

& Análisis - Contratación pública

Análisis - Contratación pública 02/2010

CUIDADO CON EL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN A REPETIR CONTRA EL CONTRATISTA

Es tradicional en el derecho de la contratación pública la previsión normativa tanto de la responsabilidad patrimonial de la administración pública por los daños y perjuicios que pueda irrogar a los particulares como consecuencia de su actuación - como ocurre respecto de cualquier actuación administrativa en general -, como de la responsabilidad en que incurren contratistas y concesionarios de los daños y perjuicios irrogados a raíz de la ejecución del contrato, a menos que aquellos hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la administración. como es sabido, a pesar de la previsión del apartado 3 del artículo 198 lcsp, lo habitual viene siendo reclamar una indemnización de la administración contratante, que puede luego ejercitar la acción de regreso contra el contratista, acción de repetición que, a pesar de la tradicional renuencia a su ejercicio, está tomando, en este contexto económico actual, nuevo protagonismo. el ejercicio de tal facultad por la administración pública conoce límites y requisitos cuyo conocimiento permite articular una defensa satisfactoria de la posición del contratista.

Pilar Cuesta de Loño.

*Miembro del Consejo Asesor de Gómez-Acebo & Pombo
Letrado del Consejo de Estado*

El artículo 106.2 de la Constitución Española vino a consagrar un principio acuñado con anterioridad como es el de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, al reconocer el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la misma sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

En el ámbito de la contratación pública se viene reconociendo, de igual modo, el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración si bien con un régimen jurídico peculiar derivado de la participación, en la gestión de los fines públicos, de los contratistas privados.

En efecto, el artículo 198 LCSP¹, al igual que antes el artículo 97 TRLCAP², prevé en su

apartado primero que será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Ello no obstante, el apartado segundo del mismo precepto matiza que cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes.

A priori debe recordarse que mientras la responsabilidad de la Administración es objetiva, la de los contratistas es subjetiva, de manera que no puede extenderse a éstos el régimen jurídico de aquella en los mismos términos.

Por otro lado debe también llamarse la atención sobre el hecho de que, a pesar

¹ Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

² Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

& Análisis - Contratación pública

de que el apartado tercero del artículo 198 LCSP establece el régimen jurídico aplicable a esta exigencia de responsabilidad patrimonial, la práctica diaria se aleja de tales premisas. Ello es así porque de acuerdo con el artículo 198.2 los terceros podrán requerir al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cual de las partes corresponde la responsabilidad de los daños, lo que conlleva que:

- a) El requerimiento tiene carácter potestativo, de manera que nada obsta para que los terceros reclamen una indemnización por responsabilidad del contratista directamente contra éste en vía civil.
- b) El órgano de contratación debe pronunciarse sobre a quien corresponde la obligación de indemnización de los daños, pudiendo reconocer la propia o imputarla al contratista.

La realidad práctica viene siendo otra: los terceros ejercitan la acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración Pública competente – en función del órgano de contratación – y ésta reconoce la procedencia o no del derecho de indemnización, que en caso de prosperar, se abona en todo caso por la propia Administración que se reserva el ejercicio de la acción de regreso³ contra el contratista⁴.

La acción de repetición es un instrumento del que la Administración no suele hacer uso, bien por dejadez, bien por "lealtad" para con quien con ella colabora, si bien no deja de ser cierto que en los últimos tiempos cada vez son más los órganos – sobre

todo consultivos⁵ – que intiman y aconsejan a la Administración Pública al ejercicio de tal facultad, por motivos de economía y de justicia material.

Ante la inminencia de un cambio de orientación en la actitud de la Administración contratante respecto al ejercicio de la acción de regreso contra los contratistas conviene tener presente ciertos criterios que pueden, en cierta medida, minimizar o incluso eludir la eficacia de dicha acción:

1.-La previsión del posible ejercicio de la acción de repetición contra el contratista debe contenerse en la resolución administrativa que reconozca la procedencia de la indemnización. Si la Administración no atribuye la responsabilidad de los daños o perjuicios al contratista en vía administrativa, no puede desviar luego tal responsabilidad en vía jurisdiccional⁶.

2.-Para el ejercicio de la acción de regreso es preciso además que durante el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial en el que se concluyó la imputación de la producción de los daños al contratista, éste haya sido oído convenientemente en trámite de audiencia. De otro modo dicho acto administrativo estaría incurso en nulidad de pleno derecho por vicio de forma, al haberse dictado el acto prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente previsto (artículo 62.1.e Ley 30/1992, de 26 de noviembre)⁷.

3.-La acción de repetición contra el contratista debe ejercitarse una vez concluido el procedimiento de responsabilidad

³ El artículo 145.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece que "La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca".

⁴ Como ya sugirió el Tribunal Supremo en la Sentencia de 8 de julio de 2000 [RJ 2000,7156], en virtud del principio de economía procesal, la Administración Pública titular de la prestación del servicio público debe responder primero ante el usuario, sin perjuicio de que luego pueda repetir contra el contratista, en caso de proceder, y conceder la Administración la indemnización reclamada.

⁵ Los dictámenes del Consejo de Estado y del Consejo de Obras Públicas emitidos en vía administrativa con ocasión de la tramitación de procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial derivados de contratos administrativos son cada vez más proclives a sugerir a la Administración competente, cuando del expediente resulta probada la culpabilidad del contratista, el ejercicio de la acción de regreso contra aquellos.

⁶ Así lo ha señalado expresamente la Audiencia Nacional [Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 8ª], en la Sentencia de 4 de noviembre de 2008 (JUR/2008/359232).

⁷ Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública y Procedimiento Administrativo Común.

& Análisis - Contratación pública

patrimonial del que traiga causa y mediante la tramitación de un procedimiento autónomo al efecto en el que se de nueva audiencia al contratista contra el que se procede⁸.

4.- La responsabilidad del contratista es una responsabilidad subjetiva, mientras que la responsabilidad de la Administración Pública es objetiva y directa, de manera que la naturaleza netamente objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ajena por tanto a toda idea de culpabilidad, impide a la Administración, que actúa en la esfera de sus atribuciones para satisfacer un servicio público, desplazar la misma al contratista, mero ejecutor material. Es precisa la culpabilidad del contratista para apreciar su responsabilidad⁹.

5.- La responsabilidad subjetiva del contratista debe acreditarse en el expediente que corresponda¹⁰.

6.- En caso de concurrir, en efecto, responsabilidad del contratista, y de así acordarse tras la tramitación del oportuno procedimiento y previo el cumplimiento de los requisitos y cautelas previstos; dicha responsabilidad solo puede exigirse dentro de los límites de la indemnización efectivamente satisfecha por la Administración pública al tercero perjudicado.

Conclusión: Puede, en efecto, ejercitarse por la Administración la acción de regreso contra el contratista que haya causado los daños reclamados en vía administrativa, pero sólo y siempre y cuando el procedimiento de responsabilidad se haya tramitado de manera ordenada, con cumplimiento del trámite de audiencia al contratista, reconociendo en la resolución que ponga fin a dicho procedimiento el derecho de la Administración a ejercitar la acción de repetición, y mediante la sustanciación

de un nuevo procedimiento al efecto en el que, tras acreditarse la culpabilidad del contratista, se le obligue a abonar a la Administración la cantidad que corresponda, teniendo siempre como límite el quantum indemnizatorio efectivamente abonado por ésta.

⁸ Artículo 145.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

⁹ Sentencia Tribunal Supremo [Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª], de 23 febrero 1995 [RJ 1995, 1280]

¹⁰ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias núm. 882/2004, de 12 de noviembre (RJCA 2005\172), declara la nulidad de un Decreto de la Consejería del Área de Obras Públicas del Cabildo Insular de Gran Canaria en el particular de su parte dispositiva "sin perjuicio del derecho de esta Corporación Insular de repetir contra la empresa (...), por resultar la responsable del siniestro", al entender que no resultaba acreditado que en el contrato con la mercantil se hubiera incluido alguna cláusula en virtud de la cual el contratante asumiera personal y exclusivamente los riesgos derivados de su actuación.