

InDret

*El seguro de responsabilidad civil
de las Administraciones Públicas*

Alejandro Huergo Lora
Facultad de Derecho
Universidad de Oviedo

Working Paper n^o: 150
Barcelona, julio de 2003
www.indret.com

Abstract

Mediante el seguro de responsabilidad civil, las Administraciones Públicas trasladan a los aseguradores, a cambio del pago de una prima, el coste de las indemnizaciones derivadas de su responsabilidad patrimonial, así como, en cierta medida, la gestión y liquidación de los siniestros. El aseguramiento de la responsabilidad debería ser neutral para los perjudicados e indiferente para la aplicación de las normas de Derecho público que regulan la responsabilidad de la Administración, pero en la práctica está sirviendo para llevar al orden jurisdiccional civil el conocimiento de estas cuestiones, a pesar de las recientes reformas legislativas dirigidas a conseguir justamente lo contrario, y también para incrementar la indemnización que perciben los perjudicados, debido a los intereses de demora agravados que pesan sobre los aseguradores.

Sumario

- 1. Introducción.**
- 2. Las causas de la contratación de seguros de responsabilidad civil y su utilidad para las Administraciones Públicas.**
- 3. El seguro en cuanto contrato de la Administración.**
- 4. La influencia del seguro sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.**
 - 4.1. La competencia de los Tribunales civiles.**
 - 4.2. Los intereses del art. 20 LCS.**

1. Introducción.

Las Administraciones Públicas nunca han vivido de espaldas al contrato de seguro: por un lado, regulan el sector e intervienen en la actividad de los aseguradores; por otro, ejercen convirtiéndose ellas mismas en aseguradoras, a través de entes como el Consorcio de Compensación de Seguros o de empresas (hoy en proceso de privatización) como MUSINI, y por último contratan seguros, como han hecho siempre, aunque de un modo marginal, para cubrir algunos riesgos que pudieran afectar a su patrimonio inmobiliario o para cubrir su responsabilidad civil en ámbitos en los que el seguro es obligatorio, como la circulación de automóviles. Al contratar estos seguros, la Administración se comportaba en principio como un particular, sometida al Derecho privado, por lo que no recibían atención ni en las Leyes administrativas, ni por parte de la doctrina. El seguro no se tenía en cuenta al estudiar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas [regulada inicialmente en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (BOE de 17 de diciembre de 1954), en adelante LEF, artículo 121 y siguientes, y hoy en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (BOE de 27 de noviembre de 1992; corrección de erratas en los BOE de 28 de diciembre de 1992 y 27 de enero de 1993), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LPC, modificada en este punto por la Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE de 14 de enero de 1999)], puesto que, o bien la responsabilidad no estaba asegurada, o bien la responsabilidad civil sí estaba asegurada pero se refería a sectores que, como el automovilístico, circulaban de hecho al margen de la cláusula general de responsabilidad patrimonial y sometidos al Derecho privado.

Sin embargo, en los últimos diez años las Administraciones Públicas, en especial los Ayuntamientos y algunas Comunidades Autónomas, se han lanzado a contratar seguros de responsabilidad civil, y ello ha tenido además consecuencias importantes en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, por un lado, y en la responsabilidad patrimonial, sobre todo para desplazar el conocimiento de estas cuestiones desde el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (que es donde el legislador ha querido colocarlas, como ha dejado claro en varias intervenciones recientes) hasta el civil.

2. Las causas de la contratación de seguros de responsabilidad civil y su utilidad para las Administraciones Públicas

La principal razón por la que las Administraciones Públicas no contrataban hasta hace poco seguros de responsabilidad civil (ni casi ningún seguro de daños) era la aplicación del *autoseguro*. Si todos los seguros “tienen como base económica inexcusable la reunión de gran número de operaciones de la misma especie para llegar a neutralizar el riesgo, repartiéndolo sobre una masa de operaciones uniformes”, de tal forma que “el seguro es cobertura mutua de múltiples economías individuales afectadas por los mismos riesgos, y que el asegurador se limita a enlazar esas economías, formando con la contribución de todas un fondo común de bienes que le permite hacer

frente a cuantos siniestros se produzcan" (URÍA, 754), la Administración no necesita pagar los servicios de un asegurador que la integre en una comunidad de riesgos, porque ella misma, al llevar a cabo múltiples actividades no conectadas entre sí (por ejemplo, múltiples obras o múltiples actos médicos independientes en el sentido de que la producción de un siniestro en uno de ellos no conlleva necesariamente un siniestro en otro), reúne esa "masa de operaciones uniformes" que constituye la base del seguro. Si la Administración tuviese que pagar una prima para cubrir la responsabilidad por cada uno de sus actos productores de riesgo, la suma de todas las primas sería aproximadamente equivalente a la suma de las indemnizaciones a pagar durante el período de cobertura, y además sería necesario añadir los costes de gestión del asegurador y su beneficio, por lo que la operación sería antieconómica.

En este sentido, la Administración se encuentra en una situación distinta a los particulares, como puede comprobarse con múltiples ejemplos: así, es lógico que un médico contrate un seguro de responsabilidad civil porque no es demasiado probable que tenga un siniestro y, en caso de que lo tenga, le resultaría mucho más barata la prima del seguro que la indemnización. Lógicamente, si ese médico se asegura anualmente durante cincuenta años, al final es más que probable que el coste de las primas sea igual o superior a la cuantía de todas las indemnizaciones que haya tenido que pagar su asegurador en ese tiempo (y si la suma de las indemnizaciones es superior a la de las primas en un médico concreto, tiene que ser necesariamente inferior en el conjunto de los aseguradores, pues de lo contrario la actividad aseguradora no sería rentable. Con todo, es preciso tener en cuenta otra fuente de renta para los aseguradores: la inversión de las sumas percibidas a título de primas). En este sentido, la única utilidad del seguro es la seguridad de que una eventual indemnización no le va a producir un desequilibrio financiero en ese año. Ahora bien: una Administración que gestiona la asistencia sanitaria de un millón de personas (una comunidad autónoma pequeña, por ejemplo) ya no tiene tantos motivos para asegurarse, porque en un mismo año (que es el período objeto de cobertura por el seguro) se compensan los siniestros con los casos en que el riesgo no se materializa en un daño, por lo que, si deja de contratar el seguro tendrá que pagar las indemnizaciones a que resulte condenada, pero se ahorrará las primas de toda su actividad médica, tanto la que causa daños como la que no los causa, y el resultado será probablemente favorable.

La idea del autoseguro no sólo lleva a la Administración del Estado a no contratar seguros de responsabilidad civil, e incluso viene recogida expresamente en normas jurídicas en Alemania y Francia (HUERGO LORA, 2002, 36-37), sino que tiene manifestaciones en otros ámbitos. Así, es la razón que lleva al legislador a eximir a la Administración en algunos casos de tener que contratar seguros de responsabilidad civil que son obligatorios para los particulares que lleven a cabo esa misma actividad, como ocurre en España con la energía nuclear [artículo 64 de la Ley 25/1964, de 29 de abril (BOE de 4 de mayo de 1964), de Energía Nuclear], o la que explica que, en el contrato administrativo de obra, la Administración tenga que indemnizar al contratista en caso de pérdida de la obra por fuerza mayor antes de la entrega [artículo 144 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante LCAP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (BOE de 21 de junio de 2000, corrección de erratas en el BOE de 21 de septiembre de 2000)].

¿Qué es lo que explica la abundante contratación de seguros de responsabilidad civil por las Administraciones Públicas, a pesar de las ventajas del autoseguro? Todo parece indicar que son va-

rias las causas que han llevado a esta situación. Por un lado, las Administraciones más pequeñas (los Ayuntamientos) no están tan protegidos por el autoseguro como el Estado, puesto que su actividad no es tan amplia ni está tan diversificada, de modo que sí es posible que un siniestro de especial gravedad les cause un grave quebranto financiero. Por otro, algunos grupos de funcionarios presionan a sus Administraciones para que éstas contraten seguros de responsabilidad civil que los pongan a cubierto de eventuales acciones de responsabilidad, especialmente penales, dirigidas por quienes han sufrido daños y dirigidas a obtener una indemnización. Por último, el seguro se ofrece como una forma de descargar en un tercero (el asegurador) la gestión de los siniestros, y a la vez, desde la perspectiva del particular, una vía para cobrar antes la indemnización.

Todos esos argumentos son discutibles. Las sumas aseguradas que se pactan son lo suficientemente bajas como para dejar fuera estos siniestros de cuantía extraordinaria. Si lo que se pretendiera fuera cubrirlos, más bien habría que pactar sumas aseguradas con una cuantía máxima más amplia y también con una cuantía mínima, es decir, un seguro sólo para grandes siniestros, siguiendo la técnica tradicional del seguro por capas. Por otro lado, las pólizas suelen excluir los riesgos que con más probabilidad pueden dar lugar a grandes siniestros, como los derivados de daños ambientales o de la autorización de actividades privadas potencialmente nocivas para la salud. Si lo que se pretende es constituir, mediante la acumulación de los riesgos de varios municipios, una comunidad de riesgo lo bastante grande como para poder diluir el coste de siniestros de especial gravedad, existen otras vías, ensayadas en Alemania y Francia, más adecuadas probablemente a las necesidades de los municipios, como son las mutuas de seguros, que podrían constituirse con arreglo a fórmulas organizativas propias de la Administración local, como mancomunidades o consorcios, y que constituirían una vía intermedia entre la pura gestión administrativa de la responsabilidad patrimonial y el seguro de responsabilidad civil, totalmente ajeno al ámbito administrativo.

Por lo que respecta a la utilización del seguro como mecanismo para cubrir la responsabilidad civil directa de los funcionarios (y demás personal al servicio de la Administración, incluidos los titulares de sus órganos), también se enfrenta a ciertos obstáculos. No sólo porque la responsabilidad por actos dolosos no es asegurable [art. 19 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro (BOE de 17 de octubre de 1980), en adelante LCS], sino también porque, en aquellos casos en que el funcionario haya actuado con culpa grave causando a terceros daños que la Administración haya tenido que indemnizar, ésta tiene la obligación de exigirle su reembolso mediante la llamada acción de regreso (art. 145.2 LPC). Dicho en otras palabras: cuando la Administración contrata un seguro que cubra su responsabilidad civil, está protegiendo sus intereses económicos (aunque de forma discutible en algunos casos, debido a las posibles mayores ventajas del autoseguro), por lo que el contrato es legítimo desde la perspectiva de la protección de los intereses públicos, que es un presupuesto de validez del contrato (art. 4 LCAP). En cambio, un seguro que cubra la responsabilidad civil del funcionario frente a terceros por daños causados por su actuación gravemente culposa es un seguro que sólo protege los intereses del funcionario, no los intereses públicos, y que ha de ser tratado como una forma de remuneración que la Admi-

nistración otorga al funcionario, no como un contrato que tutele los intereses de la Administración.

Por último, la utilidad del seguro como técnica que traslada a terceros el coste de gestionar y liquidar los siniestros, es discutible en el caso de la Administración, puesto que el art. 142 de la LPC y el 2.º de la Ley 29/1998, de 13 de julio (BOE de 14 de julio de 1998) otorgan a los particulares el derecho a dirigir sus reclamaciones de responsabilidad patrimonial a la Administración, que tiene la obligación de tramitar el procedimiento administrativo de responsabilidad y que tampoco puede eludir ser demandada en vía contencioso-administrativa.

3. El seguro en cuanto contrato de la Administración

Los contratos de seguro concertados por Administraciones Públicas y por los demás entes de Derecho Público que hayan sido creados para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y que estén sometidos al control de una Administración Pública y/o financiados mayoritariamente por ella, están sometidos a la LCAP, que es la norma legal que incorpora al ordenamiento jurídico español las distintas Directivas comunitarias en materia de contratos públicos. En particular, el contrato de seguro está incluido expresamente en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50/CE, sobre el contrato de servicios (publicada en el DOCE L 209, de 24 de julio de 1992), modificada, últimamente, por la Directiva 97/52/CE, de 13 de octubre de 1997. Estas Directivas no regulan el contenido del contrato, los derechos y obligaciones de las partes, que se rigen en todos los Estados europeos por el Derecho privado, sino que intentan conseguir que las Administraciones Públicas respeten los principios de publicidad y concurrencia en la selección del contratista, a fin de hacer efectiva la libre circulación de servicios.

El Derecho español de contratos públicos, es decir, la LCAP, se basa en un principio ordenador fundamental, recogido en sus artículos 5-9, a saber, que todos los contratos incluidos en su ámbito de aplicación deben respetar el procedimiento de preparación del contrato y de selección del contratista establecido en la propia LCAP, que incorpora lo dispuesto en las Directivas, mientras que, en lo relativo al contenido del contrato (incluida su extinción), los contratos se dividen en administrativos, sometidos a la LCAP también en su contenido y efectos, y contratos de Derecho privado, cuyo contenido, efectos y extinción se rigen por las normas aplicables también a los particulares. Esta división tiene también consecuencias jurisdiccionales. Las cuestiones relativas a la preparación y adjudicación del contrato corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa. Las cuestiones litigiosas relativas a los efectos y extinción del contrato corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa en los contratos administrativos y al orden jurisdiccional civil en los contratos de Derecho privado. Los particulares no pueden formular sus pretensiones (por ejemplo, de pago del precio, o de resolución del contrato, o de indemnización por incumplimiento) en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo directamente, sino que deben plantearlas antes a la Administración, esperar a que ésta decida e impugnar su decisión, en su caso, ante los Tribunales contencioso-administrativos. Del mismo modo, la Administración

puede hacer efectivas unilateralmente sus pretensiones en relación con el contrato (por ejemplo, resolverlo o imponer al contratista la obligación de abonar una indemnización o la pérdida del aval que tiene que prestar obligatoriamente), recayendo sobre el contratista, si no está de acuerdo, la carga de recurrir.

En la versión inicial de la LCAP (Ley 13/1995, de 18 de mayo, publicada en el BOE de 19 de mayo; corrección de errores en el BOE de 5 de julio), los contratos de seguro eran contratos administrativos. Los contratos de seguro se incluían expresamente en la lista de contratos de servicios [art. 207.6.a)], lista tomada de la Directiva, y los contratos de servicios, al igual que los demás tipos de contratos regulados en la LCAP, se calificaban como contratos administrativos [art. 5.2.a)]. Esta calificación significaba, entre otras cosas, que la Administración asegurada podía decidir unilateralmente, en un acto administrativo, que el asegurador estaba obligado a pagar una determinada indemnización, e incluso exigir su cumplimiento utilizando la ejecución forzosa. Si el asegurador no estaba de acuerdo, tenía que recurrir ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, algo que tampoco conviene a los aseguradores, puesto que están acostumbrados a someter todas las cuestiones derivadas del contrato de seguro a los Tribunales civiles. Las quejas fueron atendidas en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre (publicada en el BOE de 29 de diciembre), de modificación de la LCAP. La redacción vigente de la LCAP califica los contratos de seguro expresamente como privados (art. 5.3) y dispone que se les aplicará el procedimiento de adjudicación previsto para los contratos de servicios (art. 9.2, en relación con los arts. 202-210).

El procedimiento ordinario de adjudicación de los contratos de seguro es el concurso (art. 208.3). Este procedimiento administrativo de selección del contratista impone algunas modificaciones respecto al modo ordinario de operar los seguros entre particulares (Huergo Lora, 105-122). Así, la Administración contrata directamente con el asegurador, que es el obligado a cumplir las prestaciones del contrato de seguro, en lugar de contactar con un corredor para que a su vez seleccione al asegurador y reciba de éste, en concepto de comisión, un porcentaje de la prima que paga el tomador del seguro. La Administración puede contratar, y de hecho es frecuente que lo haga, los servicios de un corredor para la preparación de los pliegos de cláusulas del contrato (es decir, de los documentos que, a modo de *invitatio ad offerendum*, delimitan las ofertas de los aseguradores y así también el contenido del futuro contrato, del que forman parte, según el art. 49.5), pero se trata de un contrato distinto del contrato de seguro, un contrato de servicios, remunerado directamente por la Administración.

En este punto hay que señalar la intervención de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), que es una asociación de entidades locales (fruto de un derecho de asociación de estas corporaciones que, sin perjuicio de su fundamento constitucional, está reconocido expresamente en la Disposición Adicional 5ª de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, publicada en el BOE de 3 de abril de 1985, con rectificación de errores en el BOE de 11 de junio), de hecho la única existente a nivel estatal, y que ha conseguido, a través de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre (publicada en el BOE del 31 de diciembre de 2001), que se introduzca un apartado 6 a la Disposición Adicional 9ª de la LCAP, con el siguiente contenido: “La presente Ley [la LCAP]

no será de aplicación a la prestación de servicios gratuitos que realicen a las Entidades Locales las asociaciones de las mismas a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local". La FEMP ha celebrado un acuerdo con un determinado corredor de seguros (en este caso, AON-Gil y Carvajal), que actúa como agente de la FEMP. Si un Ayuntamiento o Diputación Provincial asociado a la FEMP recurre a este servicio prestado formalmente por la FEMP (pero en realidad por un determinado corredor), el corredor le asesorará gratuitamente (es la condición impuesta por la DA 9ª LCAP) sobre la elección del asegurador, con carácter no vinculante (en otro caso se vulneraría la LCAP), y le prestará en la ejecución del contrato los servicios habituales en la relación de corretaje (fundamentalmente, canalizar las relaciones con el asegurador). Se supone (la información ofrecida en la página web de este servicio, www.aongyc.com/estrategicos/femp/seguros.html, así lo indica expresamente) que el corredor será remunerado por el asegurador seleccionado por la Administración, si bien no es fácil identificar el título jurídico en virtud del que se le podrá exigir esa remuneración, puesto que, al menos formalmente, el asegurador ha sido seleccionado directamente por la Administración.

Por otro lado, en la contratación administrativa no caben las prórrogas indefinidas de los contratos, puesto que servirían para eludir los procedimientos de selección de contratistas con posible daño para los intereses públicos. El art. 198 LCAP dice que los contratos de servicios (incluidos los de seguros, puesto que hay que entender que la prórroga tiene relación, como hemos visto, con la selección del contratista) tendrán una duración máxima de dos años, que pueden llegar a cuatro con las prórrogas, y por tanto no cabe aplicar más allá de esos límites la prórroga tácita que se prevé en el art. 22 LCS.

Otra particularidad de los contratos de seguro de las Administraciones Públicas derivada de su sometimiento a la LCAP en lo relativo a la preparación y adjudicación del contrato se refiere al régimen del coaseguro (art. 33 LCS). La LCAP sólo admite que la Administración contrate con un empresario único (persona física o jurídica, por supuesto) o con una unión temporal de empresas (UTE, art. 24 LCAP), que se caracteriza entre otras cosas por la responsabilidad solidaria de todos sus miembros frente a la Administración. Por lo tanto, cuando el seguro de la Administración se contrate en régimen de coaseguro será necesario que sus integrantes pacten la solidaridad al menos en el cumplimiento de sus obligaciones *frente a la Administración* (no así necesariamente, por ejemplo, en las obligaciones frente a la víctima del daño, en el caso de un seguro de responsabilidad civil).

4. La influencia del seguro sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

En principio, el hecho de que la Administración contrate un seguro de responsabilidad civil no cambia las reglas a que está sometida esa responsabilidad, ni en lo sustantivo ni en lo procedimental o procesal. El seguro es una técnica a que recurre la Administración para proteger mejor

sus intereses financieros ante el riesgo de que en un momento concreto tenga que pagar una indemnización inusualmente alta, pero no afecta a quienes han sufrido el daño ni priva de eficacia a las normas imperativas y de Derecho público que regulan la responsabilidad de la Administración, contenidas en la LPC, la LJ y la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985, de 1 de julio, en adelante LOPJ, publicada en el BOE de 2 de julio de 1985, con corrección de errores en el BOE de 4 de noviembre; modificada, en lo que aquí interesa, por la LO 6/1998, de 13 de julio, publicada en el BOE de 14 de julio de 1998).

De hecho, ése es uno de los principales argumentos que se pueden esgrimir para hacer frente a la tesis, sostenida por la Dirección General de Seguros en una resolución de 26 de junio de 1996, publicada en la *Revista de Derecho de los Seguros Privados*, mayo-junio de 1997, págs. 28-30, y por BLANQUER CRIADO, de que la Administración no puede contratar seguros de responsabilidad civil a menos que una Ley la autorice expresamente a ello, puesto que esos seguros afectan al “sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas”, a que se refiere la Constitución en su art. 149.1.18ª.

Lo cierto es, sin embargo, que los seguros de la Administración están produciendo dos modificaciones importantes: permiten desplazar al orden jurisdiccional civil los pleitos de responsabilidad de la Administración, siempre que se la demande conjuntamente con su asegurador, y permiten al perjudicado obtener una indemnización superior, debido a la aplicación de los intereses de demora previstos en el art. 20 LCS, intereses que van a cargo exclusivamente del asegurador, no de la Administración.

4.1. La competencia de los Tribunales civiles.

Desde su primera regulación en el art. 121 LEF y en el art. 3.b) de la derogada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 (BOE de 28 de diciembre de 1956), el conocimiento de las cuestiones de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas estuvo atribuido al orden judicial contencioso-administrativo, previa la tramitación de un procedimiento administrativo para que la Administración declarase, en su caso, su responsabilidad y fijase la indemnización. Sin embargo, los particulares, por distintas razones (mayor celeridad, mayores indemnizaciones, y sobre todo en los primeros años puro y simple desconocimiento del novedoso régimen de responsabilidad patrimonial) acudieron a otras vías, como la civil o la penal [acción penal dirigida contra un funcionario, que pone en marcha la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, de acuerdo con el art. 121 del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, publicado en el BOE de 24 de noviembre, en adelante CP, que en este punto no se aparta del Código Penal anterior). Para que se pudiera acudir a la vía civil era necesario, de acuerdo con el art. 41 de la derogada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957 (publicada en el BOE de 31 de julio de 1957), que el daño se hubiera producido como consecuencia de una actividad de la Administración sometida al Derecho privado. Sin embargo, en la práctica se instauró un sistema opcional, en el cual el particular podía acudir a la vía civil o a la contencioso-administrativa y el Tribunal se declaraba siempre competente (como destacó inicialmente BOCANEGRA SIERRA, pág. 402, nota 13, y han estudiado monográficamente PANTALEÓN PRIETO y GAMERO CASADO).

La LPC intentó corregir este estado de cosas, en primer lugar en su redacción inicial de 1992 estableciendo que el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial se aplicaría también a las cuestiones de responsabilidad derivadas de daños producidos en la actividad administrativa de Derecho privado, y con la reforma introducida por la Ley 4/1999 llevando la unificación también al ámbito material, da tal forma que también la responsabilidad derivada de daños producidos en la actividad administrativa de Derecho privado se regiría por el art. 139 LPC y no por los arts. 1902-1903 del Código Civil.

Sin embargo, los Tribunales civiles siguieron declarándose competentes para conocer demandas de responsabilidad civil contra la Administración, al menos en los casos en que junto a ésta fuese demandado un particular, en calidad de posible corresponsable del daño. El argumento de la jurisprudencia era que, como ese particular no podía ser demandado en vía contencioso-administrativa, y obligar al particular a tramitar dos pleitos diferentes (uno contencioso contra la Administración y otro civil contra el particular) era una mala solución porque podía dar lugar a sentencias contradictorias, debía aplicarse la *vis attractiva* del art. 9.2 LOPJ, y por lo tanto el particular podía demandar en vía civil a la Administración y al otro sujeto presuntamente responsable.

Consciente, probablemente, de que la doctrina de la *vis attractiva* suponía un abierto incumplimiento de la legalidad, no sólo porque la Ley 30/1992 atribuía a la jurisdicción contencioso-administrativa, con toda claridad, el conocimiento de las cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración, sin distinguir la naturaleza pública o privada de la actividad en la que hubiera surgido el hecho dañoso, ni la concurrencia de otros sujetos a la producción del daño, sino también porque la legislación procesal civil prohíbe acumular en un mismo proceso dos acciones que deben ejercitarse ante órdenes judiciales distintos (arts. 154 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y 73.1.1º de la vigente, que es la Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000, publicada en el BOE del 8 de enero, corrección de errores en el BOE de 14 de abril), la jurisprudencia perfiló mejor el argumento de la duplicidad de procesos, que era el único fundamento, de justicia material más que de legalidad, que permitía justificar la *vis attractiva*. En este sentido, se distinguió en función de quién fuera el sujeto cuya responsabilidad concurría con la de la Administración. Si se trata de un sujeto cuya responsabilidad puede ventilarse en vía administrativa, como un concesionario, no está justificado el desplazamiento del proceso a la vía civil y por lo tanto no se aplica la doctrina de la *vis attractiva*. Lo mismo ocurre cuando la concurrencia de responsabilidades entre ese sujeto y la Administración parece improbable incluso a primera vista, de manera que obedece más bien a un intento fraudulento de huir de la jurisdicción contencioso-administrativa. En cambio, si el sujeto concurrente no tiene ninguna relación jurídica con la Administración, de tal modo que no cabe declarar su responsabilidad en un procedimiento administrativo triangular, el particular no tiene otra alternativa que demandarlos a ambos, y se aplica la doctrina de la *vis attractiva* para evitar la duplicidad de procesos [sentencias de la Sala 1ª de 3 de octubre de 1994 y 31 de octubre de 1995].

La LJ de 1998, que fue complementada por una modificación del art. 9.4 LOPJ, pretendió cerrar completamente el paso a la doctrina de la *vis attractiva*. El art. 2.e) de la LJ dice que los órganos de este orden jurisdiccional conocerán de las cuestiones relacionadas con “[l]a responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social”. El nuevo inciso añadido al art. 9.4 LOPJ cierra el círculo al eliminar el principal argumento esgrimido por la jurisprudencia para defender la doctrina de la *vis attractiva*, es decir, la concurrencia de responsabilidad con un tercero, al disponer que podrá demandarse ante los Tribunales contencioso-administrativos no sólo a la Administración, sino también a los sujetos que hubieran concurrido con ella a la producción del daño.

Todo este esfuerzo del legislador dirigido a rectificar la doctrina jurisprudencial de la *vis attractiva*, puede haber saltado por los aires si se consolida el criterio apuntado por dos recientes autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, que ha declarado que, en aquellos casos en que la Administración responsable tiene contratado un seguro de responsabilidad civil, el perjudicado puede demandar ante los Tribunales civiles no sólo al asegurador (algo que es evidente en virtud de la acción directa del art. 76 LCS), sino también a la Administración, vulnerando de esta forma la terminante prohibición del art. 2.e) de la LJ, que pretende impedir que la Administración sea demandada por responsabilidad extracontractual ante los Tribunales civiles.

El auto de 27 de diciembre de 2001 de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo atribuye a la jurisdicción civil la competencia para conocer de una demanda de responsabilidad civil presentada contra una Administración (en este caso, RENFE, asimilada expresamente a las Administraciones Públicas a efectos de responsabilidad en esta decisión) y su asegurador. Fiel a su jurisprudencia, el Tribunal entiende que la llamada en juicio de la aseguradora no resulta caprichosa, y que no le es aplicable el art. 9.4 LOPJ al no haber concurrido a la causación del daño, por lo que, en aras de evitar la duplicidad de procesos, y a falta de un precepto legal específico que prevea este supuesto, es admisible la acumulación de acciones ante el orden civil (R. DE ÁNGEL, O. MIR PUIGPELAT, M.-Á. ORRIOLS SALLÉS). Tras repasar las distintas reformas legales, que desembocan en el nuevo art 9.4 LOPJ, el auto afirma:

«Sin embargo, no es éste el caso que aquí se cuestiona, pues admitida la legitimación de RENFE en calidad de parte demandada, lo que justificaría la declaración de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa por las razones expuestas, debe contemplarse al mismo tiempo la presencia, también como codemandada, de Mapfre Seguros Generales, Compañía de Seguros y Reaseguros, la cual no comparece en el proceso por haber concurrido a la producción del daño, circunstancia que en nada cambiaría la conclusión ya adelantada, sino como contratante de una póliza de seguro (...)».

A continuación se recuerda cómo el perjudicado está ejerciendo la acción directa que le otorga el art. 76 LCS, así como el problema de la duplicidad de procesos, para concluir de esta manera:

«Sin desconocer la polémica doctrina que este singular y especialísimo supuesto ha originado, al no estar contemplada, de forma expresa, la presencia de las compañías aseguradoras en el proceso contencioso-administrativo, dada su especial naturaleza, cuando se exige la responsabilidad patrimonial de una Administración pública, lo razonable, mientras la Ley no recoja, como ha hecho con los sujetos concurrentes a la producción del daño, una llamada expresa al proceso contencioso, es mantener, en este supuesto, la tradicional y ya clásica *vis attractiva* de la jurisdicción civil, reconocida en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

La misma Sala ha revalidado su doctrina en un auto de 21 de octubre de 2002, relativo también a la responsabilidad de RENFE:

“En definitiva, la responsabilidad patrimonial de RENFE debe ser conocida por la jurisdicción contencioso-administrativa; así lo expresó *obiter dicta*, el Auto de esta Sala de conflictos, de 27 de diciembre de 2001 (conflicto número 41/2001). Sin embargo, el mismo Auto, como fundamento de la parte dispositiva, mantuvo que si se demanda conjuntamente a RENFE y a una compañía aseguradora, la jurisdicción competente es la civil, ya que ésta no es coautora del daño, sino que es demandada en virtud de un contrato de seguro y no cae bajo la previsión de las normas citadas de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la jurisdicción contencioso-administrativa; el perjudicado no puede ser obligado a seguir dos procesos, ante dos jurisdicciones diferentes, por lo que, conforme al artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por la *vis attractiva* de la civil, es ésta la jurisdicción competente”.

Los argumentos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia son muy débiles. En primer lugar, al atribuir el conocimiento del asunto a la jurisdicción civil se está vulnerando el art. 73.1.1º LEC, que prohíbe la acumulación de acciones correspondientes a órdenes judiciales diferentes. Esta prohibición legal no contiene excepciones ni posibilidad de dispensa, y mucho menos por argumentos de justicia material, por lo que la acumulación es sencillamente ilegal. Como reconoce el propio auto, se están acumulando dos acciones diferentes, basadas en distintos títulos jurídicos:

“El conflicto de jurisdicción queda así planteado respecto a la acción de reclamación de la responsabilidad patrimonial de RENFE y, acumulada, a la acción directa frente a (...). Seguros Generales SA, en virtud de contrato de seguro; aquélla se basa en el artículo 1902 del Código Civil y ésta en el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro”. En realidad, la acción de responsabilidad contra RENFE no se basa en el art. 1902 CC, sino en el 139 y sigs. de la LPC. Puede que el demandante la haya apoyado en el 1902, pero la responsabilidad de RENFE se rige, según la jurisprudencia más reciente a la que se refiere el propio auto, por la LPC.

Una de esas acciones, la de responsabilidad patrimonial contra RENFE, es una acción cuyo conocimiento corresponde al contencioso-administrativo, mientras que la acción directa es necesariamente una acción civil. De ahí que sea imposible la acumulación: esta jurisprudencia de la Sala de Conflictos supone más bien la introducción de una excepción a la regla legal que lleva todos los asuntos de responsabilidad patrimonial de la Administración al contencioso.

El segundo argumento del auto es que el asegurador no es un coautor del daño, no es un sujeto que haya concurrido con la Administración a producirlo, y por tanto no puede ser demandado

junto a la Administración en vía contencioso-administrativa (art. 9.4 LOPJ, según la modificación introducida en 1998). A partir de ahí volvemos al hilo argumental típico de la jurisprudencia anterior a 1998: si no se les puede demandar conjuntamente en vía contencioso-administrativa, y además no queremos someter al perjudicado a la carga excesiva de seguir dos procesos en dos órdenes judiciales diferentes con el riesgo de que se produzcan sentencias contradictorias, debemos permitir la acumulación de ambas acciones en el orden que tiene la competencia residual o *vis attractiva*, es decir, el civil.

Sin embargo, no es cierto que el particular tenga que seguir dos procesos ante dos jurisdicciones diferentes, uno contra la Administración y otro contra el asegurador. Esa necesidad sí existe en los supuestos en que en la producción del daño han participado la Administración y un tercero. En estos casos, se tiene que dilucidar el grado de participación y de responsabilidad de uno y otra, y por lo tanto lo mejor es demandarlos conjuntamente, pues en otro caso puede suceder que la sentencia contencioso-administrativa diga que la responsabilidad es exclusiva del sujeto que causó el daño junto a la Administración, y la sentencia civil justo lo contrario. Pero la relación entre la Administración y el asegurador es absolutamente diferente, porque no es de coautoría, sino de cobertura por parte del asegurador, dentro de los límites pactados, de la responsabilidad civil de la Administración asegurada. Dicho en otras palabras: si el particular perjudicado demanda a la Administración en vía contencioso-administrativa, ya no necesita en absoluto demandar al asegurador, puesto que, a diferencia de lo que sucede en los casos de concurrencia en la producción del daño, no es posible que el Tribunal contencioso desestime la demanda contra la Administración diciendo que la responsabilidad es del asegurador y que tiene que dilucidarse en vía civil.

Es curioso, además, que el auto diga, en primer lugar, que el asegurador no es un coautor del daño, y por lo tanto no se le puede aplicar el art. 9.4 LOPJ, que obligaría a demandar a ambos en vía contencioso-administrativa, y a continuación aplique una doctrina relativa a la coautoría en la producción del daño, es decir, la necesidad de evitar la tramitación de dos procesos diferentes.

El particular no tiene ninguna necesidad de tramitar dos procesos diferentes, uno contra la Administración que ha causado el daño y el otro contra su asegurador. La responsabilidad de la Administración puede ser declarada por la propia Administración (en el procedimiento de responsabilidad) o por los Tribunales contencioso-administrativos de forma íntegra, puesto que el aseguramiento de dicha responsabilidad no significa que la Administración deje de responder, ni perjudica el derecho del particular a reclamar la responsabilidad patrimonial. El contrato (también el de seguro) es *res inter alios acta* que no puede perjudicar a terceros, en este caso a los particulares que sufren el daño. Con esto debería ser suficiente para no aplicar la *vis attractiva*, puesto que esta doctrina se basa en la supuesta necesidad del particular de seguir dos procesos.

Pero es que, además, ni siquiera es necesario demandar al asegurador en vía civil para que éste responda frente a la Administración, es decir, para que ésta pueda obtener el reembolso de la indemnización. El asegurador es un interesado en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, y será también parte en el proceso contencioso-administrativo. Puede im-

pugnar la resolución que adopte la Administración, si considera que la indemnización es excesiva, y puede comparecer como codemandado en el recurso que interponga el perjudicado contra la resolución administrativa en la que se declare que no hay responsabilidad o se fije una indemnización excesivamente baja. En ambos casos la legitimación del asegurador deriva del contrato de seguro, que le convierte en responsable del pago de la indemnización y por tanto le otorga un interés legítimo. Es cierto que la sentencia contencioso-administrativa no puede condenar al asegurador al pago de la indemnización, sino que sólo puede condenar a la Administración. La sentencia supone para el perjudicado un título ejecutivo dirigido únicamente contra la Administración, es decir, exactamente lo mismo que si no hubiera contrato de seguro. El seguro es, en este caso, indiferente para los intereses del perjudicado, lo que por otro lado es perfectamente lógico, pues es un contrato que, como todos, se celebra para satisfacer los intereses de la Administración, en este caso para permitirle descargar sobre terceros el coste de las indemnizaciones.

Debe decirse que en ninguno de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno el aseguramiento de la responsabilidad civil de la Administración ha tenido la drástica consecuencia que está produciendo entre nosotros, es decir, cambiar el orden judicial competente para conocer de los asuntos de responsabilidad patrimonial de la Administración. En Alemania y en Italia la responsabilidad civil de la Administración se rige por el Derecho privado y se exige ante los Tribunales civiles, por lo que la contratación de seguros (cuyo grado de difusión es muy variable, por otra parte) no produce ninguna alteración de régimen jurídico. En Francia, cuyo sistema de responsabilidad patrimonial es, en cuanto a la configuración de un régimen específico para las Administraciones Públicas cuyo contencioso está asignado a la jurisdicción administrativa, la referencia más cercana al sistema español, los seguros de responsabilidad civil existen pero desde luego no han producido el resultado de privar al Consejo de Estado y a los demás órganos de la justicia administrativa de su jurisdicción para conocer de esta clase de asuntos. Los particulares pueden ejercer en la vía civil la acción directa contra el asegurador, naturalmente, pero no pueden aprovecharlo para trasladar también a la jurisdicción civil la acción de responsabilidad contra la Administración. Se trata, en definitiva, del viejo aforismo de Papiniano *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (D. 2, 14, 38).

4. 2. Los intereses del art. 20 LCS.

Pese a que, como hemos visto, los perjudicados no necesitan acudir a la vía civil para que se declare la responsabilidad de la Administración, y pese a que la sentencia contencioso-administrativa vincula también al asegurador si se le ha dado la oportunidad de participar en el procedimiento administrativo y en el proceso contencioso, existe una razón importante para que los interesados dejen de lado la vía administrativa y demanden en vía civil al asegurador (acción directa del art. 76 LCS) e incluso también a la Administración responsable del daño (al amparo, en este caso, de la jurisprudencia de la Sala de Conflictos de Competencia que hemos estudiado). El art. 20 LCS impone al asegurador (no al causante del daño) la obligación de abonar al tercero perjudicado la indemnización en tres meses, o al menos una cantidad provisional, en el plazo de cuarenta días, y dispone además que la indemnización que finalmente se fije devengará intereses

desde la fecha de producción del daño (intereses que se liquidarán retroactivamente), aplicándose en caso de mora un tipo de interés agravado que puede llegar hasta el 20%. Se trata de intereses muy superiores a los que debe abonar la Administración.

En la jurisprudencia encontramos múltiples sentencias en las que, habiéndose demandado a la Administración y a su asegurador, se les condena solidariamente al pago de la indemnización y se condena, además, al asegurador a pagar, en exclusiva, los intereses del art. 20 LCS (o bien, en algunos casos, deniegan los intereses por entender que el asegurador se había negado a pagar la indemnización apoyándose en un motivo razonable, como establece el propio art. 20); así, las sentencias de la AP de Almería de 14 de abril de 1998, de la AP de Valladolid de 22 de julio de 1998, de la AP de Álava de 6 de febrero de 1999, de la AP de Vizcaya de 23 de junio de 1999, de la AP de León de 7 de julio de 1999, de la AP de Álava de 17 de enero de 2000, de la AP de Barcelona de 2 de febrero de 2000, de la AP de Murcia de 14 de febrero de 2000, de la AP de Valencia de 13 de abril de 2000, de la AP de Murcia de 15 de mayo de 2000, de la AP de Madrid de 19 de abril de 2001, y de la AP de Alicante de 5 de noviembre de 2001.

En otros casos, como el resuelto por la sentencia de la AP de Lleida de 15 de marzo de 2000, es la Administración la que, después de haber pagado al particular la indemnización fijada en una sentencia contencioso-administrativa, reclama al asegurador el reembolso de la indemnización junto a los intereses del art. 20 LCS.

También se dan casos, como por ejemplo la Sentencia de la AP de Badajoz de 17 de enero de 2000, en los que el perjudicado demanda únicamente al asegurador (acción directa en sentido estricto). Esta sentencia desestima la petición de intereses, pero por entender que la negativa del asegurador a pagar la indemnización estaba apoyada en una causa atendible.

Esto significa que el asegurador tiene que pagarle al tercero perjudicado (o a la Administración asegurada, si ésta ha indemnizado previamente a la víctima del daño) una cantidad superior a la que tendría que abonar la Administración responsable del daño. El seguro ya no es neutral para el perjudicado, sino que es favorable, al otorgarle una indemnización superior. Naturalmente, esta ventaja no es gratuita para la Administración, sino que repercute en el coste de las primas y se convierte en una razón más para desaconsejar la contratación de seguros de responsabilidad civil: el legislador ha fijado unos determinados intereses de demora para la Administración, y ésta paga indirectamente, vía prima de seguro, unos intereses más altos, cuya cuantía depende además, en parte, de la negligencia del asegurador. Esta ventaja para el tercero perjudicado se reduce en la medida en que la suma asegurada sea inferior al interés objeto de seguro, puesto que en estos casos, y por aplicación de la regla proporcional (art. 30 LCS), la indemnización a cargo del asegurador (sobre la que se calculan los intereses del art. 20) no cubre la integridad del daño sufrido por el particular.

Sentencias citadas

Sentencias del Tribunal Supremo

Sala y fecha	Repertorio	Magistrado Ponente	Partes
1ª, 3.10. 1994	Ar. 7443	Matías Malpica Gon-	EDES c. Unión Fenosa,

		zález-Elipe	Administración del Estado y otras Administraciones
1ª, 31.10.1995	Ar. 7734	José Almagro Nosete	D. Elie D. M. c. Administración del Estado y "Vigilancia e Instalaciones", SA
Sala Especial de conflictos de competencia, 27.12.2001	Ar. 4086 (2002)	José María Álvarez-Cienfuegos Suárez	D. Biel B. L. c. RENFE y su aseguradora
Sala Especial de conflictos de competencia, 21.10.2002	http://www.aeds.org/	Xavier O'Callaghan Muñoz	Particular c. RENFE y su aseguradora

Sentencias de las Audiencias Provinciales

Sección, fecha y Audiencia	Repertorio	Magistrado Ponente	Partes
1ª, Almería, 14.4.1998	AC 918	Rafael García Laraña	Ayto. de Adra
1ª, Valladolid, 22.7.1998	AC 1623	Miguel Ángel Sendino Arenas	Ayto. de Tordesillas
Álava, 6.2.1999	AC 6385	Mercedes Guerrero Romeo	Ayto. de Campezo
3ª, Vizcaya, 23.6.1999	AC 7791	María Concepción Marco Cacho	Ayto. de Sopelana
2ª, León, 7.7.1999	AC 7327	Miguel Ángel Amez Martínez	Ayto. de León
Álava, 17.1.2000	AC 923	Ramón Ruiz Jiménez	Ayto. de Amurrio
2ª, Badajoz, 17.1.2000	AC 63	Fernando Paumard Collado	CASER
15ª, Barcelona, 2.2.2000	AC 571	José Luis Concepción Rodríguez	Ayto. de Barcelona
6ª, Valencia, 13.2.2000	AC 3794	Vicente Ortega Llorca	Ayto. de Valencia
2ª, Murcia, 14.2.2000	JUR 97017	Cristina Pla Navarro	Ayto. de Cartagena
2ª, Lleida, 15.3.2000	AC 963	Miguel Gil Martín	Diputación Provincial de Lleida
5ª, Murcia, 15.5.2000	AC 2574	José Manuel Nicolás Manzanares	Ayto. de Cartagena
21ª, Madrid, 19.4.2001	JUR 243845	María Almudena Cánovas del Castillo Pascual	Ayto. de Madrid
6ª, Alicante, 5.11.2001	JUR 2002\31363	Francisco Javier Prieto	Ayto. de Calpe

		Lozano	
--	--	--------	--

Bibliografía

Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «Acción directa del perjudicado contra la aseguradora de una Administración Pública: jurisdicción competente», *La Ley*, 26 de junio de 2002.

David BLANQUER CRIADO, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Ponencia especial de estudios del Consejo de Estado*, Madrid, 1997.

Raúl BOCANEGRA SIERRA, «Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración por daños causados a terceros», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 18 (1978), págs. 397-406.

Eduardo GAMERO CASADO, *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Pamplona, 1997.

Alejandro HUERGO LORA, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

Oriol MIR PUIGPELAT, “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)”, trabajo de próxima aparición en el Libro-homenaje al profesor Rafael Entrena y que he podido manejar por amabilidad de su autor

M.-A. ORRIOLS SALLÉS, “Un paso atrás en el principio de unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad de la Administración como consecuencia de la presencia de compañías aseguradoras en el proceso”, *La Ley*, 17 de febrero de 2003.

Fernando PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995.

- «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente», *REDA*, 91 (1996), págs. 403-413.

Rodrigo URÍA, *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2000 (27ª ed.).