

El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: ¿un tema completamente resuelto tras la reforma de la Ley Orgánica 19/2003?

María del Mar Caraza Cristín

Profesora del Departamento de Derecho Administrativo e Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE LA POSIBILIDAD Y LA CONVENIENCIA DE CONTRATACIÓN DE SEGUROS PRIVADOS PARA CUBRIR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. III. DETERMINACIÓN DEL ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LOS SUPUESTOS EN LOS QUE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA ESTÉ ASEGURADA. A) Demandas entabladas conjuntamente contra la Administración y su aseguradora. B) Demandas entabladas directamente contra la aseguradora de la Administración. a) Sobre la aplicación del art. 76 LCS a las Administraciones Públicas. b) Argumentos a favor del mantenimiento de la acción directa ante el orden jurisdiccional civil. c) Inconvenientes que presenta la acción directa contra la aseguradora de la Administración ante el orden jurisdiccional civil. d) Estado de la cuestión tras la reforma acometida por la LO 19/2003. IV. EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN. A) Supuestos de responsabilidad derivados de comportamientos no constitutivos de delitos. B) La responsabilidad civil subsidiaria derivada de delitos. V. EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONTRATISTAS PÚBLICOS. A) Determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de la responsabilidad de los contratistas. B) Aseguramiento de la responsabilidad del contratista. VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido un tema sumamente complejo y polémico, susceptible de diversas in-

terpretaciones. Muy al contrario de lo que hubiera sido deseable, nuestro Derecho positivo no ha afrontado la regulación de esta materia de una forma cabal y completa, sino a base de “parcheos”, a través de sucesivas reformas legislativas que, en muchos casos, no han sido más que la reacción del legislador a determinadas resoluciones jurisprudenciales que negaban la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las controversias surgidas en este terreno¹.

Hasta hace poco, las cuestiones relativas al régimen jurídico aplicable, al procedimiento a seguir y al orden jurisdiccional competente para resolver de los conflictos surgidos cuando la responsabilidad patrimonial de la Administración se hallaba cubierta por un seguro privado se movían en una absoluta indefinición. Empero, las últimas reformas normativas, aunque incompletas, han venido a ofrecer algo de luz sobre estos temas.

En suma, el objeto de este trabajo se centra, por tanto, en poner de manifiesto el importante avance que en esta materia ha supuesto la promulgación de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de Modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como cuál es el estado actual de la cuestión, tanto desde un punto de vista normativo, como jurisprudencial y doctrinal, y cuáles son los “flecós” que puedan quedar sin resolver.

II. SOBRE LA POSIBILIDAD Y LA CONVENIENCIA DE CONTRATACIÓN DE SEGUROS PRIVADOS PARA CUBRIR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

En efecto, la propia posibilidad de que la responsabilidad extracontractual de la Administración pudiera ser cubierta a través de la suscripción de un contrato de seguro privado fue no sólo discutida sino negada por la Dirección General de Seguros en su resolución de 26 de junio de 1996². En concreto, las razones alegadas por la Dirección General de Seguros para rechazar que la Administración pueda asegurar su responsabilidad patrimonial fueron las siguientes:

¹ En este sentido se expresan GÓMEZ LIGÜERRE, RAMOS GONZÁLEZ y LUNA YERGA en “Todos a una. Jurisdicción competente para condenar a la Administración pública y a su compañía aseguradora”, InDret, working paper núm. 189 (enero de 2004), en www.indret.com.

² GAMERO CASADO, tras reproducir el texto íntegro de esta resolución de la Dirección General de Seguros, comenta que las conclusiones a las que ésta llega son demasiado radicales puesto que,

Primera. Porque la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, sólo comprende dentro de los riesgos que son objeto de cobertura por las entidades aseguradoras a la responsabilidad civil.

Segunda. El régimen del contrato de seguro de responsabilidad civil contenido en los arts. 73-76 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980 (en adelante, LCS) resulta prácticamente inaplicable a las Administraciones Públicas.

Tercera. La responsabilidad patrimonial es conceptualmente distinta a la responsabilidad civil, residenciándose sus reclamaciones ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y siendo incompatible con este régimen la acción directa contenida en el art. 76 LCS.

Cuarta. La garantía institucional de la responsabilidad patrimonial podría verse vulnerada si se admite su aseguramiento y posteriormente resulta insolvente la compañía aseguradora.

Quinta. Y porque al haber establecido el art. 106.2 CE una reserva de ley en la regulación del régimen de la responsabilidad patrimonial se precisa que el contrato administrativo que pretenda ofrecer este tipo de aseguramiento cuente con una regulación legal adecuada que hasta el momento no existe.

No obstante, ni la Administración Pública ni el mercado asegurador comparten la postura que la Dirección General del Seguro sostuvo en dicha resolución. Se reconoce que si bien es cierto que la legislación del seguro privado no fue diseñada en su momento para asegurar a la Administración, tampoco existen obstáculos insalvables que lo impidan³. Como muestra de ello puede tomarse la redacción del art. 73 LCS que establece que el seguro de responsabilidad civil cubre el riesgo del nacimiento de una obligación de indemnizar por un hecho de cuyas consecuencias sea “civilmente” responsable el ase-

por un lado, la práctica demuestra que la suscripción de tales contratos es común entre las Administraciones y, por otro, el art. 207.1.6.a) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, alude expresamente al contrato de seguro dentro de la categoría de los contratos de servicios, *vid.* “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”, REDA núm. 103 (1999), págs. 359-362.

³ En esta línea MONTORO CHINER y HILL PRADOS comentan cómo no hay quien niegue la existencia de obstáculos “Lo que se pone en duda es que éstos sean insalvables, en especial, desde la unificación del régimen jurídico de responsabilidad operado por la Ley 30/1992 y su modificación por la Ley 4/1999”, *vid. Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, Atelier, Barcelona, 2002, págs. 57 y 60.

gurado. A primera vista parecería que la responsabilidad patrimonial de la Administración no encuentra acomodo en dicha regulación pero dicho impedimento se salva si se interpreta: que puede aplicársele por analogía el régimen del contrato de seguros de grandes riesgos para el que la LCS no resulta vinculante; que en virtud del principio de libertad de pactos podrían suscribirse tales contratos sujetándose a las normas del contrato nominado más afín, esto es, el del seguro de responsabilidad civil; o que la LCS realiza ahí una referencia nominal a la responsabilidad “civil” porque tradicionalmente se ha calificado así a toda responsabilidad extracontractual, y no únicamente a la propiamente civil⁴.

Además, hay que reconocer que hoy en día la mayoría de las Administraciones, y no sólo las territoriales, sino también la Administración institucional, tienen suscritos seguros privados para salvaguardar su responsabilidad patrimonial⁵. No puede desconocerse que el tener suscritas pólizas de seguro que cubran la eventual responsabilidad en que puedan incurrir las Administraciones a causa del funcionamiento de sus servicios representa una gran seguridad presupuestaria, principalmente para las entidades locales e instrumentales de dimensiones limitadas, puesto que el pago de una gran indemnización puede desestabilizar por completo el reducido presupuesto de las mismas⁶.

⁴ Las posibles alternativas expuestas son recogidas por GAMERO CASADO en “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”, ob. cit., págs. 366-368. La primera solución fue propuesta por PAVELEK, la segunda por RODRÍGUEZ ARANA, y la tercera es la suya propia. A juicio de GAMERO CASADO puede entenderse “que la regulación contenida en la LCS es susceptible de acoger sin violencia a un contrato de seguro de responsabilidad extracontractual de la Administración, de tal manera que las compañías autorizadas para actuar en el ramo de responsabilidad civil también lo estarían para asegurar la responsabilidad extracontractual de la Administración”. Por su parte, HUERGO LORA también acepta que se aplique la LCS a los contratos de seguro de responsabilidad patrimonial puesto que ésta es sólo una adaptación de la responsabilidad civil, *vid. El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2002, pág. 163.

⁵ Sobre este particular puede consultarse la relación de contratos suscritos en el ámbito de la Administración institucional, local y autonómica, así como por las sociedades estatales o fundaciones privadas en mano pública, que recoge PAVELEK en su trabajo “El aseguramiento de la responsabilidad de la Administración”, *Revista de Derecho de los Seguros Privados* (1997), pág. 19. Por su parte, TORRENT I RIBERT señala como motivos de la proliferación de la contratación de estas pólizas por parte de las Administraciones Públicas los siguientes: la democratización de la Administración Pública, la proliferación de los servicios públicos y la influencia de los Estados Unidos en la vida cotidiana, *vid. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Especial consideración de la derivada del uso de las vías públicas. El seguro de responsabilidad civil de los entes públicos*, Editorial Mapfre, Madrid, 1995, págs. 102-125.

⁶ Tal y como comentan MONTORO CHINER y HILL PRADOS no resulta sorprendente “que la Administración Pública, lo mismo que cualquier particular o empresa privada, recurra al seguro co-

Sobre esta cuestión se ha pronunciado recientemente la Sala de lo Civil del TS en la sentencia de 30 de enero de 2002 (RJ 2002\2310). En ella el Tribunal admite que los seguros de responsabilidad civil contratados por la Administración Pública cubren la responsabilidad patrimonial en que puedan incurrir, sin que sea un obstáculo el carácter objetivo de ésta. Rechaza, de este modo, las alegaciones del asegurador cuando pretendía, no la declaración de la nulidad del contrato, sino evitar el pago de la indemnización con base en la falta de culpa en el actuar de la Administración asegurada, lo que conlleva la inexistencia de una responsabilidad civil *stricto sensu*.

En resumen, puede afirmarse que cada Administración en el ámbito de sus competencias y de la prestación de sus servicios puede suscribir contratos de seguros privados⁷ que cubran toda o parte de su actividad, siendo necesaria

medida prudente y diligente. Sin olvidar que cuanto menor fuere la entidad administrativa, tanto más conveniente y necesario puede ser este seguro que ayudará eficazmente a evitar desajustes presupuestarios". No obstante, pese a las evidentes ventajas que puede conllevar la suscripción de uno de estos contratos de seguro, es imprescindible que esta decisión sea en cada caso "debidamente ponderada, motivada y valorada". *Vid. Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, ob. cit., págs. 42 y 32, respectivamente. También BLANQUER CRIADO apunta el tema presupuestario como un argumento a favor de la contratación de estos seguros pues resulta "más fácil hacer una provisión de fondos equivalente a la prima de una póliza de seguro que vaticinar el alcance económico de las contingencias que pueden surgir en la actuación y funcionamiento de una Administración Pública", *vid. Las fiestas populares y el derecho: régimen jurídico, responsabilidad patrimonial y pólizas de seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 205-206. Por su parte, HUERGO LORA pone en tela de juicio la utilidad del seguro de responsabilidad civil para las Administraciones basándose: por una parte, en que las pólizas contienen una suma máxima asegurada, por lo que los riesgos verdaderamente excepcionales no están cubiertos; y por otra, en que la delimitación de los riesgos que están cubiertos es una tarea sumamente difícil, no asegurándose nunca la responsabilidad patrimonial en su conjunto. Es por ello que propone una serie de alternativas al seguro como el acudir a las Mutuas, a prima fija o variable, *vid. El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, ob. cit., págs. 28-30 y 126-130.

⁷ Bajo la vigencia de la LCAP de 1995 parte de la doctrina científica afirmaba la naturaleza privada de dichos contratos mientras que otra sostenía su naturaleza pública. Entre los partidarios de la primera postura se encontraban: ENTRENA CUESTA, "Aspectos generales de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", en *Contratación pública II. Segundas Jornadas de Valladolid 25-26 de enero de 1996*, coordinadores MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ y LAGUNA DE PAZ, Cámara de Contratistas de Castilla y León/Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 27-31; SAINZ MORENO, "Temas objeto de debate en la nueva Ley", en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, dirigida por GÓMEZ-FERRER MORANT, Civitas, Madrid, 1996, págs. 78-79; TRAYTER JIMÉNEZ, "El efecto directo de las Directivas comunitarias: El papel de la Administración y de los Jueces en su aplicación", RAP núm. 125 (1991), págs. 227-280; y VICENTE LÓPEZ, La contratación administrativa (Condiciones generales y eficacia), Comares, Granada, 1996, págs. 123-126. Entre los autores que afirmaron su naturaleza jurídico-pública al considerarlos verdaderos contratos de servicios con base en el art. 207.1 LCAP de 1995 *vid.*: RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho Comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 133 y 243; MARTOS NA-

rio especificar en los pliegos de condiciones y en el objeto del contrato los riesgos que se incluyen y los que no⁸. Otra cuestión será que, en verdad, la celebración de estos contratos resulte la forma más idónea, eficaz y eficiente, de hacer frente a la responsabilidad en que pueda incurrir la Administración en cada caso. Ciertamente, el optar entre un sistema de heteroaseguramiento y un sistema de autoaseguramiento ha de ser el fruto de una decisión madura y no espontánea, que ha de tomarse esencialmente en función de cada tipo de Administración, tras un adecuado análisis de sus dimensiones, su patrimonio y de los riesgos que puedan derivar de las funciones que realice. Las bases, por tanto, sobre las que se ha de asentar la política de aseguramiento de las Administraciones Públicas se encuentra en la realización de una buena política de gestión de riesgos⁹.

VARRO, “Los contratos de consultoría, de asistencia, de servicios y para la realización de trabajos específicos concretos y no habituales”, en *Estudios sobre la contratación en las administraciones públicas*, CEMCI, Granada, 1996, pág. 596; GAMERO CASADO, *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 171-172 y “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”, ob. cit., págs. 364-366 y 379-381; y HUERGO LORA, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, ob. cit., págs. 88-95. Tras la publicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000, y con base en sus arts. 5 y 9, ha de concluirse que la naturaleza jurídica de los mismos es privada, como afirman: COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo I*, 13ª edic., Civitas, Madrid, 2002, págs. 394-395; MONTORO CHINER y HILL PRADOS, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, ob. cit., págs. 54 y 60-62; y ARQUILLO COLET, “Seguro de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Local”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 12 (2003), págs. 2150-2151. No obstante, hay que resaltar que a pesar de que tras la reforma de la LCAP de 1995 por la Ley 53/1999 se haya declarado la naturaleza jurídico-privada de estos contratos, tal y como se recoge actualmente en el TRLCAP de 2000, la misma ha seguido siendo cuestionada tanto por parte de la doctrina científica como por el Consejo de Estado, el cual manifestó en su dictamen de 22 de diciembre de 1998 (expediente núm. 4464/1998) que “no parece posible que los referidos contratos de seguros y bancarios y de inversiones y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos puedan ser calificados como contratos privados; precisamente porque la Directiva 92/50/CEE establece que tales contratos tienen carácter público y, en consecuencia, se configuran como contratos administrativos”.

⁸ Vid. MONTORO CHINER y HILL PRADOS, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, ob. cit., pág. 107.

⁹ Esta es, sin duda alguna, la raíz del problema, como recientemente ha puesto de manifiesto GAMERO CASADO en su Ponencia “El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial y tipología de Administraciones Públicas”, durante el Seminario sobre Responsabilidad patrimonial de la Administración y Contrato de Seguro, organizado por el INAP y celebrado en Madrid el 4 de marzo de 2004. Tras realizar un exhaustivo análisis de los costes y beneficios que derivan de la decisión de contratar un seguro, este autor llega a la conclusión de que el sistema del autoaseguro representa el mecanismo más ventajoso para las grandes Administraciones, siempre que éstas cuenten con un patrimonio solvente con el que responder de los siniestros y que se encuen-

III. DETERMINACIÓN DEL ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LOS SUPUESTOS EN LOS QUE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA ESTÉ ASEGURADA

A) Demandas entabladas conjuntamente contra la Administración y su aseguradora

Un análisis de la jurisprudencia civil y la contencioso-administrativa de los últimos años nos muestra cómo ambos órdenes jurisdiccionales han mantenido su competencia para conocer de las demandas por responsabilidad planteadas contra la Administración y su aseguradora. Empero, tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administración Común (en adelante, LRJAP y PAC), la situación ha cambiado, tal y como reconocen la mayoría de las sentencias de los Tribunales civiles cuando declaran que a partir de ese momento el único orden jurisdiccional competente para juzgar la responsabilidad patrimonial de la Administración es el contencioso-administrativo.

Los argumentos que se aducían por parte del orden jurisdiccional civil para conocer de las demandas entabladas contra la Administración y su aseguradora eran fundamentalmente los siguientes: el vínculo de solidaridad existente entre la Administración asegurada y su compañía aseguradora, persona jurídico-privada, frente a la reclamación del tercero perjudicado¹⁰; la “vis

tren expuestas a una gran cantidad de riesgos que no tengan conexión entre sí. En estos casos la política de autoaseguramiento resulta en términos absolutos menos costosa, puesto que se ahorran los costes inducidos (gastos de gestión de la aseguradora y margen comercial). En cambio, las pequeñas y medianas Administraciones Públicas deberían funcionar, en aplicación del principio de eficiencia, en régimen de heteroseguro. Como puede fácilmente colegirse, el problema estriba entonces en determinar cuál sea el tamaño idóneo a partir del cual a una Administración Pública no le resulte rentable contratar un seguro privado, para lo que resulta imprescindible la realización de una política de gestión de riesgos. Sobre la política de gestión de riesgos *vid.* ESTEVE PARDO, “De la policía administrativa a la gestión de riesgos”, REDA núm. 119 (2003), págs. 323-346. Asimismo, cuestionan las supuestas razones ventajosas de la contratación de los seguros por parte de las Administraciones HUERGO LORA, “El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, InDret, working paper núm. 150 (julio 2003), www.indret.com, págs. 46 y GÓMEZ LIGÜERRE, “Paso a nivel. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas tras los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y de 21 de octubre de 2002”, InDret, working paper núm. 152 (julio de 2003), en www.indret.com, págs. 13-16. Por su parte, ARQUILLO COLET concluye de su estudio de la Administración Pública sanitaria que el aseguramiento de la responsabilidad administrativa es en este ámbito el sistema más deseable socialmente y más beneficioso para todos los agentes sociales implicados, *vid.* “Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria”, InDret, working paper núm. 181 (enero de 2004), en www.indret.com, págs. 10-14.

¹⁰ Entre las sentencias que ponen de relieve esta relación de solidaridad existente entre el asegurado y el asegurador pueden citarse la SAP de Valladolid de 28 de junio de 1996 (AC

atractiva” de la jurisdicción civil y su carácter residual para conocer de las cuestiones que expresamente no estén atribuidas a otras jurisdicciones; el no dividir la continenencia de la causa; y el evitar de este modo el lamentable “peregrinaje de jurisdicciones” al que se veían avocados los sujetos lesionados.

Por su parte, entre las razones que se han esgrimido a favor de la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de estas controversias, además de la inaplicación de la “vis atractiva” a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, hay que citar: en primer lugar, la ausencia de un vínculo de solidaridad entre la Administración y su compañía aseguradora¹¹; en segundo lugar, que la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) prohíbe acumular dos acciones que deban ejercitarse ante órdenes jurisdiccionales distintos en un mismo proceso (art. 154 LEC de 1881, actual art. 73.1.1º LEC de 2000); y el hecho de que la mera existencia de un seguro no puede provocar que una materia atribuida en exclusiva al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como es la responsabilidad patrimonial, sea conocida por el orden civil.

Pues bien, como se ha dicho anteriormente, es a partir de la promulgación de la LRJAP y PAC cuando la mayoría de los Tribunales civiles admitieron que se había producido en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración una unificación no sólo del régimen jurídico y del procedi-

1996\1071) –que recuerda precisamente la doctrina jurisprudencial que de forma reiterada ha venido predicando la solidaridad entre asegurado y asegurador frente a la reclamación del tercero perjudicado así como que la reclamación dirigida contra uno, interrumpe la prescripción en relación con el otro [SSTS 2 febrero 1984 (RJ 1984\570) y 12 noviembre 1986 (1986\6386), entre otras]- y las SSAP de Valladolid de 28 de enero de 1997 (AC 1997\143), de Vizcaya de 25 de mayo de 1998 (AC 1998\5350), 19 de enero de 1998 (AC 1998\4202), de Zamora de 17 de mayo de 2000 (AC 2000\1497) y de Guadalajara de 11 de enero de 2001 (AC 2001\1156).

¹¹ Sobre el particular resultan significativos los pronunciamientos de la SAP de Vizcaya de 6 de julio de 2000 (AC 2000\1570) donde se recuerda que la “solidaridad (o la indivisibilidad) que como presupuesto exigible ha de vincular a los demandados, no depende del mero voluntarismo del actor, porque así lo afirma en la demanda, sino que lo hace depender de condiciones objetivas referidas a la naturaleza o extensión de las obligaciones reclamadas”. En este caso la acción se dirigía contra un Ayuntamiento por los daños ocasionados por la red de saneamiento municipal, por lo que la jurisdicción competente para conocer de la misma es la contencioso-administrativa, “sin que el hecho de haberse traído al proceso a la Cía. Aseguradora pueda modificar el anterior planteamiento ya que la actuación de dicha compañía aseguradora no constituye una intervención autónoma o independiente de su asegurada, sino que precisamente ha sido traída al procedimiento por ser su aseguradora e imputarse al Ayuntamiento codemandado una acción u omisión culposa, dependiendo la posible responsabilidad de la Cía. Aseguradora precisamente del resultado del litigio en cuanto a la responsabilidad del ente municipal codemandado”.

miento, sino también de la jurisdicción. Dicho momento legislativo es el que los órganos jurisdiccionales civiles suelen tomar como referencia para aplicar o no la doctrina de la “vis atractiva” del orden jurisdiccional civil y resolver las controversias que sobre responsabilidad se les plantean contra la Administración y su aseguradora. Si los “hechos” acaecieron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992 el orden jurisdiccional civil aplica la doctrina de su fuerza expansiva, mientras que si tuvieron lugar con posterioridad a esa fecha suelen declararse incompetentes¹². No obstante, hay que tener en cuenta que en algunas sentencias el órgano jurisdiccional civil establece como momento clave no el de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, sino el de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJC)¹³.

A nuestro parecer, está claro que a partir de la unificación procedimental, de régimen jurídico y de fuero que llevó a cabo la Ley 30/1992 la única jurisdicción competente para resolver estas controversias es la contencioso-administrativa¹⁴, tal y como finalmente se ha visto confirmado con la última re-

¹² Algunas de las sentencias en las que el orden civil se declara incompetente para conocer de las demandas planteadas conjuntamente contra la Administración y su aseguradora con base en que los hechos habían tenido lugar tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992 y el RD 429/1993 y, por tanto, era ya inaplicable la doctrina de la “vis atractiva” son: SSAP de Pontevedra de 8 de abril de 1998 (AC 1998\4666), AP de Cuenca de 16 de enero de 1999 (AC 1999\2946), AP de Barcelona de 23 y 27 de abril de 1999, AP de Lleida de 1 de julio de 1999 (AC 1999\6279) AP de Vizcaya de 26 de mayo de 1999 (AC 1999\6049) y 26 de junio de 2000 (AC 2000\1566), AP de Guipúzcoa de 2 de noviembre de 2000 (AC 2001\263) y AP de Madrid de 27 de enero de 2001 (AC 2001\611).

¹³ Esta postura es la que se mantiene en las SSTS, Sala de lo Civil, de 22 y 31 de diciembre de 1999 (RRJJ 1999\9487 y 1999\9150), 26 de febrero, 7 de marzo, 10 de abril, 29 de junio, 8 de noviembre y 18 de diciembre de 2000 (RRJJ 2000\1248, 2000\1508, 2000\2358, 2000\5916, 2000\9303 y 2000\10124), 7 de marzo y 19 de noviembre de 2001 (RRJJ 2001\3934 y 2001\9482) y de 7 de marzo de 2002 (RJ 2002\4151).

¹⁴ TORRENT I RIBERT mantiene que si el tercero lesionado decide reclamar de forma conjunta contra la Administración y su aseguradora debe hacerlo “forzosamente por la vía administrativa y posteriormente por la contencioso-administrativa si procede, pues, al demandarse conjuntamente a una Administración Pública y a una aseguradora, se impone el fuero de la primera; es decir, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra una Administración Pública no pueden sustanciarse ante la jurisdicción civil; a partir de la Ley 30/1992, como ya hemos estudiado, la vía atractiva es a favor de la jurisdicción contenciosa y no a favor de la civil”, *vid. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Especial consideración de la derivada del uso de las vías públicas. El seguro de responsabilidad civil de los entes públicos*, ob. cit., pág. 115. Por su parte, BLANQUER CRIADO estima que, en principio, el hecho de que la Administración tenga suscrito un contrato de seguro para cubrir la responsabilidad en la que pueda incurrir no constituye ningún obs-

forma legislativa llevada a cabo por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio. Esta Ley le ha dado una nueva redacción al apartado cuarto del art. 9 LOPJ que ahora, de forma tajante y clara, dispone que han de residenciarse ante los Tribunales contencioso-administrativos *“las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva”*.

Asimismo, hay que destacar que la Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley Orgánica 19/2003 introduce una serie de modificaciones en la Ley 29/1998, entre las que destaca la nueva redacción dada a los arts. 2.e) y 21.1. En concreto, el art. 2.e) LJC declara la competencia exclusiva del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de:

“La 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, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”.

Por su parte, la nueva dicción del art. 21.1.c) LJC va en línea con lo dispuesto en el artículo anterior, en el sentido de incorporar expresamente a las compañías aseguradoras de la responsabilidad de la Administración como parte demandada en el proceso contencioso-administrativo. Mas, hay que tener en cuenta, que este reconocimiento legal de que las aseguradoras serán “siempre” parte demandada en el proceso contencioso parece referirse únicamente a los casos en que el tercero lesionado haya entablado la acción de forma conjunta contra la Administración y aquélla¹⁵. Exactamente, dice así este precepto:

título para que el tercero perjudicado accione única y exclusivamente contra la Administración en vía administrativa y, posteriormente, contencioso-administrativa. En el caso de que decida dirigirse contra la Administración y su aseguradora conjuntamente la competencia también corresponderá al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Sin embargo, si únicamente ejercita su acción contra la aseguradora la competencia jurisdiccional corresponde, en principio, al orden civil. Comenta este autor que la situación descrita, en la cual se le ofrecen al sujeto perjudicado diferentes órdenes jurisdiccionales para conocer de su reclamación dependiendo de si decide entablar su acción únicamente contra la compañía aseguradora de la Administración, o contra la Administración y su compañía conjuntamente, resulta francamente contraria al art. 9.4 LOPJ. *Vid. Las fiestas populares y el derecho: régimen jurídico, responsabilidad patrimonial y pólizas de seguro*, ob. cit., págs. 235 y 236.

¹⁵ Antes de esta reforma BLANQUER CRIADO mantenía que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo sólo puede pronunciarse sobre la responsabilidad de la Administración, pero no puede condenar a la compañía aseguradora al pago de la indemnización, pues sólo el or-

“1. Se considera parte demandada:

c) *Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte demandada junto con la Administración a quien aseguren*”.

No obstante, la falta habida, hasta esta última modificación de la LOPJ y la LJC, de criterios firmes y tajantes en esta materia ha dado lugar a polémicas y discutibles resoluciones. El último exponente de esta situación fue el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del TS de 27 de diciembre de 2001 (RJ 2002\4086)¹⁶.

En el comentado Auto de 27 de diciembre de 2001¹⁷ la Sala de Conflictos concluyó que cuando se demande por responsabilidad conjuntamente a

den civil puede condenar a una compañía de seguros al pago de una indemnización basada en una póliza, por lo que ésta debería poder intervenir y ser oída ante los Tribunales contencioso-administrativos, según este autor. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, si el orden jurisdiccional contencioso-administrativo declaraba la responsabilidad de la Administración sí podía condenar al pago de la indemnización por responsabilidad patrimonial a su aseguradora, lo que no podía es si no hay responsabilidad de la Administración condenar a la aseguradora al pago de la indemnización por otro título con base en la póliza del seguro, puesto que este extremo correspondería dilucidarlo al orden civil según manifiestan las SAP de Baleares de 19 de septiembre de 1995 (AC 1995\1948), STSJ de Extremadura de 6 de julio de 1998 (RJCA 1998\2886) y la STSJ de Valencia de 20 de enero de 1999 (RJCA 1999\238). *Vid. Las fiestas populares y el derecho: régimen jurídico, responsabilidad patrimonial y pólizas de seguro*, ob. cit., págs. 162-165. Por su parte, ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, con apoyo en el ATS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 19 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9187), sostenía que en el proceso contencioso-administrativo debía llamarse a las compañías aseguradoras, que podrían actuar en calidad de parte codemandada de la Administración, *vid.* “Delimitación objetiva y subjetiva de la jurisdicción contencioso-administrativa”, La Ley núm. 4621 (1998-3), D-232, págs. 1526.

¹⁶ Los hechos origen del caso consistieron en unas lesiones sufridas por un menor de edad cuando procedía a tomar un tren estando en compañía de su madre en la estación de Barcelona-Sants. La madre del niño interpuso contra la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (RENFE) y contra MAPFRE Seguros Generales, Compañía de Seguros y Reaseguros, SÁ, una demanda reclamando una indemnización por los daños sufridos por su hijo ante el orden jurisdiccional civil, que declaró su falta de jurisdicción alegando que la demanda entablada contra RENFE, a la que califica de entidad de Derecho público dependiente del Estado, y su aseguradora debía ser conocida por el orden contencioso-administrativo de la jurisdicción, según dispone el art. 9.4 LOPJ. Sin embargo, este orden estimó, a su vez, su falta de competencia para conocer del asunto, indicando que era el civil el que debía resolverlo, puesto que la demanda se dirigía contra una compañía aseguradora. Es así como finalmente se elevaron las actuaciones a la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS para que resolviera el expuesto conflicto de competencia negativo.

¹⁷ PELAYO PARDOS apunta que el problema que se plantea en el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del TS de 27 de diciembre de 2001 ya se atisbaba en el Auto de esta mis-

una Administración Pública y a su compañía aseguradora la competencia corresponde al orden jurisdiccional civil. El Tribunal llegó a esta solución haciéndose eco de la polémica doctrinal que suscitan estos casos en los que se ven implicadas las compañías aseguradoras, dado que en el proceso contencioso-administrativo no se contempla su presencia de forma expresa. Es por esta razón que la Sala de Conflictos estimó que:

“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, mantener, en este supuesto, la tradicional y ya clásica “vis atractiva” de la Jurisdicción Civil, reconocida en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando establece: “Los Juzgados y Tribunales del orden civil conocerán, además de las materias que le sean propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional”.

De lo contrario, se obligaría al perjudicado a entablar dos procesos distintos, ante dos jurisdicciones diferentes, la civil para la compañía aseguradora, y la contencioso-administrativa para la Administración. Tal alternativa, al margen de los problemas de economía procesal, riesgo de resoluciones no del todo acordes en ambos órdenes jurisdiccionales, provocaría una merma de las garantías del ciudadano y, en último término, un debilitamiento de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.”

Ciertamente, la solución a la que llegó la Sala de Conflictos de Competencia en este asunto resulta más que discutible, puesto que el reconocer la competencia al orden jurisdiccional civil para resolver una demanda contra la Administración Pública vulnera flagrantemente el mandato legal de que la Administración Pública no podrá ser demandada en materia de responsabilidad patrimonial ante los órdenes civil o social. Al mismo tiempo, el atribuir como hace la Sala al orden civil la competencia para conocer de la demanda presentada contra la Administración y su aseguradora plantea el inconveniente de que el órga-

ma Sala de 19 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9187), *vid.* “El procedimiento administrativo de reclamación. La intervención de la inspección médica”, en *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, ob. cit., págs. 107-142. Entre los numerosos autores que han analizado el Auto de 27 de diciembre de 2001 *vid.*: DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “Acción directa del perjudicado contra la aseguradora de una Administración pública: jurisdicción competente (contraste ¿o coincidencia? entre “conceptos” e “intereses””, *La Ley* núm. 5574, de 26 de junio de 2002; FONT I LLOVET, “Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa”, *RAP* núm. 158 (2002), págs. 292-294; GÓMEZ LIGÜERRE, “Cambio de vía. Auto de la Sala especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001”, *InDret*, Barcelona, octubre de 2002, en www.indret.com; SORIANO GARCÍA, “Asunto Biet Bernal: un pequeño Arrêt Blanco en nuestra justicia. ¿Vuelta de la responsabilidad de la Administración a la jurisdicción civil?”, *REDA* núm. 115 (2002), págs. 399-404; y ROMERO REY, “Cuestiones problemáticas en torno a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: evolución legislativa y nuevos escenarios de conflicto”, *JA* núm. 22 (2004), págs. 44-46.

no jurisdiccional civil para poder condenar al pago de la prima a la compañía aseguradora debe antes decidir sobre si ha sido o no la Administración aseguradora la responsable del daño causado, lo que vuelve a resultar contrario a las prescripciones de los arts. 142.6 y 144 LRJAP y PAC, 2.e) LJC y 9.4 LOPJ¹⁸.

Atendiendo, pues, al carácter tan controvertido de las conclusiones a las que llega este Auto, se comprende perfectamente la anómala situación vivida con posterioridad en sede judicial, de forma que el criterio mantenido por la Sala de Conflictos en el Auto de 27 de diciembre de 2001 ha sido seguido por algunas resoluciones [así, por el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del TS de 21 de octubre de 2002¹⁹ y el AAP de Pamplona de 23 de octubre

¹⁸ En opinión de GÓMEZ LIGÜERRE la solución a la que llega la Sala de Conflictos en este Auto es “materialmente correcta pero formalmente confusa”. Según este autor el problema que se plantea en este caso deriva de las deficiencias existentes en la ley sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. En el caso debatido el conflicto se desvanece si se considera a RENFE como una entidad que actúa y sujeta su actividad al Derecho privado, por lo que correspondería conocer de los daños que cause al orden civil, independientemente de que junto a ella se demande o no a su compañía aseguradora, *vid.* “Cambio de vía. Auto de la Sala especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001”, *Indret*, Barcelona, octubre de 2002, en www.indret.com. Por su parte, LÓPEZ MENUDO, GUICHOT REINA y CARRILLO DONAIRE consideran que atendiendo al marco normativo existente lo más coherente sería admitir que cuando se demanda a la Administración junto a la aseguradora es el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el único competente, *vid.* “Crónica de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Administrativa”, JA núm. 18 (2003), págs. 187-190. En idéntico sentido se manifiesta PECES MORATE, quien sostiene que de mantenerse la orientación jurisprudencial del comentado Auto de la Sala de Conflictos de Competencia se dejaría carente de eficacia lo dispuesto tan categóricamente en los arts. 9.4 LOPJ, 2.e) LJC y DA 12ª de la Ley 4/1999. A juicio de este autor, si la razón por la que el Auto se inclina a favor del orden civil es que ni la LJC ni la LOPJ contemplan expresamente la presencia de las compañías aseguradoras en el proceso contencioso-administrativo, este argumento puede salvarse aplicando la doctrina de la responsabilidad directa y solidaria de las entidades aseguradoras y haciendo uso de las cuestiones prejudiciales, de acuerdo con lo establecido en los arts. 10.1 LOPJ y 4.1 LJC, *vid.* “Criterios jurisprudenciales actuales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”, en *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Cuadernos de Derecho Judicial I-2002, CGPJ, Madrid, 2002, págs. 482-483. Por su parte, también HUERGO LORA y MIR PUIGPELAT consideran que la conclusión alcanzada por este Auto vulnera lo dispuesto en el art. 2.e) LJC, *vid.* respectivamente “El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, *InDret*, working paper núm. 150 (julio 2003), www.indret.com, págs. 11-14 y “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”, *InDret*, working paper núm. 151 (julio de 2003), en www.indret.com, págs. 14-18 (trabajo publicado asimismo en: *La Justicia Administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, ob. coord. por M^a Jesús MONTORO CHINER, Atelier, Barcelona, 2003, págs. 512-537).

¹⁹ Auto citado por PELAYO PARDOS, *vid.* “El procedimiento administrativo de reclamación. La intervención de la inspección médica”, en *La responsabilidad patrimonial de la Administración sa-*

de 2002²⁰] y rechazado [AAP de Badajoz de 6 de marzo de 2002²¹, SSAP de Gerona de 26 de junio y 10 de julio de 2002 (JUR 2002\226424 y 2002\244413)]

nitaria, ob. cit., pág. 121. A la misma resolución parece hacer referencia GUERRERO ZAPLANA con la fecha de 15 de octubre de 2002 en “Las peculiaridades de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: el criterio de la *lex artis*”, en *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Cuadernos de Derecho Judicial I-2002, CGPJ, Madrid, 2002, págs. 67-68. Comentan, asimismo, este Auto, BUSTO LAGO, “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2ª edic., ob. coord. por L. Fernando REGLERO CAMPOS, Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 1599-1604 y GÓMEZ LIGÜERRE en “Dos veces en la misma piedra. Comentario al Auto de la Sala especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2002”, InDret, working paper núm. 125 (enero de 2003) y en “Paso a nivel. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas tras los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y de 21 de octubre de 2002”, ob. cit., págs. 10-13. Para superar el problema de que la víctima pueda ejercitar la acción que le corresponde contra la Administración y la acción directa contra su aseguradora ante dos jurisdicciones distintas, MIR PUIGPELAT proponía que debía imponerse un litisconsorcio pasivo necesario entre la Administración y su aseguradora, siendo el orden jurisdiccional competente para conocer de estos asuntos el contencioso-administrativo, *vid.* “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”, ob. cit., págs. 20-22.

²⁰ En el Auto de la AP de Pamplona de 23 de octubre de 2002, según cita PELAYO PARDOS en “El procedimiento administrativo de reclamación. La intervención de la inspección médica”, en *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, ob. cit., pág. 121, se declara la competencia del orden jurisdiccional civil, de acuerdo con la doctrina establecida en el Auto de la Sala de Conflictos del TS de 27 de diciembre de 2001, en un supuesto de reclamación de responsabilidad por contagio de Hepatitis C en el que la acción se había entablado únicamente contra la compañía aseguradora del Servicio Navarro de Salud. En este caso habría que notar el hecho de que la doctrina del Auto de la Sala de Conflictos citado se refiere a supuestos en los que la acción se dirige de forma conjunta contra la Administración y su compañía aseguradora, mientras que en el Auto de la AP de Pamplona la acción se entabla exclusivamente contra la aseguradora.

²¹ En este Auto la AP de Badajoz declara que la competencia para conocer del caso corresponde a los tribunales contencioso-administrativos, a pesar de ser esta postura contraria a la tesis mantenida en el Auto de 27 de diciembre de 2001 de la Sala de Conflictos de Competencia. Las razones en las que se basa son: en primer lugar, porque al ser la causa de la posible condena la culpa o negligencia del personal sanitario, aunque no se les demande a ellos ni a la Administración, “por razones que no son fáciles de explicar”, la competencia no corresponde a la jurisdicción civil; y en segundo lugar, porque el Auto de la Sala de Conflictos del TS de 27 de diciembre de 2001 constituye “una resolución única hasta este momento y habrá que esperar a que se produzcan otras o a que se opere un cambio de dirección”. Tras comentar los argumentos dados en este Auto por la AP, PELAYO PARDOS puntualiza que la razón por la que no son demandados ni la Administración ni sus funcionarios es porque interviene la figura de un seguro de responsabilidad civil que tienen concertado, *vid.* “El procedimiento administrativo de reclamación. La intervención de la inspección médica”, en *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, ob. cit., pág. 120.

y SAP de Córdoba de 23 de mayo de 2003 (JUR 2003\152466)] o ignorado por otras [SAP de Burgos de 21 de marzo de 2002 (JUR 2002\141201)].

En suma, hay que reconocer que en el momento en el que se dictó el Auto de 27 de diciembre de 2001 nos encontrábamos ante una laguna legal que debía ser colmada con una reforma de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que contemplara esta situación y sin ambages declarase la competencia de este orden jurisdiccional para conocer en exclusiva de las reclamaciones dirigidas conjuntamente contra la Administración Pública y su aseguradora o únicamente contra la aseguradora de la Administración en ejercicio de la acción directa. De esta forma se evitaría que órganos jurisdiccionales que no son los que tienen atribuidas las competencias en materia de responsabilidad patrimonial decidan sobre la existencia de la responsabilidad de la Administración, se pondría fin a la duplicidad de procesos y al riesgo de resoluciones contradictorias y se reforzaría el principio de seguridad jurídica²².

Afortunadamente, la Ley Orgánica 19/2003 ha acometido dicha reforma en los arts. 9.4 LOPJ, 2.e) y 21.1.c) LJC, aunque, tal y como hemos precisado,

²² En este sentido se manifiesta SORIANO GARCÍA, quien demanda una reacción legislativa que permita integrar estos conflictos en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, *vid.* “Asunto Biet Bernal: un pequeño Arrêt Blanco en nuestra justicia. ¿Vuelta de la responsabilidad de la Administración a la jurisdicción civil?”, Diario del Derecho, en <http://www.iustel.com/noticias>, artículo publicado en la REDA núm. 115 (2002), págs. 399-404. Por su parte, BLANQUER CRIADO propone que sea una Ley la que regule de forma clara cómo articular la celebración de contratos de seguros por parte de la Administración para asegurar su responsabilidad patrimonial, de acuerdo con la exigencia constitucional de un “sistema” de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (arts. 149.1.18 y 106 CE) ya que de no hacerse así se “abre la puerta a la definición judicial del derecho de los ciudadanos a ser resarcidos de los daños que les hayan causado las Administración” que, a su parecer, constituye uno de los grandes problemas de la responsabilidad patrimonial de los Ayuntamientos por la organización y celebración de sus fiestas populares. Esta Ley tendría que contemplar, en su opinión, un procedimiento administrativo en el que interviniesen no sólo la Administración y el sujeto lesionado, sino también la compañía aseguradora, la cual no debería efectuar el pago de la indemnización al perjudicado hasta que no se haya dictado el acto administrativo que ponga fin al procedimiento, *vid.* *Las fiestas populares y el derecho: régimen jurídico, responsabilidad patrimonial y pólizas de seguro*, ob. cit., págs. 228-229 y 245. También MONTORO CHINER y HILL PRADOS apuntan la conveniencia de una ley específica que resuelva los problemas que plantea el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, *vid.* *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, ob. cit., pág. 58. En el mismo sentido, HUERGO LORA manifiesta lo beneficioso que sería que este tipo de contrato fuese objeto de una regulación expresa en la que no sólo se aclarase su régimen jurídico, sino que incluso pudiera derogarse la normativa de los contratos públicos en algunos aspectos para poder contemplar así soluciones más acordes a su naturaleza jurídica, *vid.* *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, ob. cit., pág. 133.

referida, en principio, únicamente a las reclamaciones por responsabilidad dirigidas directamente y de forma conjunta contra la Administración Pública y su aseguradora, por lo que parece que no se contempla, por lo menos, de forma expresa, el supuesto en el que la acción por responsabilidad se entabla directa y únicamente contra la aseguradora de la Administración, cuestión ésta que abordaremos en el siguiente apartado.

Por todo lo dicho, y sin lugar a dudas a partir de esta reforma, en el caso de que pretenda demandarse simultáneamente a la Administración y a su compañía aseguradora, a pesar de lo declarado por la Sala de Conflictos del TS en los Autos de 27 de diciembre de 2001 (RJ 2002\4086) y 21 de octubre de 2002, el orden jurisdiccional competente para conocer de estas demandas no es el civil, puesto que tal opción resulta contraria al mandato que de forma rotunda proclaman los arts. 9.4 LOPJ y 2.e) LJC, esto es, que la Administración no puede ser juzgada en materia de responsabilidad ante otro orden jurisdiccional que no sea el contencioso-administrativo²³ y, a raíz de la Ley Orgánica 19/2003, a la concreta atribución de competencia que en esta materia se hace a favor de los Tribunales contencioso-administrativos.

En verdad, a nuestro juicio, esta era, incluso antes de la última modificación legislativa comentada, la única solución posible a la vista de las regulaciones contenidas en la LRJAP y PAC, la LJC y la LOPJ. Era el orden contencioso-administrativo el único que podía conocer y resolver estos supuestos en los que se demandaba junto a la Administración a su aseguradora, como garante del pago, de modo que se mantenía y reforzaba el principio de unidad jurisdiccional en esta materia. Desde esta perspectiva, manteníamos, y con mayor razón ahora, que ante una demanda presentada contra la Administración y su aseguradora ante el orden jurisdiccional civil, éste debería inadmitirla por falta de jurisdicción y remitir el asunto al orden competente *ratione materiae*, el contencioso-administrativo²⁴. De este modo, solamente el orden jurisdiccional

²³ Esta opinión la ha mantenido, entre otros, HUERGO LORA, quien considera, además, que el art. 9.4, párrafo segundo LOPJ no ha de entenderse en un sentido literal, puesto que esta interpretación no es la única ni la más correcta. Para él lo relevante es “la responsabilidad concurrente, no la causación material concurrente del daño”. Sin embargo, discrepamos de este autor cuando sostiene que en el caso de que se demande a la Administración y a su aseguradora ante el orden jurisdiccional civil éste debe inadmitir la pretensión contra la Administración por falta de jurisdicción, pero puede continuar el proceso contra la aseguradora. *Vid. El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, ob. cit., págs. 175-178.

²⁴ Algunas de las resoluciones en las que los órganos jurisdiccionales civiles han apreciado de oficio la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil para resolver una demanda por responsabilidad planteada contra la Administración y su aseguradora son: SAP de Asturias de 16 de

contencioso-administrativo será el que decida sobre la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración así como sobre su cobertura por las pólizas de seguros privados, situación ésta que felizmente contempla expresamente la LOPJ, poniendo fin a los titubeos padecidos sobre cuál era el procedimiento que había de seguirse en estos casos y el orden jurisdiccional que ostentaba la competencia para enjuiciarlos.

B) Demandas entabladas directamente contra la aseguradora de la Administración

a) Sobre la aplicación del art. 76 LCS a las Administraciones Públicas

Cuando la legislación del seguro privado es aplicada a la Administración Pública sufre una serie de matizaciones²⁵, como puede apreciarse con facilidad respecto de la acción directa regulada en el art. 76 LCS. Este precepto re-

mayo de 1997 (AC 1997\1173) y 20 de marzo de 2001 (AC 2001\636), las SSAP de Madrid de 6 de julio de 2000 (AC 2000\1570), 10 de julio de 2000 (AC 2000\1571) y 27 de enero de 2001 (AC 2001\611) y SAP de Málaga de 9 de enero de 2001 (AC 2001\316).

²⁵ Por ejemplo, en materia de defensa jurídica el art. 74 LCS estipula que “*salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado*”. Empero, cuando es una Administración Pública el sujeto asegurado hay que tener en mente que ésta cuenta con un cuerpo propio de letrados a los que compete la dirección jurídica de sus procesos. Dicha situación se salva entonces atendiendo a la libertad de pactos a la que alude el propio precepto, siendo aconsejable para despejar cualquier tipo de dudas al respecto que la compañía aseguradora acuerde con la Administración en el propio contrato que la función de defensa jurídica correrá en tales casos a cargo del cuerpo de funcionarios públicos que corresponda, *vid.* GAMERO CASADO, “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”, *ob. cit.*, págs. 372 y 373 y MONTORO CHINER y HILL PRADOS, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, *ob. cit.*, págs. 66-68. En cambio, TORRENT I RIBERT cuando comenta el citado art. 74 LCS así como la cláusula que contienen las pólizas de seguro sobre que el asegurado no podrá negociar ni admitir su responsabilidad, salvo con autorización expresa de la compañía, afirma que la colisión que se produce entre estas normas y las que rigen la responsabilidad patrimonial de la Administración “es frontal y no solucionable” desde un punto de vista legal, por lo que propone una solución contractual, pactada entre la Administración y su aseguradora, de modo que ésta asumirá el pago de las indemnizaciones aceptadas por la Administración siempre que: en la póliza se establezca una franquicia a cargo de la Administración en el pago de la indemnización, la obligación de la Administración de dar audiencia a la aseguradora en el expediente administrativo y que la reclamación de la indemnización sea acorde con el dictamen preceptivo del órgano consultivo estatal o autonómico. A estas garantías añade el autor el que la aseguradora tuviera legitimación activa para impugnar la resolución administrativa que estime la reclamación patrimonial, posibilidad ésta que ha de venir por vía legislativa. *Vid. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Especial consideración de la derivada del uso de las vías públicas. El seguro de responsabilidad civil de los entes públicos*, Editorial Mapfre, Madrid, 1995, págs. 120-125 y 133.

conoce el derecho del tercero perjudicado de accionar directamente contra la aseguradora para resarcirse de los daños que el asegurado le haya causado y que se encuentren cubiertos por la póliza. En concreto, dice así el art. 76 LCS:

“El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso en que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido”.

Atendiendo al tenor del precepto transcrito surge la duda de si realmente puede la acción directa aplicarse al supuesto en el que el sujeto asegurado sea una Administración Pública e, incluso, si pueden las partes del contrato de seguro pactar su exclusión.

En este sentido hay que decir, en primer lugar, que el art. 76 LCS no ha sido expresamente derogado por ninguna norma, por lo que, en principio, nada impide que su regulación le sea aplicable a la Administración Pública. Otra cuestión será la valoración que merezca el ejercicio de esta acción cuando el sujeto asegurado sea una Administración Pública, esto es, si deviene innecesaria e, incluso, si tras la promulgación de la LO 19/2003 su ejercicio resultaría contrario al sentido de las últimas modificaciones legislativas realizadas en materia de responsabilidad patrimonial.

En segundo lugar, sobre si las partes del contrato de seguro podrían excluir el ejercicio de la acción directa por parte del tercero lesionado hay quienes sostienen que es posible hacer una renuncia expresa a su tramitación en el contrato siempre que así conste en los pliegos de condiciones²⁶, mientras

²⁶ Debido a que en los casos de aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración la acción directa resulta innecesaria y ociosa MONTORO CHINER y HILL PRADOS concluyen que “En los Pliegos de Condiciones puede hacerse constar la innecesidad de tramitar una hipotética acción directa, ateniéndose siempre al procedimiento administrativo en la reclamación” y que “La acción directa del perjudicado contra la aseguradora, de no entenderse materialmente derogada en el contrato de seguro de la responsabilidad extracontractual por las propias leyes de procedimiento, cuando está presente la Administración asegurada; en todo caso puede hacerse expresa renuncia a su tramitación en el contrato, si así consta en los Pliegos de Condiciones”, *vid. Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, ob. cit., págs. 108 y 109.

que otros afirman que no sería válida una cláusula en tal sentido basándose en que la acción directa constituye una cuestión de orden público²⁷ o en que supone un derecho que la ley expresamente reconoce al tercero perjudicado²⁸.

A nuestro parecer, las partes del contrato no pueden excluir el ejercicio de la acción directa por parte del tercero y ello porque, en primer lugar, el derecho de entablar la acción directamente contra el asegurador se lo reconoce la Ley al tercero perjudicado, y no a las partes del contrato de seguro y, en segundo lugar, porque al ser una de las partes contratantes la Administración el contrato de seguro, aunque de naturaleza jurídico-privada, debe respetar las disposiciones correspondientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP) cuyo art. 4 establece que la Administración podrá pactar libremente o establecer condiciones siempre que sean acordes con el interés general, el ordenamiento jurídico general y los principios de buena administración. Por consiguiente, todos los contratos celebrados por la Administración deben ser respetuosos con lo dispuesto en las leyes, entre ellas la LCS, que le otorga al tercero perjudicado el derecho de accionar directamente contra el asegurador.

Partiendo de la base de que la regulación contenida en la LCS le es en principio también aplicable a los contratos de seguros suscritos por la Administración y de que no puede suprimirse por las partes del contrato el derecho legal que el art. 76 le reconoce al sujeto lesionado de accionar directamente contra la compañía aseguradora, consideramos que los principales in-

²⁷ OLIVENCIA RUIZ considera que al tratarse de un “derecho propio” que la Ley reconoce a la víctima de un daño del que sea responsable el asegurado “no cabe admitir pactos, cláusulas o condiciones entre asegurador y asegurado (art. 1.255 CC) que excluyan o limiten los derechos y acciones de terceros (art. 1.257 CC)”, *vid.* “El seguro de responsabilidad civil y la protección de la víctima. En especial los daños causados por la gran empresa. La acción directa y las excepciones oponible”, en *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Musini, Madrid, 1994, págs. 201-204 y 208 y SÁNCHEZ CALERO, Comentario al artículo 76 en *Ley del Contrato de Seguro: Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 2ª edic., Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 1298-1356.

²⁸ Aunque, tal y como hemos anotado antes, MONTORO CHINER y HILL PRADOS parecen concluir en el Capítulo X de su libro, dedicado a las reflexiones finales, que cabe renunciar expresamente a la acción directa en el contrato, dicen, sin embargo, en el Capítulo VI que “No sería, pues, válida una cláusula en la que se excluyese la acción directa, por mucho que las partes así lo decidiesen libremente al amparo de su mayor libertad a la hora de negociar las condiciones del contrato. Por otro lado, admitir la posibilidad de exclusión supondría un cierto peligro para la tan reclamada acción directa, ya que podría constituir un peligroso precedente que abriese la puerta a otros supuestos de exclusión no deseables”, *vid. Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, ob. cit., págs. 84 y 85.

terrogantes que presenta la acción directa son los de valorar o constatar si tiene sentido, si representa algún tipo de ventaja para el tercero perjudicado, hacer uso de la misma cuando es una Administración el sujeto asegurado y, en su caso, cuál sea el procedimiento que ha de seguirse y el orden jurisdiccional ante el que ha de ejercerse este derecho.

b) Argumentos a favor del mantenimiento de la acción directa

Tal y como hemos dicho antes, el art. 76 LCS no ha sido explícitamente derogado por ninguna norma, por lo que el tercero lesionado por una Administración Pública podrá acudir bien directamente contra la Administración en vía administrativa y, posteriormente, contencioso-administrativa, o bien podrá entablar la acción directa contra la aseguradora de aquélla ante el orden jurisdiccional civil. Ante esta doble vía que, en principio, parece que se le ofrece al particular dañado la primera pregunta que surge es ¿cuáles son las razones o ventajas que pueden mover a un sujeto que ha sido perjudicado por una actuación administrativa para acudir en vez de directamente contra la Administración contra la aseguradora de ésta ante el orden jurisdiccional civil?

En primer término, podría pensarse que, ante el colapso y la lentitud de los Tribunales contencioso-administrativos, en la vía judicial civil el tercero lesionado obtiene la indemnización más rápidamente, en un plazo más breve²⁹.

Por otra parte, podría aducirse que frente a la actitud más reacia que pueda mostrar la Administración o los Tribunales contencioso-administrativos a la hora de reconocer la responsabilidad de la Administración y concederle la indemnización correspondiente al particular lesionado, los Tribunales civiles son más proclives que la Administración a otorgarle la indemnización al particular lesionado y a condenar al pago a la aseguradora, entidad movida por el ánimo de lucro.

²⁹ Antes de acudir a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa debe agotarse la vía administrativa. Sobre el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial, tanto general como abreviado, que regula el Título X de la Ley 30/1992, algunos autores ponen de relieve cómo éste parece no ajustarse a la Recomendación (84) 15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, aprobada el 18 de septiembre de 1984, puesto que no permite resolver con rapidez la reclamación de la responsabilidad, *vid.* MONTORO CHINER y HILL PRADOS, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, ob. cit., pág. 34 y SANZ RUBIALES, "Criterios del Consejo de Europa y ordenamiento español: algunos problemas", en *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18 de octubre de 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 72-74.

Por último, otro posible motivo que puede tener en cuenta el tercero a la hora de ejercitar la acción directa del art. 76 LCS ante el orden jurisdiccional civil sería el de poder cobrar, en su caso, unos intereses mucho más altos, los del art. 20 LCS, que los que recibiría en la vía contencioso-administrativa.

Atendiendo, pues, a la regulación contenida en el art. 76 LCS y a los argumentos expuestos, una parte importante de la doctrina admite que *de lege data* la acción directa sigue viva y, por tanto, puede ser entablada contra la aseguradora de la Administración ante el orden jurisdiccional civil³⁰, tal y como viene reconociendo una parte de la jurisprudencia del TS y de las Audiencias Provinciales³¹. De acuerdo con esta postura, cuando el tercero ejercita la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración, como “ga-

³⁰ Admiten la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de la acción directa entablada por el tercero contra la aseguradora MARTÍN REBOLLO, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, RAP núm. 150 (1999), pág. 354, DÍAZ ALABART, “La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad”, en *Ponencias del Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Civil en Santiago de Compostela*, 1999, págs. 29-30, HUERGO LORA, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, ob. cit., págs. 167-171 y 178, SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Montecorvo, Madrid, 2001, pág. 152, RIVERA FERNÁNDEZ, “El conflicto jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Un debate doctrinal no del todo solucionado en la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria”, *Revista del Poder Judicial* núm. 63 (2001), pág. 173, GÓMEZ LIGÜERRE, “Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual”, *InDret*, Barcelona, abril de 2001, en www.indret.com, PELAYO PARDOS, “El procedimiento administrativo de reclamación. La intervención de la inspección médica”, en *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Cuadernos de Derecho Judicial I-2002, CGPJ, Madrid, 2002, págs. 118-125, BUSTO LAGO, “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2ª edic., ob. cit., págs. 1604-1605, ARQUILLO COLET, “Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria”, ob. cit., pág. 24 y “Seguro de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Local”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 12 (2003), págs. 2161-2163 y ROMERO REY, “Cuestiones problemáticas en torno a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: evolución legislativa y nuevos escenarios de conflicto”, ob. cit., págs. 44 y 49, nota a pie núm. 48.

³¹ Algunas sentencias del TS en las que el orden civil admite y conoce de supuestos de responsabilidad extracontractual de la Administración cubiertos por pólizas de seguros son: SSTS, Sala de lo Civil, STS de 10 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8538), 22 de abril de 1995 (RJ 1995\3492), 3 de abril de 1996 (RJ 1996\2880), 2 de diciembre de 1998 (RJ 1998\8787), 7 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9706), de 24 de febrero de 1999 (RJ 1999\1060) y de 2 de diciembre de 2002 (RJ 2002\10419). En el mismo sentido, *vid.* SAP de Palencia de 22 de diciembre de 1995 (AC 1995\2292), SAP de Barcelona de 24 de noviembre de 1998 (AC 1998\2141), SAP de Lérida de 1 de julio de 1999 (AC 1999\6279), SAP de Badajoz de 26 de febrero de 1999 (AC 1999\7968), SAP de Asturias de 12 de junio de 2000 (AC 2000\181465) y SAP de Badajoz de 26 de octubre de 2001 (JUR 2001\332631).

rante del pago”³² que es hasta los límites del riesgo que estén cubiertos por la póliza, nos encontramos ante un pleito planteado por un particular contra otro sujeto privado, lo que justificaría la competencia del orden civil de la jurisdicción³³.

c) Inconvenientes que presenta la acción directa contra la aseguradora de la Administración ante el orden jurisdiccional civil

Entre las presuntas ventajas que presenta el ejercicio de la acción directa contra la aseguradora de la Administración ante los Tribunales civiles se adujo, en primer lugar, la mayor brevedad que podría suponerle al perjudicado el acudir a esta vía a la hora de obtener la indemnización reclamada. Sin embargo, este argumento se desvanece cuando se atiende al dato normativo que estipula que la duración máxima de los procedimientos administrativos de reclamación de responsabilidad patrimonial será de seis meses, en el caso de que el procedimiento sea ordinario, o treinta días, en el del abreviado (arts. 13.3 y 17.2 del RD 429/1993). En el supuesto de que no se obtenga una respuesta por parte de la Administración en los citados plazos se entenderá que la solicitud ha sido denegada por silencio administrativo, pudiendo interponerse inmediatamente contra dicho “acto” administrativo presunto desestimatorio el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

En segundo lugar, con relación a la mayor proclividad que pueda presumirse en el orden jurisdiccional civil a la hora de conceder la indemnización al tercero lesionado hay que decir que este argumento, al igual que el anterior, es más bien de tipo dogmático, pues no hay constancia alguna de que las indemnizaciones reconocidas por los Tribunales civiles sean de una cuantía

³² El papel de la compañía aseguradora es el de “garante del pago” y no de la responsabilidad patrimonial de la Administración. La aseguradora está obligada al pago de un resarcimiento en virtud de la póliza, lo que no quiere decir que le sea imputable el resultado lesivo. En este sentido, *vid.* GAMERO CASADO, “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”, *ob. cit.*, pág. 369, MONTORO CHINER y HILL PRADOS, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, *ob. cit.*, págs. 12, 30, 33, 35, 90 y 109 y BLANQUER CRIADO, *Las fiestas populares y el derecho: régimen jurídico, responsabilidad patrimonial y pólizas de seguro*, *ob. cit.*, págs. 162, 194, 195, 215, 228 y 237.

³³ ROIG SERRANO considera que, al margen de la cuestión de cuál sea el orden jurisdiccional adecuado para ejercitar la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración, si se plantea ante el civil y éste no se declara incompetente y entra a conocer del asunto debe aplicar exclusivamente las reglas de la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración, *vid.* “Responsabilidad de la Administración: patrimonial o civil”, presentado al VIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, en http://www.aeds.org/congreso8/comlib/resp_admon.htm.

superior a las estipuladas por los contencioso-administrativos. De hecho, los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos no se encuentran vinculados a la hora de determinar el *quantum* indemnizatorio por ningún tipo de tabla o baremo, a diferencia de los civiles. Es más, a menudo, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, los Tribunales contencioso-administrativos emplean criterios basados en la justicia y la equidad para fijar una cuantía indemnizatoria más elevada que la que le correspondería si únicamente tuvieran en consideración los citados baremos y tablas.

Además, mientras que la compañía aseguradora sólo podría abonar como indemnización máxima hasta el límite cubierto por la prima, la Administración no se halla vinculada por dicho tope, pudiendo reconocer al sujeto lesionado una cantidad mayor.

Otra razón que desmonta la supuesta ventaja del ejercicio de la acción directa ante el orden jurisdiccional civil es que mientras la aseguradora podría ser insolvente, no se corre ese riesgo cuando la acción se dirige contra la Administración. Sobre este particular, hay autores que han sostenido que no tiene ningún sentido mantener la necesidad de dicha acción cuando es una Administración el asegurado que ha causado el daño puesto que en estos casos no hay peligro de insolvencia ni de falta de seriedad a la hora de efectuar el pago, por lo tanto, en estos supuestos el ejercicio de la acción directa, además de innecesaria, resultaría ociosa³⁴.

Parece, por tanto, que los supuestos beneficios que le puede reportar al sujeto lesionado acudir a los Tribunales civiles a través de esta acción se esfu-

³⁴ En este sentido *vid.* MONTORO CHINER y HILL PRADOS, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, ob. cit., págs. 81-82, 92 y 199. No obstante, la profesora HILL PRADOS, en su Ponencia sobre “La aplicación del contrato de seguro a la responsabilidad patrimonial de la Administración”, presentada en el ya mencionado Seminario sobre Responsabilidad Patrimonial de la Administración y Contrato de Seguro, comentó que esa afirmación tan tajantemente realizada en su libro no es del todo acertada, más bien querían decir, tanto ella como la profesora MONTORO CHINER, que la acción directa “pudiera ser ociosa”. En cambio, HUERGO LORA considera totalmente factible que el tercero perjudicado, como titular de un derecho subjetivo, ejercite la acción directa contra el asegurador de la Administración, siendo muy débil el argumento de que ésta carezca de sentido por el hecho de ser la Administración un responsable con solvencia, *vid. El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, ob. cit., pág. 162. Por su parte, GAMERO CASADO opina que, aunque la LCS contemple el derecho del perjudicado a ejercitar una acción directa contra la compañía aseguradora, “resulta más que dudosa su operatividad si previamente no se ha tramitado el correspondiente procedimiento administrativo”, *vid.* “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”, ob. cit., pág. 359.

man por sí solos. Si a ello se une además que para que pueda determinarse si la aseguradora tiene o no la obligación de pagar ha de existir, de acuerdo con los arts. 142 y ss. de la LRJAP y PAC, 2.e) LJC y 9.4 LOPJ, un pronunciamiento administrativo o contencioso-administrativo que declare la responsabilidad patrimonial de la Administración, resulta totalmente ilógico ejercitar la acción directa contra la aseguradora de la Administración si el tercero tiene en sus manos, de forma previa y necesaria, un pronunciamiento administrativo con el que ya puede satisfacer sus pretensiones. Carecería de sentido, por tanto, que el tercero que obtiene un pronunciamiento favorable en vía administrativa o contencioso-administrativa rechace que sea la Administración la que directamente le abone la indemnización para que sea la aseguradora quien le pague posteriormente en vía civil, si es que así lo determinan los Tribunales de este orden.

Abundando aún más en este tema, podría mantenerse que sería jurídicamente factible que el tercero lesionado accionara directamente contra la aseguradora de la Administración ante el orden jurisdiccional civil sin que previamente existiese un pronunciamiento respecto de la responsabilidad ni en vía administrativa ni contencioso-administrativo con base en el sistema de las cuestiones prejudiciales diseñado por nuestro ordenamiento jurídico. De conformidad con el art. 10.1 LOPJ los Jueces y Tribunales civiles podrían decidir a título meramente prejudicial sobre si el daño existente es o no indemnizable de acuerdo con el sistema de responsabilidad jurídico-administrativo y si está o no cubierto por la póliza de seguro suscrita. Sin embargo, esta opción presenta graves inconvenientes como son³⁵: en primer lugar, en caso de disconformidad de la compañía aseguradora con la decisión adoptada prejudicialmente resultaría muy difícil encajar a la aseguradora en el concepto de interesado que le permita reclamar en vía administrativa y posteriormente contencioso-administrativa contra dicha valoración prejudicial; en segundo lugar, el tercero perjudicado que acciona directamente contra la aseguradora se expone a que el órgano jurisdiccional civil deniegue su pretensión fundándose

³⁵ GAMERO CASADO plantea la viabilidad de esta opción así como sus inconvenientes tras lo cual concluye que resulta más recomendable “accionar en vía civil contra la aseguradora únicamente cuando se ostente una previa declaración de responsabilidad en vía administrativa o contencioso-administrativa”. Por todo ello sostiene que si se mantiene en el ámbito del aseguramiento de la responsabilidad administrativa una acción directa comparable a la prevista en la LCS se hace preciso “canalizarla a través de un procedimiento administrativo, al que se anude expresamente la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, reuniendo ante esta última todas las cuestiones litigiosas que pudieran suscitarse tanto de la existencia de responsabilidad como de su cobertura de la póliza”. *Vid.* “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”, *ob. cit.*, págs. 371 y 372.

en causas tales como la inexistencia del contrato o extinción de la relación jurídica, la falta del derecho del perjudicado al resarcimiento del daño o que tal supuesto no se halla cubierto por el seguro; y por último, hay que tener también en cuenta que el pronunciamiento civil puede dictarse transcurrido el plazo de un año desde la producción del daño o la determinación de las secuelas, lo que conlleva la prescripción de la acción de la que dispondría el tercero para poder reclamar ante la Administración³⁶.

Pues bien, a la vista de las observaciones expuestas, pensamos que las posibles razones por las que el tercero se dirija a la vía civil sean por ignorancia, simple desconocimiento de la existencia de la vía administrativa de reclamación ante la Administración Pública, o incluso por un inadecuado asesoramiento jurídico. No obstante, sea por el motivo que sea, consideramos que no existe una justificación suficiente para sustraer del orden contencioso-administrativo del conocimiento de una materia (la responsabilidad patrimonial) que el ordenamiento le atribuye en exclusiva.

Atendiendo, al conjunto de normas que serían aplicables a esta situación entendemos que ha de afirmarse que la acción directa contra la compañía aseguradora no debe plantearse ante el orden jurisdiccional civil si no existe un previo pronunciamiento, en vía administrativa o contencioso-administrativa, sobre la existencia de la responsabilidad patrimonial, ya que para declarar la obligación de pago de la compañía debe antes decidirse sobre la responsabilidad de la Administración, cuestión ésta que sólo puede ser conocida judicialmente por los Tribunales contencioso-administrativos. Ni siquiera a título prejudicial creemos que deba ser resuelto dicho extremo por los órganos jurisdiccionales civiles, ya que éstos no estarían decidiendo sobre una cuestión

³⁶ A diferencia de GAMERO CASADO, cuando HUERGO LORA se plantea el conocimiento prejudicial de la responsabilidad de la Administración por el orden jurisdiccional civil considera que cuando el tercero entabla la acción directa contra la aseguradora se interrumpe el plazo de un año para reclamar contra la Administración. Con base en el vínculo de solidaridad existente entre el asegurador y la Administración el ejercicio de la acción directa interrumpiría el plazo de prescripción de un año fijado por el art. 142.5 de la Ley 30/1992. El inconveniente que esta postura acarrea es que el asunto puede tardar varios años en resolverse en el orden civil y tras ese largo transcurso de tiempo tan lejano ya a la fecha en que se produjo el daño se reclamaría ante la vía administrativa, con el consiguiente riesgo de resoluciones contradictorias, *vid. El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, ob. cit., págs. 156-159 y 178-179. La situación descrita por este autor se evita si se mantiene, como aquí hacemos, que el único orden jurisdiccional competente que debiera de conocer de esta acción directa, en el caso de que se considere que continúa siendo aplicable, es el contencioso-administrativo, que decidirá sobre la existencia o no de responsabilidad en la Administración y dependiendo de ello sobre la obligación de indemnizar de la compañía aseguradora.

íntimamente relacionada con la que constituye el objeto central del pleito, sino sobre la cuestión de fondo.

Además, en el supuesto de que el tercero ejercite ante el orden jurisdiccional civil la acción directa antes de que la Administración haya determinado si existe o no responsabilidad el asegurador podrá esgrimir frente a aquél esta circunstancia como excepción³⁷, puesto que aunque el art. 76 LCS declare que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponderle al asegurador contra el asegurado, no lo es contra las que pueda tener contra el propio sujeto lesionado. Es más, incluso la inmunidad de la acción directa frente a las excepciones que correspondan al asegurador frente al asegurado no tiene un carácter absoluto, admitiéndose de forma generalizada que el asegurador puede oponer frente al tercero perjudicado las excepciones objetivas pertinentes, pero no las subjetivas³⁸.

No se puede, pues, privar a la Administración de que se pronuncie sobre la existencia o no de responsabilidad patrimonial, la concurrencia de otras causas en la producción del daño derivadas del comportamiento de la propia víctima o de terceros que excluyesen la responsabilidad de la Administración o, por lo menos, la modulasen, o sobre la existencia de fuerza mayor, entre otros extremos, tal y como reconoce la LRJAP y PAC.

³⁷ Así sucede en la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 12 de noviembre de 2001 (AC 2002\957), en la que se alega como excepción el no haberse planteado la previa reclamación administrativa. Por su parte, en la SAP de Vizcaya de 19 de enero de 1998 (AC 1998\4202) la Audiencia declaró la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de la demanda contra una Administración y su aseguradora y manifestó que el Juez de Primera Instancia no debió estimar la excepción de falta de reclamación previa en vía administrativa puesto que dicha reclamación constituye un requisito formalista y su falta es un defecto subsanable.

³⁸ HILL PRADOS mantiene que el asegurador puede oponer las excepciones objetivas (basadas en la existencia y vigencia del contrato, la cobertura pactada y el límite de la indemnización) pero no las subjetivas (relativas a la conducta del asegurado). Considera que sería injusto que el asegurador no pudiera oponer al tercero las excepciones objetivas puesto que de ahí podría derivarse un enriquecimiento injusto del sujeto asegurado y, además, el tercero perjudicado gozaría de una situación más ventajosa que el propio asegurado frente a su asegurador; como dice esta autora "No se trata de favorecer o proteger al asegurador, desprotegiendo o perjudicando al tercero, sino de respetar la máxima de que el tercero no debe estar en mejor posición que el propio asegurado". *Vid.* "Reflexiones en torno a la acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil", *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 1740-1758. Sobre esta cuestión *vid.* BOQUERA OLIVER, "Nota al artículo 76 de la nueva Ley de Contrato de Seguro", RGD núm. 453 (1982), págs. 870-877 y FONT SERRA, "La oposición del asegurador a la acción directa del artículo 76 de la Ley 50/80, de Contrato de Seguro", RGD núm. 552 (1990), págs. 6.325-6.338.

En este sentido se han manifestado los Jueces y Tribunales tanto del orden jurisdiccional civil³⁹ como del contencioso-administrativo⁴⁰, así como el propio Consejo de Estado⁴¹. Como muestra de esta postura cabe recordar los pronunciamientos de algunas sentencias civiles en las que se declara que la competencia para conocer de estos supuestos corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo puesto que “la presencia de un contrato de seguro no altera el procedimiento de exigencia de responsabilidad que debe ser deducida ante la Administración asegurada” [SAP de Asturias de 16 de mayo de 1997 [AC 1997\1173]]. Así, por ejemplo, en la SAP de Zaragoza de 23 de mayo de 2001 (AC 2001\1078) la Audiencia afirmó que constituye una premisa esencial para discutir si la responsabilidad le viene atribuida al asegurado establecer si existe responsabilidad patrimonial de la Administración, lo cual “es competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa”, de acuerdo con los arts. 142 y ss. LRJAP y PAC, 2.e) LJC y 9.4 LOPJ. O como constata la AP de Valencia en su sentencia de 6 de junio de 2002 (AC 2002\13), el admitir que los Tribunales civiles conozcan de la acción directa contra la aseguradora conllevaría que éstos decidieran sobre la existencia de la responsabilidad de la Administración, con la consiguiente posibilidad de

³⁹ En las siguientes sentencias la jurisdicción civil declara que la competente para conocer de estos supuestos es la contencioso-administrativa aduciendo que la presencia de un contrato de seguro no altera el procedimiento de exigencia de responsabilidad que debe ser deducida ante la Administración asegurada, así: SAP de Asturias de 16 de mayo de 1997 (AC 1997\1173), Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca de 26 de marzo de 1999 (AC 1999\4579), SAP de Vizcaya de 26 de mayo de 1999 (AC 1999\6049), SAP de Vizcaya de 12 de marzo de 1999 (AC 1999\4579), SAP de León de 2 de mayo de 2000 (AC 2000\2196), SAP de Vizcaya de 10 de julio de 2000 (AC 2000\1571), SAP de Vizcaya de 12 de julio de 2000 (AC 2000\1572), SAP de Barcelona de 5 de febrero de 2001 (AC 2001\563), SAP de Zaragoza de 23 de mayo de 2001 (AC 2001\1078), SAP de Zaragoza de 13 de noviembre de 2001 (AC 2001\1495), SAP de Valencia de 6 de junio de 2002 (AC 2002\13) y SAP de Madrid de 16 de mayo de 2003 (JUR 2003\274348).

⁴⁰ Sentencias en las que tras haberse seguido el procedimiento administrativo se acude al orden jurisdiccional contencioso-administrativo son las SSTS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 14 de septiembre de 1995 (RJ 1995\6728) y 19 de junio de 1998 (RJ 1998\5254).

⁴¹ Uno de los primeros dictámenes dados por el Consejo de Estado en este sentido fue el 331/1991, de 9 de mayo. En él el Alto Órgano Consultivo entró a conocer del fondo de una reclamación de responsabilidad en la que existía de por medio un contrato de seguro sujeto a la Ley 31/1990 bajo el siguiente argumento: “Los daños causados por la Administración pública incluso en relaciones de Derecho privado se exigen conforme al procedimiento administrativo y se revisan por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La presencia de una aseguradora no puede convertir el *ius cogens* en reglas dispositivas. Aunque las relaciones que entablan aseguradora y asegurado incumban al orden civil para que la aseguradora sea condenada al pago (artículo 43 LCS) debe examinarse la conducta de su asegurado y el orden civil tiene vedado el acceso en el ámbito administrativo”.

que se den sentencias contradictorias si la jurisdicción civil resuelve las reclamaciones frente a las aseguradoras y la contencioso-administrativa las que se dirijan contra la Administración, situación ésta que entendemos inadmisibles.

Ya en la redacción anterior a la promulgación de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, el art. 2.e) LJC establecía que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá con exclusividad de las cuestiones que se susciten en materia de 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*”. A lo dicho por este precepto, el art. 9.4 LOPJ añadía que también conocerá el orden contencioso-administrativo de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial cuando “*a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados*”, en cuyo caso el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión.

Pues bien, como puede observarse tales normas disponen que el único orden jurisdiccional con competencia para juzgar de las cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración es el contencioso-administrativo. Incluso cuando intervienen sujetos privados en la producción del daño. Mas cuando el tercero dañado por la actuación de la Administración ejerce la acción directa contra la compañía aseguradora de ésta estamos ante un supuesto diferente al contemplado en el art. 9.4, párrafo segundo, LOPJ, puesto que la aseguradora no ha concurrido en la producción del daño⁴². Es precisamente a este reproche al que ha venido a poner fin la nueva redacción dada por la LO 19/2003 a los arts. 9.4 LOPJ y 2.e) LJC. Ahora se incluye expresamente el supuesto de las compañías aseguradoras de forma independiente al de las demandas entabladas contra la Administración y los sujetos privados que hubieran concurrido en la producción del daño.

⁴² Así lo entienden, entre otros, HUERGO LORA, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, ob. cit., pág. 153 y ATIENZA NAVARRO, “La responsabilidad patrimonial de las administraciones Públicas y la jurisdicción civil”, *Actualidad Civil* núm. 28 (2000-3), págs. 1034-1037. Para SÁNCHEZ CORDERO tras la reforma de los arts. 144 LRJAP y PAC, 2.e) LJC y 9.4 LOPJ el perjudicado sólo puede reclamar los daños que haya sufrido por el funcionamiento de un servicio público, primero, ante la propia Administración y, posteriormente, ante los Tribunales contencioso-administrativos, pudiendo actuar la compañía aseguradora de la Administración como codemandada, puesto que ya no existe la figura del coadyuvante. En el citado proceso se decidirá si existe o no responsabilidad de la Administración, mas no la cuestión de si procede abonar la cuantía de la indemnización a la compañía aseguradora, puesto que este tema se refiere a la relación interna existente entre la Administración y su compañía y habrá de resolverse atendiendo a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que hayan suscritos, *vid.* “La responsabilidad patrimonial una vez transferido el Insalud”, *Derecho y Salud*, volumen 10, núm. 1 (2002), pág. 76.

Por consiguiente, si se admite que los órganos jurisdiccionales civiles conozcan de la acción que el tercero entabla directamente contra la compañía aseguradora de la Administración antes de que ésta se haya pronunciado sobre su responsabilidad patrimonial se estarán vulnerando las citadas normas administrativas de carácter procedimental y procesal, así como el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley que consagra el art. 24.2 CE⁴³.

Siendo, a nuestro entender, obligado obtener un pronunciamiento administrativo que reconozca la responsabilidad de la Administración para que el tercero lesionado pueda percibir la indemnización que le corresponda carece de sentido que acuda al orden jurisdiccional civil contra la aseguradora de la Administración. No obstante, tal y como hemos dicho, algunos sujetos lesionados lo hacen, con lo que se arriesgan a que puedan darse alguna de las situaciones siguientes: que el Tribunal civil reconozca su competencia y entre a conocer del asunto, pronunciándose sobre si la aseguradora debe o no abonar la indemnización, lo que en el fondo implica, como hemos señalado, un pronunciamiento sobre una materia que es competencia exclusiva del orden jurisdiccional contencioso-administrativo; que el Tribunal civil declare su incompetencia de jurisdicción; o que suspenda el proceso civil hasta que la Administración se haya pronunciado sobre la existencia o no de responsabilidad patrimonial, presupuesto previo y necesario para poder decretar o no la obligación de pago de la aseguradora de aquélla.

Como puede fácilmente colegirse, esta situación en la que parte de los Tribunales civiles admiten su competencia para resolver estas cuestiones mientras que al mismo tiempo otros la niegan provoca una grave quiebra del principio de seguridad jurídica que sufren tanto los operadores jurídicos en general, como el sujeto lesionado en particular, puesto que éste no sabe con certeza ante qué orden jurisdiccional ha de dirigirse ni cuál es la postura que se mantiene en sede judicial.

Incluso para el asegurador se derivan consecuencias negativas del hecho de que los dos órdenes jurisdiccionales se consideren competentes para conocer de esta cuestión. Así, pensemos en la complicada tesitura en la que se

⁴³ A pesar de las últimas modificaciones legislativas comentadas, GÓMEZ LIGÜERRE, RAMOS GONZÁLEZ y LUNA YERGA consideran que no existe ningún obstáculo legal que impida a la víctima de un daño provocado por una Administración asegurada entablar la acción directa contra la compañía aseguradora ante el orden jurisdiccional civil, que será el que analice la concurrencia o no de los requisitos exigidos para el pago de la indemnización, *vid.* "Todos a una. Jurisdicción competente para condenar a la Administración pública y a su compañía aseguradora", *ob. cit.*, en www.indret.com.

encontraría el asegurador que hubiese efectuado el pago de la indemnización al tercero cumpliendo el mandato de una resolución dictada por un órgano jurisdiccional civil y cuya Administración asegurada hubiera sido declarada posteriormente no responsable por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo⁴⁴.

En conclusión, a nuestro juicio, ya antes de la reforma llevada a cabo por la LO 19/2003 carecía de sentido el ejercicio por parte del tercero lesionado de la acción directa contra la aseguradora de la Administración ante el orden jurisdiccional civil, puesto que para determinar la responsabilidad de ésta es imprescindible establecer previamente la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, materia que queda fuera del ámbito de las competencias de los órganos jurisdiccionales civiles. En pro de la seguridad jurídica hubiese sido quizás aconsejable que el legislador hubiera colmado esta laguna concretando expresamente la competencia del orden contencioso-administrativo en este supuesto, tal y como ha hecho recientemente en relación con los casos en los que se demanda conjuntamente a la Administración y a su compañía aseguradora. Parece, sin embargo, que no lo ha considerado necesario pues, a la vista de la nueva regulación de la LOPJ y la LJC, resulta evidente que los únicos Tribunales que ostentan la competencia para resolver estos asuntos son los contencioso-administrativos, que constituyen los Jueces y Tribunales predeterminados por la Ley a estos efectos. Por lo tanto, el particular no puede elegir libremente el acudir o no a esta vía para obtener la reparación debida, ni los Tribunales civiles pueden, con base en distintos argumentos como la *vis attractiva* o el evitar el peregrinaje jurisdiccional, conocer de una materia que les está vedada. No obstante, habrá que esperar a ver qué sucede y cuál es la postura que adoptan los Tribunales civiles ante el ejercicio de las acciones directas amparadas en el art. 76 LCS que puedan entablarse en un futuro contra las compañías aseguradoras de las Administraciones Públicas ante ellos sin que exista un previo pronunciamiento administrativo o conten-

⁴⁴ En estas coordenadas BLANQUER CRIADO se plantea el caso de que el tercero perjudicado se dirija únicamente contra la aseguradora con base en el art. 76 LCS y ésta procede al pago. En el supuesto de que después la compañía pretenda ejercer la acción de regreso contra la Administración no está claro a qué orden jurisdiccional le correspondería conocer del asunto porque, por un lado, la acción de regreso tiene su fundamento en la LCS de la que conoce el orden civil, pero si se acepta eso y se desplaza del orden contencioso-administrativo al civil el conocimiento de ese asunto se estaría infringiendo el art. 2.e) LJC y el 9.4 LOPJ. Dice este autor que “la respuesta al interrogante no es del todo clara, y esa oscuridad pone de manifiesto la precipitación y falta de reflexión con la que se ha admitido la práctica de que las Administraciones Públicas concierten pólizas de seguro”, *vid. Las fiestas populares y el derecho: régimen jurídico, responsabilidad patrimonial y pólizas de seguro*, ob. cit., pág. 236.

cioso-administrativo que determine la responsabilidad patrimonial de la Administración. Desde nuestro punto de vista, los órganos del orden civil deberán en estos casos declarar su incompetencia de jurisdicción⁴⁵.

d) Estado de la cuestión tras la reforma acometida por la LO 19/2003

A la vista de las ventajas e inconvenientes que al tercero lesionado le supone el ejercicio de la acción directa ante el orden jurisdiccional civil y, sobre todo, atendiendo a las normas procedimentales y procesales administrativas aplicables a esta situación, creemos que el único camino que tiene sentido que siga el perjudicado a la hora de reclamar la responsabilidad en que haya incurrido la Administración que esté asegurada es el del procedimiento de reclamación de responsabilidad regulado en los arts. 142 y 143 de la Ley 30/1992 y el RD 429/1993.

Según la LRJAP y PAC y la LJC para declarar la responsabilidad patrimonial se precisa que la Administración se pronuncie a través de dicho procedimiento o mediante la resolución de un recurso administrativo o de una acción de nulidad de conformidad con el art. 102.4 de la Ley 30/1992. Una vez que el tercero obtenga en vía administrativa una resolución, ya sea de forma expresa o por silencio, tendrá abierta la vía jurisdiccional contencioso-administrativa para demandar bien únicamente a la Administración o bien a la Administración junto a su aseguradora, tal y como expresamente se reconoce en los arts. 2.e) LJC y 9.4 LOPJ tras su última reforma. Lo que no resulta comprensible es, por tanto, que el tercero obtenga un pronunciamiento administrativo que declare la responsabilidad de la Administración para luego ir con él ante el orden jurisdiccional civil con el fin de reclamar de la aseguradora de aquélla la indemnización que ya se pudo cobrar en sede administrativa o contencioso-administrativa.

El camino descrito es el que, a nuestro juicio, ha de seguir cualquier sujeto que se haya visto lesionado en sus derechos por una actuación administrativa, con independencia de que ésta se encuentre o no asegurada. En este sentido, la reforma de la LO 19/2003 ha venido a aclarar aún más este punto al disponer que una vez llegada la reclamación del sujeto lesionado a la vía

⁴⁵ Así, por ejemplo, en las SSAP de Barcelona de 5 de febrero de 2001 (AC 2001\563), AP de Zaragoza de 23 de mayo y 13 de noviembre de 2001 (AC 2001\1078 y AC 2001\1495) y 6 de junio de 2002 (AC 2002\1368), las mencionadas Audiencias aceptan las respectivas excepciones de incompetencia de jurisdicción planteadas y declaran la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

contencioso-administrativa puede demandar en ella conjuntamente a la Administración y a su aseguradora, que tendrá en estos casos siempre el papel de codemandada, como dice el art. 21.1.c) LJC.

Contrasta con la regulación expresa que se hace del papel de las aseguradoras en el proceso contencioso-administrativo la falta de normas similares en el procedimiento administrativo. No obstante, con base en el art. 31.1.b) y c) LRJAP y PAC, consideramos que la compañía aseguradora ostenta en él la condición de interesado, que puede fundarse en la existencia de un derecho o de un interés legítimo que puede resultar afectado por la decisión que se adopte⁴⁶. Sobre este particular, al margen de lo dispuesto en la Ley 30/1992, hay que añadir que el contrato de seguro obliga a la Administración a llamar al asegurador al procedimiento. De hecho, algunas pólizas contemplan expresamente cláusulas que así lo disponen⁴⁷.

De este modo, una vez concluido el procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad patrimonial, el acto dictado -emanado de una

⁴⁶ MONTORO CHINER y HILL PRADOS proponen de *lege ferenda* modificar el Real Decreto 429/1993, incluyendo en la tramitación del procedimiento administrativo a la aseguradora de la Administración como “colaboradora”, *vid. Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, ob. cit., pág. 109. Por su parte, TORRENT I RIBERT no considera que exista ningún inconveniente para que la Administración le dé audiencia a la aseguradora en el procedimiento por reclamación de responsabilidad iniciado por el tercero contra ella, es más, considera que la Administración en aquellos casos en que acepte su responsabilidad estará obligada a darle audiencia en el procedimiento, lo cual no está prohibido por la Ley 30/1992. De hecho, si las aseguradoras tienen legitimación activa y pasiva en los procesos judiciales, con más razón podrán tenerla en el procedimiento administrativo que es más informal y en el ostentan un notorio interés legítimo, *vid. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Especial consideración de la derivada del uso de las vías públicas. El seguro de responsabilidad civil de los entes públicos*, ob. cit., págs. 114, 115, 123 y 124.

⁴⁷ Abundando en esta cuestión HUERGO LORA considera que el incumplimiento por parte de la Administración de este deber de llamar al procedimiento al interesado no afecta a la resolución que pueda dictarse en él, primero, porque si el asegurador es interesado ex art. 31.1.c) LRJAP y PAC sólo adquiere tal carácter desde que comparece, bien por iniciativa propia o a invitación de la Administración, y segundo, porque el asegurador no está obligado a pagar la indemnización estipulada en vía administrativa si no ha tenido ocasión de intervenir en el procedimiento. En este último caso la resolución administrativa dictada sin audiencia del asegurador no le será oponible a éste, por lo tanto, para obligarle a pagar la Administración tendrá que acudir al orden jurisdiccional civil. No obstante, entiende este autor que la resolución administrativa sí será oponible al asegurador cuando aunque éste no haya tenido conocimiento del comienzo del procedimiento sí se le haya comunicado posteriormente con tiempo suficiente para interponer el recurso contencioso-administrativo, *vid. El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, ob. cit., págs. 147-150.

Administración Pública, sujeto al Derecho Administrativo y que agota la vía administrativa- podrá ser recurrido ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo tanto por el tercero perjudicado como por la compañía aseguradora.

En suma, consideramos que la reforma de la LO 19/2003 pone fin al conocimiento que de esta materia se ha tenido por parte de dos órdenes jurisdiccionales, el civil y el contencioso-administrativo, con el consiguiente menoscabo del principio de seguridad jurídica que ello ha supuesto. El sujeto lesionado por una actuación administrativa, aunque ésta se halle asegurada, no puede elegir libremente entre dirigirse al orden jurisdiccional civil o al contencioso-administrativo. Ha de hacerlo ante el juez predeterminado por la Ley que, en este caso, es el contencioso-administrativo, pues, de acuerdo con los arts. 9.4 LOPJ y 2.e) LJC, la Administración no puede ser juzgada en materia de responsabilidad patrimonial por otro orden que no sea éste. Además, tal y como se ha puesto de relieve, el entender que el art. 76 LCS resulta inaplicable en los casos en los que el sujeto asegurado es una Administración Pública no supone ningún menoscabo o limitación del derecho del tercero lesionado a acceder a los Tribunales y a obtener la tutela judicial efectiva que les reconoce el art. 24 CE, ya que tiene a su disposición el acceso al orden jurisdiccional contencioso-administrativo⁴⁸.

⁴⁸ GÓMEZ LIGÜERRE pone de relieve cómo ni la LJC, la LRJAP y PAC o la LCAP han derogado expresamente el art. 76 LCS. Al mismo tiempo se pregunta si nos hallamos ante una derogación tácita y, en tal caso, a quién beneficiaría: ¿a la Administración, a los asegurados, a las compañías aseguradoras o a los ciudadanos? Según este autor son las compañías aseguradoras de la Administración las únicas que se beneficiarían si se impide que el sujeto dañado pueda entablar la acción de reclamación de responsabilidad directamente contra la aseguradora puesto que mientras la víctima ve retrasado el pago de la indemnización la compañía aseguradora se ahorra los intereses de demora que le impone el art. 20 LCS, lo que supone a la vez el disfrute para estas compañías de una situación de privilegio respecto del resto de las compañías aseguradoras, *vid.* “Sobre la posibilidad de que la víctima ejercite la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración pública. Auto de la Audiencia Provincial (Sección 3ª) de Valladolid de 22 de noviembre de 2000”, Indret, Barcelona, julio de 2001, en www.indret.com. Por su parte, BLANQUER CRIADO confiesa que él no aprecia con claridad cuáles son los beneficios que para el ciudadano puede tener el tránsito del “autoseguro” (la responsabilidad) al “heteroseguro” (la póliza), es por ello que dice que “Es evidente lo que ganan las compañías de seguros, pero para mí siguen siendo inciertos los beneficios y ventajas para los ciudadanos y las Administraciones Públicas”, *vid. Las fiestas populares y el derecho: régimen jurídico, responsabilidad patrimonial y pólizas de seguro*, ob. cit., pág. 244.

IV. EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN

A) Supuestos de responsabilidad derivados de comportamientos no constitutivos de delitos

Para abordar el tema de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas ha de partirse de lo dispuesto en el art. 145 de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999. Según este precepto los particulares deberán exigir a la Administración Pública que corresponda la responsabilidad patrimonial derivada de los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio⁴⁹. Una vez que la Administración haya indemnizado al sujeto lesionado exigirá de oficio a sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca, que es el contenido en el art. 21 del RD 429/1993.

Frente a los terceros es la Administración la única responsable del daño, por lo tanto, cuando ésta decide suscribir un contrato de seguro para cubrir la responsabilidad extracontractual en la que puedan incurrir sus autoridades o personal a su servicio está claro que es ella misma el tomador de la póliza, lo que no está tan claro es si es también el sujeto asegurado⁵⁰.

⁴⁹ La reforma del art. 145 LRJAP y PAC ha supuesto que el ejercicio de la acción de regreso por parte de la Administración contra el funcionario causante del daño haya pasado de ser facultativo a obligatorio. Ello conlleva un reforzamiento de la función preventiva o de evitación del daño que cumple la responsabilidad patrimonial; sin embargo, como pone de relieve DE LA MORENA y DE LA MORENA, dicha modificación se mueve más en un plano teórico que práctico, pues, hasta el momento no se ha aplicado nunca, *vid.* “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: un sistema en crisis y marcha atrás. Posturas doctrinal y jurisprudencial (VI)”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados* núm. 14 (2003), pág. 2585. Para garantizar el verdadero ejercicio de estas acciones MIR PUIGPELAT propuso en su Ponencia “Funcionarios, responsabilidad y seguro”, que tuvo lugar durante el Seminario sobre Responsabilidad Patrimonial de la Administración y Contrato de Seguro organizado por el INAP que se celebró en Madrid el 4 de marzo de 2004, que fuera el Ministerio Fiscal el que reclamase la indemnización pagada por la Administración al funcionario o incluso que existiese en este campo una acción popular. La admisión de la acción popular como mecanismo que permita obligar a la Administración a poner en funcionamiento la acción de regreso contra el funcionario ha sido también planteada por BUSTO LAGO, *vid.* “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2ª edic., ob. cit., pág. 1615.

⁵⁰ A juicio de GAMERO CASADO es única y exclusivamente la Administración el sujeto asegurado, pues es ella quien responde frente a terceros de los daños ocasionados por su personal.

Pues bien, en el caso de que una Administración asegure la responsabilidad extracontractual del personal a su servicio, además del art. 145 de la Ley 30/1992, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 76 LCS sobre que el asegurador puede repetir contra el asegurado cuando éste haya actuado dolosamente⁵¹. Si se pone en relación el tenor de ambos preceptos parece que podría surgir cierta desigualdad entre el funcionario causante del daño cuya Administración esté asegurada y aquél otro cuya Administración no haya suscrito este tipo de contrato, puesto que al primero sólo podrá reclamársele el resarcimiento del daño si su conducta ha sido dolosa mientras que el segundo puede ser obligado al pago si actuó con dolo o negligencia grave. Es por este motivo que algunos autores han expresado que sería aconsejable especificar en el contrato que la aseguradora puede subrogarse contra el funcionario en los mismos supuestos en los que la Administración pueda ejercitar la acción de regreso contra ellos⁵².

De este modo, considera superada este autor la prohibición que contempla el art. 19 LCS de cubrir daños causados dolosamente mediante pólizas de seguros “pues aunque la conducta de la autoridad o del personal causante del daño haya sido dolosa, la responsabilidad de la Administración no puede merecer tal calificativo, debiendo encuadrarse, a falta de otra categoría, en el contexto de la responsabilidad por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, siendo así que este tipo de responsabilidad sí puede ser objeto de seguro”, *vid.* “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”, *ob. cit.*, págs. 375 y 376. Por su parte, ROIG SERRANO considera que la Administración Pública y los profesionales a su servicio son asegurados en un mismo plano y sin distinción alguna, lo que conlleva que resulte imposible para la aseguradora subrogarse en el ejercicio de la acción de repetición que ostenta la Administración contra el funcionario o autoridad causante del daño de forma dolosa o con culpa grave. Por ésta y otras razones considera que las compañías de seguros deben redefinir el contenido y estructura de las pólizas, acomodándolas al concreto riesgo cubierto en estos casos, *vid.* “Responsabilidad de la Administración: patrimonial o civil”, presentado al VIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, en http://www.aeds.org/congreso8/comlib/resp_admon.htm. En relación con la Administración pública sanitaria ARQUILLO COLET constata que en las pólizas de seguro que cubren su responsabilidad aparecen como tomador del seguro la Administración correspondiente y como asegurados tanto el Organismo público como los funcionarios a su servicio, *vid.* “Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria”, *ob. cit.*, pág. 8.

⁵¹ Aunque el art. 19 LCS declara que “el dolo no es asegurable”, el art. 76 parece que obliga al asegurador a pagar los daños causados dolosamente por el sujeto asegurado, reconociéndole un derecho de repetición contra éste. Sobre cuáles son las razones en las que se apoya la prohibición del aseguramiento del dolo en el seguro de responsabilidad civil, *vid.* GÓMEZ POMAR y ARQUILLO COLET, “Daños dolosos y seguro”, *Indret* 03/2000, www.indret.com.

⁵² En esta línea se sitúan MONTORO CHINER y HILL PRADOS, *vid.* *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, *ob. cit.*, págs. 97-99. Por su parte, MIR PUIGPELAT propone de *lege ferenda* una solución salomónica, esto es, que la aseguradora pueda ejercitar la acción de regreso cuando el funcionario haya ocasionado el daño mediando dolo y que dicha acción corresponda a la Administración cuando aquél derive de culpa grave, *vid.* “La jurisdicción compe-

No obstante, el reconocer que la aseguradora pueda subrogarse en el derecho que ostenta la Administración de dirigirse contra su personal presenta una serie de dificultades, como son⁵³: por una parte, que el art. 145 de la Ley 30/1992 requiere para reclamar la responsabilidad de las autoridades o del personal al servicio de la Administración la tramitación de un procedimiento administrativo, cuya iniciación corresponde de oficio a la Administración, y cuya resolución definitiva será fiscalizable ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Ni la Ley 30/1992 ni el RD 429/1993 contemplan la posibilidad de que el citado procedimiento administrativo pueda ser iniciado por la compañía aseguradora, por lo que a ésta le resultaría imposible ejercer tal derecho de subrogación. Es por esta razón que resulta aconsejable que la Administración comunique a la aseguradora el inicio del procedimiento de la vía de regreso para que se persone en el expediente y, en su caso, obtenga el reintegro de la indemnización. En el supuesto de que la compañía aseguradora le haya requerido a la Administración que inicie el procedimiento al que le obliga el art. 145.2 LRJAP y PAC y ésta se haya negado a hacerlo o haya perjudicado con su actuación el resultado del mismo, deberá responder ante su ase-

tente 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”, ob. cit., pág. 23, nota a pie núm. 55. También ARQUILLO COLET sugiere que el legislador contemple expresamente el derecho de la compañía aseguradora a iniciar el procedimiento de regreso contra el funcionario que actuó dolosamente (no en caso de culpa o negligencia), que posteriormente corresponderá conocer al orden contencioso-administrativo, *vid.* “Seguro de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Local”, ob. cit., pág. 2166.

⁵³ Los múltiples obstáculos y dudas relativas al régimen jurídico a seguir que presenta el tema del aseguramiento de la responsabilidad del personal al servicio de la Administración han conducido, como recoge GAMERO CASADO, a que en un Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía de 30 de junio de 1994 se afirme, trayendo a colación otro de la Intervención General de la Administración General del Estado de 8 de julio de 1987, que no es posible suscribir estos contratos. Sin embargo, para el citado autor “las dificultades señaladas no obstan propiamente la suscripción del contrato, sino que complican la determinación de su concreto régimen jurídico, por lo que, a mi juicio, nada impide suscribir estos contratos, pero será conveniente advertir a las compañías aseguradoras la dificultad de repetir los pagos en los casos citados”, *vid.* “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”, ob. cit., págs. 376-378, en especial, nota a pie núm. 45. Por su parte, BARCELONA LLOP comenta que no comparte la postura de la conveniencia de reconocer a la aseguradora el derecho a iniciar el procedimiento administrativo de repercusión contra el empleado que apunta GAMERO CASADO, puesto que aquélla es un sujeto privado, sometido a sus propias reglas, y cuyas pretensiones resarcitorias deben ventilarse ante los Tribunales civiles, *vid.* “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, REDA núm. 105 (2000), pág. 50, nota a pie núm. 34.

guradora por el citado incumplimiento de una de sus obligaciones contractuales ante el orden jurisdiccional civil⁵⁴.

Por otra parte, de conformidad con el art. 43 LCS la compañía aseguradora sólo puede activar la acción de regreso en el caso de conducta dolosa del asegurado, pero no culposa; en cambio, la Administración sí puede ejercitar la acción de regreso contra su personal cuando éste hubiera actuado con culpa o negligencia graves, de forma que la Administración podría eludir el pago de la indemnización (que estaría cubierto por la compañía aseguradora) y repetir después contra el funcionario culpable. Nos encontramos, por tanto, ante la paradójica situación de que la compañía aseguradora no puede subrogarse, porque así se lo impide el art. 43 LCS, mientras que a la vez se produce un enriquecimiento injusto por parte de la Administración.

Para evitar en estos casos el enriquecimiento injusto de la Administración podría desproveérsele de dicha acción aduciendo la falta de supuesto de hecho, puesto que la indemnización ha sido abonada por la aseguradora, mas entonces resultaría que la conducta culposa de la autoridad o del personal al servicio de la Administración quedaría indemne desde una perspectiva patrimonial. Por ello, en el caso de que la Administración obtenga a través del ejercicio de la acción de regreso la indemnización correspondiente del funcionario en cuestión, deberá entregársela a la aseguradora. Si incumple tal obligación, la compañía aseguradora podrá demandarla ante el orden jurisdiccional civil por incumplimiento de dicha obligación contractual⁵⁵.

B) La responsabilidad civil subsidiaria derivada de delitos

Por lo que hace al supuesto de reclamación de la responsabilidad civil derivada de los delitos cometidos por el personal al servicio de la Administración el art. 146 LRJAP y PAC establece que ésta se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente. Hay que atender, por tanto, a lo dispuesto en el art. 121 del Código Penal que dice:

⁵⁴ En este sentido, *vid.* HUERGO LORA, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, ob. cit., pág. 192.

⁵⁵ La no entrega de la indemnización a la compañía aseguradora supone un incumplimiento del art. 43 LCS y el nacimiento de una responsabilidad contractual fiscalizable ante el orden civil, *vid.* HUERGO LORA, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, ob. cit., pág. 193.

“El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario”.

A pesar de que el precepto transcrito alude únicamente a los daños causados por los penalmente responsables de delitos dolosos o culposos⁵⁶ hay que apuntar que la Sala de lo Penal del TS ha considerado que debe apreciarse el mismo tipo de responsabilidad cuando los daños derivan de hechos tipificados como faltas⁵⁷.

⁵⁶ Sobre este extremo, SOTO NIETO critica el hecho de que el art. 121 no mencione las faltas, lo que significa que no puede declararse la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración en caso de daños causados por autoridades o funcionarios penalmente responsables de faltas, *vid.* “La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y Entes Públicos en general (art. 121 del Código Penal)”, en *Revista La Ley*, Año XVII, núm. 3964 (1996-1), págs. 1658-1661. Por su parte, PANTALEÓN PRIETO y BARCELONA LLOP entienden que la voluntad del legislador con esa omisión es la de impedir que los Tribunales penales puedan declarar la responsabilidad de la Administración cuando lo cometido por la autoridad, agente, contratado o funcionario público sea una falta, *vid.* “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: sobre la jurisdicción competente”, en *La responsabilidad de las Administraciones Públicas*, Escuela Judicial/CGPJ, Madrid, 1996, pág. 33 y “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *ob. cit.*, pág. 38, respectivamente.

⁵⁷ La Sala 2ª del TS ha sostenido en diversas sentencias, como la de 26 de septiembre de 1997 (RJ 19976366), lo siguiente: “Es cierto que el mencionado artículo 121, referido a la responsabilidad subsidiaria del Estado y demás entes públicos (autonómicos, locales, etc.) sólo habla literalmente de los “delitos” dolosos o culposos, pareciendo excluir por ello a las simples faltas, a diferencia de lo que ocurre con los demás preceptos circundantes, que al tratar esa responsabilidad civil, tanto directa como subsidiaria, sí se especifica que la misma surge tanto de delitos como de las faltas. Sin embargo, y como indica la reciente Sentencia de ese Tribunal de 11 de enero de este último año, el silencio que se observa en el art. 121 sobre las faltas “no implica necesariamente su exclusión, a efectos de la responsabilidad civil subsidiaria por tales infracciones criminales leves”, pues el vocablo “delito” ha de entenderse como sinónimo de “infracción criminal”, y así lo considera el mismo Código vigente en otros varios de sus preceptos”. *Vid.* el análisis sobre la in-

En estos casos es el orden jurisdiccional penal el competente para decidir sobre la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, excepto cuando el sujeto dañado haya hecho una reserva de la acción civil para ejercerla ante este orden una vez haya concluido el proceso penal, tal y como lo prevén los arts. 109 del Código Penal y 112 y 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Aplicando, por tanto, la regla del art. 121 del Código Penal la Administración responde de forma subsidiaria de la responsabilidad civil derivada de los delitos (o faltas) cometidos por sus funcionarios en caso de insolvencia de éstos⁵⁸. Pues bien, para cubrir dicha responsabilidad la Administración puede suscribir una póliza de seguro. En estos casos, lo normal será que la Administración no proceda al pago de la indemnización, que será realizado por la compañía aseguradora. Posteriormente, la Administración deberá accionar contra el agente condenado penalmente y abonarle la cantidad recuperada a la compañía aseguradora, que fue quien realmente efectuó el pago⁵⁹.

clusión de las faltas en el art. 121 del Código Penal de ROCA GUILLAMÓN, “La responsabilidad del Estado y de las Administraciones Públicas por delitos de sus funcionarios”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, obra coordinada por Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 522-526.

⁵⁸ PARADA VÁZQUEZ critica el uso abusivo que de este precepto hacen los órganos jurisdiccionales penales cuando condenan al funcionario a una pena casi simbólica con el propósito de así condenar subsidiariamente a la Administración, tal y como ocurrió en la famosa sentencia de la Audiencia Nacional de 1996 relativa al envenenamiento masivo con aceite de colza, *vid. Derecho Administrativo I. Parte General*, 13ª edic., Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2002, pág. 645. Por su parte, GÓMEZ LIGÜERRE opina que la regla contenida en el art. 121 del Código Penal constituye una excepción al régimen general de la responsabilidad directa de la Administración por los daños causados por sus funcionarios, no pareciéndole razonable el que cuando el hecho dañoso es delictivo y, en consecuencia, más grave, la responsabilidad de la Administración no sea directa sino subsidiaria, *vid.* “Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual”, Indret, Barcelona, abril de 2001, en www.indret.com.

⁵⁹ En estos casos, MONTORO CHINER y HILL PRADOS opinan que la Administración no estará obligada al pago de la indemnización, que lo realizará la aseguradora quien, a su vez, podrá accionar contra el agente que haya sido penalmente condenado. Si el funcionario o agente tuviese asegurada su responsabilidad profesional, como es frecuente en el caso del personal médico de la sanidad pública, la responsabilidad civil subsidiaria se sustanciará por los cauces normales del aseguramiento privado, con independencia del derecho de repetición contra el que fuera declarado penalmente causante. *Vid. Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, ob. cit., pág. 99.

V. EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONTRATISTAS PÚBLICOS

A) Determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de la responsabilidad de los contratistas

El TRLCAP aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, ha modificado la redacción del art. 98 de la Ley de Contratos de 1995. Mientras que el tenor de los apartados primero y segundo permanece prácticamente idéntico, los apartados tercero y cuarto del ahora art. 97 disponen lo siguiente:

“3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cual de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”.

Este precepto ha conservado como procedimiento a seguir a la hora de reclamar la responsabilidad el establecido en el Reglamento de 1975, caracterizado desde 1995 como facultativo, pero ha eliminado la mención a dicho procedimiento como interruptivo de la acción “civil” a la que aludía la LCAP de 1995, dejando, por tanto, sin concretar cuál sea el orden jurisdiccional al que haya de acudir, en su caso, contra el contratista⁶⁰.

Atendiendo, pues, al tenor literal del art. 97.3 TRLCAP el sujeto lesionado por la actuación del contratista parece disponer de dos cauces para reclamar la indemnización correspondiente, esto es, de la vía jurisdiccional civil, por un lado, y de la vía administrativa y, posteriormente, contencioso-administrativa, por otro, pues como dice el citado precepto, los terceros lesionados “podrán” requerirle al órgano de contratación que se pronuncie sobre a quién le corresponde responder de los daños causados, pero no están obligados a ello⁶¹.

⁶⁰ Así lo ponen de relieve, entre otros, LÓPEZ MENUDO y GUICHOT REINA, *vid.* “Crónica de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Administrativa”, JA núm. 11 (2001), pág. 186.

⁶¹ HERNÁNDEZ CORTECHE considera que el art. 97 TRLCAP, al igual que el 98 LCAP de 1995, establece que el fuero competente para hacer valer la responsabilidad del contratista o concesionario es el civil, excepto cuando ésta concurre con la de la Administración en la producción del daño, en cuyo caso la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa, según dispo-

Siendo éste el punto de partida, vamos a analizar qué situaciones pueden acontecer según que el particular lesionado formule o no la citada reclamación ante la Administración.

En primer lugar, si el sujeto dañado por un concesionario o contratista público interpone la reclamación previa ante el órgano de contratación de la Administración titular del servicio o de la obra para que ésta decida a quién le corresponde la responsabilidad, puede suceder: primero, que la Administración declare que es ella la única responsable; segundo, que sólo lo es el contratista; tercero, que lo son ambos; y cuarto, que no conteste.

En los tres primeros supuestos, cualquiera que sea la decisión que se tome, lo cierto es que se dicta un acto administrativo y, como tal, es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa según las normas de la legislación aplicable, esto es, las reglas de la Ley 30/1992, el RD 429/1993, la Ley 29/1998 y la LOPJ. En el caso de que la Administración hubiera señalado que la única responsable de los daños era ella, no se plantea ningún problema con respecto a que el particular debe acudir para lograr una indemnización por los daños sufridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa. A igual conclusión se llega si la Administración ha reconocido que tanto ella como el concesionario o contratista son responsables, puesto que la única jurisdicción para conocer de estos asuntos es la contencioso-administrativa, según los arts. 2.e) LJC y art. 9.4 LOPJ. En tercer lugar, si la Administración señala como único responsable al contratista, éste podrá recurrir dicho acto administrativo an-

ne el reformado art. 9.4, párrafo segundo, LOPJ, *vid.* en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 489 y 490. En el mismo sentido se manifiestan BUSTO LAGO, “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2ª edic., ob. cit., págs. 1562-1564 y GARCÍA-ÁLVAREZ, quien, además, apunta la posible extralimitación *ultra vires* del Gobierno al suprimir en el Texto Refundido el término “acción civil” del art. 97.3, *vid.* *Derecho Administrativo. Parte Especial*, obra dirigida por BERMEJO VERA, 5ª edic., Civitas, Madrid, 2001, págs. 1224-1226. Sobre esta cuestión RUIZ OJEDA indica que el art. 97.2 TRLCAP ha dejado en manos del damnificado la elección del objetivo contra el que interponer su reclamación, elección ésta que determinará cuál sea el cauce procedimental y el régimen de responsabilidad a seguir, el plazo de la acción y la jurisdicción competente, *vid.* “La responsabilidad de la Administración contratante en los supuestos de daños causados a terceros por sus contratistas y concesionarios. (Inercias y atolladeros del instituto resarcitorio en el ámbito de la contratación administrativa)”, en *Nuevas líneas doctrinales y jurisprudenciales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2002, pág. 179. Por su parte, SORO MATEO parece sostener que el art. 97 TRLCAP consagra un sistema dual y alternativo en el que la responsabilidad del contratista puede ser exigida ante el orden jurisdiccional civil y el contencioso-administrativo, *vid.* *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Especial referencia a la competencia jurisdiccional*, Tecnos, Madrid, 2000, págs. 65-66

te la jurisdicción contencioso-administrativa si considera que es la Administración la que debe responder única o conjuntamente con él de los daños provocados. En el supuesto de que la responsabilidad fuera imputable al contratista y éste hubiese subcontratado la ejecución de la obra, respondería ante el sujeto afectado el contratista, sin perjuicio de que posteriormente repitiese contra el subcontratista, según dispone el art. 115.3 TRLCAP cuando estipula que “*los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal, que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato*”⁶².

En el cuarto supuesto señalado, esto es, cuando la Administración no resuelve expresamente la reclamación planteada, no pronunciándose, por tanto, sobre a quién le corresponde responder por los daños generados, podría entenderse que como el “acto” presunto que resulta del silencio desestimatorio de la indemnización del particular por el transcurso de los seis meses o treinta días sin que la Administración haya resuelto su petición (arts. 13.3 y 17.2 del RD 429/1993) no identifica a quién ha de imputársele el daño y, por lo tanto, quién debe responder del mismo, habrán de ser los Tribunales quienes determinen dicho extremo; sin embargo, el TS ha interpretado que se imputará el daño a la Administración por haber incumplido ésta el procedimiento legalmente establecido, sin perjuicio de la posibilidad de que pueda repetirse posteriormente contra el concesionario o el contratista⁶³.

⁶² Idéntico tenor era el del art. 116.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, aplicado por el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen número 96/2000, de 5 de julio (número de marginal II.77). A juicio de BELADÍEZ ROJO la responsabilidad del subcontratista, salvo que se haya determinado otra cosa en el contrato, es de carácter privado, siendo el orden jurisdiccional civil el competente para exigírsele tal responsabilidad. Mas este hecho no puede perjudicar al sujeto lesionado que podrá exigirle la responsabilidad al contratista público, por ser el responsable último de servicio, *vid. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 217-220. Asimismo, *vid.* el análisis de la figura de la subcontratación realizado por SERNA BARDAVÍO, “La figura de la subcontratación en la nueva legislación de contratos de las Administraciones Públicas: ¿derecho u obligación?”, *Revista de Actualización, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* núm. 1 (2003), págs. 11-56.

⁶³ Esta solución es la que ha adoptado la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS en su sentencia de 26 de marzo de 2001 (RJ 2001\4815). En este supuesto el origen de los daños causados se encontraba en unos vertidos incontrolados realizados por la empresa concesionaria del servicio municipal de vertedero de escombros. El perjudicado interpuso la correspondiente reclamación administrativa ante la Corporación local, quien no dio traslado de la misma al concesionario, ni tampoco una respuesta al reclamante. Ante la imposibilidad de poder imputar la responsabilidad de los daños al concesionario, que no había sido parte ni en vía administrativa ni jurisdiccional, el TS imputa la responsabilidad al Ayuntamiento, por incumplir con su pasividad el

La segunda situación a la que da pie la dicción del art. 97.3 con ese “podrá” es que el perjudicado no interponga ninguna reclamación administrativa y acceda directamente a la vía jurisdiccional.

Si la vía jurisdiccional a la que acude contra la Administración, el contratista o ambos, es la contencioso-administrativa podría suceder que el Juez o Tribunal inadmita el recurso si entiende que la interposición de esa reclamación previa ante la Administración tiene carácter obligatorio, tal y como viene haciendo⁶⁴, o que no lo considere así y entre a conocer del asunto por tratarse de un supuesto de responsabilidad patrimonial cuya competencia corresponde decidir en exclusiva a los Tribunales de este orden.

En el caso de que el orden jurisdiccional elegido por el sujeto perjudicado para interponer el recurso exclusivamente contra el contratista sea el civil podría suceder a su vez que el Juez o Tribunal civil entre a conocer del asunto por tratarse de un pleito entre dos particulares o que, por el contrario, decida declararse incompetente por considerarlo un supuesto de realización de servicios públicos al que se le ha de aplicar el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas consagrado en la Ley 30/1992 y del que ha de conocer única y exclusivamente el orden contencioso-administrativo en vía jurisdiccional.

A nuestro juicio, siguiendo no una interpretación literal del art. 97.3 TRLCAP, sino una interpretación lógica y sistemática de los preceptos del TRLCAP, la LRJAP y PAC, la LJJC y la LOPJ, consideramos que *de lege ferenda* la reclamación previa ha de realizarse en estos casos de forma necesaria, siendo la Administración la que determine en vía administrativa a quién corresponde indemnizar los daños ocasionados. Dicha decisión, cualquiera que sea, agota la vía administrativa y, por lo tanto, sólo cabrá interponer contra ella el recurso contencioso-administrativo.

procedimiento legalmente establecido, obligando de esta forma al perjudicado a reclamar contra ella. Comentan esta resolución LÓPEZ MENUDO, GUICHOT REINA y CARRILLO DONAIRE, “Crónica de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Administrativa”, JA núm. 19 (2003), págs. 206-207.

⁶⁴ El ejercicio previo de la acción de responsabilidad en vía administrativa constituye un presupuesto procesal necesario para acudir a la vía jurisdiccional. Como pone de manifiesto REBOLLO PUIG, los Tribunales contencioso-administrativos aplican estrictamente esta exigencia inadmitiendo los recursos presentados cuando no se ha agotado previamente dicha vía administrativa e, incluso, cuando, pese a haberse seguido la misma, se reclaman judicialmente conceptos o partidas que no fueron objeto de aquélla, como sucede en la STS de 4 de abril de 1997 (RJ 19972662), *vid.* “Vía administrativa y jurisdicción competente para declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, Revista Jurídica de Andalucía núm. 26 (1998), págs. 1065-1088.

Las reclamaciones por responsabilidad entabladas contra un contratista o concesionario público han de ser siempre conocidas por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, aún cuando la reclamación se dirija únicamente contra ellos, puesto que éstos no son simples sujetos privados actuando en el tráfico jurídico y cuya actividad ha ocasionado a otro particular unos daños, sino que son sujetos que ejercitan funciones administrativas y responden según las reglas objetivas de la responsabilidad patrimonial⁶⁵. Por lo tanto, es de acuerdo con esta concepción del orden jurisdiccional contencioso-administrativo como el único competente para fiscalizar los actos y actuaciones derivadas del desarrollo de funciones administrativas que ha de mantenerse que sólo él puede entrar a conocer de estas controversias. Esta postura es, además, la única en línea con la tan ansiada unidad de fuero en materia de responsabilidad administrativa a favor del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

⁶⁵ Entre los autores que consideran que el régimen de responsabilidad al que se encuentran sometidos los concesionarios de servicios públicos y los contratistas de obras públicas es de naturaleza objetiva, puesto que una decisión organizativa de la Administración sobre el modo de gestionar los servicios o ejecutar las obras no puede repercutir sobre el régimen de garantías que el sistema de responsabilidad patrimonial le ofrece al ciudadano cuando el funcionamiento de un servicio público le cause un daño, se encuentran: E. RIVERO YSERN, *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1969, pág. 229-244; MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, 1985, pág. 60; MUCHOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas (Y otros estudios sobre responsabilidad)*, 2ª edic., Civitas, Madrid, 1998, págs. 115-139; BOCANEGRA SIERRA, "Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración pública por daños causados a terceros", *REDA* núm. 18 (1978), pág. 404 y "La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración pública por daños causados a terceros", *DA* núms. 237-238 (1994), pág. 219 y BELADÍEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 79. En contra de dicha concepción se pronunciaron, en un primer momento, GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien el concesionario de servicios públicos, como sujeto privado que es, debe estar sujeto al régimen de responsabilidad contenido en el Código Civil, *vid. Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956, págs. 197 y 203 y, en relación con los contratistas públicos, *vid.* MUÑOZ LEÓN, "Problemática en torno a la responsabilidad de la Administración por daños ocasionados en la ejecución de Obras Públicas", *Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado*, 1966-1973, I, págs. 95-110. Asimismo, GÓMEZ LIGÜERRE mantiene que los concesionarios, excepto en los supuestos en los que el daño se deba a instrucciones recibidas de la Administración concedente o a vicios del proyecto por ella diseñado, responden con sujeción a las reglas del Derecho privado y ante el orden jurisdiccional civil, *vid.* "Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual", *ob. cit.*, pág. 9 y "Paso a nivel. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas tras los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y de 21 de octubre de 2002", *ob. cit.*, pág. 7.

La solución adoptada implica, en efecto, repensar el propio concepto de Derecho Administrativo y el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Como puede observarse, la realidad nos muestra cómo la tesis o concepción subjetiva del Derecho Administrativo, como el Derecho propio de las Administraciones Públicas, ha quedado superada, puesto que éste ha pasado a ser el Derecho no sólo aplicable a las Administraciones Públicas *stricto sensu*, sino también a los órganos constitucionales o de relevancia constitucional⁶⁶ en el desarrollo de algunas de sus funciones. En este sentido, la jurisdicción contencioso-administrativo ya no conoce únicamente de la revisión de los actos administrativos en su sentido tradicional, sino también de los “actos materialmente administrativos” que son dictados por dichos órganos constitucionales. Junto a este cambio, se aprecia igualmente que ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se puede plantear por un sujeto privado un pleito contra otro sujeto privado, como sucede cuando se reclama únicamente al contratista una indemnización por los daños sufridos.

En definitiva, puede afirmarse que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo ha pasado de ser el orden propio encargado de fiscalizar y revisar los actos de las Administraciones Públicas a ser el que controla los actos y actuaciones dictados durante el ejercicio de funciones administrativas, aunque éstas no hayan sido desarrolladas por Administraciones sino por particulares.

B) Aseguramiento de la responsabilidad del contratista

Si la determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de la responsabilidad derivada de las actuaciones del concesionario o del contratista público no es una cuestión pacíficamente resuelta ésta viene a complicarse aún más si tenemos en cuenta el hecho de que el contratista o el concesionario suelen suscribir contratos de seguros que cubren la responsabilidad en que puedan incurrir⁶⁷.

⁶⁶ Aunque estos conceptos se utilicen por lo general para referirse a una misma realidad lo cierto es que, en puridad, hacen alusión a órganos distintos, de hecho el concepto de órgano de relevancia constitucional ha sido elaborado de forma negativa y residual respecto del de órgano constitucional. Sobre esta cuestión *vid.* RUIZ MIGUEL, *Consejo de Estado y Consejos Consultivos Autonómicos*, Dykinson, Madrid, 1995, págs. 90-97, GARCÍA PELAYO, “El “status” del Tribunal Constitucional”, REDC núm. 1 (1981), págs. 13-14 y AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, “A propósito del Defensor del Pueblo: los rasgos definidores de la posición jurídica de los órganos auxiliares”, en *Las Cortes Generales*, vol. I, IEF, Madrid, 1987, págs. 376-388.

⁶⁷ En su Ponencia sobre “El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial y aseguramiento del contratista o concesionario”, expuesta en el Seminario dedicado a la Responsabilidad Patrimonial de la Administración y Contrato de Seguro celebrado el 4 de marzo de 2004 en Madrid,

La pregunta que se nos plantea es, por tanto, ¿cuál es el procedimiento que el tercero lesionado ha de seguir para reclamar en estos casos una indemnización por responsabilidad y ante qué orden jurisdiccional?

Para responder a la primera cuestión nos remitimos a las consideraciones realizadas anteriormente sobre cuál es la situación a la que da lugar la redacción del art. 97 TRLCAP y cuál debe ser la interpretación que ha de darse y, en consecuencia, el procedimiento que ha de seguirse. A nuestro juicio, el sujeto perjudicado deberá dirigirse al órgano de contratación para que éste decida sobre quién recae la responsabilidad, si sobre la Administración, el contratista, o sobre ambos. Una vez que obtenga dicho pronunciamiento iniciará el procedimiento de reclamación de la indemnización en vía administrativa, pudiendo acudir una vez finalizada ésta a la contencioso-administrativa, de conformidad con los arts. 9.4 LOPJ y 2.e) LJC.

Además, carece de sentido y resulta menos ventajoso para el tercero lesionado, tal y como expusimos en el epígrafe III de este trabajo, acudir al orden jurisdiccional civil ejercitando contra la aseguradora del contratista la acción directa regulada en el art. 76 LCS que lograr de éste la indemnización a través de la vía administrativa o contencioso-administrativa. El ejercicio de esta acción contra la aseguradora del contratista ante los Tribunales civiles podría suponer, en el caso de que no se haya emitido un previo pronunciamiento administrativo o contencioso-administrativo sobre quién es el que debe responder de los daños causados, que aquéllos declaren su incompetencia para resolver el asunto por falta de jurisdicción. El exponerse a este riesgo resulta, pues, ilógico, ya que si el tercero ha de obtener un pronunciamiento administrativo que declare la responsabilidad del contratista que le sirva de base ante los Tribunales civiles para determinar la obligación de pago de la compañía aseguradora de éste, no se entiende el porqué va a rehusar cobrar la indemnización que se le puede reconocer en vía administrativa o contencioso-administrativa y va a esperar a que sean posteriormente los Tribunales civiles quienes se la concedan.

A estas razones se une, asimismo, el hecho de que mientras que los Tribunales civiles sólo podrían condenar a la aseguradora del contratista a indemnizar como cuantía máxima hasta el límite cubierto por la póliza del se-

NOGUERA DE LA MUELA planteó la posibilidad de que la Administración pueda exigir al contratista la suscripción de una póliza de seguros en el pliego de cláusulas administrativas, llegando a la conclusión, con base en los arts. 4 y 180 TRLCAP, de que nada impide la introducción de una cláusula en tal sentido.

guro, dicha circunstancia no juega si son los Tribunales contencioso-administrativos los que condenan al contratista al pago de la indemnización. En este último caso no existe dicho tope máximo, debiendo abonar la cuantía que se estipule como correspondiente a los daños ocasionados al particular.

En resumen, a nuestro entender debe corresponder al orden contencioso-administrativo el conocimiento de las controversias sobre la responsabilidad de los contratistas públicos, ya esté o no asegurada, pues al orden civil le está vetado pronunciarse sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración y si se aceptase que éste resolviera la acción directa entablada contra la aseguradora del contratista o concesionario público antes de que se haya emitido un pronunciamiento administrativo sobre la existencia de la responsabilidad patrimonial y sobre a quién le es imputable el daño se estaría permitiendo que el juez civil se pronuncie sobre si los hechos causantes del daño son imputables al contratista o a la Administración, cuestión ésta que ni siquiera pueden decidir a título prejudicial, puesto que constituye el fondo del asunto y es una materia cuya competencia exclusiva recae sobre el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

VI. CONCLUSIÓN

La utilización del contrato de seguro, institución propia del Derecho privado, para asegurar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, materia eminentemente de Derecho público, es una combinación de difícil encaje que ha dado lugar a numerosos interrogantes relativos al régimen jurídico aplicable, al procedimiento a seguir y al orden jurisdiccional competente para conocer de las controversias que se suscitaban.

El legislador, a través de distintas reformas normativas, ha intentado ir resolviendo algunas de estas cuestiones. Sin embargo, esta técnica legislativa ha resultado, además de inadecuada, claramente insuficiente. Es por este motivo que se ha sentido como una necesidad la existencia de un cuerpo jurídico unitario en el que se abordasen todas las situaciones conflictivas que derivan del empleo de la técnica del heteroaseguramiento por parte de las Administraciones Públicas⁶⁸.

⁶⁸ El sentar unas bases claras sobre el tema del aseguramiento privado de la responsabilidad de la Administración es de una enorme relevancia, no sólo desde un punto de vista dogmático, sino práctico, puesto que cada día son más las leyes tanto estatales como autonómicas que introducen la contratación obligatoria de seguros de responsabilidad civil y que afectan a las Administraciones Públicas. Algunas de estas disposiciones son: el art. 20.2 de la Ley 59/2003, de 19 de di-

En este contexto, la LO 19/2003 ha venido a paliar esta situación abordando frontalmente el supuesto de las demandas entabladas conjuntamente contra la Administración y su aseguradora, atribuyendo la competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como no podía ser de otra manera a la vista de la legislación vigente y su tendencia a la consecución de la unidad de fuero en materia de responsabilidad patrimonial. Mas, esta reforma, interpretada en su conjunto, quizás vaya incluso más allá de lo que en principio puede parecer. Podría implicar una derogación tácita de la aplicación del art. 76 LCS en relación con la Administración Pública.

Tal y como hemos puesto de relieve, al tercero lesionado no le reporta ninguna ventaja el entablar la acción directa contra la aseguradora de la Administración ante el orden jurisdiccional civil, puesto que al no tener atribuida la competencia para conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública los Tribunales de este orden han de esperar a contar con un pronunciamiento administrativo o contencioso-administrativo que la declare para, con base en el mismo, poder reconocer la obligación de pago de la aseguradora, como han constatado los Tribunales tanto del orden jurisdiccional civil como contencioso-administrativo. Por consiguiente, no tiene sentido que el tercero que se ha de dirigir necesariamente contra la Administración no recabe la indemnización directamente de ésta y simplemente se contente con el pronunciamiento que declare su responsabilidad para, a continuación, poder dirigirse con esa resolución ante el orden civil y cobrarse la indemnización de la aseguradora que, además, sólo estará obligada a pagar como máximo hasta el límite cubierto por la póliza.

En conclusión, a partir de la modificación de la LOPJ y de la LJC por la LO 19/2003, el tema del aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas puede que deje de ser un tema abierto. El tercero perjudicado por una actuación administrativa, con independencia de que dicha Administración esté o no asegurada, deberá acudir para reclamar su indemnización, en primer lugar, ante la Administración y, posteriormente, ante los Tribunales contencioso-administrativos, donde podrá demandar junto a la Administración a su compañía aseguradora que, en tal caso, desempeñará el

ciembre, de Firma Electrónica; el art. 62.1 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, en la redacción dada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre; el art. 12.1.e) de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación; y el art. 4.2.b) del Decreto 120/2003, de 31 de enero, por el que se regulan los requisitos para la realización de experiencias controladas, con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido ovárico previamente congelados, relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida.

papel de codemandada. Parece, pues, que no hay ninguna razón de peso para que el sujeto lesionado decida accionar directamente contra la aseguradora ante el orden jurisdiccional civil cuando es la Administración el sujeto asegurado puesto que, dirigiéndose directamente contra ella en vía administrativa puede obtener una indemnización en un plazo relativamente breve (seis meses o treinta días incluso) y de una cuantía superior a la que pueda conseguir únicamente de la aseguradora, sin correr el peligro, además, de una posible insolvencia. No obstante, habrá que esperar a ver cuál sea la reacción y la postura que adopten los órganos jurisdiccionales civiles cuando se les presente algún caso de acción directa contra la aseguradora de una Administración, esto es, si entrarán a conocer del mismo o si declararán, como sería lo deseable, su incompetencia de jurisdicción.