», en la obra colectiva *Estudios para la reforma de la Administración pública*, INAP, 2004, pp. 221-222.

la demandada (puesto que sería la autora del acto impugnado); y el ente de derecho privado causante del daño sería, según los casos, codemandado (puesto que él podría ser el condenado a pagar la indemnización) o demandante⁵⁶. Pero, sin un precepto que lo consagre expresamente, es difícil aceptar esa solución.

Si, pese al ATS 10/2023, se admite que la responsabilidad extracontractual de estos entes del sector público con personalidad de derecho privado compete a la jurisdicción civil (como creo que, en principio, sería más razonable), todo es más sencillo y, entre otras cosas, se evita el procedimiento administrativo de responsabilidad. Por eso no es de extrañar que en la práctica siga siendo frecuente que los perjudicados, perdidos en un laberinto de contradicciones, prefieran esta otra vía⁵⁷, máxime si ni siquiera han de acudir antes a ningún medio de solución extrajudicial de controversias (art. 3.2 de la Ley Orgánica 1/2025).

3. Entidades públicas empresariales y similares autonómicas y locales

Si la situación de sociedades mercantiles y fundaciones del sector público es confusa, no le va a la zaga la que presentan las entidades públicas empresariales (o equivalentes autonómicos y locales), esto es, las personificadas conforme al derecho público, pero sometidas en sus relaciones con terceros generalmente al derecho privado. Demostremos esa situación incierta con referencia a lo que ha dicho la Sala de Conflictos del TS respecto a dos prototípicas y relevantes entidades públicas empresariales, ADIF y RENFE⁵⁸. En su auto 3/2018, de 7 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:2808A), ante la reclamación de indemnización a ADIF por la caída de un usuario en una de sus estaciones, declaró que la competencia correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa, basándose en algunas declaraciones no concluyentes de su Estatuto. Poco después, el auto 8/2018, de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:2018:6028A), declaró competente a la jurisdicción civil para resolver sobre la indemnización solicitada a RENFE por atropello en una estación; ello pese a reconocer que, como entidad pública empresarial, tiene naturaleza de Adminis-

⁵⁶ No le afectaría, creo, el art. 20.c) LJCA, pues solo se refiere a las entidades de derecho público.

⁵⁷ Más todavía si se admitiera que incluso el juez civil podría aplicar el art. 106.2 CE y los principios de responsabilidad de la LRJSP. Sobre ello, vid. MONTTOYA MARTÍN, E., *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 553 y ss.; GAMERO CASADO, E., *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 145 y ss.; y BELADIEZ ROJO, M., (1997: 75-76).

⁵⁸ En realidad, la situación de RENFE es actualmente más complicada porque RENFE Operadora es hoy una entidad pública empresarial, pero cuenta con varias filiales con forma de sociedad mercantil: Renfe Viajeros, S. A., Renfe Mercancías, S. A. Si pudiera considerarse que la responsable de un daño es una de estas filiales y a ella se reclamase la indemnización, pasaríamos a estar en la situación descrita en el apartado anterior.

tración pública⁵⁹. Solo un poco después, la misma Sala de Conflictos se enfrentó en su auto 10/2018, de 8 de junio (ECLI:ES:TS:2018:6306A), con una reclamación de indemnización dirigida conjuntamente contra ADIF y RENFE por la caída de un pasajero entre el vagón y el andén, o sea, entre los dominios de RENFE y los de ADIF. El auto resuelve en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero lo hace, en realidad, respetando los criterios anteriores (la responsabilidad de ADIF corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa y la de RENFE a la civil). Solo que a eso añade que RENFE sería el sujeto privado al que se refiere el art. 9.4 LOPJ de modo que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa por reclamarse contra ADIF atrae la reclamación contra RENFE.

La solución tiene cierta lógica porque ADIF ejerce una actividad paradigmáticamente administrativa mientras que RENFE opera ahora en el mercado compitiendo con otras empresas. Pero, reconocido esto, lo cierto es que ambas son entidades públicas empresariales y que de ninguna ley se deducen diferencias entre unas y otras entidades públicas empresariales según lo que hagan o su posición en el mercado⁶⁰.

De las leyes lo que se deduce es que todas estas entidades [que son un tipo de «organismos públicos» según el art. 84.1.a) LRJSP] tienen la consideración de Administraciones públicas [art. 2.3 LPAC y art. 2.3 LRJSP, que aluden específicamente a los «organismos públicos» sin distinguir entre sus clases; así como art. 1.2.d) LJCA]. Y se deduce igualmente que todas las Administraciones públicas tienen el régimen de

⁵⁹ Ya en ocasiones anteriores la Sala de Conflictos de Competencias había establecido la misma solución respecto a RENFE: así ATS 5/2017, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2017:2186A); 7/2015, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2015:2964A); 23/2011, de 22 de junio (ECLI:ES:TS:2011:8118A); 77/2009, de 18 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:18208A). Pero declararon la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa los AATS 38/2002, de 21 de octubre (ECLI:ES:TS:2002:8952A) y 33/2001, de 27 de diciembre (ECLI:ES:TS:2001:12284A), si bien en los casos enjuiciados se decantaron por la jurisdicción civil al haber sido codemandada, junto a RENFE, su aseguradora. Vid. MIR PUIGPELAT, O., «La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa (Comentario a los autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002 y propuesta de reforma legislativa)», en M. J. MONTORO CHINER (Coord.), *La justicia administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, 2003.

⁶⁰ También es significativo el caso del Consorcio de Compensación de Seguros: está configurado como entidad pública empresarial (art. 1 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2004). Y la Sala de Conflictos viene reiteradamente afirmando que la competencia para reclamarle indemnizaciones es de la jurisdicción civil. Ya lo hizo así en su auto de 12 de julio de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:124A): se ejercía acción de responsabilidad contra el consorcio de compensación de seguros en un supuesto en el que las fuerzas de Seguridad explotaron un coche utilizado por banda terrorista: afirma la competencia de la jurisdicción civil porque este consorcio es una Entidad pública empresarial y porque, como tal, está sometida a derecho privado salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley, excepciones entre las que no está la responsabilidad extracontractual. Véase también el auto de esa Sala 25/2012, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2012:8300A), que cita otros en esa dirección.

responsabilidad previsto para ellas tanto en la LRJSP como en la LPAC. No es óbice el que sean unos entes sometidos ampliamente a derecho privado (art. 104 LRJSP) porque, según el art. 35 LRJSP, cuando las Administraciones actúen directamente en relaciones de derecho privado, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los arts. 32 y siguientes de la propia LRJSP, esto es, conforme a las reglas de derecho administrativo⁶¹. Así que, según creo, la conclusión correcta es que compete conocer de los litigios sobre su responsabilidad al orden contencioso-administrativo, previo procedimiento administrativo de responsabilidad.

Pero, como se ha visto, el TS no avala completamente esta solución y es incierto lo que pueda declarar en el futuro respecto a las entidades públicas empresariales en general o incluso respecto a RENFE y a ADIF en particular. Acaso el art. 35 LRJSP que, como acabamos de ver, ha inclinado al TS por reconocer la competencia contencioso-administrativa incluso para la responsabilidad de las sociedades mercantiles de titularidad pública, le sirva también para acoger esa misma solución respecto a todas las entidades públicas empresariales sin distinción⁶².

4. Corporaciones sectoriales de derecho público

Las corporaciones sectoriales de derecho público (tales como colegios profesionales, cámaras de comercio, juntas de compensación, entidades urbanísticas de conservación, comunidades de regantes y similares) no son propiamente Administraciones públicas⁶³. Pero su régimen es en parte el mismo que el de las Administraciones. Así, según el art. 2.4 LPAC, «se regirán por su normativa específica en el ejercicio de las *funciones públicas* que les hayan sido atribuidas por ley o delegadas por una Administración pública, y supletoriamente por la presente ley». Y el art. 2.c) LJCA atribuye al orden contencioso-administrativo «las cuestiones que se susciten en relación con (...) los actos y disposiciones de las corporaciones de derecho público adoptadas en el ejercicio de *funciones públicas*». Sorprendentemente, no hay ninguna alusión a ellas en la LRJSP. Pero de los dos preceptos recordados, y dado que su «normativa específica» no establece nada al respecto, se infiere que cuando en el ejercicio de las «funciones públicas» causen daños, su régimen de responsabilidad será en lo material y en lo formal, el de las Administraciones públicas. Y ello, por lo que aquí más directamente nos incumbe, comporta que quien pretenda de una de estas corpo-

⁶¹ Lo mismo se deducía de la Ley 30/1992, según expliqué en «La reclamación de responsabilidad», cit., pp. 101-102.

⁶² En ese sentido, PAVEL, E.-V., *El procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial*, Tecnos, Madrid, 2020, pp. 135 a 138.

⁶³ Y, por otra parte, no cabe imputar a la Administración de la que dependan la responsabilidad por los daños que causen, pues la tutela a la que están sometidas, nunca similar a la relación de instrumentalidad de los entes institucionales, rara vez lo justificará. Sobre ello, MUÑOZ MACHADO, S. (1998: 142-143 y 165), con cita de la STS de 5 de febrero de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:15522).

raciones una indemnización por los daños causados en el ejercicio de funciones públicas habrá de exigirla ante ella; que la corporación deberá tramitar el procedimiento administrativo de responsabilidad regulado en la LPAC; y que, después, la resolución que se dicte será impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por el contrario, cuando el daño se cause al margen del ejercicio de funciones públicas, la demanda habrá de plantearse ante la jurisdicción civil y sin que se requiera haber tramitado antes el procedimiento administrativo de responsabilidad.

Me sorprende que haya pocas sentencias que se hayan pronunciado sobre esto; por ejemplo, sobre reclamaciones de indemnización a las juntas de compensación por las obras de urbanización que realizan o a las entidades urbanísticas de conservación por el mantenimiento de redes y elementos públicos que les competen. Todas las sentencias que encuentro son relativas a colegios profesionales y todas abonan lo ya explicado. Destaquemos algunas. En primer lugar, la STS de 5 de febrero de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:661). En un supuesto de reclamación al colegio de farmacéuticos por los daños causados al denegarse ilegalmente la apertura de oficina de farmacia, esta sentencia (interesante por otros motivos: su negación verbal de la doctrina del margen de tolerancia y su voto particular sugerente), acepta implícitamente que se está ante un supuesto de responsabilidad que se rige por las mismas reglas de la de las Administraciones y que la competencia es contencioso-administrativa, sin ni siquiera hacer cuestión de ello. En segundo lugar, la intachable STS de 15 de octubre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:2921) sobre responsabilidad patrimonial de la organización colegial por prohibir a una procuradora su actuación en el partido judicial de La Línea de la Concepción, prohibición que fue anulada judicialmente. Además de repudiar la doctrina del margen de tolerancia, por lo que aquí importa no duda en aplicar la responsabilidad de derecho administrativa a los colegios ante los daños derivados de un acto administrativo ilegal y en aceptar, sin ni siquiera hacer cuestión de ello, la competencia contencioso-administrativa. Me referiré, por último, a la STSJ de Andalucía/Málaga de 6 de octubre de 1997 (ECLI:ES:TSJAND:1997:114). Se reclamaba indemnización al Consejo General de Odontólogos por denegar ilegalmente al actor su colegiación y la sentencia dice: «... el Consejo General de Colegios (...) está sujeto a las normas sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas, incluida la responsabilidad patrimonial, en cuanto ejercita, como es el caso, potestades administrativas»; y desde luego acepta la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Siendo así, hay que entender que previamente debería sustanciarse el procedimiento administrativo de responsabilidad⁶⁴.

⁶⁴ No me parece contraria a lo sostenido ni a las tres sentencias citadas, la STS de 5 de febrero de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:15522). El daño se había causado por haber sido dado de baja el reclamante en su cualidad de gestor administrativo por el Colegio sin haber sido repuesto, a pesar de que la Secretaría General Técnica del Ministerio de Comercio, estimando el recurso planteado, revocó el acto colegial. La

5. Sujetos privados que ejercen funciones públicas. En especial, mutuas colaboradoras de la Seguridad Social y federaciones deportivas

El régimen material y formal de la responsabilidad patrimonial de la Administración no alcanza a los sujetos privados que ejercen funciones públicas sin integrarse en la organización administrativa y sin contrato. Es el caso tradicional de ciertos profesionales, como los notarios⁶⁵, o el de las entidades colaboradoras en la seguridad y calidad industrial, la seguridad aérea o naval, el medio ambiente y en cada vez más sectores. Hay que afirmar, primero, que si su actuación produce daños, como regla general, no surgirá la responsabilidad de la Administración, sino la suya propia⁶⁶; y, segundo, que esa responsabilidad propia de tales entidades es competencia de la jurisdicción civil⁶⁷. Así que, por lo que aquí más directamente nos incumbe, si se trata de exigir la responsabilidad de estos sujetos privados que ejercen funciones públicas, no encuentra aplicación el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial ni la competencia contencioso-administrativa⁶⁸.

Pero si lo anterior puede considerarse la regla general, no cabe descartar que se establezcan regímenes distintos para específicos géneros de sujetos privados que ejercen funciones públicas.

Es supuesto especialmente relevante el de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (arts. 80 a 101 del TR de la Ley General de la Seguridad Social), en

sentencia desestima. Pero, en realidad lo que rechaza es la responsabilidad de la Administración del Estado, sin pronunciarse sobre la del Colegio.

⁶⁵ Respecto a ellos, la STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:5802) advirtió que «no cabe desconocer que el notariado constituye una profesión liberal que, con autonomía e independencia, ejerce funciones públicas, sin recibir sus retribuciones de los presupuestos estatales, a la que, por ende y en la actualidad, podría, en su caso, serle imputada la responsabilidad directa e inmediata, para la cual precisamente tiene su propio sistema de cobertura, y cuya exigencia parece igualmente que ha de promoverse, cual además ha efectuado el propio recurrente, ante la jurisdicción civil, todo ello sin perjuicio de que nunca podrá prescindirse del hecho cierto de que estamos en presencia del desempeño de funciones públicas, con las consecuencias inherentes a tal circunstancia cuando a ello hubiere lugar».

⁶⁶ Lo matiza CANALS i AMETLLER, D., *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*, Comares, Granada, 2003, pp. 327 a 330, que no excluye una posible responsabilidad de la Administración *in vigilando* e *in omittendo* e incluso por el mero hecho de tratarse de funciones de autoridad que en último término son de titularidad pública.

⁶⁷ Para el ámbito de la colaboración privada en la seguridad y calidad industrial, así lo afirma CARRILLO DONAIRE, J. A., *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 665 y 671. Cuestión distinta es si su régimen de responsabilidad debe ser el de derecho privado puramente subjetivo o el objetivo. CANALS i AMETLLER, D. (2003: 325-327) esboza argumentos en favor de esto último. CUETO PÉREZ, M., *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 34 y 187, también lo propugna como deseable, aunque afirma que «la normativa (...) lo configura hasta el momento como privado».

⁶⁸ Acaso, *lege ferenda*, oso insinuar que quizá para algunos de estos sujetos privados podría ser correcto crear un cauce similar al establecido en el art. 123 LEF para concesionarios.

particular por la asistencia sanitaria prestada por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (más específicamente reguladas en el RD 1993/1995), tales como Asepeyo, Fremap... Son asociaciones privadas de empresarios, aunque sometidas a intensa supervisión de la Administración. Es más, según el art. 80.4 del citado TR de la Seguridad Social, estas «mutuas colaboradoras con la Seguridad Social forman parte del sector público estatal de carácter administrativo, de conformidad con la naturaleza pública de sus funciones y de los recursos económicos que gestionan, sin perjuicio de la naturaleza privada de la entidad»⁶⁹. Su colaboración con la Seguridad Social y, en particular, la asistencia sanitaria que prestan no la realizan en virtud de contrato o convenio de ningún género, sino por una atribución legal y una autorización administrativa.

Partamos de que, si causan daños en la prestación de sus servicios, son estas mutuas las responsables, no la Administración que las autoriza y supervisa⁷⁰.

Siendo asociaciones de empresarios, cabría pensar que su responsabilidad es de derecho privado y que su declaración compete a la jurisdicción civil o social, no a la contencioso-administrativa⁷¹. Pero no es esa la solución de los tribunales. La Sala de Conflictos de Competencia del TS ha declarado que corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa las reclamaciones de indemnización contra las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por los daños causados en su asistencia sanitaria. Así lo ha hecho por última vez en sus AATS 16/2018, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:12862A) y 5/2019, de 19 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:1694A), que citan sentencias anteriores tanto de la Sala tercera como de la cuarta⁷². Sus argumentos no resultan del todo convincentes (entre otras

⁶⁹ En el mismo sentido, arts. 2.2.h) y 3.1.a) de la Ley General Presupuestaria.

⁷⁰ Es lo que en general acepta la jurisprudencia. Así, STS de 26 de octubre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:7717): «la responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria prestada por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social debe ser exigida a las mismas (...) sin que pueda condenarse por ello a la Administración competente para la vigilancia del funcionamiento del sistema sanitario». No obstante, no siempre los tribunales se han pronunciado en ese sentido. El TS tendrá ocasión de clarificarlo al resolver el recurso de casación 7937/2024 admitido por ATS de 18 de junio de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:5807A), en el que justamente la cuestión con interés casacional objetivo se centra en ello.

⁷¹ Además, el art. 99.2 del TR de la Ley General de la Seguridad Social, dice: «Las reclamaciones que tengan por objeto prestaciones y servicios de la Seguridad Social objeto de la colaboración en su gestión o que tengan su fundamento en las mismas, *incluidas las de carácter indemnizatorio*, se sustanciarán ante el orden jurisdiccional social de conformidad con lo establecido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social».

⁷² Especialmente destacable es la STS, Sala 4ª, de 29 de octubre de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:8375), así como la STS, Sala 3ª, de 10 de diciembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7958) en la que se lee: «El hecho de que las mutuas patronales sean sujetos privados no es obstáculo para que las mismas puedan ser objeto de reclamaciones en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, ya que aquellas realizan su labor prestando un servicio público por cuenta del Sistema Nacional de Salud. Por ello,

cosas porque invocan la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992, que está derogada y no tiene equivalente en las leyes 39 y 40/2015⁷³. Pero, sea como fuere, su conclusión es rotunda.

Aceptando la competencia contencioso-administrativa para conocer de las pretensiones indemnizatorias contra estas mutuas, habrá que contar con una decisión que será la que hay que impugnar. Y, siendo así, habrá que plantear previamente la reclamación y tramitar el procedimiento administrativo de responsabilidad. Pero ¿ante quién hay que plantear esa reclamación? ¿Ante la propia mutua o ante la Administración que la supervisa? ¿Quién la tramitará y resolverá? Y, en consecuencia, ¿quién será demandada en el contencioso-administrativo? ¿Solo la mutua o la Administración y la mutua? Parece lo más razonable que la reclamación se plantee ante y se tramite y resuelva por el Ministerio (o Consejería) a cuyo control están sometidas estas mutuas. Y que, después, si la resolución es desestimatoria, en el contencioso sean demandadas la Administración, por ser la autora del acto impugnado, y la mutua, por ser la causante del daño y la obligada a indemnizar. Si, por el contrario, la resolución de la Administración condena a la mutua, cabrá que ésta interponga recurso contencioso-administrativo contra tal resolución, siendo entonces demandados la Administración y el perjudicado en cuyo favor se haya declarado el derecho a indemnización. La solución contraria —esto es, la de admitir que sean las mutuas las que resuelvan la reclamación— resulta extraña porque comporta que esas mutuas tramiten un procedimiento administrativo, dicten un acto administrativo y, sin ser propiamente Administraciones, aparezcan como únicas demandadas en un contencioso-administrativo. Pero no encuentro ninguna norma que dé respaldo incontrovertible a esta solución. Y en la práctica se encuentran soluciones diversas⁷⁴. El

debe insistirse en que en cuanto las mismas tienen atribuida, en virtud de las disposiciones legales y reglamentarias (...), la colaboración con la Administración pública sanitaria en la gestión de la Seguridad Social de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se encuentra sometida al mismo régimen que las Administraciones públicas». La STS de 10 de julio de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:4987), dando por hecha la competencia contencioso-administrativa, lo que se plantea es a qué concreto órgano de este orden corresponde su resolución. También es relevante la STS, Sala 3ª, de 26 de octubre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:7717): «... en cuanto las mismas tienen atribuida (...) la colaboración con la Administración pública sanitaria en la gestión de la Seguridad Social de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se encuentran sometidas al mismo régimen que las Administraciones públicas». Vid. GALLARDO CASTILLO, M. J., *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*, Colex, 2020, pp. 47-48.

⁷³ No obstante, hay que reconocer que estas mutuas tienen una estrecha relación y práctica integración en el Sistema Nacional de Salud. Aunque a efectos muy distintos de los que aquí nos ocupan, es reveladora la STS, Sala 3ª, 437/2025, de 10 de abril (ECLI:ES:TS:2025:1578) según la cual «las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social están más próximas a los centros integrados en el Sistema Nacional de Salud» que los centros sanitarios privados concertados. Igualmente, la STS 567/2025, de 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2025:2013).

⁷⁴ Por ejemplo, en la ya citada STS de 10 de diciembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7958) se anula la resolución dictada por la Consejería de Sanidad y se condena a la mutua a pagar la indemnización; o

problema deberá abordarlo el TS cuando resuelva el recurso de casación 1595/2024 admitido por el ATS de 7 de mayo de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:4617A) contra la muy razonada (y, en mi opinión, atinada) STSJ de Castilla-La Mancha 300/2023, de 14 de noviembre (ECLI:ES:TSJCLM:2023:2644). Lo que en ese auto se acota como cuestión de interés casacional objetivo es precisamente «si la competencia para tramitar y resolver las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se dirijan contra las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social como consecuencia de una deficiente prestación de la asistencia sanitaria por estas últimas corresponde únicamente a la Administración competente, estatal o autonómica (y, en su caso, a cuál) y no a la propia mutua», así como «si una mutua colaboradora de la Seguridad Social puede o no ser demandada principal y única en el proceso contencioso-administrativo entablado para revisar la existencia o inexistencia de daños indemnizables con motivo de su responsabilidad en la prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social». Esperemos que esa sentencia confirme la solución propuesta (que es también la de la STSJ recurrida).

Mención específica merecen las federaciones deportivas. No están reconocidas legalmente como corporaciones sectoriales de derecho público, sino como «entidades privadas de naturaleza asociativa» (art. 43.1 de la Ley 39/2022 del Deporte). Pero en muchos aspectos se asemejan a esas corporaciones sectoriales. Aunque mayoritariamente realizan actividades privadas, ejercen algunas «funciones públicas de carácter administrativo» bajo la «tutela del Consejo Superior de Deportes» (art. 50), que es un organismo autónomo; destacadamente, la expedición de licencias deportivas y el ejercicio de la potestad disciplinaria. En tal caso están sometidas al derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa. En concreto, por lo que se refiere a su responsabilidad patrimonial, si generaron el daño en el ejercicio de esas funciones administrativas (así, cuando ilegalmente deniegan licencias deportivas o imponen sanciones), son de aplicación las normas materiales y formales de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Sucede, además, que normalmente esos actos de las federaciones son recurribles ante la Administración [con frecuencia, ante el Consejo Superior de Deportes, art. 14.w) de la Ley del Deporte] de manera que, si sus actos lesivos son ilegales, la responsabilidad puede exigirse directamente

sea, que las cosas se desarrollaron conforme a lo que he expuesto como solución más razonable. Pero con frecuencia se observa que el camino fue distinto. Así, por ejemplo, en la STSJ de Galicia 198/2025, de 16 de mayo (ECLI:ES:TSJGAL:2025:4016) se dice que el contencioso-administrativo se interpuso «contra la resolución del director gerente de la mutua colaboradora de la Seguridad Social FREMAP»; en la STSJ de Galicia 291/2025, de 30 de abril (ECLI:ES:TSJGAL:2025:3662) se lee que «se interpuso recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta ante la ASEPEYO»; en la STSJ de Madrid 262/2025, de 25 de abril (ECLI:ES:TSJM:2025:6282) se dice que el recurso se dirigió «contra la resolución dictada (...) por la entidad colaboradora de la Seguridad Social FREMAP por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración»; etc.

a la Administración que los confirmó⁷⁵. Así, a la postre la responsabilidad por los daños causados en su ejercicio de funciones públicas acaba siendo responsabilidad de la Administración y, por tanto, sometida a las reglas sustantivas y formales de ésta.

IV. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA COMPETENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA CUANDO EL DAÑO LO CAUSAN UNA ADMINISTRACIÓN Y UN PARTICULAR

1. Solidaridad entre Administración y particular coproductor del daño. Vías con que cuenta la víctima

En derecho civil se admite que, cuando varios sujetos privados concurren en la producción de un mismo daño, surge una obligación indemnizatoria solidaria. Pero es una solidaridad peculiar a la que los tribunales llaman solidaridad impropia de modo que tiene un régimen singular en el que no son de aplicación todos los preceptos del CC reguladores de la solidaridad⁷⁶.

¿Qué sucede si esa concurrencia causal se da entre una Administración y un particular? Me refiero al caso de un particular completamente ajeno a la Administración (no a uno de sus entes instrumentales de derecho privado, no a su contratista...). En tal caso, los tribunales mantienen la misma solución acuñada para los supuestos en que dos particulares causan un mismo daño; es decir, afirman que la Administración y el particular son responsables solidarios⁷⁷. Por tanto, se abren para el perjudicado estas vías:

⁷⁵ Es ilustrativa la SAN 30/2016, de 22 de enero (ECLI:ES:AN:2016:27), confirmada por STS 708/2017, de 25 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1621) que, por la sanción impuesta a un ciclista por el Comité Nacional de Competición y Disciplina Deportiva de la Real Federación Española de Ciclismo, después anulada judicialmente, reconoció al ciclista una indemnización de 655.904,86 € y a su equipo otra de 69.000 € y declaró que «deberán ser satisfechas por la Administración del Estado»; ello porque, ante el recurso administrativo interpuesto, el Consejo Superior de Deportes (en concreto, su Comité de Disciplina Deportiva) se declaró erróneamente incompetente para resolverlo. En la misma línea, también son interesantes las SSAN de 25 de enero de 2011 (ECLI:ES:AN:2011:312) y de 24 de abril de 2012 (ECLI:ES:AN:2012:2148) sobre responsabilidad patrimonial por denegaciones de licencia como jugador comunitario en competiciones oficiales estatales, denegaciones que fueron anuladas judicialmente. Quienes inicialmente denegaron la licencia fueron las federaciones, pero fueron confirmadas en alzada por el Consejo Superior de Deportes. Y la reclamación de responsabilidad se dirigió al Ministerio del que dependía el Consejo Superior de Deportes, que fue quien finalmente resultó condenado a pagar la indemnización. Vid. PAVEL, E-V. (2020: 140-143).

⁷⁶ No es de aplicación, destacadamente, el art. 1974 CC. Dice la STS, Sala Civil, 1704/2023, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:5477): «Esta Sala ha declarado que el párrafo primero del art. 1974 CC únicamente contempla el efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio (...) sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual...».

⁷⁷ Ya la STS de 16 de mayo de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:3434) dijo que «en los casos de concurrencia de culpa de terceros es posible exigir a cualquiera de los concurrentes a la causación del daño la

- Podrá demandar solo al particular causante del daño y pedirle toda la indemnización ante la jurisdicción civil. Si eventualmente el demandado alega que la Administración también causó el daño, al tratarse de una responsabilidad solidaria, esa alegación, aunque la acepte el juez, no modificará el fallo condenatorio. Pero la ejecución forzosa solo podrá dirigirse contra ese particular condenado (art. 542.1 LEC).

- Podrá ir exclusivamente contra la Administración y pedirle toda la indemnización, primero en vía administrativa y después contenciosa. Que la Administración alegue la concurrencia causal de un particular no le eximirá de la condena a pagar toda la indemnización ni de una ejecución forzosa que solo a ella afectará (art. 542.1 LEC)⁷⁸.

- Y finalmente puede ir contra la Administración y contra el particular. Antes debía hacerlo en la jurisdicción civil que en esa tesitura no tenía reparo en condenar a la Administración⁷⁹. Ahora, con la redacción actual del 9.4.2º LOPJ, debe hacerlo ante los órganos contencioso-administrativos: «Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional»⁸⁰. En ese contencioso-administrativo dirigido contra la Administración y un particular, el juez tendrá que aplicar derecho administrativo para resolver sobre la responsabilidad de aquella y derecho privado para resolver sobre la de éste⁸¹. Y podrá condenar solidariamente a ambos, en cuyo caso

totalidad de la indemnización, sin perjuicio de reconocer el derecho de la Administración a ejercitar las acciones que puedan corresponderle en orden a un posterior resarcimiento». Y la STS de 22 de abril de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:2632) añadió que eso era consecuencia de la solidaridad: cuando concurre la Administración y un tercero «es posible exigir a cualquiera de los concurrentes a la causación del daño la totalidad de la indemnización, lo que no es sino una consecuencia del principio de solidaridad, sin perjuicio de reconocer el derecho de la Administración a ejercitar las acciones que puedan corresponderle en orden a su posterior resarcimiento». Es, sin embargo, una muy extraña solidaridad porque cada uno de los deudores solidarios tiene un régimen de responsabilidad diferente. Hasta el punto de que la STS, Sala de lo Civil, 1704/2023, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:5477), dice que la ejercitada contra la Administración y la dirigida contra el particular supuestamente coproductor del daño *ex* art. 1902 CC, «a pesar de sus concomitancias, son acciones distintas».

⁷⁸ Naturalmente, lo que no cabe es que, de un lado, pida toda la indemnización al particular en vía civil y, de otro, pida toda la indemnización a la Administración en vía administrativa y contencioso-administrativa. Pero se dan casos en que se actúa así y con el peligro de que ninguno de los dos demandados conozca que se está siguiendo otro proceso y de que se obtenga una doble indemnización completamente injusta.

⁷⁹ MUÑOZ MACHADO, S. (1998: 117), sintetiza así la situación cuando estos supuestos competían a la jurisdicción civil: «se generaliza 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».

⁸⁰ Esto tiene reflejo en el art. 2.e) LJCA cuando al final dice «aun cuando en la producción del daño concurren con un particular», pero no en su art. 21 que, al ocuparse de la parte demandada, no nombra a este particular:-

⁸¹ Lo reconoce, por ejemplo, la STS de 2 de diciembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:7256), en un caso de daños por accidente de circulación debido a la irrupción de un caballo en una autovía y en el

podrá «pedirse que se despache ejecución, por el importe total de la deuda (...) frente a uno o algunos de esos deudores o frente a todos ellos» (art. 542.3 LEC). Pero cabe que el juez contencioso concluya que la única responsable es la Administración y la condene solo a ella. O concluir que el único responsable es el particular y condenarlo solo a él. Es decir, no pierde su competencia por el hecho de que decida absolver a la Administración, por muy extraña que resulte una sentencia contencioso-administrativa que se limite a condenar a un particular que nada tiene que ver con la Administración⁸².

No cabe entender el 9.4.2º LOPJ, pese a su literalidad, en el sentido de que el dañado tenga forzosamente que demandar a los dos. Lo que quería decir y lo que hay que entender que dice es que, si el perjudicado opta por ir contra los dos, tendrá que hacerlo ante la jurisdicción contenciosa. Pero no ha desaparecido la posibilidad de ir contra uno solo y de hacerlo, según contra quién vaya, ante la jurisdicción civil o ante la contencioso-administrativa. Es más, con frecuencia sucede que la víctima cree que solo hay un causante del daño y es después, ante las alegaciones del demandado, cuando descubre la posible contribución causal de otro. En ese contexto debe condenarse al único demandado y, si ese era el particular, puede y debe hacerse ante y por la jurisdicción civil⁸³. Así que, en suma, siguen existiendo las tres posibilidades de ir

que, aunque las víctimas se dirigieron también contra la Administración, se condenó solo al propietario del caballo. Explica que la pretensión del demandante contra el particular «necesariamente habrá de fundarse en las normas civiles reguladoras de la responsabilidad aquiliana, pues el régimen jurídico aplicable a la Administración en materia de responsabilidad patrimonial (...) no es trasladable a los particulares. También aquí es la propia ley la que, al permitir el ejercicio de pretensiones dirigidas contra particulares en el proceso contencioso-administrativo, está llamando a la aplicación de las normas civiles, pues solo éstas pueden servir de fundamento a la pretensión».

⁸² Así lo afirmó la STS de 21 de noviembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:8176), para la cual a la competencia de esta jurisdicción «no es obstáculo (...) la circunstancia de que se excluya por los tribunales de lo contencioso-administrativo la responsabilidad de la Administración, ya que ello no imposibilita el enjuiciamiento de la responsabilidad de los particulares» y lo contrario «conduciría a un nuevo peregrinaje de jurisdicciones». Igualmente lo acepta la ya aludida STS de 2 de diciembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:7256). También cabe que se demande ante la jurisdicción contencioso-administrativa no solo a ese particular, sino también a su aseguradora. Y puede suceder que se condene solo a estos y no a la Administración, como se ve en la STS 26 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6336). No obstante, la STS de 24 de febrero de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:734) estableció una excepción para los supuestos en que la acción contra la Administración fuese manifiestamente inviable porque entonces se trasladaría «fraudulentamente a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de acciones exclusivamente civiles».

⁸³ Ejemplo perfecto de ello lo ofrece la STS, Sala Civil, 372/2020, de 29 de junio (ECLI:ES:TS:2020:2226). Un motorista chocó con un árbol caído en una pista forestal de propiedad privada y sufrió graves lesiones. El motorista y su madre demandaron en vía civil a la propietaria de la finca colindante y del árbol, así como a su aseguradora, con fundamento en el art. 1908.3º CC, («responderán los propietarios de los daños causados... por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito...»). Las demandadas alegaron que la pista, aunque propiedad privada, era parte del Camino de Santiago y estaba sujeta a limitaciones y al cuidado de la Diputación de Vizcaya, que era la auténtica responsable. Esto fue lo que acogió la Audiencia Provincial, que por eso apreció la falta de legitimación pasiva de la propietaria

solo contra el particular (ante la jurisdicción civil), de ir solo contra la Administración (ante la jurisdicción contencioso-administrativa) y de ir contra ambos (también ante la jurisdicción contencioso-administrativa).

Si el perjudicado va solo contra uno de los causantes del daño, se plantea la duda de si con ello se interrumpe la prescripción respecto de los otros. Creo que el art. 1974.1 CC permitiría una respuesta positiva⁸⁴.

2. La vía administrativa previa y el papel en ella del particular coproductor del daño

Naturalmente, para demandar a la Administración (sola o junto con el particular coproductor del daño), el perjudicado tendrá que hacerlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa previo planteamiento de la reclamación ante esa Administración, que deberá seguir el procedimiento *ad hoc*. Pero ¿qué papel tiene en ese procedimiento el particular que es coproductor del daño? La Administración no podrá declarar la obligación indemnizatoria de ese particular, pues carece de potestad para resolver sobre obligaciones entre particulares en virtud del derecho privado. Solo tiene que pronunciarse sobre su propia responsabilidad y, si se parte de que el particular es, si acaso, obligado solidario, eso no afectará a la resolución que deba dictar la Administración. Con esa premisa, ese particular no es interesado necesario en el procedimiento administrativo previo. Cosa distinta es que el instructor pueda (y será muy oportuno) llamarlo como testigo o para que de cualquier otra forma aporte datos que permitan dictar la resolución con mejor conocimiento. Ahora bien, aunque

de la pista. Los demandantes recurrieron en casación por, entre otras cosas, vulneración del art. 1144 CC («El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios...»). El TS casó la sentencia y declaró que la propietaria (y, por ende, su aseguradora) sí era responsable y legitimada pasivamente. Y por eso condeno al pago de la indemnización. No llegó a afirmar expresamente que era responsable solidaria la Diputación «por cuanto la Administración no es parte y no ha podido defenderse». Pero lo da a entender al decir que la condena de la dueña de la pista forestal es «sin perjuicio de que en el marco de sus relaciones con la Administración puede ejercer contra esta, en su caso, las acciones que entienda que le asisten si considera que ha propiciado de algún modo su responsabilidad». Naturalmente, lo que vemos en esta STS se puede dar al revés, esto es, que el dañado crea que la única responsable es la Administración, que vaya solo contra ella y que sea después, precisamente por lo que alegue la Administración, cuando descubra que hubo un particular que contribuyó a causar el daño.

⁸⁴ Pero ya se dijo (nota 76) que ese art.1974.1 CC no se considera aplicable al caso de la solidaridad impropia. Y en ese sentido la STS de 28 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:9064) que lo abordó en su fundamento 6.º. Sin citar siquiera el art. 1974.1 CC, ante una reclamación presentada ante la Administración, dice: «Ha de entenderse prescrita la acción respecto del sujeto privado que no es llamado al procedimiento administrativo (aunque) “posteriormente, una vez transcurrido un año de la producción del evento dañoso, se dirige contra el mismo un recurso contencioso administrativo”. Por tanto, resulta certero el razonamiento de la sentencia impugnada respecto de la prescripción de la acción contra Boliden en esta vía contencioso-administrativa, ya que no tuvo lugar hasta el 11 de julio de 2003, cuando pudo ejercitarse desde el 16 de noviembre de 2001».

no haya sido interesado en el procedimiento previo, el dañado sí que podrá, al recurrir la resolución, demandar, junto a la Administración, al particular; y la sentencia contencioso-administrativa podrá condenar solidariamente a ambos.

3. La posterior acción de regreso

Tanto si quien paga todo es la Administración como si lo hace el particular, tendrán acción de regreso contra el otro causante del daño de acuerdo con el art. 1145.2º CC. Como dice, entre otras, la STS, Sala Civil, 509/2018, de 29 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3166): «Esta Sala viene manteniendo (por todas, sentencias 129/2015, de 6 de marzo, y 249/2016, de 13 de abril), que satisfecha la condena impuesta por solo uno o varios de todos los condenados solidariamente en un proceso anterior, el artículo 1145 CC permite que aquel o aquellos que cumplieron con el total de la deuda puedan acudir a otro posterior en ejercicio de la acción de reembolso o regreso para debatir la distribución del contenido de la obligación entre todos los intervinientes (...), desapareciendo entonces la solidaridad que rige en las relaciones externas, frente al perjudicado acreedor, para pasar a regir en las internas (entre deudores solidarios) la mancomunidad». Lo problemático es saber cuál es la vía para encauzar esa acción basada en el art. 1145.2º CC. Si es la Administración quien quiere reclamar al particular corresponsable del daño parte de la indemnización, creo, aunque con muchas dudas, que podrá servirse de su autotutela declarativa y ejecutiva para exigir, tras procedimiento administrativo, la parte de indemnización que considere pertinente según la contribución causal de cada uno. Naturalmente contra la resolución que dicte podrá interponer ese otro responsable contencioso-administrativo. Si es el particular quien ha pagado la indemnización, creo, incluso con más dudas, que deberá dirigir una solicitud a la Administración y que la respuesta que reciba será recurrible en vía contencioso-administrativa. No será necesario, sin embargo, seguir el específico procedimiento de responsabilidad patrimonial porque no se trata de una acción basada en el art. 132 LRJSP, sino en el art. 1145.2º CC. No hay o no encuentro jurisprudencia que afronte estas cuestiones y que permita responderlas con más seguridad.

V. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA COMPETENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN CASO DE CONCURRENCIA DE VARIAS ADMINISTRACIONES

1. Evolución legislativa

¿Qué sucede si quienes concurren a causar el daño son varias Administraciones? Cuando no había una regulación específica de tal supuesto, como quiera que se ad-

mitía la solidaridad entre los varios particulares causantes del daño y también entre particular y Administración, lo lógico era aceptar esa misma solidaridad entre dos Administraciones que de cualquier forma hubieran coproducido un daño. Y eso fue, en efecto, lo que admitió el TS⁸⁵, aunque en la práctica los tribunales tendían más bien a hacer responsable únicamente a la Administración que hubiese contribuido a causarlo en mayor medida.

Fue la Ley 30/1992 la primera que, en su art. 140, reguló la responsabilidad concurrente de varias Administraciones. En la redacción inicial de la Ley 30/1992, su art. 140 disponía solo esto: «Cuando de la gestión dimanante de fórmulas colegiadas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria». Ni establecía la forma en que operaba tal solidaridad ni decía nada sobre los otros supuestos en los que, aunque no hubiera «fórmulas colegiadas de actuación», varias Administraciones, en actuaciones independientes, contribuyeran a producir el mismo daño.

La Ley 4/1999 modificó ese art. 144 que pasó a tener dos apartados exactamente iguales a los dos primeros apartados del actual art. 33 LRJSP. Este art. 33 LRJSP añade a esos dos primeros apartados otros dos nuevos⁸⁶. Analizaremos ahora todo este art. 33 LRJSP. Pero con carácter previo quede claro que, como indica el mismo rubro del precepto, se refiere solo a la concurrencia de Administraciones públicas de modo que no es aplicable cuando se trate antes del sector público que no son Administraciones, como puede ser una sociedad anónima de titularidad pública, según razona extensamente la STS, Sala Civil, 1704/2023, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:5477).

⁸⁵ Vid. MUÑOZ MACHADO, S. (1998:72). Muestra espléndida es la STS de 15 de noviembre de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:20198). Aunque es posterior a la Ley 30/1992 y aunque cita su art. 140, se refiere a hechos anteriores y deduce la solidaridad al margen de ella. Se trataba de una responsabilidad por un plan urbanístico aprobado provisionalmente por el Ayuntamiento de Madrid y definitivamente por su comunidad autónoma. Consagró la solidaridad por «la relevancia de la normatividad immanente en la naturaleza de las instituciones»: «la responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra en el campo de las garantías del ciudadano lo que implica que para su virtualidad práctica en los supuestos de actuación de varias Administraciones será necesaria una solución de solidaridad que opere en el ámbito externo de la relación del ciudadano con la Administración, independientemente de que en el aspecto interno de la relación de la relación de ambas Administraciones las circunstancias de cada caso concreto permitan la imputación a una sola de ellas o a ambas con cuantificación de la participación». Nótese que admite que, aunque haya solidaridad, al final recaiga toda la indemnización sobre una sola de ellas.

⁸⁶ La versión inicial del art. 140 de la Ley 30/1992 fue desarrollada por el art. 18 del Reglamento de Procedimiento de Responsabilidad (RD 429/1993). Algo de los art. 33.3 y 4 LRJSP tiene su origen en ese art. 18 del Reglamento. Pero mejor prescindir de aquel precedente que es anterior incluso a la reforma de 1999.

1. Los dos tipos de supuestos del artículo 33 LRJSP y su deslinde

El art. 33 LRJSP distingue dos géneros supuestos en sus dos primeros apartados. En el art. 33.1 se ocupa de aquéllos en que el daño derive de «la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones». El art. 33.2 se ocupa de todos los demás supuestos («En otros supuestos de concurrencia...», dice). No es fácil deslindar los supuestos que quedan dentro del art. 33.1 LRJSP porque es imprecisa la expresión «gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones». Así que tampoco es fácil saber los que quedan bajo el régimen del art. 33.2.

Creo, dentro de la inseguridad que la expresión legal genera, que hay que incluir en el apartado 1 los daños causados por las Administraciones en operaciones conjuntas fruto de su cooperación, colaboración o coordinación. Entrarán ahí con normalidad los daños causados en ejecución de los convenios interadministrativos a que se refiere el art. 47 LRJSP. Pero también otros casos en que, sin convenio, en aplicación directa del ordenamiento, hay concurrencia regulada de varias Administraciones; así, por ejemplo, actos adoptados en procedimientos bifásicos⁸⁷, supuestos de coordinación imperativa, subrogación de una Administración en las competencias de otra, casos en que el daño derive de la resolución de un recurso administrativo por una Administración respecto al acto de otra⁸⁸, etc. Por el contrario, hay que incluir en el apartado 2 los muchos casos en que el daño tiene su causa en diversas actuaciones independientes de dos o más Administraciones, esto es, cuando no son coautoras de una misma actuación generadora del daño, sino cada una autora de una actuación que, al margen de lo que independientemente haya hecho otra, ha contribuido a producirlo. Esto será lo más frecuente y puede presentar variantes muy diversas, en especial, cuando se trate de omisiones administrativas generadoras de daños.

2. Régimen para los supuestos del artículo 33.1 LRJSP

El régimen de los supuestos del art. 33.1 viene establecido, además de ahí mismo, en los apartados 3 y 4 del art. 33 LRJSP. Lo que se establece es la solidaridad

⁸⁷ Véase STS de 5 de mayo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:2854). En ella, aunque en el marco peculiar del art. 105 LJCA, se planteaba si debía ser responsable única la Administración municipal o si también debía de serlo la autonómica que aprobó con modificaciones un plan urbanístico. Y esta sentencia, una vez que resuelve que las dos eran responsables, da por hecho que lo eran solidariamente, como prevé ahora el art. 33.1 LRJSP y entonces el art. 140.1 de la Ley 30/1992.

⁸⁸ De un supuesto de este tipo se ocupa la STS 267/2025, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2025:992), si bien en el marco peculiar del art. 105.2 LJCA: resolución del tribunal de recursos contractuales de una comunidad autónoma que anula un acto municipal y que impone al ayuntamiento una solución que luego se comprueba ilegal y dañosa.

entre todas las Administraciones implicadas. Pero es una solidaridad con peculiaridades.

Para empezar, esta solidaridad rige incluso en el supuesto de que el daño fuese imputable a la actuación de una sola de las Administraciones que acometen la operación conjunta. Más aún: el perjudicado no tiene la gravosa carga de identificar cuál o cuáles han contribuido a causar el daño. Le basta acreditar que el daño lo ha causado la operación administrativa conjunta⁸⁹ y, si es así, todas responden solidariamente.

En segundo lugar, la reclamación en vía administrativa no puede dirigirse a cualquiera de las Administraciones solidarias ni cualquiera de ellas es competente para pronunciarse sobre la responsabilidad de las demás ni sobre la de ella misma. La competente es la que digan «los Estatutos o reglas de organización colegiada» y, si nada disponen, como es habitual, la que tenga «mayor participación en la financiación del servicio» (art. 33.3 LRJSP). Y esa única Administración competente en ese único procedimiento de responsabilidad deberá «consultar» a las restantes. Repárese en que no se dice que las otras Administraciones sean interesadas y que tengan derechos como tales, entre ellos, el de audiencia, sino que serán «consultadas», que significa otra cosa.

Lo que, partiendo de que el daño se ha producido a causa de una operación conjunta, esa única Administración competente debe resolver es si se dan los requisitos de la responsabilidad y el montante de la indemnización. Declarará la responsabilidad solidaria de todas las Administraciones partícipes en la operación conjunta. Pero no tiene que entrar en si el daño lo causó una concreta o concretas Administraciones ni, menos aún, qué parte de indemnización corresponde a cada una⁹⁰.

⁸⁹ Sostengo que cuando el art. 33.1 LRJSP dice que «las Administraciones intervinientes responderán frente al particular, *en todo caso*, de forma solidaria» no quiere decir solo que el convenio o «instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta» no puede alterar la regla de la solidaridad, sino también que hay solidaridad de todas las Administraciones partícipes de la operación conjunta, incluso aunque eventualmente la acción generadora del daño no fuera imputable a todas las Administraciones involucradas. De este modo, se asemeja a la solidaridad que ha declarado la STJUE en su sentencia de la STJUE de 5 de marzo de 2024, *Kočner c. Europol*, que después sintetizaré.

⁹⁰ El Consejo de Estado en su Memoria de 2002 dijo: «La procedencia de estimar la reclamación puede declararse con determinación simultánea de la obligación indemnizatoria que pesa sobre cada una de las Administraciones concernidas». Pero no lo consideró imprescindible: «si cualquier dificultad o discrepancia impide o hace inconveniente tal determinación simultánea, no cabe legítimamente postergar la declaración pertinente respecto de la pretensión del reclamante y su ejecución, con independencia de que entre las Administraciones concurrentes exista acuerdo o discrepancia». Yo creo que no debe hacerlo, que eso supone meterse en un embrollo que complicará innecesariamente el procedimiento, la resolución y su impugnación.

Si la Administración que resuelve declara la responsabilidad, ella estará obligada a pagar toda la indemnización que haya fijado, sin perjuicio de que después vaya contra las otras para exigirles lo que les corresponda.

Dictada tal resolución, esas otras Administraciones, aunque no se declare una concreta obligación suya, pueden interponer contencioso contra tal resolución si creen que no se dan los requisitos de la responsabilidad declarada: están legitimadas porque ya se declara allí que, junto con otras, son responsables solidarias y porque a la postre esa resolución supondrá probablemente que hayan de correr con parte de la indemnización.

Por supuesto, también el perjudicado puede recurrir la resolución tanto si le niega toda indemnización como si la otorgada le parece insuficiente. Tampoco en el contencioso tiene que identificar a una o varias concretas Administraciones causantes del daño. Necesariamente será demandada la Administración autora de la resolución, pero las otras deberán ser emplazadas y podrán personarse como codeemandadas en defensa de la resolución impugnada.

Lo que la sentencia que anule la resolución administrativa podrá declarar es similar a lo que pudo decidir la Administración en la vía previa: condenará solidariamente a las Administraciones que participan en la actuación conjunta generadora del daño al pago de la indemnización; pero no se pronunciará sobre si hay una concreta o concretas Administraciones causantes del daño, menos todavía sobre el reparto de cuotas.

Esa sentencia podrá ejecutarse forzosamente por el importe total de la indemnización contra cualquiera de las Administraciones implicadas, pues, en principio, se estará en el supuesto del art. 542.3 LEC (no en el del art. 542.1 LEC).

Como decía, se trata de una solidaridad con peculiaridades porque, a diferencia de lo que sucede de ordinario, el perjudicado no puede dirigirse a su elección contra cualquiera de los deudores (como permite el art. 1144 CC) y porque hay un cauce especial para hacerla efectiva.

2. Régimen para los supuestos de artículo 33.2 LRJSP

Para el resto de los supuestos, que son la mayoría, dice el art. 33.2 que «la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención». No llega a decir que se trate de un supuesto de mancomunidad, pero a ello parece asimilable. Por tanto, habrá tantas obligaciones como Administraciones hayan causado el daño. Y para reclamar cada una de ellas, el dañado deberá presentar una reclamación ante cada una de las Administraciones causantes del daño y después, en su caso, interponer diversos

contencioso-administrativos en cada uno de los cuales será demandada una de las Administraciones. Si ello es ya una complicación insufrible, súmese que en cada una de esas reclamaciones administrativas y en cada uno de los posteriores contenciosos deberá haber cuantificado la parte de indemnización que estima correspondiente a cada Administración; ello en función de «los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención», criterios extremadamente vagos que comportan una operación arriesgadísima: el particular dañado no estará en disposición de hacer ese reparto (en realidad, ni los varios jueces que finalmente tuvieran que resolver cada uno de esos contenciosos podría hacerlo con mínima seguridad), pero si se equivoca (porque distribuye mal o porque alguna de las Administraciones que eligió finalmente resulta irresponsable) perderá irremisiblemente una parte de la indemnización⁹¹. La solución de la mancomunidad, que genera al perjudicado tantas dificultades prácticamente insuperables, es pésima.

Ante ello, bien puede aceptarse la aplicación del último inciso del art. 33.2 LR-JSP: «La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación». Aunque el precepto presenta la solidaridad como solución subsidiaria o residual, es la que procederá con normalidad, salvo rarísimas excepciones. Solidaridad más que razonable y coincidente, según antes ya he recordado, con la de la jurisprudencia civil que, pese al art. 1137 CC, acepta la solidaridad en la responsabilidad extracontractual cuando varios sujetos causan el daño.

Volvemos, pues, a la solidaridad. Así que habrá solidaridad en todos los casos del art. 33.1 y en casi todos los del art. 33.2 LRJSP⁹². De hecho, los tribunales suelen aceptar la solidaridad sin mayores disquisiciones⁹³.

⁹¹ Todo un embrollo que sumiría al dañado en la melancolía, cuando no en la desesperación. Lo comprendió así la Memoria del Consejo de Estado de 2002 que para los supuestos de mancomunidad dijo: «los criterios legales (los de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención) pueden ser inicialmente ponderados por el lesionado a efectos de determinar la Administración a la que se dirige y para articular incluso su pretensión. Pero tal valoración y el seguimiento de una actuación coherente con ella no constituyen una carga que pese sobre el particular lesionado, el cual puede proceder según le dicte su buen juicio y a la vista de las apariencias, siendo cuestión a dilucidar entre las Administraciones responsables la relativa a la posición en que cada una queda situada por el juego de aquellos principios. Deducida la reclamación, por tanto, la Administración ante la que se presente (o la que, a requerimiento de la misma, asuma la sustanciación del procedimiento) deberá oír a las demás Administraciones, pudiendo producirse en el seno del procedimiento la determinación concordada de la obligación indemnizatoria de cada una...». No era mala solución. Pero en absoluto es la consagrada por la ley.

⁹² Dice LÓPEZ MENUDO, F., al comentar el art. 140 en la obra colectiva SÁNCHEZ MORÓN, M. y MAURANDI GUILLÉN, N., *Comentarios a la Ley 30/1992*, Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 897, que el legislador debiera haber establecido como regla general la solidaridad. Muy cierto. Y lo que añado es que, aunque no lo haya hecho así, en la práctica todo funciona generalmente de esa forma.

⁹³ Por ejemplo, la STS de 17 de febrero de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:549). Una piedra del castillo de Calatañazor causó la muerte a un viandante. Se reclamó la indemnización a la Administración del Estado, a la autonómica y a la municipal. Esta última fue absuelta. Las dos primeras fueron condenadas

Ahora bien, se trata de una solidaridad solo entre las Administraciones que en alguna medida hayan causado el daño. No como en el caso del art. 33.1 LRJSP, en el que la solidaridad se da entre una serie de Administraciones que participan en una operación conjunta, con independencia de que individualmente hayan contribuido a su producción.

Para esta solidaridad en los supuestos del art. 33.2 no hay ninguna regla adicional en la LRJSP. Recuérdese que, según su propio tenor literal, los apartados 3 y 4 de ese mismo artículo solo son aplicables en los supuestos del art. 33.1. Así que ahora nos encontramos con una solidaridad que debe desplegar sus efectos normales sin que la LRJSP introduzca ninguna matización ni regla complementaria. Por tanto, el perjudicado puede elegir entre ir contra una sola de las Administraciones causantes del daño o contra todas o varias de ellas. Consecuentemente, no hay litisconsorcio pasivo necesario de todas las Administraciones causantes del daño (art. 12 LEC). Ese litisconsorcio es solo una posibilidad. Eso, mezclado con el requisito de la vía administrativa previa y, en su caso, posterior contencioso, comporta lo siguiente:

- Si el perjudicado opta por la primera posibilidad, o sea, por ir contra una sola de las Administraciones:

- Puede presentar su reclamación ante cualquiera de las Administraciones causantes del daño. No tiene que ser la que más haya contribuido a causarlo. Tampoco tienen que ser «la fijada en los estatutos o reglas de organización colegiada» ni ante la que tenga «mayor participación en la financiación del servicio». No solo porque eso viene impuesto en el art. 33.3 LRJSP que aquí no es de aplicación, sino porque en los casos del art. 33.2 no habrá aquellas reglas ni una Administración que financie en mayor medida un servicio común.

- Esa Administración elegida libremente por el dañado deberá resolver sobre el derecho a indemnización del reclamante y sobre su cuantía total. Para ello, podrá tener en cuenta todas las actuaciones de las diversas Administraciones involucradas, pero no deberá resolver sobre la responsabilidad de todas ellas ni dividir la indemnización

solidariamente: la Administración del Estado, porque el castillo era bien patrimonial suyo; la autonómica, por sus competencias en materia de conservación del patrimonio histórico. Lo que ahora me interesa es que sería uno de los casos en que la LRJSP (la Ley 30/1992 en aquel momento) prevé en principio responsabilidad mancomunada (no había convenio ni nada similar). Pero la STS no se plantea siquiera esa posibilidad y condena solidariamente sin más explicaciones. Otras veces hay una afirmación apodíctica sobre la imposibilidad de establecer cuotas. Así, la STS de 21 de enero de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:113). Se concedió indemnización por daños morales a quien cursó unos estudios de formación profesional instaurados con tales irregularidades que no se le pudo otorgar título oficial. Se reconoce la responsabilidad de la Administración autonómica, que creó esos estudios, y de la Administración estatal por sus competencias en la materia. Y se establece la solidaridad entre las dos con solo decir: «por no ser posible hacer la determinación a que se refiere el artículo 140.2 de la Ley 30/1992 (hoy art. 33.2 LRJSP), hemos de afirmar, aplicando este precepto, que la responsabilidad de aquellas dos Administraciones es solidaria».

zación en cuotas. Solo decidirá sobre su propia responsabilidad y, si la aprecia, decidir sobre la cuantía total de la indemnización. Insisto: sobre la cuantía total, no sobre la cuota que crea que le corresponde. Ello sin perjuicio de que vaya después contra las otras Administraciones responsables para exigirles la parte de indemnización que les corresponda.

- En ese procedimiento, como la resolución no va a condenar a otras Administraciones al pago de cantidad alguna, no es obligatorio considerar a éstas como interesadas, salvo que voluntariamente se personen como tales. La Administración que tramite el procedimiento podrá acordar como acto de instrucción pedir informe a las otras (incluso quizá hacerlo en virtud del art. 81.1 LPAC) o consultarlas (como prevé el art. 33.4, aunque no es directamente aplicable a este caso, sino solo a los del art. 33.1). Pero eso no supone considerarlas interesadas necesarias.

- Si la resolución es desestimatoria, en el posterior contencioso-administrativo el interesado podrá pedir la anulación de esa resolución y la condena de esa Administración a pagar toda la indemnización. Pero ¿podrá también demandar a las otras Administraciones que considera causantes del daño? ¿podrá la sentencia condenarlas solidariamente? El TS responde negativamente. Según su jurisprudencia, el lesionado solo podrá demandar a las Administraciones ante las que previamente haya presentado reclamación de modo que haya un acto de ellas que impugnar (o un silencio negativo). Si no lo hizo así, en el contencioso solo se podrá demandar a la Administración ante la que se planteó la reclamación⁹⁴. Creo que es desacertada esa

⁹⁴ Esta jurisprudencia quedó plasmada en los brevísimos AATS de 28 de septiembre y 5 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:14009A y 14106A). En ambos, el perjudicado presentó reclamación previa solo ante la Administración del Estado y no ante la Administración autonómica a la que también consideraba responsable. Pero después demandó a las dos y suplicó la condena solidaria de ambas a pagar la indemnización. Estos autos lo rechazan con este parco razonamiento: si ni no se ha presentado reclamación individualizada ante la comunidad autónoma falta «el presupuesto previo para impugnar jurisdiccionalmente un acto inexistente, por lo que, al margen y con independencia de la eventual responsabilidad de dicha comunidad, procede, la inadmisibilidad de este recurso respecto de la tan citada comunidad por inexistencia de acto impugnante [artículo 69.c) LJCA]». Con ese fundamento, no es que declare la total inadmisibilidad del recurso (puesto que era admisible respecto a la Administración estatal), sino solo su inadmisibilidad respecto a la Administración autonómica por inexistencia de acto administrativo impugnante. En el mismo sentido, y con más fundamentación, AATS de 19 de mayo y 21 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:6623A y 9675A): «... es un presupuesto obligatorio formular reclamación de responsabilidad patrimonial en vía administrativa ante la Administración contra la que se pretende ejercitar la acción (...) antes de presentar el recurso en la jurisdicción contencioso-administrativa. Y, en este caso, la recurrente ha incumplido dicho presupuesto previo y obligatorio». Además, invocan la STS de 26 de junio de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:4566) que dijo: «el hecho de que la parte entienda concurrente un supuesto de responsabilidad solidaria entre varias Administraciones, no le exonera de formular la reclamación en tal concepto, es decir, frente a las Administraciones que considere responsables, y sólo entonces entran en funcionamiento las previsiones (...) sobre la determinación de la Administración competente para la iniciación, instrucción y decisión del procedimiento y sobre la consulta a las Administraciones públicas implicadas».

jurisprudencia⁹⁵. Pero hoy por hoy parece consolidada. Y solo cabe apuntar que, al menos, esa única Administración, si realmente se la considera responsable, podrá ser condenada en sentencia a pagar toda la indemnización, sin perjuicio de su acción de regreso en la que ya nada tendrá que decir el perjudicado.

- La sentencia que se dicte no tendrá efectos de cosa juzgada para las Administraciones que no hayan sido parte. Además, no podrá ser objeto de ejecución forzosa respecto a ellas, sino solo respecto a la demandada (art. 542.1 LEC).

• La otra opción del acreedor de obligaciones solidarias, o sea, la de ir contra varias o todas las Administraciones causantes del daño, aunque no del todo cerrada, queda condicionada, según la jurisprudencia recién aludida, a que se haya planteado en vía administrativa una reclamación contra cada una de ellas, lo que la complica sobremanera⁹⁶.

⁹⁵ Ello, porque es contraria a la misma esencia de la solidaridad y porque da demasiado peso y rigorismo al requisito del acto previo. Me parece muy superior la solución contraria que acogió la impecable STS de 15 de noviembre de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:20198) sobre la indemnización pedida por los daños debidos a un plan de urbanismo aprobado provisionalmente por el ayuntamiento y definitivamente por la comunidad autónoma. La reclamación administrativa se presentó solo ante la comunidad autónoma, no ante el ayuntamiento, pero luego en el contencioso se pretendía la condena de éste. La sentencia, con una argumentación modélica, concluyó que había responsabilidad solidaria de ayuntamiento y Administración autonómica. Y, ante la dificultad que surgía por no haber presentado reclamación previa ante el ayuntamiento y por pedir en el contencioso la condena de éste, dijo: «La solidaridad señalada ha de producir una matización en las exigencias del privilegio de la decisión previa (...) que quedarán cubiertas con el traslado al municipio del recurso de reposición interpuesto ante la comunidad autónoma...». Por tanto, basta con dar participación a una Administración en la vía administrativa seguida ante otra para que aquélla, aunque no haya dictado un acto previo, pueda ser condenada en la sentencia.

Sea como fuere, es seguro que, en el peor de los casos, esta jurisprudencia será de aplicación en los supuestos del art. 33.2, nunca en los del art. 33.1 LRJSP, pues para ellos está expresamente previsto que se presenta una única reclamación ante una única Administración (art. 33.3 LRJSP), como ya se ha explicado.

⁹⁶ Además, tendrá que impugnar varios actos de diversas Administraciones (cada una de las resoluciones de los procedimientos de responsabilidad previamente instados) que con frecuencia corresponderán a juzgados y tribunales diferentes. Para tal hipótesis, el ATS 11/2025, de 21 de mayo (ECLI:ES:TS:2025:4909A), declara que la competencia recae en el «órgano jurisdiccional competente para fiscalizar el acto dictado por la Administración de mayor ámbito territorial (vid., entre otras, STS de 4 de diciembre de 2009, CC 65/2009)».

Nos encontramos, pues, con una solidaridad, como en los casos del art. 33.1 LRJSP. Pero con una solidaridad que, a falta de reglas específicas, resulta de ejercicio más difícil.

4. Acción de regreso de la Administración pagadora, o de su aseguradora, contra las otras Administraciones responsables solidarias

En todos los casos de solidaridad, sean los del apartado 1 o los del apartado 2 del art. 33 LRJSP, una sola de las Administraciones responsables del daño puede haber pagado el total de la indemnización (sea porque así lo decide, sea porque se le impone judicialmente). Y en todo caso puede repetir en parte contra las otras Administraciones causantes del daño (art. 1145.2º CC). Según el TS, en ese contexto las otras Administraciones, aunque frente al dañado eran obligadas solidarias, ahora, frente a la Administración pagadora, tienen obligaciones mancomunadas, o sea, cada una debe solo la cuota que le corresponda. Para fijar la cuota de cada una habrá que atender a lo que prevea «el instrumento regulador de la actuación conjunta» o simplemente a la mayor o menor relevancia causal de la actuación de las diversas Administraciones (art. 33.1 y 2 LRJSP). Pero cuando esto no resulta posible, las cuotas serán iguales, conclusión para la que el TS invoca el art. 1138 CC⁹⁷.

La cuestión es si para ejercer esa acción de regreso la Administración pagadora debe hacerlo ante la jurisdicción civil o si, por el contrario, puede seguir un procedimiento administrativo en el que, con la intervención como interesadas de esas otras Administraciones, dicte resolución ejecutiva que fije la cuota que corresponde a cada una de ellas, resolución que cada una de esas Administraciones podría impugnar en lo contencioso-administrativo⁹⁸. Es decir, lo que se plantea es si en este caso la Administración pagadora tiene autotutela declarativa y, por ende, potestad para dictar un acto administrativo que, con presunción de validez y ejecutividad, declare y cuantifique las obligaciones para con ella de las otras Administraciones responsables solidarias. Aun con las muchas dudas que la cuestión suscita, sostengo que, como en nuestro ordenamiento la autotutela administrativa es una regla general que no

⁹⁷ Así lo declaran las SSTs 1653/2019, de 2 de diciembre (ECLI:ES:TS:2019:3852) y 256/2020, de 21 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:528), ambas relativas a un supuesto de responsabilidad de la Comunidad de Madrid, del Ayuntamiento de Colmenar Viejo y del de Tres Cantos por los daños que causó la aprobación de un plan de urbanismo, y en las que se estima que cada una de esas Administraciones debe pechar con una tercera parte de la indemnización.

⁹⁸ El ATS de 21 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:13031A) admitió una casación en la que la cuestión de interés era precisamente la que nos ocupa: si la Administración pagadora de una obligación solidaria puede declarar por sí o debe ir a la jurisdicción civil para reclamar la parte que corresponda a los otros deudores solidarios. Pero la STS 1372/2023, de 22 de julio (ECLI:ES:TS:2023:4214), que resolvió esa casación, no da respuesta a la cuestión porque antes el acto por el que se liquidaba la obligación fue anulado por razones completamente distintas (caducidad) a lo que aquí nos incumbe.

necesita consagración para cada materia concreta y como aquí no se ha establecido ninguna excepción, cabe que la Administración que pagó toda la indemnización declare, tras seguir procedimiento administrativo con intervención de esas otras Administraciones, en una resolución las obligaciones de esas otras Administraciones, sin que deba acudir como demandante a la jurisdicción civil⁹⁹. Después podrá proceder a su ejecución forzosa¹⁰⁰. Ello, claro es, con la posibilidad de que esas otras Administraciones recurran en contencioso-administrativo la resolución que las condena a pagar parte de la indemnización.

Distinta es la situación si, en vez de una de las Administraciones responsables, paga al lesionado toda la indemnización su compañía aseguradora y es ésta la que trata de reclamar a las otras responsables solidarias la parte de indemnización que les corresponda. Evidentemente, aquí no habrá ni asomo de autotutela que, claro está, no tiene la aseguradora. Y tampoco cabe decir que esa aseguradora esté ejerciendo una acción de responsabilidad contra la otra u otras Administraciones responsables, una acción de responsabilidad que debiera ejercer en vía administrativa y contencioso-administrativa. Nada de eso. Lo que estará ejerciendo, aunque con legitimación derivada, será puramente la acción del art. 1145.2º CC y ello, según entendió el ATS, Sala de Conflictos, 6/2018, de 22 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:3205A), debe instarlo ante los jueces civiles. En el caso, se partía ya de una sentencia contencioso-administrativa que condenó solidariamente al Gobierno de Aragón y al Ayuntamiento de La Almunia de Doña Godina. Pero fue Zúrich, aseguradora del Gobierno de Aragón, la que, aunque no había sido condenada por la sentencia, pagó todo y luego demandó al ayuntamiento exigiéndole parte de la indemnización. Dice el ATS:

«Así las cosas, dada la naturaleza de la acción ejercitada, que tiene su fundamento en el art. 1145 CC (...) la controversia ha de residenciarse en el ámbito de

⁹⁹ Esta solución encuentra respaldo en la STS 256/2020, de 21 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:528). En realidad, el caso era distinto. Lo que hizo la Administración que había pagado toda la indemnización (la Comunidad de Madrid) no fue dictar un acto administrativo por el que exigiera a las otras (dos ayuntamientos) su cuota. Lo que hizo fue requerirles el pago con invocación del art. 1145 CC y, tras la negativa de éstas, recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa esas negativas. Esta STS lo acepta. Y lo hace con argumentos que, pese a la extraña forma en que procedió la Administración que había pagado toda la indemnización, valen para apoyar la solución propuesta en el texto. Dice: «La acción de repetición ha de deducirse en vía contencioso-administrativa en tanto implica a tres Administraciones públicas, tiene su origen en una sentencia del orden jurisdiccional contencioso en relación con actuaciones administrativas y su finalidad es el cobro de una cantidad —ya satisfecha por una de las tres Administraciones concernidas— a cuyo pago fueron condenadas, en concepto de indemnizaciones de daños y perjuicios causados por un acto administrativo (...) lesivo a los intereses de sus propietarios». Y luego formula su conclusión en estos términos: «La acción de regreso del deudor que hubiera satisfecho la deuda en su integridad contra los codeudores ha de deducirse en vía contencioso-administrativa».

¹⁰⁰ Se acepta hoy que una Administración puede ejercer sus potestades de ejecución forzosa, al menos, la de la vía de apremio, contra otras. Sobre todo, la STS 1245/2021, de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:2021:4035).

la jurisdicción civil (...) Nos encontramos ante una Administración pública que no es demandada en función de (...) responsabilidad patrimonial de la Administración (que ya fue decidida), sino en virtud de un pago (...) como consecuencia de una condena solidaria contenida en un precedente pronunciamiento judicial firme».

5. Supuestos en que no es de aplicación el artículo 33 LRJSP y peligros que comportan

Hay casos en que, pese a la participación de varias Administraciones, no cabe aplicar el art. 33 LRJSP ni son subsumibles en ninguno de los dos supuestos que contempla. Así sucede cuando varias Administraciones han creado una persona jurídica (un consorcio, una mancomunidad de municipios, una sociedad mercantil cuyo capital es de varias Administraciones). Si esa persona jurídica causa un daño, la responsable será únicamente ella y no tiene sentido aplicar lo previsto para los daños causados por varias Administraciones. Asimismo, si el daño derivase de la actuación de uno de los órganos colegiados en que se integran representantes de varias Administraciones, ese órgano, pese a todo, estará integrado en una sola Administración (art. 15.2 LRJSP) y será esa Administración la única responsable¹⁰¹.

Pero el caso más problemático y sobre el que conviene llamar la atención se da cuando, pese a participar varias Administraciones, la causa del daño es atribuible a una sola de ellas. En tal caso, se niega que haya solidaridad¹⁰². Por lo pronto, eso debe quedar limitado a los casos del art. 33.2 LRJSP y de ninguna forma a los del art. 33.1, porque en estos, según ya se ha explicado, la solidaridad de todas las Administraciones participantes en operaciones conjuntas se produce por ese mero hecho sin que importe que hayan incurrido en actuaciones productoras del daño. Pero, incluso circunscritos a los supuestos del art. 33.2 LRJSP, no es nada fácil distinguir estos supuestos de aquéllos en que sí que hubo contribución causal de varias Administraciones¹⁰³. Por lo menos, no lo será en principio para la víctima que puede creer

¹⁰¹ En contra, MUÑOZ MACHADO, S. (1998: 175).

¹⁰² Buen ejemplo ofrecen dos SSTs de 23 de noviembre de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:7418 y 7447) sobre el mismo daño: en una se absuelve a la Administración del Estado porque se limitó a autorizar al ayuntamiento para que iniciara el expediente, pero no llevó a cabo la explotación ni la sacó a licitación ni obtuvo beneficios ni autorizó ocupaciones concretas; y en la otra se condena al ayuntamiento a pagar la indemnización. Se afirma que «la Administración legitimada para soportar la reclamación es la municipal y (...) por consiguiente, no concurre la responsabilidad solidaria de ambas Administraciones». Asimismo, STS de 10 de noviembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:7718): ante un accidente en el puerto de Denia, se consideró que la responsable era la Administración autonómica, no la estatal: «no existió una actuación conjunta que permitiera una condena solidaria» y por ello «era imposible aplicar el art. 140 de la Ley 30/1992» (hoy art. 33 LRJSP).

¹⁰³ Y hasta puede detectarse una tendencia de los tribunales a buscar una única Administración causante del daño y responsable de la indemnización, como indica MUÑOZ MACHADO, S. (1998:150): «... nuestra jurisprudencia (...) tiende siempre a elegir a una Administración y desentenderse de las de-

por los indicios que varias Administraciones produjeron el daño, aunque después se compruebe que, en realidad, a una sola es atribuible. Si pese a creer que había responsabilidad solidaria presentó reclamación ante la que realmente era responsable única y si después demandó a ésta en el contencioso-administrativo, su error no tendrá graves consecuencias: en una u otra vía conseguirá que se reconozca su derecho a indemnización y que se condene a pagarla en su totalidad a esa única responsable. Pero si yerra en su elección, su equivocación tendrá consecuencias fatales: la Administración contra la que se dirigió será absuelta por no haber causado el daño y la verdadera responsable no será condenada porque ni hay acto administrativo previo de ella ni, según la jurisprudencia, puede ser demandada sin ese acto previo¹⁰⁴. Creo que esta situación es injusta, que lo importante debiera ser que el particular, basándose en las apariencias, crea que hay solidaridad y que, después, si solo una de las Administraciones es responsable y si ha podido defenderse en el proceso, pudiera ser condenada en sentencia al pago de toda la indemnización. Pero la jurisprudencia actual no lo permite. Así que, en la práctica, en caso de duda, es recomendable plantear reclamaciones administrativas ante cada una de las posibles responsables, por engorroso que esto resulte.

6. Responsabilidad concurrente de Administraciones nacionales y Unión Europea

La competencia para resolver sobre obligaciones indemnizatorias extracontractuales de las instituciones de la Unión Europea corresponde en exclusiva a los tribunales de la Unión (art. 268 TFUE). Pero compete a las jurisdicciones nacionales conocer de los litigios que versen sobre responsabilidad de las autoridades de los

más...». Y él mismo, p. 171, se muestra partidario de reducir los supuestos de solidaridad. Esa tendencia se ve claramente en la STS de 23 de noviembre de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:7418). Dice, con afirmación luego repetida por otras, que en casos de concurrencia de Administraciones «se impone atribuir legitimación pasiva a la Administración a la que corresponde el protagonismo en la actividad dañosa y excluir a las que han colaborado mediante actividades complementarias o accesorias, pero no significativas desde el punto de vista del desempeño de la actividad o servicio causante del perjuicio y de su relevancia como causa eficiente del daño». O sea, se impone a atribuir la responsabilidad a una sola de las Administraciones, la que tenga más relevancia causal, y eximir a las demás, aunque también hayan contribuido a producir el daño.

¹⁰⁴ Lo ejemplifica la STS de 26 de junio de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:4566). El perjudicado, que vio ocupados sus terrenos por expropiación de lo expropiado, pidió la responsabilidad solidaria de un ministerio y de un ayuntamiento. Pero solo presentó su reclamación ante el ayuntamiento. La sentencia dice que el ayuntamiento se limitó a proporcionar parte de los terrenos mediante expropiación y que fue el ministerio quien elaboró el proyecto y lo ejecutó: «... es claro que la expropiación en la ocupación de terrenos propiedad de la actora no es imputable al ayuntamiento»; «no se está, por lo tanto, en el caso de la responsabilidad solidaria». Como el perjudicado solo había presentado su reclamación ante el ayuntamiento, como este desestimó la reclamación y como solo se recurrió en el contencioso esa resolución municipal, la sentencia simplemente desestimó el recurso y ni se condenó al ayuntamiento (por no ser el causante del daño) ni al ministerio (por no haberse planteado reclamación ante él).

Estados miembros, aunque el daño lo hayan causado en aplicación del derecho de la Unión Europea¹⁰⁵ e incluso cuando actúen como Administración indirecta de la Unión. Así que «ni el TJUE es competente para declarar la responsabilidad extracontractual de un Estado miembro ni los tribunales nacionales son competentes para declarar la responsabilidad extracontractual de las instituciones de la Unión»¹⁰⁶. Además, esos tribunales resuelven en aplicación de reglas materiales diferentes: el TJUE conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 340 TFUE y los tribunales nacionales conforme a lo que disponga el derecho de su respectivo Estado, salvo que se trate de incumplimiento del derecho de la Unión. Por tanto, «no hay un foro judicial común en el que puedan suscitarse los contenciosos de responsabilidad que implican al mismo tiempo a las autoridades comunitarias y a las internas»¹⁰⁷.

Por otra parte, con frecuencia la jurisprudencia europea acoge la teoría de la causalidad exclusiva, esto es, que solo declara la responsabilidad de las instituciones europeas cuando «su conducta sea la única fuente de producción del daño»¹⁰⁸. Con esa premisa es imposible hablar de responsabilidad concurrente de las autoridades nacionales y de las europeas porque si ambas contribuyeron a causar el daño, por eso mismo ya queda excluida la responsabilidad de éstas.

Incluso cuando no se acoge la teoría de la causalidad exclusiva y se acepta la posible concurrencia causal de autoridades europeas y nacionales, el TJUE solo acepta que se acuda a él en petición de condena de las instituciones europeas por responsabilidad cuando previamente los tribunales nacionales no han dado ya una satisfacción plena a la pretensión indemnizatoria. Por eso, «ha inadmitido reiteradamente los recursos interpuestos contra la Unión si previamente los recurrentes no habían agotado la vía nacional» de modo que, lo que podría ser una responsabilidad solidaria, se ha convertido en el mejor de los casos en una responsabilidad subsidiaria de las instituciones europeas¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Vid. MUÑOZ MACHADO, S. (1998: 192-194).

¹⁰⁶ ACOSTA PENCO, T., «Responsabilidad patrimonial en casos de actuaciones conjuntas entre agencias europeas y Estados Miembros», *RAAP*, n.º 118, 2024, p. 157.

¹⁰⁷ MUÑOZ MACHADO, S. (1998: 221).

¹⁰⁸ ACOSTA PENCO, T. (2024: 154). Aunque la autora también apunta algunas SSTJUE que se apartan de esa teoría en favor de la «teoría de la causa suficientemente directa» (que no excluye la responsabilidad de las instituciones europeas cuando haya otras causas además de las debidas a ellas), explica que la de la teoría de la causa exclusiva es de aplicación frecuente. En concreto, razona que es la que late en la STG de 6 de septiembre de 2023, *W/S y otros c. Frontex*, Asunto T-600/21, donde se negó la responsabilidad de Frontex porque los daños sufridos por los reclamantes se debían, al menos en parte, a la actuación de las autoridades griegas y a la de las propias víctimas.

¹⁰⁹ ACOSTA PENCO, T. (2024: 157). Igualmente, MUÑOZ MACHADO, S. (1998: 211): se sitúa a la Unión «en un segundo plano, residual o subsidiario (...) no hay rastro en esta doctrina de la concepción solidaria». Además, explica el mismo autor en pp. 224 a 228, tampoco es fácil articular acciones de regreso

Para lo que aquí nos incumbe, lo expuesto comporta que quien se considere lesionado por las Administraciones españolas, aunque entienda que también contribuyó a causar el daño alguna institución europea, debe ejercer su acción contra aquéllas por las vías generales (reclamación administrativa ante la Administración española correspondiente y, en su caso, contencioso-administrativo en que esa misma Administración será demandada) sin singularidades notables. Más dudoso es si las Administraciones españolas podrán invocar con éxito para aminorar su responsabilidad la contribución causal de las instituciones europeas, lo que, de resultar posible, supondrá para el perjudicado la gravosa carga de tener que presentar una posterior reclamación contra las instituciones europeas para conseguir el resto de la indemnización.

Pero algunas normas de la Unión y la jurisprudencia a que han dado lugar abren vías más halagüeñas. Es el caso del Reglamento (UE) 2016/794 de 11 de mayo de 2016 sobre Europol y de su interpretación por la STJUE de 5 de marzo de 2024, *Kočner c. Europol*, asunto C-755/21 P (ECLI:EU:C:2024:202)¹¹⁰.

Ese Reglamento de Europol dice en su considerando 57: «Puede darse el caso de que para la persona física afectada no esté claro si los daños sufridos como resultado de un tratamiento ilegal son consecuencia de la acción de Europol o de un Estado miembro. Por consiguiente, Europol y el Estado miembro en que se haya producido el hecho generador de los daños deben ser responsables solidarios». Y su art. 50.1 dispone: «Cualquier persona física que haya sufrido un daño como consecuencia de una operación de tratamiento ilícita tendrá derecho a recibir una indemnización por el daño sufrido, bien de Europol de conformidad con el artículo 340 del TFUE, bien del Estado miembro en que se haya producido el hecho que originó el daño de conformidad con su derecho nacional. El interesado deberá interponer una acción contra Europol ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o contra el Estado miembro ante un tribunal nacional competente de ese Estado miembro». El art. 50.2 instaura una vía para que Europol y el respectivo Estado miembro involucrado se repartan la indemnización que en principio haya satisfecho en su totalidad cualquiera de ellos.

La referida STJUE de 5 de marzo de 2024 se enfrentó con la reclamación del Sr. Kočner a Europol de una indemnización por la divulgación de datos personales (los de contenido íntimo almacenados en su teléfono móvil) y por incluirlo en una «lista de mafiosos». Según la STJUE, en contra de lo defendido por Europol y por la sentencia de instancia del TG, el art. 50 del Reglamento consagra una responsabilidad solidaria que permite al perjudicado pedir la indemnización por todos los daños sufridos tanto a Europol ante los tribunales de la Unión como al Estado miem-

para que las autoridades condenadas exijan una parte de la indemnización abonada a las otras que contribuyeron a causar el daño.

¹¹⁰ Sobre ello, vid. ACOSTA PENCO, T. (2024:157-159).

bro ante sus tribunales (aps. 56 a 71). Y tan relevante como ello es que esta STJUE permite ejercer con éxito esas acciones sin determinar cuál de esas dos autoridades que colaboran en una determinada operación conjunta ha causado el daño. Parte de que con frecuencia «una persona física perjudicada por un tratamiento ilícito de datos no puede determinar si su perjuicio es imputable a la actuación de Europol o a la de un Estado miembro con el que esta ha cooperado» (ap. 58). Pero «únicamente debe acreditar que se ha producido un tratamiento ilícito de datos en el contexto de una cooperación entre Europol y un Estado miembro» (ap. 74). Esto, es, «no puede exigirse a esa persona que demuestre a quién –Europol o el Estado miembro de que se trate– resulta imputable el daño o que demande a esas dos entidades para obtener la reparación íntegra de su daño» (ap. 76); «se dispensa a la persona física afectada de la carga de determinar la identidad de la entidad cuyo comportamiento causó el daño alegado» (ap. 79); «basta con que esa persona demuestre que, con motivo de la cooperación entre Europol y el Estado miembro de que se trate en virtud de dicho Reglamento, se ha efectuado un tratamiento ilícito de datos que le ha causado un perjuicio, sin que sea necesario que demuestre, además, a cuál de esas dos entidades es imputable el tratamiento ilícito» (ap. 81). Cosa distinta es que, después, en el cauce del art. 50.2 del Reglamento, quien haya pagado sí que pueda demostrar que la ilicitud es enteramente imputable a la otra parte y que le reclame toda la indemnización satisfecha. Así, en suma, se establece una solidaridad que realmente facilita la situación del perjudicado sin embarcarlo en arduas y arriesgadas conjeturas sobre la autoridad que incurrió en la conducta desencadenante del daño.

Para lo que aquí más directamente nos interesa, concluyamos que, si existe una normativa de la Unión como la que contiene el Reglamento de Europol, el perjudicado que se considere dañado en una operación de colaboración entre una Administración española y la europea podrá optar entre exigir la indemnización completa a aquélla (en vía administrativa y posterior contencioso-administrativa) o a ésta, haciéndolo directamente ante los tribunales de la Unión; ello sin plantearse cuál de las dos causó realmente el daño.

VI. PROCEDIMIENTO Y JURISDICCIÓN ANTE DAÑOS CAUSADOS A TERCEROS EN EJECUCIÓN DE CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

1. Cuestiones que se suscitan. El reparto de responsabilidad entre Administración y contratista

Los daños causados a terceros en la ejecución de contratos de la Administración suscitan tres cuestiones:

Primera, quién ha de responder, la Administración contratante o el contratista.

Segunda, qué régimen material tiene en esos casos la responsabilidad. La duda surge respecto a la responsabilidad del contratista; o sea, si se acepta que el contratista es el responsable, ¿su responsabilidad será la regulada por el derecho civil o la regulada por el derecho administrativo?

Y, tercera, cómo se exige esa responsabilidad. En concreto, si el responsable es el contratista, ¿es necesario procedimiento administrativo? ¿Es competencia de la jurisdicción contenciosa-administrativa o de la civil?

De esas tres cuestiones, la que nos corresponde afrontar aquí es la tercera. Pero para abordarla, es necesario decir algo de las otras dos.

Para dar respuesta a la primera cuestión hay que partir del art. 196.1 y 2 LCSP: el contratista debe «indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato» (apartado 1); no obstante, la obligación indemnizatoria recaerá sobre la Administración contratante «cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración», así como cuando sean «consecuencia de los vicios del proyecto en el contrato de obras» (apartado 2)¹¹¹. Pese a que esos dos supuestos son los únicos para los que se establece la responsabilidad de la Administración contratante, ha habido intentos de ampliarla. Así, me parece aceptable que también sea responsable la Administración cuando el daño derive de la misma decisión de realizar el contrato¹¹². Se puede admitir incluso que sea responsable la Administración cuando el daño, aunque causado por el contratista, pudiera y debiera haber sido evitado por la Administración si hubiera ejercido correctamente su potestad de control y corrección del contratista, esto es, ante casos de grave culpa *in vigilando*¹¹³. Por el contrario, no creo que haya base para admitir la

¹¹¹ Concordantes en esencia con este art. 196 son otros de la misma LCSP relativos a contratos específicos. Así, para el de concesión de obras, art. 258.e); para el de concesión de servicios, art. 288.c); para el de servicios, art. 311.2; para el de servicios con prestaciones directas a los ciudadanos, artículo 312. Aunque no se expresan exactamente en los mismos términos, en todos ellos late idéntica idea. Y esa misma idea era la que acogía la legislación anterior. Lo que actualmente es el contenido de ese art. 196 de la vigente LCSP se introdujo ya en la LCAP de 1995 (art. 98) y desde entonces se ha mantenido con retoques mínimos en las distintas normas reguladoras de la contratación pública. A la misma idea responde el art. 121.2 LEF, que no ha sido nunca derogado: «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».

¹¹² Lo ejemplifica bien la STS de 23 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:1749), que se enfrentó con un caso en que el daño causado a un hotel se debió a la realización de unas obras que generaron una disminución de la clientela: con razón, se imputó a la Administración y se exoneró expresamente al contratista (FD 5º), aunque no había vicio del proyecto ni ninguna orden concreta al contratista.

¹¹³ Lo defendí en «Servicios públicos concedidos y responsabilidad patrimonial: imputación o responsabilidad por hecho de otro», *Poder Judicial*, 2ª época, n.º 20 (1990). Vid. también HORGUÉ BAENA,

responsabilidad subsidiaria de la Administración en casos de insolvencia del contratista. Y me parece completamente erróneo (por injusto y por contrario a la ley) afirmar que la Administración sea responsable en todo caso y que después ejerza una acción de regreso contra el contratista¹¹⁴. Así que, incluso con ciertas matizaciones, lo más normal será la responsabilidad del contratista. Eso mismo debe regir en otros contratos y convenios, aunque queden fuera del ámbito de aplicación de la LCSP¹¹⁵.

2. Régimen de responsabilidad de la Administración contratante

Para los reducidos supuestos en que se considere que la Administración contratante es la responsable de los daños causados con ocasión de la ejecución de contratos, las cuestiones segunda y tercera tienen fácil respuesta. Desde luego, su régimen material de responsabilidad será el de derecho administrativo, esto es, el de los arts. 32 y siguientes de la LRJSP. Y en cuanto a los aspectos formales, si el particular decide pedir la indemnización a la Administración contratante, sin duda habrá de hacerlo planteando su reclamación ante esa Administración; ésta deberá tramitar el procedimiento administrativo de responsabilidad regulado en la LPAC; y la resolución que se dicte podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El que ha de tramitarse el procedimiento de responsabilidad patrimonial lo confirma el art. 32.9 LRJSP: «Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedi-

C., «La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de contratos administrativos», *RAP*, n.º 147, 1998, pp. 364-365; y PUERTA SEGUIDO, F., «La responsabilidad del contratista en reclamaciones patrimoniales frente a la Administración pública por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 37 y 38 (2022), pp. 128 a 130.

¹¹⁴ ALONSO MAS, M. J., NARBÓN LAÍNEZ, E., *La responsabilidad por los daños causados en la ejecución de los contratos administrativos*, Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 169 a 197; y DE AHUMADA RAMOS, F. J. (2009: 493-507) ofrecen una visión completa de esas construcciones doctrinales. Súmese que también el Consejo de Estado se ha pronunciado en favor de una amplísima responsabilidad de la Administración contratante. Además de sostenerla en diversos dictámenes, la acogió en las Memorias de 2008 (pp. 192 a 197) y de 2009 (pp. 197 a 204); también en su dictamen 1116/2015 sobre el anteproyecto de LCSP, pp. 185 y ss. Y hasta el TS tiene sentencias en esa dirección. Destaca la de 9 de mayo de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:2879), que comenté críticamente en «Servicios públicos concedidos y responsabilidad patrimonial: imputación o responsabilidad por hecho de otro», *Poder Judicial*, 2ª época, n.º 20, 1990, pp. 23 a 51; igualmente la criticó MUÑOZ MACHADO, S. (1998: 124-135). También es ejemplo la STS de 20 de febrero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:990), a la que luego me referiré, y la STS de 23 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1896). Aunque no procede que me extienda aquí en esta cuestión, conste, al menos, primero, que considero ilegal e injusta la tesis de hacer responsable en todo caso a la Administración; segundo, que la de hacerla responsable subsidiaria en caso de insolvencia del contratista me parece una solución razonable, pero que necesitaría una expresa consagración legal que no existe; y, tercero, que sí considero admisible hacer responsable a la Administración en casos extremos de *culpa in vigilando*.

¹¹⁵ Por ejemplo, el ATS de 11 de diciembre de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:15061A) admite una casación para determinar si los daños sufridos por un alumno de formación profesional en las prácticas realizadas en una empresa en virtud de un convenio de colaboración entre esa empresa y la Administración deben imputarse a aquélla o a ésta. Claro está que ese convenio no se rige por la LCSP, pero entiendo que para resolver esa cuestión la respuesta deberá estar inspirada por la misma idea que late en el art. 196.1 2 LCSP.

miento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma...». Lo completa el art. 82.5 LPAC: «En los procedimientos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere el artículo 32.9 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, será necesario en todo caso dar 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». Por mucho que se prevea la audiencia al contratista, conste que lo único que se está regulando en este art. 85.2 LPAC es el supuesto del art. 32.9 LPRJSP, esto es, el que ha de seguirse para «determinar la responsabilidad de las Administraciones públicas» contratantes, no la de los contratistas. O sea, lo que resulta es que para resolver sobre la obligación indemnizatoria de la Administración contratante hay que tramitar el procedimiento de responsabilidad regulado en la LPAC con la especialidad de la necesaria audiencia al contratista. Lo importante para que todo esto se produzca es que el perjudicado reclame la indemnización a la Administración contratante. Que lo haga así, tenga o no tenga razón; que lo haga así, aunque finalmente se llegue a la conclusión de que el único responsable era el contratista. Eso llevará a una resolución administrativa desestimatoria; y, después, en su caso, a una sentencia contencioso-administrativa desestimatoria, no de inadmisión.

3. Régimen de responsabilidad del contratista

La cuestión problemática que nos interesa es ésta: si el perjudicado considera que el responsable del daño sufrido es exclusivamente el contratista y si, por tanto, solo a éste pretende reclamar la indemnización, ¿qué vía debe seguir? En su caso, ¿ante qué jurisdicción? La respuesta a estas cuestiones formales condiciona la respuesta a las cuestiones materiales, esto es, las relativas al régimen sustantivo de la responsabilidad del contratista.

Una respuesta clara y acertada la daba (y sostengo que la sigue dando) el art. 123 LEF: «Cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, en la forma prevista en el párrafo segundo del artículo 122 (es decir, la normal para cualquier reclamación de responsabilidad administrativa), la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 121. Esta resolución dejará abierta la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario, en su caso».

Partiendo de que, donde habla de servicios públicos concedidos, podían incluirse en realidad todos los casos en que la Administración mediante contrato confía a un particular sus actividades, el precepto establecía una solución que resolvía tanto los casos en que debía responder el contratista como aquellos en que debiera hacerlo la Administración. Una solución que daba seguridad al dañado sin que tuviera que conjeturar quién era el responsable, si había o no órdenes de la Administración, si había o no vicios del proyecto... Nada de eso le resultaba problema porque a él le bastaba dirigirse a la Administración contratante para que fuese ésta la que resolviese esas cuestiones. Si la Administración se declaraba responsable, problema terminado. Si la Administración declaraba responsable al contratista, éste tenía abierta la impugnación contencioso-administrativa en la que serían codemandados Administración y perjudicado. Y si la Administración resolvía que no había responsabilidad del contratista ni de ella misma, el perjudicado podía recurrirla ante la jurisdicción contencioso-administrativa, siendo demandada la Administración contratante y, en su caso, codemandado el contratista. La sentencia contencioso-administrativa decidiría si había o no derecho a indemnización, su cuantía y quién debía pagarla. Todo fácil, claro, completo.

El panorama se enturbió con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995. En concreto, por su art. 98, apartados 3 y 4 (en esencia iguales a los apartados 3 y 4 del art. 196 de la vigente LCSP). Desde entonces una parte de la doctrina entiende derogado implícitamente el art. 123 LEF¹¹⁶ y con ello creada una situación incierta.

Pero ese art. 123 LEF nunca ha sido derogado expresamente y, mantengo, no hay razón para entender que lo haya sido tácitamente, pues no hay una regulación posterior contraria¹¹⁷. Por eso sostengo que sigue siendo aplicable y que lo que establece para los servicios concedidos debe aplicarse a todos los contratos de las Administraciones¹¹⁸. Eso comporta que ante daños causados en la ejecución de contratos hay que presentar la reclamación y tramitar el procedimiento de responsabilidad

¹¹⁶ . Mantienen su derogación tácita, por ejemplo, MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes administrativas* (anotadas, concordadas y comentadas), Aranzadi, 29.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 2261-2262; y DE AHUMADA RAMOS, F.J. (2009: 480).

¹¹⁷ Igualmente mantienen que el art. 123 LEF siguió vigente tras la LCAP de 1995 (y seguiría todavía hoy vigente) BELADÍEZ ROJO, M. (1997:231-241); y ALONSO MAS, M. J., NARBÓN LAÍNEZ, E. (2013: 272 y ss.).

¹¹⁸ Antes esto estaba expresamente establecido. El art. 134 del Reglamento de Contratos del Estado de 1975 regulaba la responsabilidad de los contratistas en general, no solo específicamente la del concesionario; y en su párrafo tercero decía: «Las reclamaciones de los terceros se presentarán (...) 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».

conforme a las reglas de la LPAC (con la singularidad de dar intervención y posibilidades de defensa al contratista)¹¹⁹.

Así, con este art. 123 LEF más el art. 32.9 LRJSP y el art. 85.2 LPAC, la solución que en conjunto resulta es armoniosa y da seguridad a todos, sobre todo al perjudicado. Sirve, además, tanto para el caso en que la responsabilidad deba recaer sobre la Administración contratante como para aquellos en que deba corresponder al contratista sin obligar al reclamante a decidir por su cuenta quién es el responsable. El perjudicado se dirigirá a la Administración contratante reclamando la indemnización; la Administración tramitará el procedimiento administrativo de responsabilidad, dando audiencia y posibilidades de alegación y prueba tanto al reclamante como al contratista, y dictará resolución (que podrá reconocer la responsabilidad de la propia Administración o declarar la del contratista o la de ambos o negar la de aquella y la de éste); tal resolución, que será ejecutiva¹²⁰, podrá ser objeto de contencioso-administrativo interpuesto por el reclamante y/o por el contratista; y la sentencia resolverá quién o quienes deben pagar la indemnización y su cuantía.

4. La consulta prevista en el artículo 196.3 LCSP

Lo previsto en el art. 196.3 LCSP¹²¹ no es incompatible con esos tres preceptos (arts. 123 LEF, 32.9 LRJSP y 85.2 LPAC). Solo abre una vía de consulta previa potestativa que termina con un mero «informe sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños»¹²². Será un informe emitido por el ór-

¹¹⁹ Además, según creo, la responsabilidad del contratista debe regirse en lo material por lo dispuesto en los arts. 32 y siguientes LRJSP. Incluso el abigarrado art. 35 LRJSP puede prestar apoyo a esto último si se entiende que cuando se refiere a los supuestos en que las Administraciones «actúen (...) a través de una entidad de derecho privado» se está refiriendo, entre otras cosas, a los supuestos en que lo hace a través de un contratista. Y si esa responsabilidad tiene el régimen de derecho administrativo, nada mejor que ventilarla ante la Administración y, después, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

¹²⁰ Por tanto, si la resolución declara la responsabilidad de la propia Administración, deberá realizar las actuaciones necesarias para que la Administración abone la cantidad establecida; y si declara la responsabilidad del contratista y éste no cumple voluntariamente, podrá y hasta deberá pasarse a la ejecución forzosa contra el contratista sin más trámites. Así lo afirma también BELADIEZ ROJO, M. (1997: 255-256), según la cual el perjudicado podrá exigir esa ejecución forzosa, incluso si ha interpuesto contencioso-administrativo contra la resolución por entender que la indemnización debería ser de más cuantía. Es ilustrativa la STS 1645/2018, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:4019). En el caso, tras dar audiencia al contratista, declaró responsable al Servicio Canario de Salud; pero al mismo tiempo acordó que el Servicio Canario pagara en principio la indemnización y después ejerciera la vía de regreso contra el contratista. El contratista dejó firme esta resolución. El Servicio Canario pagó la indemnización y después, sin más trámites, exigió su importe al contratista. Esta STS declara que fue correcta la actuación de la Administración, esto es, que, sin tramitar nuevo procedimiento, pasara a la ejecución forzosa contra el contratista.

¹²¹ Recuérdesse que ese apartado 3, como todo el art. 196 LCSP, estaba ya en la LCAP de 1995 (art. 98) y ha permanecido en las sucesivas normas de contratación pública hasta llegar de forma prácticamente idéntica a la vigente ley de 2017.

¹²² Vid. PAVEL, E-V. (2020: 144-146).

gano de contratación y que suministrará al perjudicado una mera opinión (declaración de juicio, no declaración de voluntad) sobre quién cree que es responsable del daño. Un informe que ni siquiera tiene que pronunciarse sobre si se dan o no todos los requisitos para tener derecho a indemnización ni sobre su cuantía. Un informe que, si acaso, vincula a la Administración que lo emite, pero no al perjudicado ni al contratista, que ni siquiera tienen que recurrirlo (es más, creo que no es recurrible). Menos incluso vincula a los jueces. Un informe para cuya emisión no hay plazo ni silencio administrativo¹²³. Lo único que con claridad dice el art. 196.3 LCSP es que interrumpe el plazo de prescripción, precisión que sería superflua si se tratara de una verdadera reclamación. Configurado así este cauce del art. 196.3 LCSP, lo que sí puede decirse es que es poco útil; que la vía que ofrecen los arts. 123 LEF, 32.9 LRJSP y 85.2 LPAC es suficiente para que el perjudicado supere las incertidumbres sobre si es responsable el contratista o la Administración. Pero, aun así, es un medio que pone a su alcance la ley para facilitar su reclamación. Visto de esta forma, se comprende que no hay en el art. 196.3 LCSP (o en las normas precedentes que ya previeron esta consulta facultativa) incompatibilidad alguna con el art. 123 LEF ni, por tanto, razones para entenderlo derogado.

5. Posibilidad de exigir la responsabilidad del contratista ante la jurisdicción civil

Pero en la práctica, aunque es posible y a veces utilizado el cauce hasta aquí descrito, las cosas se desarrollan frecuentemente de otra forma: el tercero que ha sufrido daños en la ejecución de un contrato de la Administración demanda directamente ante la jurisdicción civil solo al contratista y, sin que los jueces civiles objeten nada a su propia competencia, obtiene una sentencia sobre el fondo que, aplicando las reglas civiles sobre responsabilidad extracontractual, perfectamente puede ser de condena a ese contratista a pagar la indemnización correspondiente¹²⁴. Todo ello, claro está, sin haber seguido ninguna vía administrativa previa. Además, esta solución tiene el refrendo de la Sala de Conflictos de Competencias del TS¹²⁵ y de la

¹²³ En el mismo sentido, sobre cada uno de los caracteres que predicamos de esta vía, ALONSO MAS, M. J., NARBÓN LAÍNEZ, E. (2013: 263-265). Y sobre la compatibilidad entre ese art. 196.3 LCSP y el art. 123 LEF, *ibidem*, pp. 274-275.

¹²⁴ Como lo sintetizan ALONSO MAS, M. J., NARBÓN LAÍNEZ, E. (2013: 303), «los tribunales civiles entienden que la competencia del orden contencioso-administrativo solo existe cuando se demanda conjuntamente a la Administración y al contratista, y no exclusivamente a este último». Es acabada y clara muestra de esta jurisprudencia, con cita de otras sentencias civiles y de autos de la Sala de Conflictos, la STS, Sala 1ª, de 22 de octubre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:7374).

¹²⁵ Es exponente de ello el auto de la Sala de Conflictos de Competencias 8/2015, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2015:2965A) que cita otros en igual sentido.

misma Sala Tercera¹²⁶. Acaso esto no sea lo que se ajusta más fielmente a la legislación¹²⁷, pero, además de que lo admite el TS (en sus salas 1ª y 3ª y en la de Conflictos) y de que también encuentra algún apoyo legal¹²⁸, a fin de cuentas, conduce de ordinario a una solución justa por un camino más fácil y corto. Ciertamente que si son los jueces civiles los que deciden, lo harán de acuerdo con las reglas de la responsabilidad extracontractual del derecho civil (mientras que si se sigue la vía administrativa y contencioso-administrativa, lo normal será que apliquen al contratista los arts. 32 y ss. LRJSP). Pero, a la postre, esto no supondrá diferencias sustanciales ni tendrá verdadera relevancia práctica.

6. Exigencia de responsabilidad a Administración contratante y contratista

Solo queda añadir que si el perjudicado considera que los daños han sido causados por la Administración contratante y por el contratista, podrá pedir la indemnización, tras plantear su reclamación ante aquélla, en la jurisdicción contencioso-administrativa. Basta para concluirlo el art. 9.4.2º LOPJ y su alusión a los supuestos en que a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados. Pero si se acepta que en los casos en que ambos han causado el daño hay solidaridad entre contratante y contratista, como creo que hay que aceptar, no habría obstáculo a que se dirija contra uno solo de ellos, sin perjuicio de la acción de regreso que pudiera ejercer contra el otro. Por tanto, si el perjudicado opta por demandar ante los jueces civiles solo al contratista, la demanda debería prosperar incluso aunque se probase que también la Administración contratante contribuyó en alguna medida a causar el daño.

¹²⁶ En esta dirección, la STS 2295/2016, de 25 de octubre (ECLI:ES:TS:2016:4625), aunque es tortuosa y, según creo, con errores: «... la exigencia de responsabilidad en el supuesto de que sea imputable al concesionario deberá hacerse valer por la vía ordinaria del proceso civil y ante ese orden jurisdiccional...». Y luego, parece que refiriéndose al cauce del art. 196.3 LCSP (más exactamente, al precepto idéntico entonces vigente), dice: «... cuando el daño se impute a un concesionario —o contratista— ... el perjudicado ha de dirigirse contra la Administración titular del servicio y otorgante de la concesión; debiendo ésta, con audiencia de todas las partes afectadas, determinar si la imputación del daño ha de realizarse (...) bien al concesionario o a la Administración; dejando abierta la vía civil para aquel primer caso y la vía administrativa para la segunda».

¹²⁷ BELADIEZ ROJO, M. (1997: 237-238), entiende, sin embargo, que esto es perfectamente adecuado a la legalidad, pues nuestro ordenamiento declara competentes para reclamar indemnización a los contratistas de la Administración tanto a la jurisdicción civil como a la contencioso-administrativa y que «el perjudicado puede optar» entre una y otra. Desde luego, en la práctica funciona así.

¹²⁸ Al menos puede decirse que el art. 196.4 LCSP (al hablar del «procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto») da pábulo a esta posibilidad.

7. Referencia específica a los daños causados por entidades concertadas con mutualidades de funcionarios

Tras haber expuesto el panorama general sobre responsabilidad de Administración contratante y contratista, es oportuna una referencia específica a los daños causados con ocasión de la asistencia sanitaria que prestan las mutualidades de funcionarios (esto es, MUFACE, ISFAS y MUGEJU) a través de entidades privadas concertadas (ASISA, ADESLAS u otra)¹²⁹. Es uno de los supuestos de daños causados en ejecución de contratos y su análisis, útil en sí mismo, nos servirá para ratificar la situación expuesta.

Esas tres mutualidades de funcionarios están calificadas como organismos autónomos¹³⁰. Así que su régimen de responsabilidad, tanto en lo material como en lo formal, es el de cualquier Administración (aplicación de los arts. 32 y ss. LRJSP, jurisdicción contencioso-administrativa previo al procedimiento administrativo de responsabilidad; e incompetencia de la jurisdicción civil¹³¹).

Cuando mediante contrato confían la prestación sanitaria a entidades privadas y se causa un daño —al igual que ya se ha dicho con carácter general para todos los daños causados en ejecución de contratos— lo más correcto es que el perjudicado presente su reclamación ante la Administración y se tramite el procedimiento de responsabilidad regulado en la LPAC hasta dictar resolución (que compete al titular del ministerio al que estén adscritos cada uno de esos organismo autónomos) que podría declarar la responsabilidad de la entidad privada concertada o la de la mutualidad de funcionarios. Esa resolución puede ser recurrida ante la jurisdicción contencio-

¹²⁹ En la actualidad, al menos en el caso de MUFACE, las entidades con las que se ha suscrito el concierto son ASISA y ADESLAS (Resolución de MUFACE de 30 de abril de 2025, BOE de 1 de mayo).

¹³⁰ Para MUFACE, el art. 5 del TR de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado (RD Legislativo 4/2000). El ISFAS es calificado como organismo autónomo por el art. 5 del TR de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (RD Legislativo 1/2000). Y en cuanto a la MUGEJU, da la misma calificación de organismo autónomo el art. 5 del TR del Régimen especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia (RD Legislativo 3/2000).

¹³¹ Por tanto, si los perjudicados demandan a MUFACE, ISFAS o MUGEJU ante los jueces civiles solicitando que se les condene a pagar la indemnización por los daños que supuestamente les han causado, procede que, sin entrar en el fondo del asunto, se declaren incompetentes en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa. Lo mismo si demandan a esas mutualidades y, además, a la entidad privada concertada. El art. 9.4 LOPJ conduce el asunto al orden contencioso-administrativo. Y la competencia contencioso-administrativa con necesidad de procedimiento administrativo previo se mantiene incluso en el supuesto de que finalmente se absuelva a la mutualidad de funcionario y se condene solo a la entidad concertada. Se ve, por ejemplo, en la SAN de 7 de junio de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:3096); se interpuso reclamación ante MUFACE por los daños supuestamente causados en la asistencia sanitaria de ASISA; el ministerio dictó resolución desestimatoria; impugnada esta resolución, la SAN condenó exclusivamente a ASISA. Sobre la competencia contencioso-administrativa en estos casos en que la acción de responsabilidad se dirige simultáneamente contra la mutualidad de funcionarios, la entidad privada concertada y otros particulares, véase el ATS, Sala de Conflictos de Competencias, 73/1999, de 23 de marzo (ECLI:ES:TS:1999:10625A).

so-administrativa por el perjudicado y por la entidad concertada. En cuanto a quién debe ser condenado a pagar la indemnización, aunque también aquí se dejó sentir la tendencia a hacer responsable en todo caso a la Administración¹³², hoy parece una tesis superada: en la actualidad, los tribunales contencioso-administrativos, con apoyo adicional en la disposición final 19ª de la LCSP de 2017¹³³, declaran normalmente la responsabilidad de la entidad privada concertada (ASISA, ADESLAS...) y la irresponsabilidad de las mutualidades de funcionarios¹³⁴.

¹³² Fue referencia clave la STS de 20 de febrero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:990). El perjudicado presentó ante la Administración su solicitud de indemnización por la defectuosa asistencia sanitaria de ASISA como entidad concertada con el ISFAS, solicitud que desestimó el Ministro de Defensa. Interpuso contencioso-administrativo que desestimó la AN con el argumento de que la prestación sanitaria no la había realizado el ISFAS, sino ASISA: «... el daño cuyo resarcimiento se persigue por el actor no es imputable al funcionamiento de los servicios públicos (...) El ISFAS no ha prestado ningún tipo de asistencia sanitaria, ha sido la entidad concertada elegida por el mutualista la que lo ha hecho a través de sus servicios y en el ámbito de una relación establecida libremente con el recurrente y que éste no puede desconocer». Pero el TS casó esa SAN y declaró el derecho del perjudicado «a ser indemnizado por la Administración». Afirmó: «... la existencia de tal concierto (...) no excluye en modo alguno la existencia de una posible responsabilidad de la Administración, siempre que concurran los requisitos configuradores de aquella... Por todo ello, los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia, cuando excluye la responsabilidad patrimonial alegando que el ISFAS no ha prestado ningún tipo de asistencia sanitaria, sino que ha sido la entidad concertada elegida libremente por el mutualista la que los ha prestado, no resultan ajustados a derecho...». A esa sentencia, que critica GALLARDO CASTILLO, M. J. (2020: 45), siguieron en la misma línea SSTs de 24 de mayo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:3835) y de 30 de septiembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:6208). Después, pese a que la disposición adicional 23ª de la LCSP de 2007 (similar a la actual DA 19ª de la LCSP de 2017) parecía llevar a otra solución, el TS dictó varias sentencias en las que sostuvo que esa disposición no podía tener efectos retroactivos y, por tanto, reafirmó la responsabilidad de MUFACE, ISFAS y MUGEJU. Así, las SSTs de 18 de octubre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:6711), de 4 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8738) y de 9 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5339). Pero esta jurisprudencia parece ya superada.

¹³³ Esa DA 19ª establece: «Los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebren la MUFACE, la MUGEJU y el ISFAS con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de concesión de servicios regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público». Esta remisión a la legislación de contratos lleva a aplicar el art. 196 LCSP que, como ya hemos visto, impone a los contratistas «indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato», salvo los «ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración».

¹³⁴ No hay SSTs que se hayan pronunciado concluyentemente en este sentido. Algo se atisba en la STS 148/2018, de 5 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:267), aunque el estrecho cauce del recurso de casación para unificación de doctrina en que esta sentencia se mueve no permite conclusiones seguras. Pero que la irresponsabilidad de MUFACE, ISFAS y MUGEJU por los daños causados en la deficiente prestación sanitaria de sus entidades privadas concertadas (ASISA, ADESLAS u otras) es la solución hoy aceptada lo demuestran una serie de sentencias de la Audiencia Nacional. Ilustrativa es la SAN de 1 de marzo de 2023 (ECLI:ES:AN:2023:1057), en la que, ante reclamación contra MUFACE por prestación sanitaria de ADESLAS, con cita a anteriores sentencias de la propia AN, dice que «la responsabilidad de la Administración solo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de

Ahora bien, aunque lo expuesto parezca lo más correcto, es frecuente que el perjudicado demande ante la jurisdicción civil solo a la entidad privada concertada y que los tribunales civiles, sin plantearse problemas de competencia ni reparo alguno por el hecho de que el daño se haya causado en ejecución de contrato con la Administración, condenan a pagar la indemnización¹³⁵. Ello, claro está, sin necesidad de haber ejercido antes su pretensión en vía administrativa y, por tanto, sin haber seguido previamente el procedimiento administrativo de responsabilidad. Y si eso se admite, acaso sea también lo más recomendable y práctico.

Como se ve, pues, el supuesto específico de los daños causados con ocasión de la asistencia sanitaria que prestan las mutualidades de funcionarios a través de entidades privadas concertadas se desarrolla actualmente en los mismos términos expuestos para todos los casos de daños causados en ejecución de contratos de la Administración.

VII. PROCEDIMIENTO Y JURISDICCIÓN CUANDO LA ADMINISTRACIÓN TIENE UN CONTRATO DE SEGURO

1. Observaciones previas

Las Administraciones pueden contratar —y lo hacen asiduamente— seguros de responsabilidad civil de los regulados en los arts. 73 a 76 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro (en adelante, LCS). La existencia de estos contratos no altera un ápice el régimen material de la responsabilidad patrimonial de la Administración¹³⁶.

la Administración». Igualmente, SSAN de 22 de enero de 2020 (ECLI:ES:AN:2020:303), de 13 de junio de 2019 (ECLI:ES:AN:2019:2546) y de 5 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:AN:2016:5036). Y, según dice esta última SAN, el régimen de responsabilidad de estas entidades concertadas no es el de la Administración, sino el de derecho civil.

¹³⁵ Son prueba de ello las SSTs, Sala de lo Civil, 546/2015, de 13 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4148); 503/2020, de 5 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3162); y 234/2021, de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1708). En las tres se había demandado solo a la entidad privada concertada (DKV en un caso y ASISA en los otros dos) y en ninguna de ellas se cuestionó la competencia de la jurisdicción civil. Asimismo, STS, Sala de lo Civil, 199/2013, de 11 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2069): en este caso se demandó al médico y a la clínica de la entidad privada concertada (no a ésta ni a MUFACE) y, aunque fueron absueltos, tampoco se objetó nada sobre la competencia. Más sorprendente es la sentencia de la misma Sala Civil 422/2007, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2007:2556) porque la demanda se dirigió —además de contra ASISA, el cirujano, el anestesista y el hospital— contra MUFACE. En este caso sí que se alegó la falta de legitimación pasiva de MUFACE. Pero, sin entrar en ello ni en la competencia de la jurisdicción civil, la pretensión fue desestimada en todas las instancias por no apreciar defectos en la prestación sanitaria.

¹³⁶ O sea, que seguirán siendo de aplicación los arts. 32 y siguientes de la LRJSP. Esto, que nunca ha sido discutido y que es incontrovertible, encuentra ahora plasmación específica en el art. 35 LRJSP cuando, al final, se refiere a «la entidad que cubra su responsabilidad», aunque en el conjunto de ese abigarrado precepto todo es confuso.

Pero sí que tiene consecuencias procedimentales y procesales. Antes de abordarlas, dos precisiones son oportunas.

Primera, que en la actualidad estos contratos de seguros están configurados como contratos privados de la Administración¹³⁷.

Segunda, que la responsabilidad de la Administración es un requisito necesario para que surja la obligación de pago de su compañía de seguros: no puede haber obligación de pago de la aseguradora nada más que si su asegurado —una Administración en nuestro caso— es responsable. Pero no es requisito suficiente: puede haber casos en los que, pese a ser responsable la Administración y así declararse por la propia Administración o por los jueces, su aseguradora no deba abonar la indemnización o no deba abonarla en su totalidad o, aunque deba inicialmente pagarla, pueda repetir contra la Administración asegurada. Ello porque estén pactadas franquicias o se trate de un riesgo excluido por la póliza (por ejemplo, se excluyeron los daños dolosos o los derivados de actuaciones jurídicas) o porque el origen del daño se haya producido en un momento no cubierto, etc.

Aclarado lo anterior, veamos las dos vías que se abren al lesionado para conseguir en estos casos la indemnización.

2. La vía administrativa y contencioso-administrativa

Los preceptos que abordan las consecuencias procesales de los contratos de seguro de la Administración son el art. 9.4 LOPJ y los arts. 2.e) y 21.1.c) LJCA. El art. 9. 4 LOPJ dice al final de su párrafo segundo que los jueces y tribunales del orden contencioso-administrativo «conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva». El art. 2.e) LJCA dispone que «el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con (...) la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (...), no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando (...) cuenten con un seguro de responsabilidad».

¹³⁷ Así se infiere del art. 25.1.a).1º LCSP, dado que los servicios de seguros tienen los números de referencias CPV comprendidos entre 66510000-8 y 66720000-3. Así, informe de la Junta Consultiva de la Contratación Pública del Estado, expte, 7/2020: «Sobre la naturaleza de los contratos de seguro en nuestro informe 30/19 ya destacamos que este tipo de contratos, incluso en caso de que se celebren por una Administración pública (...) son calificados como contratos privados en todo caso porque la ley [artículo 25.1 a) 1º] considera como tales a los servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3. En la medida en que los contratos de seguro abarcan en el Reglamento (CE) N° 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2007 desde el número 66500000-5 hasta el 66519310-7, es obvio que la norma comunitaria incluye a este tipo de servicios dentro de los que, conforme a la LCSP, están calificados como contratos privados...».

Finalmente, el art. 21.1.c) LJCA establece que «se considera parte demandada (...) las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren».

Con estos tres preceptos se ve que la solución que el legislador previó como normal es que el perjudicado por la actuación de una Administración reclame la indemnización que considere pertinente ante la jurisdicción contencioso-administrativa en un proceso en que demandará a la Administración y en el que deberá ser emplazada su aseguradora como codemandada¹³⁸. Pero ¿qué sucede con el procedimiento administrativo de responsabilidad?¹³⁹ La respuesta puede sintetizarse así:

- Ese procedimiento debe tramitarse antes de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por tanto, el perjudicado puede presentar su reclamación ante la Administración¹⁴⁰. No solo es que pueda, sino que, si piensa acudir al contencioso-administrativo, debe hacerlo, como en cualquier otro caso en que pretenda que se declare la responsabilidad de la Administración. Y, presentada la reclamación, la Administración debe tramitar el procedimiento hasta dictar resolución. El hecho de que cuente con una aseguradora no le exime de ese deber ni le permite sin más remitir al perjudicado a un entendimiento con su aseguradora.

- La Administración puede resolver el procedimiento sin que la postura de su aseguradora le condicione de ninguna forma¹⁴¹. Así que la cláusula habitual en los contratos de seguros de responsabilidad civil según la cual el

¹³⁸ Es normal y correcto que el perjudicado demande solo a la Administración y que sea ésta quien emplace a su aseguradora. Pero es posible y oportuno que el perjudicado, al interponer su recurso contencioso-administrativo, se refiera ya a la aseguradora de la Administración. Su conocimiento lo facilita el art. 76 LCS *in fine*: «el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido». Asimismo, véase el art. 256.1.5º LEC. Pero téngase en cuenta que, según la STS 562/2025, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2025:2153), esta diligencia preliminar no interrumpe la prescripción de la acción para exigir responsabilidad a la Administración, pues para ello no constituye requisito necesario saber si tiene concertado un seguro de responsabilidad. Sí acepta *obiter dicta* la eficacia interruptora de esta diligencia respecto de la prescripción de la acción directa contra la aseguradora.

¹³⁹ RAMÓN SIERRA, F. J., «La posición de las entidades aseguradoras en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración pública tras la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre. Análisis jurisprudencial y consecuencias prácticas», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 42, 2007, pp. 181 y ss.; y PAVEL, E.-V. (2020:147-149).

¹⁴⁰ Razona HUERGO LORA, A. (2002:138-139), que «es justamente la subsistencia de esta vía de reclamación, a pesar de la celebración del contrato, lo que permite afirmar su validez porque no merma las garantías de los particulares».

¹⁴¹ GALLARDO CASTILLO, M. J. (2020: 52): «la instrucción del procedimiento es siempre (...) una función indisponible y es deber de la Administración tramitarlo (...) La compañía de seguros no puede interferir en el ejercicio de tales funciones y facultades ni goza de poder de decisión ni de posibilidad de mediatizar la voluntad del órgano administrativo competente...».

asegurado no puede reconocer su responsabilidad sin el consentimiento de la aseguradora no rige en este ámbito¹⁴².

- La resolución que dicte la Administración, ¿puede acabar con una resolución que declare que es la aseguradora quien debe abonar la indemnización? O, por el contrario, ¿debe esto quedar al margen y pronunciarse solo sobre si el reclamante tiene derecho a indemnización? Lo correcto es lo segundo. Así se evitará que la Administración tenga que pronunciarse allí, ya no solo sobre si se dan los requisitos de la responsabilidad administrativa, sino también sobre si la póliza cubre o no el daño en cuestión, lo que, además de complicar el procedimiento, supondría que la Administración ejerciera una potestad que no tiene¹⁴³.

- ¿Es la aseguradora interesada en el procedimiento administrativo de responsabilidad?¹⁴⁴ Partiendo de lo anterior (o sea, de que la resolución de ese procedimiento no debe pronunciarse sobre las obligaciones de la aseguradora), la compañía de seguros no es interesada necesaria, o sea, no es de los sujetos que tienen esa condición de interesados de acuerdo con el art. 4.1.b) LPAC. Pero sí cabe reconocerle la facultad de personarse para que, si lo hace, conferirle la condición de interesada conforme al art. 4.1.c) LPAC. A tal efecto, es oportuno que la Administración, al menos, le comunique la presentación de una reclamación, lo que, por otra parte, suelen imponer estas pólizas¹⁴⁵.

- Aunque la resolución administrativa no condene a la aseguradora a pagar la indemnización y aunque no se haya personado en el procedimiento administrativo, tiene legitimación para recurrir la decisión que se adopte

¹⁴² Ni siquiera impide que la Administración y el perjudicado pacten la terminación convencional del procedimiento sin intervención de la aseguradora. Vid. HUERGO LORA, A. (2002: 140 y 147); y GAMERO CASADO, E. (1997: 260).

¹⁴³ Recuérdese que, como ya se ha dicho, estos contratos de seguro son contratos privados de la Administración. Y, siendo así, la Administración contratante no tiene las prerrogativas del art. 190 LCSP, sino que, para todo cuanto afecte a su cumplimiento y ejecución, debe acudir a la jurisdicción civil (art. 27.2 LCSP). Si se le permitiera que, al resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial, impusiera a la aseguradora la obligación de abonar la indemnización, se le estaría dando la prerrogativa de decidir ejecutivamente por su cuenta sobre los efectos del contrato privado de seguro.

¹⁴⁴ Sobre ello, A. HUERGO LORA (2002: 147-151).

¹⁴⁵ Más radicalmente, GAMERO CASADO, E. «El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración», en CASARES MARCOS, A. B. (Coord.), QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 269, afirma que «la compañía aseguradora tendrá necesariamente la condición de interesada en el procedimiento administrativo de declaración de responsabilidad (...) pues evidentemente sus derechos e intereses legítimos pueden verse afectados por la resolución que recaiga...».

porque a la larga puede afectarle¹⁴⁶. Desde el momento en que se le informe de la existencia de la resolución (quizá solo a efectos de requerirle el pago) empezará a contar su plazo para recurrirla y para que, de no hacerlo, gane firmeza para ella.

- Dictada una resolución que reconozca el derecho a la indemnización, ¿cómo se ejecuta si hay una aseguradora? Lo normal será que la Administración comunique a su compañía la resolución y le requiera el pago; normal será igualmente que la compañía abone directamente la indemnización al sujeto cuyo derecho a ella ha sido reconocido por resolución administrativa. Pero si no es así, si la compañía se niega al pago, ¿cómo debe procederse?¹⁴⁷ Para empezar, la Administración ante la resistencia a pagar por parte de su aseguradora, podría hacerlo ella misma y, después, reclamar a su compañía lo abonado. Tampoco veo óbice a que el perjudicado, prescindiendo de la existencia de una aseguradora, reclame de la Administración el abono y, si no lo logra, interponga un recurso del art. 29.2 LJCA en el que podrá conseguir sentencia que condene a la Administración (no a la aseguradora) al pago¹⁴⁸; de nuevo, sin perjuicio de que la Administración, tras pagar, exija a la aseguradora la cantidad satisfecha. Tanto en un caso como en el otro, si la Administración paga, su acción contra la aseguradora deberá ejercerla ante la jurisdicción civil¹⁴⁹. Y, asimismo, en tercer lugar, no veo obstáculo a que el perjudicado que ha visto reconocido su derecho a indemnización en una resolución administrativa, ante las dificultades para su cobro, se sirva de la acción directa del art. 76 LCS y se dirija contra la aseguradora

¹⁴⁶ HUERGO LORA, A. (2002: 145). Imagínese, por ejemplo, que la Administración asegurada, sabiendo que al final no va a recaer sobre ella el pago de la indemnización, se sienta demasiado proclive a estimar la reclamación del perjudicado y, por así decirlo, sea excesiva e injustificadamente generosa a costa de su aseguradora.

¹⁴⁷ Desde luego, no cabe una ejecución forzosa de la resolución dictada contra la aseguradora, puesto que, según se ha explicado, la resolución administrativa no impone obligación de pago a su aseguradora. En esta tesitura, la aseguradora no puede negarse a pagar alegando que no se dan los requisitos para la responsabilidad administrativa. Si eso es lo que quiere invocar, tendría que interponer recurso contra la resolución, no simplemente negarse a pagar. Así que la negativa de que hablamos es solo aquella basada en que, pese a darse la responsabilidad de la Administración, la póliza, por la causa que sea, no cubre ese daño.

¹⁴⁸ Pienso que en ese contencioso contra inactividad debería ser demandada, además de la Administración, su aseguradora. Por regla general, en esos procesos del art. 29.2 LJCA debe ser demandada la Administración autora del acto de cuya ejecución se trata, no la que deba pagar. Así, la STS 767/2019, de 4 de junio (ECLI:ES:TS:2019:1759). Pero el art. 21.1.c) LJCA permite sostener que también en este caso debe ser demandada la compañía de seguros.

¹⁴⁹ Recuérdesse que, como se ha razonado antes, los contratos de seguro son contratos privados de la Administración y, por tanto, lo relativo a su cumplimiento compete a la jurisdicción civil, sin que la Administración contratante pueda resolver con actos administrativos ejecutivos. Con razón afirma HUERGO LORA, A. (2002: 155), que «la Administración no puede exigir al asegurador el pago de la indemnización mediante un acto administrativo».

ante los jueces civiles. No es la situación normal de ejercicio de esa acción directa contra las compañías de seguros (de la que me ocuparé después), pero también en esta otra situación es posible¹⁵⁰.

- En todos estos casos, unas veces la Administración y otras el perjudicado, acuden a la jurisdicción civil para que se condene al asegurador al pago y en todos ellos hay una previa resolución administrativa firme que, aunque no condena al asegurador, sí que ha decidido ya sobre el derecho a indemnización del perjudicado. ¿Qué valor tendrá esa resolución administrativa en el pleito civil? La respuesta que considero más plausible es la que da Huergo: «Si la Administración o el perjudicado se ven obligados a acudir a la vía civil para exigir el pago al asegurador, en ese proceso no se podrá volver a discutir la responsabilidad de la Administración por haber quedado ya cerrada la cuestión, bien por una sentencia firme (...), bien por un acto administrativo firme que el asegurador ha consentido»¹⁵¹.

En el posterior contencioso-administrativo, si la resolución administrativa desestimó la reclamación indemnizatoria (o se produjo silencio), la sentencia que se dicte, además de condenar a la Administración, ¿podrá condenar a su aseguradora? Huergo contesta negativamente porque para condenar a la aseguradora hay que analizar, no solo si se dan los requisitos de la responsabilidad administrativa, sino también si la póliza cubre ese daño, lo que supone adentrarse en aspectos jurídico-privados, lo que no debe hacer una sentencia contencioso-administrativa¹⁵². Una respuesta igualmente negativa puede también justificarse porque, si partimos, como aquí hemos hecho, de que la Administración en su resolución del procedimiento previo no puede pronunciarse sobre las obligaciones de la aseguradora, lo mismo habrá que afirmar de la sentencia que resuelve el recurso interpuesto contra tal resolución. Pero esos argumentos contrarios no me parecen concluyentes. No veo impedimento en que el juez contencioso-administrativo entre en el aspecto de derecho privado. De hecho, es inconcuso que, a veces, cuando junto a la Administración se demanda a particulares porque concurrieron a la producción del daño, aplican y tienen que aplicar preceptos de derecho privado para resolver si ese particular es responsable.

¹⁵⁰ Así lo entienden también GAMERO CASADO, E. (2013: 286); y JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N., «Disfunciones procesales derivadas del ejercicio de la acción directa y de las acciones de regresos en caso de seguro de cobertura de responsabilidad de la Administración pública», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 57, 2022, pp. 23 a 25.

¹⁵¹ HUERGO LORA, A. (2002: 155). Pero para que haya un acto administrativo consentido por la aseguradora, tiene que habérsele notificado correctamente (con indicación del recurso pertinente) la resolución que reconoce el derecho a indemnización.

¹⁵² En concreto, en HUERGO LORA, A. (2002: 154-155), dice que los tribunales contencioso-administrativos no pueden condenar al asegurador ni declarar que la obligación indemnizatoria recae sobre él «puesto que sólo pueden aplicar el derecho administrativo (...) y no resolver cuestiones relativas a la ejecución de un contrato de derecho privado».

Y no hay razón para que no pueda hacerse lo mismo respecto de las compañías de seguros. Sobre todo, téngase en cuenta que, si no se admite aquí esa condena de la aseguradora, no habrá ninguna vía para conseguir la condena conjunta de ella y de la Administración¹⁵³, lo cual supone una merma notable de las garantías del perjudicado. Por lo demás, dado que la aseguradora debe ser codemandada [art. 21.1.c) LJCA], tendrá posibilidades de defensa, incluso para hacer alegaciones sobre las causas que, al margen de la responsabilidad de la Administración, pueden exonerarle de su obligación de pago¹⁵⁴. Ello, aun con dudas, me lleva a concluir que, si así se solicita en la demanda, no es siempre imposible que la sentencia condene, además de a la Administración, a su compañía de seguros¹⁵⁵.

3. El ejercicio de la acción del artículo 76 LCS en vía civil

Los tribunales aceptan que el perjudicado por la Administración puede ejercer la acción directa consagrada en el art. 76 LCS: «El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar...»¹⁵⁶. Y entienden, además, que esa acción tiene que ejercerse ante la jurisdicción civil. Salvan el escollo que pudiera entrañar el art. 9.4 LOPJ explicando que ese precepto es de aplicación cuando se demanda a la aseguradora «junto a la Administración respectiva», pero no si se demanda solo a aquélla¹⁵⁷. Refleja bien el estado de la cuestión y esa solución ya consolidada el auto de la Sala de Conflicto de Competencias 2/2022, de 2 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:3581A).

¹⁵³ Téngase en cuenta que, como de inmediato se verá, se admite la acción directa del art. 76 LCS contra la aseguradora que debe ejercerse en vía civil, pero sin que allí pueda demandarse conjuntamente a la Administración.

¹⁵⁴ Cosa distinta ocurriría si, incumpliendo el art. 21.1.c) LJCA, no se demandara a la aseguradora. Entonces no cabría condenar a la aseguradora y, si se la deja al margen, seguramente no habría indefensión ni causa de nulidad de la sentencia.

¹⁵⁵ Igualmente, JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N. (2022: 10): «el perjudicado obtiene en un único proceso la condena solidaria de ambos, la Administración responsable del daño y su aseguradora, a hacer frente al pago de la indemnización que se haya determinado».

¹⁵⁶ Es rotunda la STS, Sala 3ª, 562/2025, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2025:2153): «... siendo una opción libre del perjudicado su ejercicio conjunto ante la jurisdicción contencioso-administrativa o separado, solo de la acción directa frente a la aseguradora, ante la jurisdicción civil. Ni para el ejercicio separado ante la jurisdicción civil de la acción directa frente a la aseguradora (...) es requisito necesario haber accionado previamente frente a la Administración, ni para reclamar frente a la Administración es requisito necesario conocer la existencia de un contrato de seguro ni la interposición conjunta de la reclamación administrativa frente a la Administración y la aseguradora ni, tampoco, tras la desestimación de la vía administrativa, es obligado demandar conjuntamente a la compañía aseguradora junto con la Administración».

¹⁵⁷ Más dudoso es lo que debe hacer el juez civil si ante él se demanda conjuntamente a la Administración y a la aseguradora *ex* art. 76 LCS. Podría simplemente declarar su incompetencia y remitir el asunto a la jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con el art. 9.4.2º LOPJ. Pero HUERGO LORA, A. (2002: 176-177), cree correcto que inadmita respecto a la Administración y entre en el fondo respecto a la aseguradora.

El perjudicado por una asistencia sanitaria deficiente prestada por un servicio autonómico de salud demandó con base en el art. 76 LCS ante un juzgado civil exclusivamente a su aseguradora; el juzgado civil se declaró incompetente por entender que el conocimiento del asunto correspondía al orden contencioso-administrativo; interpuesta después la demanda ante este orden, la sala del TSJ se declaró incompetente por considerar que correspondía a la jurisdicción civil. Y esto es también lo que entendió el auto 2/2022 con la siguiente argumentación:

«En aplicación de dicho precepto de la LOPJ (su art. 9.4), debemos atribuir el conocimiento del asunto controvertido a la jurisdicción civil, dado que nos hallamos ante una controversia *inter privados*; esto es, entre la demandante (...) y una compañía de seguros (...), sin que la acción se dirija conjuntamente contra ésta y la Administración pública, en uso de la posibilidad legal que oferta el juego normativo de los arts. 2 e) y 21.1 c) de la LJCA, sino exclusivamente la directa del art. 76 contra dicha compañía. En este supuesto, en el que el perjudicado se dirige, directa y exclusivamente, contra la aseguradora, no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo, toda vez que no se da una actuación u omisión administrativa previa que revisar, ni Administración demandada que condenar (sentencias de la Sala 1ª, 616/2013, de 15 de octubre; 321/2019, de 5 de junio; 119/2022, de 15 de febrero)».

Lo que expresamente se resuelve es la competencia del orden civil. Pero, antes que ello, queda claro que se acepta el ejercicio de la acción del art. 76 LCS contra la aseguradora de la Administración, como ya venía admitiendo reiteradamente la Sala 1ª del TS¹⁵⁸ y como después ha seguido reiterando¹⁵⁹.

Siendo así, huelga por completo el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial regulado en la LPAC¹⁶⁰. Se acudirá a la jurisdicción civil sin necesidad de una resolución de la Administración sobre su propia responsabilidad. El juez civil decidirá si concurren los requisitos de la responsabilidad de la Administración asegurada y, si tampoco ve óbice para que la póliza cubra el riesgo, condenará, no a la Administración, pero sí a su aseguradora por entender que se dan los requisitos para la responsabilidad de la Administración. Así que el particular perjudicado por la actuación administrativa tiene a su alcance esta vía alternativa con la

¹⁵⁸ Vid. GAMERO CASADO, E. (2013: 275-283).

¹⁵⁹ Buena muestra de ello es la clarificadora STS, Sala de lo Civil, 1322/2023, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2023:3983) con una argumentación impecable.

¹⁶⁰ Dijo la STS, Sala 1ª, 321/2019, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2019:1840): para ejercitar la acción del art. 76 LCS «no es preciso que se sustancie previamente la reclamación en vía administrativa, pues precisamente una de las ventajas de dicha acción (...) es evitar esa reclamación previa...».

que se libera de la carga del procedimiento administrativo previo y con algún otro atractivo adicional¹⁶¹. Con ese punto de partida, son pertinentes estas observaciones complementarias.

- El juez de lo civil, aunque sea solo para condenar o no a la compañía aseguradora, tendrá que decidir si la Administración aseguradora es responsable del daño y para ello tendrá que analizar la actuación administrativa que supuestamente lo causó, así como aplicar derecho administrativo (arts. 32 y ss. LPAC), lo que es propio de la jurisdicción contencioso-administrativa. El TS (su Sala 1ª y la de Conflictos de Competencias) explica que se trata de una cuestión prejudicial de la que el juez civil puede ocuparse de acuerdo con los arts. 10.1 LOPJ y 42 LEC¹⁶². Siendo una cuestión prejudicial, lo que aprecie el juez civil «no surtirá efecto fuera del proceso en que se produzca» (art. 42.2 LEC). Así que sería posible que, tras sentencia civil desestimatoria de la pretensión ejercida *ex* art. 76 LCS (incluso si la desestimación se produce porque el juez civil no cree que se den los requisitos de la responsabilidad administrativa), el perjudicado emprenda la vía administrativa y contencioso-administrativa con éxito. Pero, en sentido contrario, la solución del juez civil que condene a la aseguradora, por mucho que se diga que es solo resolución de una cuestión prejudicial sin efectos

¹⁶¹ Me refiero, sobre todo, a los intereses moratorios previstos en el art. 20 LCS (interés legal del dinero incrementado en el 50 %). Los tribunales lo aplican con normalidad a las aseguradoras de Administraciones (por todas, STS, Sala 1ª, 1322/2023, de 27 de septiembre; ECLI:ES:TS:2023:3983). Vid. GAMERO CASADO, E. (2013: 263). No entraré aquí en ello, pero demuestra que el cauce del art. 76 LCS tiene ventajas respecto a la vía administrativa y contencioso-administrativa.

¹⁶² Por ejemplo, ya aclaró el ATS, Sala de Conflictos de Competencias, 4/2013, de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2013:2888A) que «el hecho de que para determinar la responsabilidad del asegurador haya que analizar, con los parámetros propios del derecho administrativo, la conducta de la Administración aseguradora no resulta en modo alguno extravagante. El art. 42 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, prevé tal escenario con toda naturalidad, admitiendo un examen prejudicial que solo producirá efectos en el proceso de que se trate». Igualmente, auto de la misma Sala 2/2022, de 2 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:3581A): «... conforma una cuestión prejudicial contencioso-administrativa del art. 42 de la LEC, susceptible de decidirse ante el orden jurisdiccional civil, mediante la aplicación de la normativa de derecho administrativo que la rige (sentencias de la Sala de lo Civil 579/2019, de 5 de noviembre; 473/2020, de 17 de septiembre y 501/2020, de 5 de octubre, entre otras)». Lo mismo dicen las SSTs, Sala de lo Civil, 616/2013, de 15 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:4953), 321/2019, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2019:1840) y 1322/2023, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2023:3983). Esta última, además, aclara que se trata «de una cuestión prejudicial no devolutiva, puesto que su conocimiento corresponde a la jurisdicción civil, y que obligará a los tribunales de este orden jurisdiccional a constatar la previa existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración mediante la aplicación de lo normado en los actualmente vigentes arts. 32 a 35 de la Ley 40/2015». Podría convertirse en una cuestión prejudicial devolutiva conforme al art. 47.3 LEC si las dos partes están de acuerdo. Pero, además de la complejidad y el retraso que entrañará esta conversión de la cuestión prejudicial en devolutiva, es poco probable que el demandante que ha optado por ejercer la acción del art. 76 LCS lo acepte.

de cosa juzgada material, es prácticamente irreversible: el asunto quedará zanjado y no habrá vía para que pueda negarse que se dan los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración asegurada que ha apreciado el juez civil¹⁶³.

- En el fondo, por tanto, el juez civil, aunque no podrá condenar a la Administración, sí que deberá razonar que es responsable del daño causado, y ello sin que esa Administración sea parte necesaria en ese proceso civil. Se acepta, no obstante, que esa Administración comparezca en virtud de lo dispuesto en el art. 13 LEC y que así pueda hacer las alegaciones que estime oportunas, sobre todo las relativas a la falta de los requisitos de su propia responsabilidad¹⁶⁴. Pero esa intervención de la Administración no altera el hecho de que no podrá ser condenada por la sentencia que aquí se dicte¹⁶⁵.

- Dice el art. 76 LCS que «la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado». Es cierto, como explicamos al principio, que puede haber casos en que concurran los requisitos para declarar la responsabilidad de la Administración y que, sin embargo, la indemnización no deba recaer finalmente sobre su asegurador. Pero rara vez ello podrá ser alegado por éste en el proceso civil *ex* art. 76 LCS en el que puede verse condenado a pagar la indemnización, aunque luego pueda repetir contra la Administración asegurada.

- El lesionado puede ejercer la acción del art. 76 LCS, aunque antes haya seguido el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial. Si éste terminó con resolución que reconoció el derecho a indemnización, el proceso civil entablado con demanda basada en el art. 76 LCS servirá para hacer efectivo ese derecho contra la aseguradora, como ya expuse antes. Más todavía, si esa resolución fue confirmada en sentencia contencioso-administrativa. Y lo mismo si la sentencia contencioso-administrativa

¹⁶³ GAMERO CASADO, E. (2013: 282), basándose en el carácter meramente prejudicial de esa apreciación del juez civil, admite que fuese el mismo asegurador quien instase la vía administrativa para exonerarse del pago al que le ha condenado aquél. Pero no veo camino alguno para ello y me parece en la práctica inviable.

¹⁶⁴ Se dio esta intervención de la Administración asegurada *ex* art. 13 LEC en el supuesto resuelto por la STS, Sala de lo Civil, 616/2013, de 15 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:4953). No puso ningún reparo y se limitó a afirmar que tal intervención no es obstáculo a la acción del art. 76 LCS ni altera la competencia de la jurisdicción civil. Más dudoso me resulta si la Administración asegurada podría entrar en este pleito civil por la vía del art. 14 LEC, esto es, la de la «intervención provocada» por el demandante o el demandado. Creo que como de ninguna forma podrá condenarse aquí a la Administración, esta vía no es pertinente.

¹⁶⁵ Como afirma JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N. (2022: 26-27), «el interviniente no puede ser objeto de la sentencia, esto es, ni condenado ni absuelto» y la Administración «de ninguna manera se va a ver vinculada ni afectada por el pronunciamiento que respecto a su responsabilidad se pudiera derivar de este proceso».

reconoció el derecho, estimando un recurso contra una previa resolución administrativa desestimatoria. Pero lo que no cabe es que en el proceso civil basado en el art. 76 LCS se exija una indemnización denegada por resolución administrativa no impugnada o por sentencia contencioso-administrativa; tampoco cabe exigir en este proceso civil una indemnización superior a la allí concedida¹⁶⁶. Así lo viene declarando la Sala de lo Civil del TS en sentencias 321/2019, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2019:1840), 579/2019, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3427); 473/2020, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2849); 501/2020, de 5 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3172); 358/2021, de 25 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:2122); 119/2022, 15 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:594); y 169/2024, de 12 de febrero (ECLI:ES:TS:2024:702). En el caso de esta última, la misma demandante que en el juicio civil pidió la condena de la aseguradora de la Administración en virtud del art. 76 LCS había formulado antes una reclamación administrativa contra el Servicio Madrileño de Salud que fue desestimada y que no recurrió. Y esta STS 169/2024, bajo el expreso rubro «Opciones que están vedadas a los perjudicados», dice:

«... lo que no cabe es que, si optaron por acudir a la vía administrativa y su pretensión resarcitoria del daño sufrido resulta desestimada o estimada en parte, es acudir posteriormente a la vía civil para obtener el reconocimiento de la responsabilidad denegada o incrementar el importe de la indemnización fijada en dicha vía; pues ello supondría atribuir a los tribunales civiles facultades revisoras de los actos administrativos con clara invasión del ámbito propio de la jurisdicción contencioso-administrativa a la que le compete el control de la Administración pública...».

Y si no cabe cuando la resolución administrativa no se recurrió, menos aún si se recurrió y la jurisdicción contencioso-administrativa la confirmó. Solo un matiz añadido: si no se dictó resolución expresa y se produjo silencio negativo, dado que no es equivalente a un verdadero acto, sí que será viable el ejercicio posterior de la acción del art. 76 LCS para reclamar lo mismo que se pidió en vía administrativa y no obtuvo resolución expresa.

¹⁶⁶ A. HUERGO LORA, A. (2002: 171); y JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N. (2022: 23), que explica que, aunque las resoluciones administrativas no tienen efecto de cosa juzgada, «resulta imposible volver a plantear en este proceso civil, a través de la cuestión prejudicial, los términos o alcance de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que sobre ésta ya ha recaído resolución administrativa ofrecida por la propia Administración, y ésta ha sido consentida o aceptada por el perjudicado, aunque sea de forma tácita, al no impugnarla pudiendo haberlo hecho». Si hubo sentencia contencioso-administrativa, considera que la jurisdicción civil sí queda vinculada por el efecto de cosa juzgada, aunque es dudoso que ese efecto lo tengan las sentencias fuera del orden jurisdiccional en que recayeron.

Como se ve, no hay siempre incompatibilidad entre las dos vías que se abren al perjudicado. Es más, en algunos casos será necesario combinarlas para conseguir la plena indemnidad; por ejemplo, si se ha pactado que la compañía solo pague a partir de cierta cantidad o hasta cierta cantidad, el perjudicado no conseguirá una indemnización que le resarza de todos los daños y perjuicios con la acción del art. 76 LCS y tendrá que reclamar el resto a la Administración en vía administrativa y, en su caso, contenciosa-administrativa.

Ahora que nos consta que el perjudicado puede exigir directamente la indemnización a la aseguradora de la Administración sin la intervención de ésta, debe afirmarse que es posible y lícito que aseguradora y perjudicado lleguen a un acuerdo sin intervención de la Administración. Será una solución extrajudicial que debe verse como positiva pues solventa una controversia y evita un posible pleito sin causar ningún perjuicio a la Administración y con beneficio para todos¹⁶⁷. Incluso es posible y lícito que, tras ese acuerdo y tras pagar el asegurador al perjudicado, aquél ejerza una acción contra la Administración por entender que no le corresponde cargar finalmente con la indemnización.

Tanto en este caso como cuando el asegurador se haya visto condenado en pleito civil del art. 76 LCS por la imposibilidad de oponer las excepciones que tenga contra el asegurado (según el último inciso de ese art. 76 LCS), su acción contra la Administración reclamándole lo que haya abonado al perjudicado deberá ejercerse en vía civil¹⁶⁸.

¹⁶⁷ En contra, GAMERO CASADO, E. (2013: 264 a 268), niega que la aseguradora de la Administración pueda conceder al interesado la indemnización «sin previa declaración formal de la responsabilidad por parte de la Administración, pues de otro modo se concedería a la aseguradora la facultad de reconocer unilateralmente la responsabilidad administrativa...». Cita, además, el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 2/2001, de 24 de enero, en apoyo de esas tesis. Pero una cosa es que, presentada una reclamación ante la Administración, ésta deba resolverla y no le quepa remitir sin más el asunto a su aseguradora o que haga depender su resolución de la voluntad de éste, lo que ya dije que no es posible, y otra que, al margen de ello, se pueda alcanzar un acuerdo entre la aseguradora de la Administración y el perjudicado, acuerdo que evitará el juicio civil *ex* art. 76 LCS y, en su caso, la vía administrativa y contencioso-administrativa. Esto, insisto, es perfectamente posible y no causa ningún perjuicio al particular que, si lo prefiere o no llega a un arreglo con la compañía, tiene a su alcance los medios normales. En ese sentido, HUERGO LORA, A. (2002: 156): «... los terceros perjudicados pueden, de forma alternativa, previa o simultánea a la reclamación administrativa de responsabilidad, solicitar al asegurador el pago de la indemnización. De hecho, las Administraciones aseguradas suelen indicar a los perjudicados esta circunstancia y recomendarles acudir al asegurador, suponiendo que de esta forma recibirán antes el importe de la indemnización». No veo en ello el más mínimo problema.

¹⁶⁸ Partiendo de que el contrato de responsabilidad civil es un contrato privado de la Administración, lo afirma JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N. (2022: 33): «... si la aseguradora ejercita la acción de regreso frente a la Administración (...) resulta competente (...) el orden civil, ya que las causas oponibles por la aseguradora a la asegurada se basan, y no puede ser de otra manera, en discutir las cláusulas y la cobertura de dicho seguro respecto al hecho dañoso ocurrido».

Lo mismo y hasta con más razón cabe afirmar si la aseguradora de la Administración paga al dañado la indemnización y pretende, con fundamento en el art. 43 LCS, reclamar al contratista de la Administración todo o parte de lo satisfecho por entender que el daño tiene su causa, o al menos su concausa, en el comportamiento del contratista¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Así lo entiende el ATS, Sala de Conflictos, 8/2023, de 25 de abril (ECLI:ES:TS:2023:5031A), aunque lo hace invocando autos anteriores que poco tienen que ver.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA PENCO, T. (2024). Responsabilidad patrimonial en casos de actuaciones conjuntas entre agencias europeas y Estados miembros. *RAAP*, (118).

ALONSO MAS, M. J., y NARBÓN LAÍNEZ, E. (2013). *La responsabilidad por los daños causados en la ejecución de los contratos administrativos*. Civitas.

ARRIBAS LÓPEZ, E. (2022). El tortuoso camino de la indemnidad de los funcionarios de prisiones (a propósito de la STS de 8 de marzo de 2022). *Diario La Ley*, (10133).

BARCELONA LLOP, J., y CUESTA BÁRCENAS, D. A. (2024). *Indemnización y responsabilidad patrimonial del Estado en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Atelier.

BELADIEZ ROJO, M. (1997). *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*. Tecnos.

BLASCO ESTEVE, A. (1985). *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos* (2.ª ed.). Civitas.

CANALS i AMETLLER, D. (2003). *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*. Comares.

CARRILLO DONAIRE, J. A. (2000). *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*. Marcial Pons.

CASINO RUBIO, M. (1998). *Responsabilidad civil de la Administración y delito*. Marcial Pons.

COLÓN PIAZUELO, E. (2007). *Los procedimientos especiales de responsabilidad administrativa (Expropiación, contratos, anulación de actos y leyes ampliatorias de la responsabilidad)*. Aranzadi.

COSCULLUELA MONTANER, L. (1977). Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, (84).

COSCULLUELA MONTANER, L. (2024). *Manual de Derecho Administrativo* (35ª ed., tomo II). Aranzadi La Ley.

CUETO PÉREZ, M. (2008). *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*. Civitas.

DE AHUMADA RAMOS, F. J. (2009). *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos* (3ª ed.). Aranzadi.

DÍEZ SASTRE, S. (2012). *La tutela de los licitadores en las adjudicaciones de los contratos públicos*. Marcial Pons.

DOMÍNGUEZ LUIS, J. A. (1996). Responsabilidad patrimonial y acción terrorista; concurrencia de nexo causal por inactividad de la Administración. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (90).

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2025). Relatoría: el seminario organizado por la Revista de Administración Pública y la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre sociedades públicas, convenios y otras zonas oscuras del Derecho Administrativo. *RAP*, (226).

GALLARDO CASTILLO, M. J. (2020). *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*. Colex.

GAMERO CASADO, E. (1997). *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*. Aranzadi.

GAMERO CASADO, E. (2013). El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en CASARES MARCOS, A. B. (coord.) y QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales*. Tirant lo Blanch.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1984). *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Civitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (2024). *Curso de Derecho Administrativo* (18ª ed., tomo II). Civitas.

GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. (1976). *Derecho Procesal Civil* (8.ª ed., tomo I).

HORGUÉ BAENA, C. (1998). La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de contratos administrativos. *RAP*, (147).

HUERGO LORA, A. (1998). *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Civitas.

HUERGO LORA, A. (2002). *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas*. Marcial Pons.

JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N. (2022). Disfunciones procesales derivadas del ejercicio de la acción directa y de las acciones de regresos en caso de seguro de cobertura

de responsabilidad de la Administración pública. *Revista General de Derecho Procesal*, (57).

JORDANO FRAGA, J. (2000). *La reparación de los daños catastróficos. Catástrofes naturales, Administración y Derecho público: responsabilidad, seguro y solidaridad*. Marcial Pons.

LÓPEZ MENUDO, F. (2013). Artículo 140. En SÁNCHEZ MORÓN, M. y MAURANDI GUILLÉN, N. (coords.), *Comentarios a la Ley 30/1992* (pp. xx-xx). Lex Nova.

MARTÍN REBOLLO, L. (1994). La responsabilidad de las Administraciones públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica. *Documentación Administrativa*, (237-238).

MARTÍN REBOLLO, L. (2023). *Leyes administrativas (anotadas, concordadas y comentadas)* (29.^a ed.). Aranzadi.

MARTÍN RETORTILLO, L. (1987). De la eficacia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas. *Revista Vasca de Administración Pública*, (19).

MIR PUIGPELAT, O. (2000). Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo. Ley 32/1999, de 8 de octubre de solidaridad con las víctimas del terrorismo, y su Reglamento de desarrollo. *Indret: revista para el Análisis del Derecho*, (1).

MIR PUIGPELAT, O. (2003). La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa (Comentario a los autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002 y propuesta de reforma legislativa). En M. J. MONTORO CHINER (coord.), *La justicia administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*. Atelier.

MONTOYA MARTÍN, E. (1996). *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*. Marcial Pons.

MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I. (2008). Competencias sobre el régimen de las Administraciones públicas. En S. MUÑOZ MACHADO y M. REBOLLO PUIG (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Andalucía*. Thomson/Civitas.

MUÑOZ MACHADO, S. (1998). *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas (y otros estudios sobre responsabilidad)* (2.^a ed.). Civitas.

PAVEL, E.-V. (2020). *El procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial*. Tecnos.

PUERTA SEGUIDO, F. (2022). La responsabilidad del contratista en reclamaciones patrimoniales frente a la Administración pública por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos. *Revista Española de la Función Consultiva*, (37 y 38).

RAMÓN SIERRA, F. J. (2007). La posición de las entidades aseguradoras en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración pública tras la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre. Análisis jurisprudencial y consecuencias prácticas. *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, (42).

REBOLLO PUIG, M. (1995). *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*. Marcial Pons.

REBOLLO PUIG, M. (2004). Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración. En F. SAINZ MORENO (dir.), *Estudios para la reforma de la Administración pública*. INAP.

REBOLLO PUIG, M. (2013). La reclamación de la indemnización. En T. QUINTANA LÓPEZ (dir.) y A. B. CASARES MARCOS (coord.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales*. Tirant lo Blanch.

REBOLLO PUIG, M. (2023). *Responsables de las infracciones administrativas*. Universidad de Sevilla.