

Eduardo Gamero Casado

Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas ¹

Sumario: 1. *Introducción.* 2. *La Resolución de la Dirección General de Seguros de 26 de junio de 1996: la imposibilidad de suscribir contratos privados de seguros sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración.* 3. *La naturaleza jurídica de los contratos de seguro de las administraciones públicas.* 4. *Análisis de la incompatibilidad del régimen jurídico-público de responsabilidad administrativa con el régimen jurídico-privado del contrato de seguro de responsabilidad civil.* 4.1. *La naturaleza jurídica del daño.* 4.2. *La acción directa del perjudicado contra la compañía aseguradora: excepción del procedimiento administrativo de responsabilidad, y renacimiento de la competencia jurisdiccional del orden civil.* 4.3. *La renuncia del asegurado a la dirección jurídica del proceso.* 4.4. *La dificultad de prever actuarialmente el riesgo cubierto.* 5. *Los seguros de responsabilidad extracontractual de las autoridades y del personal de la Administración.* 5.1. *Supuestos de responsabilidad incluidos en el artículo 145 LRJ-PAC.* 5.2. *La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de delitos cometidos por su personal.* 6. *El Proyecto de reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.* 7. *Conclusión.*

1. INTRODUCCION

La responsabilidad administrativa extracontractual es una materia en la que se vienen experimentando notables transformaciones. En este trabajo abordo el análisis específico de uno de los elementos periféricos de la cuestión: el aseguramiento de este tipo de responsabilidad extracontractual. El examen no constituye una mera aproximación teórica al tema de la responsabilidad extracontractual, sino que parte, precisamente, de los problemas prácticos que se vienen produciendo con ocasión de procesos en los que se reclama la responsabilidad extracontractual de la Administración, y ésta tiene cubierto el riesgo mediante pólizas de seguros.

La práctica de asegurar los daños dimanantes de la actividad de la Administración se presenta muy extendida en la actualidad, siendo así que existen pólizas de seguros suscritos por todos los tipos de entes jurídico-administrativos: administraciones territoriales, institucionales y corporativas ². *Las pólizas suscritas no sólo cubren los*

¹ Comunicación presentada a las *IV Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía: La Contratación de las administraciones públicas*, celebradas en Sevilla, los días 26 y 27 de noviembre de 1998.

² Según la relación que recoge PAVELEK, J. E.: *El aseguramiento de la responsabilidad de la Administración*, «Revista de Derecho de los Seguros Privados», mayo-junio 1997, pág.19:

daños extracontractuales generados por la Administración con ocasión de relaciones jurídico-privadas, sino que alcanzan, también, a los derivados del ejercicio de potestades administrativas, incluso los provocados por actos administrativos en sentido estricto³. El fenómeno presenta una especial intensidad en el ámbito local, hasta un punto en que cada vez resulta más difícil encontrar un municipio sin asegurar.

Estos contratos pueden suscribirse tanto para asegurar cualquier tipo de actividades de la Administración (ya sean públicas o privadas), como para cubrir actuaciones concretas desarrolladas por la Administración (por ejemplo, una suelta de vaquillas, o un concierto). Aparentemente, ambos tipos de contratos deberían presentar problemáticas distintas; sin embargo, y por razones que se expondrán más adelante, aquí se tratan como un todo. De otro lado, existen supuestos en que la Administración suscribe pólizas de seguros que cubren la responsabilidad propia de su personal frente a terceros. Esta práctica incorpora matices específicos, que resulta preciso tratar separadamente (§ 5).

Debe notarse inmediatamente que, a pesar de la diferente naturaleza del riesgo cubierto (que en unos casos es propio o específico de actividades genuinamente

«— En el ámbito de la Administración Institucional, existen pólizas de seguros de responsabilidad de Confederaciones Hidrográficas, Puertos, Aeropuertos, INSALUD, CLEA, Consejo de Seguridad Nuclear, Ente Público RTVE, RENFE, etc.

— En lo que respecta a la Administración Local, Ayuntamientos, Diputaciones, Cabildos y Consells, las pólizas habituales representan en cuanto a su número el mayor volumen de seguros de la Administración y, lógicamente, los más antiguos de este tipo, atendiendo a las tradiciones de la legislación local en materia de responsabilidad.

— El nuevo marco constitucional abrió el camino a los seguros de las Comunidades Autónomas con las pólizas del Gobierno Vasco, a las que siguieron otras, aunque todavía no se haya alcanzado a completar el mosaico de las 17 Comunidades Autónomas que configuran el Estado.

— No se ha suscrito sin embargo un seguro de responsabilidad para el Estado, aunque sí existen pólizas, o tentativas, para algunos departamentos ministeriales como las Fuerzas de Seguridad o bien para grupos de funcionarios (ingenieros, jueces, inspectores de hacienda o inspectores de trabajo), o últimamente Ministerio de Asuntos Exteriores.

— Por último, y aunque sea al margen de la Administración, todo el entramado bloque de Sociedades Estatales, Sociedades Anónimas con participación mayoritaria del Estado o de sus Organismos, Fundaciones e Instituciones de diverso pelaje, así como sus equivalentes de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, pueden suscribir pólizas de seguro acomodadas a sus necesidades, si bien ya no necesariamente van a actuar bajo la potestad administrativa, sino que realizarán sus actividades en el campo del Derecho privado, y sus responsabilidades quedarán sometidas a un régimen más clásico.»

³ Sobre este punto, *vid.* especialmente TORRENT I RIBERT, P. J.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Fundación Mapfre, Madrid, 1995, págs. 107 y sigs., y en particular, págs. 113 y sigs., donde se recoge una póliza de seguros suscrita por la Generalidad de Cataluña, entre cuyos riesgos cubiertos se encuentran los comentados. Asimismo, puede consultarse BLANQUER CRIADO, D.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Ponencia especial de estudios del Consejo de Estado*, MAP, Madrid, 1997, págs. 192 y sigs., donde se recoge el pliego de cláusulas particulares rector de la subasta tramitada para adjudicar la contratación de una póliza de seguro de responsabilidad para la Administración de la Comunidad Foral de Navarra; entre los riesgos cubiertos figura expresamente la «responsabilidad civil general» derivada de actos administrativos singulares, de control sanitario de alimentos, del funcionamiento de los servicios públicos, de realización de obras públicas, etc. En esta última obra se pueden consultar otros pliegos semejantes, o incluso las pólizas de seguro definitivamente suscritas; en particular, los promovidos por el Ministerio de Defensa, el INSALUD y la Comunidad Autónoma del País Vasco.

públicas o administrativas, y en otros casos es común con actividades que asimismo pueden ser desempeñadas por los particulares), la legislación vigente no ha previsto diferencias específicas en el régimen jurídico relativo al modo de asegurar y reparar los daños. Es decir, que el *Derecho positivo no aclara expresamente lo que sucede cuando una Administración pública actúa con sujeción al Derecho administrativo y suscribe un contrato de seguros para cubrir el riesgo dimanante de dicha actividad*. El régimen jurídico de aplicación a este caso debe establecerse mediante los mecanismos operativos de interpretación jurídica, colmando así una laguna cuya cobertura presenta innumerables escollos de orden dogmático.

En efecto, *cuando una Administración pública suscribe un contrato de responsabilidad extracontractual, en la relación administrativa resultante del daño emerge un tercero, la compañía aseguradora, quien se erige en garante del pago, lo que enturbia tanto la determinación del concreto régimen sustantivo aplicable, como la del orden jurisdiccional competente para conocer del asunto*. Asimismo, y a pesar de que la Ley del Contrato de Seguro reconozca al perjudicado una acción directa contra la compañía aseguradora, resulta más que dudosa su operatividad si previamente no se ha tramitado el correspondiente procedimiento administrativo. También resulta anómala la eventual legitimación pasiva de la compañía de seguros, y la posibilidad de que se allane a la pretensión del perjudicado sin un previo pronunciamiento administrativo. Por último, nuestro Derecho de la contratación pública no determina con la suficiente claridad si los contratos en cuestión son de naturaleza pública o privada, lo que hace emerger múltiples interrogantes de orden práctico, especialmente acerca de los poderes con que cuenta la Administración durante la ejecución del contrato: interpretación unilateral, inspección, régimen sancionador, jurisdicción competente... En resumen, las incertidumbres que presenta esta materia son numerosas y de gran calado.

2. LA RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL DE SEGUROS DE 26 DE JUNIO DE 1996: LA IMPOSIBILIDAD DE SUSCRIBIR CONTRATOS PRIVADOS DE SEGUROS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION

En atención a los problemas expuestos, una compañía aseguradora elevó una consulta a la Dirección General de Seguros, al objeto de saber si resultaba posible suscribir pólizas privadas de seguro para cubrir la responsabilidad administrativa. El informe evacuado, contenido en la *Resolución del Director General de Seguros de 26 de junio de 1996*, llega a la conclusión de que no cabe suscribir contratos privados de seguros en materia de responsabilidad administrativa, dada la incompatibilidad que se manifiesta entre la Ley del Contrato de Seguro y la Ley 30/1992, e incluso la contradicción que conlleva el régimen civil con las garantías que reconoce el artículo 106 de la Constitución española; el dictamen concluye afirmando que, en tanto no exista una regulación normativa específica de este tipo de contratos, las Administraciones Públicas no pueden suscribirlo. El texto completo de la Resolución, que conviene reproducir por su interés, es el siguiente 4:

«CONSULTA: "Si, a la vista de lo dispuesto en el artículo 106 de la Constitución, en los artículos 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones

4. Excerpta de la «Revista de Derecho de los Seguros Privados», mayo-junio 1997, págs. 211 y 216.

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el 112 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, en la Ley de Contrato de Seguro y en las restantes disposiciones que puedan considerarse de aplicación, es posible la cobertura, mediante un seguro privado, de las responsabilidades en que puede incurrir una Administración pública por los actos que realice (o no realice) en el ámbito de una concreta relación jurídico-administrativa en la que el único afectado (aparte de la propia Administración) sea el concreto administrado con quien se haya establecido dicha relación de contenido jurídico-público”.

CONTESTACION:

Primera: Se solicita el criterio de este Centro Directivo en torno a la posibilidad de que las pólizas de seguro puedan cubrir la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado establecida en los artículos 106 de la Constitución, 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, y 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En concreto, la responsabilidad patrimonial objeto de cobertura en el supuesto objeto de consulta sería la imputable a una Administración Local.

Segunda: La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, regula en su disposición adicional primera los riesgos objeto de cobertura por las entidades aseguradoras a través del contrato de seguro considerando, dentro del riesgo de responsabilidad en general, únicamente la responsabilidad civil a cargo del asegurado.

Tercera: El seguro de responsabilidad civil aparece regulado en los artículos 73 a 76 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980.

El artículo 73 define el seguro de responsabilidad como aquel seguro por el que “el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a Derecho”.

El artículo 74 dispone que “salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador”.

Finalmente, el artículo 76 establece que “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 asegurado a repetir contra el asegurado, en el caso de 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”.

Cuarta: A la vista del contenido de dichos preceptos, no resulta posible concertar un contrato de seguro privado que cubra la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, dado que:

— No se respeta el tenor literal del artículo 73 de la Ley del Contrato de Seguro que limita esta modalidad de seguro a la cobertura de la responsabilidad civil, conforme

a Derecho, y la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, conceptualmente, no encaja en la institución de la responsabilidad civil.

— Las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado se residencian en vía contencioso-administrativa y en esa sede jurisdiccional no resulta posible que la entidad aseguradora asuma la dirección jurídica de la Administración del Estado.

— El régimen de la acción directa, obviamente en vía civil, no es compatible con el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas contenido en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Quinta: Sin perjuicio de lo anterior, ni siquiera en el caso de que el contrato de seguro revistiera la naturaleza de contrato administrativo al amparo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (con lo que no sería de aplicación la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980), resultaría admisible asegurar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, por cuanto:

— El principio de responsabilidad patrimonial aparece reconocido como una garantía que tienen reconocida los administrados frente a determinadas actuaciones de la Administración. Esta garantía determina que ante el daño que pudiera derivarse del funcionamiento de la Administración, el particular siempre va a contar con la seguridad de que la Administración responderá con su patrimonio de los perjuicios causados.

De esta manera, la responsabilidad patrimonial es una responsabilidad directa y exclusiva de la Administración (de ahí que el art. 145 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas disponga que los particulares exigirán "directamente" de la Administración las indemnizaciones a las que estimen tienen derecho).

Esta garantía, reconocida constitucionalmente, podría ser cercenada si se admite la cobertura de la misma a través de un contrato de seguro. Imaginemos que la entidad de seguros que asume dicha cobertura incurre en insolvencia. ¿Podría admitirse que el perjudicado viera su derecho a ser indemnizado pendiente del resultado de la liquidación de la entidad?

Evidentemente ello no resultaría posible por cuanto en cualquier caso el derecho a ser indemnizado como consecuencia del daño derivado de un funcionamiento de los servicios públicos no puede ser limitado más que en los supuestos contemplados en la Ley.

— La responsabilidad patrimonial exige para su acreditación la tramitación de un procedimiento administrativo en el que se declare dicha responsabilidad, sin que sea posible iniciar cualquier reclamación a una entidad aseguradora por el simple hecho de que se haya producido un acto dañoso indemnizable. Sin la tramitación de ese procedimiento, que concluirá con un acto administrativo impugnabile en vía contencioso-administrativa, no puede hablarse de responsabilidad administrativa exigible.

Evidentemente, la existencia de ese procedimiento, en el que en ningún caso es parte la entidad aseguradora, no se compadece con la naturaleza de una operación de seguro.

Finalmente, no debe perderse de vista que el artículo 106 de la Constitución establece una reserva de Ley en la regulación del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. En la medida en que una operación de seguro pretenda dar cobertura a dicha responsabilidad incide de alguna forma en el derecho de los particulares a ser indemnizados por este concepto, cualquier contrato administrativo que pretenda tener por objeto este tipo de coberturas deberá contar con la debida regulación legal, hasta la fecha inexistente.»

Sin embargo, estas conclusiones de la Dirección General de Seguros parecen excesivamente radicales, por dos razones. En primer lugar, la práctica demuestra que la firma de estos contratos se encuentra masivamente implantada en el funcionamiento ordinario de las diferentes administraciones públicas, lo que no constituye un parámetro de validez de su actuación, pero desde luego, debe ser tenido en cuenta por el intérprete que la analice. Y en segundo lugar, el ordenamiento jurídico contempla un régimen específico para estos contratos que, aún siendo verdaderamente parco en apariencia, prevé expresamente la posibilidad de que las administraciones públicas suscriban contratos de seguro: se trata del artículo 207.1.6.a) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), que recoge nominatim el contrato de seguro, en el marco de los contratos de servicios.

A la vista del texto de la Resolución, parece claro que el rechazo de la Dirección General de Seguros trae causa de la tradicional distinción entre responsabilidad civil y responsabilidad administrativa. Conforme al clásico planteamiento de esta materia, la Administración se encuentra sometida a dos regímenes diferentes de responsabilidad, según actúe en el contexto de relaciones de Derecho público o privado. Cabe entender que la DGS considera inviable la suscripción de un contrato que cubra la responsabilidad *administrativa* extracontractual (a la que se refiere como responsabilidad *patrimonial* de la Administración), pero permite implícitamente la suscripción de contratos que cubran la responsabilidad *civil* de la Administración. *Sin embargo, en la actualidad no parece posible mantener esta dualidad de regímenes jurídicos en materia de responsabilidad de la Administración, ni en lo sustantivo, ni en lo procedimental.*

En efecto, ya al momento de emitirse la Resolución, y a la vista del régimen dispuesto por los artículos 142 y 144 LRJ-PAC, existía un alto grado de consenso en la opinión de que el procedimiento para la exigencia de responsabilidad extracontractual debía seguirse en todo caso (tanto si el daño hubiera derivado de relaciones de Derecho público como privado); y lo propio cabe decir de la unidad de fuero en beneficio de la jurisdicción contencioso-administrativa, que se desprendía de esa misma regulación, aunque como es sobradamente conocido, en esta materia se produjeron interpretaciones discrepantes por parte de la doctrina jurisprudencial civil y social⁵. Tras las recientes reformas legales, contenidas en la Ley Orgánica 6/1998, de reforma de la LOPJ, y en la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ambas de 13 de julio (BOE de 14 de julio), estas posibles discrepancias se han disipado, y se impone con rotundidad la unificación del procedimiento de responsabilidad extracontractual de la Administración, así como la atribución de competencia jurisdiccional exclusiva en esta materia al orden contencioso-administrativo⁶.

⁵ De las que me he ocupado en mis trabajos: *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi, Pamplona, 1997, *passim*; *Incompetencia de la jurisdicción civil en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración: inoperancia de la equidad*, «Actualidad Jurídica Aranzadi», núm. 311, 1997, y *Constitucionalidad de la unificación jurisdiccional en materia de responsabilidad administrativa (comentario del ATC de 22 de julio de 1997)*, «Actualidad Jurídica Aranzadi», núm. 332, 1998; a los que remito.

⁶ Vid. al respecto LEGUINA VILLA, J.: *Comentario al artículo 2.e)*, en el núm. 100 de esta «Revista» (monográfico dedicado a comentar la nueva LJCA), 1998, págs.100 y sigs.; GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.: *Comentario al Título I*, en «Comentarios a la Ley de la Juris-

Pero además, como ya he expuesto en otros lugares, considero que actualmente la responsabilidad administrativa extracontractual constituye un sistema específico, que alcanza al conjunto de actividades de la Administración (ya sean públicas o privadas), y se configura como una materia distinta de la responsabilidad civil, al encontrar un fundamento jurídico diferente, y aplicarse mediante criterios de imputación propios⁷. Antes de dictarse la Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE de 14 de enero), de modificación de la Ley 30/1992, esta opinión era suscrita por un nutrido grupo de autores, aunque la doctrina se encontraba manifiestamente dividida en la cuestión⁸. No procede reiterar ahora los razonamientos que conducen a la conclusión, demasiado extensos y complejos para poderlos resumir adecuadamente. Pero, tras las reformas introducidas en la materia por la Ley 4/1999, y conforme a la nueva redacción conferida al artículo 144 LRJ-PAC, parece claro que se ha unificado definitivamente el régimen sustantivo de toda la responsabilidad extracontractual de la Administración⁹.

dición contencioso-administrativa de 1998», Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 123 y sigs.; ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M., y GONZÁLEZ RIVAS, J. J.: *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 49 y sig.; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, vol. 1, Civitas, Madrid, 1998, págs. 188 y sigs.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo*, vol. 2, Civitas, Madrid, 1998, pág. 593; XIOL RÍOS, J. A., y BARDAJÍ PASCUAL, Y.: *Cincuenta notas de urgencia para la aplicación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, «Actualidad Jurídica Aranzadi», núm. 373, 1999; RUIZ RISUENO, F.: *El proceso contencioso-administrativo. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, COLEX, Madrid, 1998, págs. 113 y sig.; GARCÍA GIL, F. J.: *El proceso contencioso-administrativo, conforme a la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Dilex, Madrid, 1998, págs. 76 y sigs.; ORTELLS RAMOS, M., y otros: *El proceso contencioso-administrativo*, Comares, Granada, 1998, págs. 41 y sigs.; DEL CACIRO FRAGO, A., y VACAS GARCÍA ALÓS, L.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, «La Ley-Actualidad», Madrid, 1998, pág. 44, y PERA VERDAGUER, B.: *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Bosch, Barcelona, 1998, págs. 72 y sigs.

⁷ Vid. mi aportación al respecto en *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, especialmente págs. 55 y sigs.; y, más extensamente, en *Replanteo de la teoría general de la responsabilidad administrativa extracontractual*, en «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», «III Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía» (en prensa).

⁸ Remito de nuevo al análisis contenido en *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, especialmente págs. 36 y sigs.

⁹ Opinión que comparten GONZÁLEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, 2.ª ed., vol. 2, Civitas, Madrid, 1999. El nuevo texto del artículo dispone que «cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de la Ley». El texto original de la Ley 30/1992 decía en este último punto «de conformidad con lo previsto en los artículos 142 y 143, según proceda», lo que condujo a afirmar que la Ley había unificado exclusivamente el procedimiento, pero no el régimen sustantivo de la materia. La nueva redacción, al remitir a la regulación del conjunto del Título IX, pone de manifiesto que se aplicará idéntico régimen jurídico a los actos generados por la Administración tanto en relaciones de Derecho público como privado.

Eduardo Gamero Casado

En resumen, si en la actualidad tanto el régimen sustantivo como el procedimental en materia de responsabilidad administrativa extracontractual son unitarios, la prohibición de la Dirección General de Seguros se extendería a cualquier tipo de seguros suscritos por la Administración.

A pesar de todo lo anterior, considero posible efectuar una interpretación que conjugue el régimen jurídico-público de la responsabilidad extracontractual con el régimen jurídico-privado de los contratos de seguro, permitiendo la suscripción de estos últimos por las administraciones públicas en el conjunto de su actividad. En el próximo epígrafe, y como cuestión previa, se analizará la naturaleza jurídica de los contratos de seguros suscritos por las administraciones públicas, para abordar después el estudio de los argumentos que sostienen dicha interpretación conforme en relación con los contratos que cubran la responsabilidad directa de la Administración (§ 4), y, a continuación, los que respaldan la posibilidad de suscribir estos seguros en orden a cubrir los daños que deba reparar la Administración como consecuencia de la actuación de sus autoridades, o del personal a su servicio (§ 5).

3. LA NATURALEZA JURIDICA DE LOS CONTRATOS DE SEGURO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS

El ordenamiento jurídico regula expresamente la suscripción de contratos de seguros por parte de las administraciones públicas, en el artículo 207.1.6.a) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP). Este es uno de los argumentos más sólidos para sostener la legalidad de estos contratos: el hecho de que se encuentren expresamente previstos. El problema ahora reside en determinar la naturaleza de estos contratos (si son administrativos o privados), así como su régimen de adjudicación y ejecución.

La inclusión del contrato de seguro entre los contratos de servicios regulados por la LCAP no es fortuita. La Directiva 92/50/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios¹⁰, recoge en un Anexo los contratos a los que resultan de aplicación los artículos 11 a 37 de la propia Directiva, en los que se establecen normas relativas a publicidad, licitación y adjudicación de estos contratos. El artículo 207.1 LCAP se corresponde literalmente con los Anexos IA e IB de la Directiva citada. Pero esta circunstancia no despeja completamente las dudas que presenta la cuestión.

En efecto, un sector doctrinal considera que los contratos contenidos en el artículo 207.1 LCAP son verdaderos contratos administrativos¹¹, opinión que compar-

¹⁰ De 18 de junio de 1992, DOCE, Serie L, núm. 209, de 24 de julio. Esta Directiva fue modificada por la 97/52 CE (del Parlamento Europeo y del Consejo), de 13 de octubre de 1997, DOCE, Serie L, núm. 328, de 28 de noviembre. Vid. un estudio monográfico de esta Directiva desde la perspectiva de los servicios financieros en GIL ANTÓN, A.: *La aplicación del Derecho comunitario y la repercusión en el ámbito territorial de la contratación pública de servicios financieros*, «Noticias de la Unión Europea», núm. 119, 1994, págs. 71 y sigs.

¹¹ Vid. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.: *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 133 y 243; MARTOS NAVARRO, F.: *Los contratos de consultoría, de asistencia, de servicios y para la realización de trabajos específicos concretos y no habituales*,

to. Pero también se ha sostenido que la inclusión de estos contratos en la LCAP se produce exclusivamente en orden a aplicarles las normas relativas a publicidad y adjudicación, aún cuando seguirían siendo contratos privados a los restantes efectos¹². Por su parte, el Proyecto de Ley por el que se modifica la LCAP¹³ se cuida de calificar a estos concretos contratos como privados, aunque no los extraiga del lugar donde son regulados actualmente, y les sigan resultando de aplicación las mismas reglas de publicidad, licitación y adjudicación que al resto de contratos del Título IV del Libro II. De hecho, la Exposición de Motivos del Proyecto declara que el carácter privado de estos contratos no resultaba *expresamente* de la Ley que modifica, de modo que el legislador parece entender que, en su régimen actual, tales contratos son privados aunque la Ley no lo diga expresamente.

Las disposiciones reglamentarias vigentes no arrojan mayor luz sobre la materia en examen. Así, el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, por el que se regulan los contratos celebrados con empresas consultoras o de servicios, no menciona expresamente los de seguro, ni permite incluir de manera inequívoca a este tipo de contratos en su ámbito de aplicación¹⁴. Tampoco las disposiciones relativas a la clasificación de contratistas mencionan expresamente, ni en los grupos ni en los subgrupos de clasificación, a los contratos de seguro¹⁵.

en «Estudios sobre la contratación en las administraciones públicas», Comares, Granada, 1996, pág. 596.

Por otra parte, de la lectura de RUIZ OJEDA, A., y GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su reglamento de desarrollo parcial*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 818 y sig., parece desprenderse la consideración de que tales contratos son administrativos, pero carecen de un marco jurídico específico, por lo que se encuentran precisados de desarrollo reglamentario. Del contexto en que se expresan también podemos entender que merecen la calificación de contratos administrativos para TOLIVAR ALAS, L.: *Comentario al Título IV del Libro II*, en «Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», CEDECS, Barcelona, 1996, págs. 22 y sig., y CAYUELA SEBASTIÁN, L.: *Los contratos de las administraciones públicas*, CEF, Madrid, 1996, págs. 353 y sigs.

¹² Esta posible interpretación es recogida por LLISSET BORRELL, F., y LLISSET CANEJAS, A.: *Manual de los contratos públicos*, Bayer Hnos., Barcelona, 1996, pág. 374.

¹³ *Vid.* su texto en BOCG, serie A, núm. 161-1.

¹⁴ En efecto, el artículo 3 del Decreto establece el objeto de los contratos incluidos en su ámbito de aplicación, señalando los siguientes: «a) Elaboración de estudios, planes, proyectos, memorias e informes de carácter técnico, económico o social; b) Realización de servicios técnicos, económicos, industriales, comerciales o cualesquiera otros de naturaleza análoga, siempre que no incluyan ejecución de obras, gestión de servicios públicos o prestación de suministros (...); c) Ejecución de otros servicios complementarios, tales como los de mecanografía, archivo, documentación, realización material de notificaciones y otros de índole administrativa, así como los de agencia, limpieza, calefacción, información y otros análogos».

¹⁵ *Vid.* el Real Decreto 609/1982, de 12 de febrero, por el que se dictan las normas para la clasificación de las empresas consultoras y de servicios (art. 6 modificado por el Real Decreto 52/1991, de 25 de enero); la Orden Ministerial de 24 de noviembre de 1982, del Ministerio de Hacienda, por la que se dictan normas para la clasificación de las empresas consultoras y de servicios que contraten con el Estado y sus Organismos Autónomos (modificada por la Orden Ministerial de 30 de enero de 1991, del Ministerio de Economía y Hacienda, sobre clasificación de empresas consultoras y de servicios, y desarrollada parcialmente por la OM de 19 de enero de 1993, del Ministerio de Economía y Hacienda), y la Resolución de 17 de mayo de 1991, de la Dirección General del Patrimonio del Estado (BOE núm. 149, de 18 de junio), por la que se hace público el acuerdo de la Junta Consultora de Contratación Administrativa sobre aplicación de la normativa reguladora de la clasificación de empresas consultoras y de servicios.

Eduardo Gamero Casado

Como ya he anticipado, considero que actualmente los contratos de seguro suscritos por las administraciones públicas revisten el carácter de administrativos, por lo que deben entenderse regidos por la LCAP incluso en lo relativo a su interpretación y ejecución, y las cuestiones litigiosas que susciten serían residenciables ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo¹⁶. Pero a la vista de lo anterior, parece que el régimen jurídico del contrato de seguro de responsabilidad de la Administración resulta incierto incluso en lo relativo a su naturaleza jurídica. Nada menos deseable en una modalidad contractual tan extendida como ésta.

4. ANALISIS DE LA INCOMPATIBILIDAD DEL REGIMEN JURIDICO-PÚBLICO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA CON EL REGIMEN JURIDICO-PRIVADO DEL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Como hemos comprobado, el régimen sustantivo y procedimental de la responsabilidad administrativa extracontractual se encuentra regulado por la LRJ-PAC, la LOPJ, la LJCA y LCAP. Por su parte, el régimen sustantivo de la responsabilidad extracontractual civil se contiene en los artículos 1.902 y sigs. CC; y la regulación relativa a su aseguramiento se aborda, principalmente, por la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro (LCS), además de por algunas normas sectoriales, reguladoras de concretas modalidades de seguros, o que establecen regímenes generales de responsabilidad, aplicables a cualesquiera sujetos jurídicos¹⁷. Las principales contradicciones que presentan estos regímenes jurídicos son las siguientes.

4.1. *La naturaleza jurídica del daño*

La responsabilidad administrativa constituye un régimen jurídico materialmente distinto del civil. El artículo 73 LCS dispone 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 asegurado. Por tanto, un seguro de responsabilidad civil no puede cubrir el riesgo de una obligación de indemnizar regulada por el Derecho administrativo. Así lo consideró la Resolución de la Dirección General de Seguros anteriormente citada, y en ello convienen también otros autores¹⁸.

Para salvar esta contradicción se ha afirmado que, aún no encontrando acomodo el aseguramiento de la responsabilidad administrativa extracontractual en el contrato de seguro de responsabilidad civil que regulan los artículos 73 y sigs. LCS, sí resultaría posible aplicarle, por analogía, el régimen del contrato de seguros de

¹⁶ Opinión que suscribe, asimismo, BLANQUER CRIADO, D.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, págs. 88 y sigs. El autor comenta, además, que esta misma consideración merece el contrato en examen para diversas administraciones públicas que lo han suscrito, como el Ministerio de Defensa, el INSALUD, la Comunidad Foral de Navarra y la Comunidad Autónoma del País Vasco.

¹⁷ Así, el Real Decreto Legislativo 1301/1986, por el que se adapta el Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor al ordenamiento jurídico comunitario.

¹⁸ *Vid.* TORRENT I RIBERT, P. J., *op. loc. últ. cit.*, y PAVELEK, J. E.: *El aseguramiento...*, *op. cit.*, págs. 25 y sig.

sus-
s, por
repre-
ante
rior,
de la
vada

grandes riesgos, para el que los preceptos de la LCS no son vinculantes¹⁹. También se ha dicho que, en virtud del principio de libertad de pacto, resultaría posible suscribir estos contratos de seguro, aplicándoles las normas del contrato nominado más afín, que sería el de seguro de responsabilidad civil²⁰.

Debe notarse, no obstante, que el problema en examen constituye un obstáculo de segundo nivel: si el contrato de seguro que suscribe una Administración Pública no es privado, sino administrativo, la cuestión de determinar las disposiciones de Derecho privado por las que se regula pasa a un segundo plano, resultando posible integrar las eventuales lagunas con carácter supletorio respecto a lo que disponga el Derecho administrativo, sin que llegue a cuestionarse la validez misma del contrato, aunque resulte dudosa la concreta determinación de su régimen jurídico.

El principal problema radica entonces en analizar *si las compañías aseguradoras pueden prestar esta garantía*, o bien el Derecho vigente les prohíbe hacerlo. El artículo 6 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP) impone la necesidad de obtener una autorización en orden a ejercer las actividades aseguradoras. La autorización se otorga por ramos, a cuyo efecto la disposición adicional primera de la LOSSP recoge el correspondiente catálogo. El ramo 13.º se describe así: «Responsabilidad civil en general: comprende toda responsabilidad distinta de las mencionadas en los números 10, 11 y 12». Esto permite afirmar que las compañías aseguradoras que operen en este ramo pueden prestar garantía frente a cualquier responsabilidad extracontractual distinta de la recogida en los ramos 10 a 12²¹, y por consiguiente, también

isa-
la
dad
ión
de
ras
es-
ra-

¹⁹ Como sostiene PAVELEK, J. E.: *El aseguramiento...*, op. cit., pág. 26. El autor considera que la mejor solución consiste en elaborar una normativa específica, reguladora del aseguramiento de la responsabilidad de la Administración; pero en defecto de ésta, ofrece la posibilidad de acudir a los contratos de seguros de grandes riesgos, en orden a determinar un régimen jurídico que aplicar a los contratos actualmente en vigor. El seguro de grandes riesgos es objeto de una breve regulación en los artículos 44.2 y 107.2 LCS. El primero de ellos permite excepcionar la aplicación de la LCS; el segundo establece que tienen este calificativo, entre otros, los seguros de responsabilidad civil en general siempre que el tomador supere los límites de, al menos, dos de los tres criterios siguientes: a) Total del balance: 6.200.000 ecus; b) Importe neto del volumen de negocios: 12.800.000 ecus; c) Número medio de empleados durante el ejercicio: 250 empleados; añadiendo. Como se observa, un gran porcentaje de Administraciones públicas supera fácilmente estas cifras.

²⁰ Así, RODRÍGUEZ ALVAREZ, J. A.: *Notas sobre el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, ponencia inédita presentada a las «II Jornadas de la Asociación de Letrados de las Entidades Locales de Andalucía», celebradas en La Rábida (Huelva), los días 23 y 24 de abril de 1998, págs. 5 y sigs. El autor, Subdirector General de Seguros y Política Legislativa, considera, por una parte, que la expresión contenida en el artículo 73 resulta extensiva a cualquier tipo de responsabilidad extracontractual, sin que deba restringirse a la estrictamente civil, pues a su juicio, la responsabilidad patrimonial de los entes públicos encuentra su origen histórico en la responsabilidad civil, siendo ambas sustancialmente análogas. Por otro lado, entiende que el principio de libertad de pacto permite la suscripción de cualquier contrato de seguro, siempre que se cumplan ciertas disposiciones legales mínimas (adecuación del contrato al orden público, licitud de su objeto, validez de la causa...); respetando tales límites, aunque los riesgos cubiertos no aparezcan en la tipificación recogida en la LCS, ni en la clasificación por ramos contenida en la DA 1.ª LOSSP, el contrato será lícito, y en orden a determinar su régimen jurídico habrá de acudirse al contrato nominado más afín, que siempre según el autor es el del seguro de responsabilidad civil.

²¹ (Que hacen referencia a diferentes tipos de responsabilidad derivada del uso de vehículos de diversa especie (terrestres, marítimos, etc.).

te
il
le
r-
r-
a
a

Eduardo Gamero Casado

podrán suscribir pólizas que cubran la responsabilidad administrativa extracontractual.

En este sentido, y para concluir el análisis, considero que la LCS hace una referencia nominal a la responsabilidad *civil* porque tradicionalmente se ha calificado así a toda responsabilidad extracontractual, y no sólo a la estrictamente civil. De modo que, con independencia de la naturaleza pública o privada de este contrato de seguros, podemos entender 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 a actuar en el ramo de responsabilidad civil también lo estarían para asegurar la responsabilidad extracontractual de la Administración.

4.2. *La acción directa del perjudicado contra la compañía aseguradora: excepción del procedimiento administrativo de responsabilidad, y renacimiento de la competencia jurisdiccional del orden civil*

En orden a proclamar la responsabilidad de las administraciones públicas, pueden seguirse diversos caminos; pero todos ellos convergen en un requisito común: la Administración pública ha de conocer y pronunciarse previamente sobre esta pretensión. Puede hacerlo mediante un procedimiento específico de responsabilidad (arts. 142 y 143 LRJ-PAC), ya hubiera sido iniciado de oficio o a instancia de parte; o también, con ocasión de la resolución de un recurso administrativo, o de una acción de nulidad (art. 102.3 LRJ-PAC). Pero el tratamiento previo de esta cuestión en vía administrativa es un requisito indispensable para ejercer la oportuna acción judicial ante el orden contencioso-administrativo ²².

Sin embargo, el artículo 76 LCS reconoce al perjudicado una acción directa contra el asegurador, para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar. «Ese derecho propio del tercero perjudicado para exigir al asegurador la obligación de indemnizar no es el mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado, causante del daño» ²³; este derecho, nótese bien, reconoce al tercero la posibilidad de entablar una acción directa contra la aseguradora, al objeto de resarcirse de los riesgos cubiertos por la póliza, pero encuentra su límite en la cobertura pactada entre asegurador y asegurado; constituye, ciertamente, un derecho conectado con el que asiste al tercero contra el asegurado, pero no se confunde con él, pues manifiesta tanto ésta como otras diferencias adicionales ²⁴.

El problema que nos interesa reside en determinar cómo y dónde debe ejercer este derecho el sujeto dañado. El artículo 9.4 LOPJ, según la nueva redacción que le ha conferido la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, establece que los Tribunales Contencioso-Administrativos conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del

²² Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 352 y sigs.

²³ Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Comentario al artículo 76*, en «Ley del Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones», Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 1219.

²⁴ *Ibidem*, págs. 1224 y sigs.

Eduardo Gamero Casado

dio de esta cuestión: se trata de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 16 de mayo de 1997, Ar. TSJyAP 1173; aunque el pronunciamiento resulta aislado y absolutamente singular, conviene transcribirlo por su especial interés:

«Arguye la sentencia de instancia que la referida excepción no puede ser acogida toda vez que la acción ejercitada es la del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro y frente a una persona jurídico-privada como es una aseguradora. Mas frente a tal fundamentación se alzan a juicio de la Sala las siguientes consideraciones de índole jurídico-positiva: 1.º) El artículo 54 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985 en la línea de lo preceptuado en el artículo 106.2 de la Constitución y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa declara que: "Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos, como consecuencia de los servicios públicos o de la actuación de sus Autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa"; 2.º) Dicha regulación general viene hoy contenida en los artículos 137 a 146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, desarrollados por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Conforme a dicha normativa *toda suerte de daños irrogados por las Administraciones Públicas, incluso cuando actúen en relaciones de Derecho privado se exigirán de conformidad con el correspondiente procedimiento administrativo y en su caso contencioso-administrativo*; 3.º) *La existencia de un contrato de seguro de responsabilidad civil entre una Administración pública y una compañía del sector no puede convertir las normas de ius cogens como es el caso de la legislación procedimental y procesal —art. 3.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa— en meras reglas dispositivas que permitan libremente al particular optar por un orden jurisdiccional u otro*; 4.º) La relación que traben aseguradora y asegurado si incumbe al orden jurisdiccional civil, pero para que la compañía aseguradora sea condenada al pago de la indemnización debe ser antes examinada la conducta del asegurado como se infiere claramente de los términos del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro, y acaba haciendo el juzgador *a quo* en su sentencia, siendo obvio que el orden civil tiene vedado el acceso al conocimiento de tales pretensiones frente a una Administración pública. Por último la existencia del contrato de seguro de responsabilidad civil en el ámbito administrativo, lejos de ser una figura anómala es especialmente desde el año 1991 una técnica cada vez más socorrida para dar cobertura a las actividades de mayor riesgo de los poderes públicos, tal es el caso pionero del Ministerio de Defensa que al amparo de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, suscribió un contrato de seguro para hacer frente a las múltiples indemnizaciones solicitadas con ocasión de lesiones o muerte producidas en el Servicio Militar. La presencia de tal contrato de seguro, que incluso puede ser ampliatorio de los estándares normales de responsabilidad, en nada altera los procedimientos de exigencia de responsabilidad deducida siempre ante la Administración asegurada, como, con toda normalidad, expone el Consejo de Estado en su dictamen 331/1991, de 9 de mayo. En suma, como se señala en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 22 de junio de 1995 al enjuiciar un caso análogo al de autos, *difícilmente dada la índole del seguro concertado se puede exigir responsabilidad a la aseguradora sin declarar la del Ayuntamiento a quien se asegura, extremo que al estar vedado a los Tribunales civiles conduce a la Sala a acoger la excepción de incompetencia de jurisdicción invocada por la apelante.*»

Como se observa, esta sentencia, no rechaza la posibilidad de que la Administración suscriba contratos de seguros, pero reconduce el asunto al orden contencioso-administrativo en lo relativo al nacimiento del deber de reparación, opinión que

asimismo comparte el Consejo de Estado ²⁷, pero no otros pronunciamientos posteriores recaídos en asuntos de análoga naturaleza ²⁸. Debemos entender que, una vez efectuado un pronunciamiento al respecto conforme al régimen jurídico-administrativo de la materia (bien con ocasión de un procedimiento administrativo, bien de un eventual recurso contencioso-administrativo), el lesionado podría, en su caso, ejercer la acción civil contra la compañía aseguradora, y únicamente contra ésta, en orden exclusivamente a obtener el cobro de lo debido. De manera que el perjudicado no podría recurrir contra la aseguradora ante el orden contencioso-administrativo, porque no lo permite el 9.4 LOPJ; y tampoco podría recurrir contra la Administración ante el orden civil, porque lo prohíbe el mismo precepto.

No obstante, reuniendo elementos de diversa procedencia podría mantenerse la viabilidad de otra solución diferente. Por un lado, debemos atender al carácter autónomo de la acción directa, en cuya virtud se reconoce un derecho conectado con el que asiste al tercero frente al asegurado, pero independiente de éste (como ya se anticipó más arriba), hasta el punto de que resulta perfectamente viable una acción dirigida exclusivamente contra la compañía aseguradora, aunque ceñida a la exigencia de la responsabilidad cubierta por la póliza. Se trata de una acción ejercida por un sujeto privado frente a otro, de modo que difícilmente puede justificarse la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de ella, resultando residenciable ante el orden civil. Pero para resolver el litigio, ha de razonarse sobre la eventual concurrencia de responsabilidad administrativa, materia que no corresponde a la jurisdicción civil. En aplicación del artículo 10.1 LOPJ, nada parece impedir que el orden civil conozca del asunto y valore la responsabilidad administrativa tan sólo con efecto prejudicial, de modo que determine si el daño ocasionado es o no indemnizable, y si se encuentra cubierto por la póliza de seguro. Si bien, a pesar de la aparente corrección de esta vía, existen dificultades para fundar en el Derecho administrativo la ulterior operatividad de una acción en beneficio de la compañía aseguradora, que permitiera a ésta iniciar el procedimiento de reclamación y el consiguiente proceso contencioso-administrativo cuando discrepase con la valoración prejudicial efectuada por el orden civil ²⁹. Por otra parte, y habida cuenta que la Administración no puede ser encausada en esta materia ante el orden civil, debe advertirse que el tercero lesionado se arriesga a obtener un pronunciamiento desfavorable, basado en causas diversas ³⁰, sien-

²⁷ En efecto, el Consejo de Estado ha declarado, en su Dictamen 331/1995, de 9 de mayo (citado por RODRÍGUEZ ALVAREZ, J. A., *op. cit.*, pág. 13, donde coincide con la opinión del Consejo consultivo), que la declaración de responsabilidad extracontractual de la Administración, ya se hubiera generado en relaciones de Derecho público o privado, corresponde a la propia Administración, a través del correspondiente procedimiento administrativo, a pesar de que se hubieran suscrito contratos de seguro para la cobertura de estos riesgos.

²⁸ Como las SSAP Vizcaya de 25 de mayo de 1998, Ar. TSJyAP 5350; y 19 de enero de 1999, Ar. TSJyAP 4202; y la SAP Barcelona de 24 de noviembre de 1998, Ar. TSJyAP 2141.

²⁹ Desde una óptica estrictamente jurídico-administrativa, difícilmente puede concebirse en este contexto a la aseguradora como interesado, a efectos de interponer una reclamación de responsabilidad administrativa; ni tampoco puede considerarse que estemos en presencia de los supuestos contemplados por el artículo 98 LCAP acerca de la responsabilidad del contratista, ni tampoco en una cuestión relativa a la interpretación del contrato (art. 60 LCAP); alternativas todas ellas que abrirían un primer procedimiento administrativo al que seguiría en su caso una ulterior acción judicial ante el orden contencioso-administrativo.

³⁰ Que aludiendo nuevamente a SÁNCHEZ CALERO, F., *op. ult. cit.*, pág. 1241, serían «las basadas en la inexistencia del contrato o extinción de la relación jurídica, la ausencia del

Eduardo Gamero Casado

do así además que tal resolución puede recaer una vez prescrito el plazo de ejercicio de la acción de reclamación ante la Administración, quedando desprovisto de derechos. Por todo ello, parece más recomendable optar por la vía anterior, y accionar en vía civil contra la aseguradora únicamente cuando se ostente una previa declaración de responsabilidad en vía administrativa o contencioso-administrativa.

Por consiguiente, en todo este asunto resulta posible articular al menos dos interpretaciones conformes, que conjugan adecuadamente al Derecho público y el privado; pero desde luego, ambas resultan complejas y forzadas. La lógica del sistema impulsa a promover otras soluciones más sencillas y coherentes, sobre todo, en aras de una mayor seguridad jurídica y de una mejor tutela del perjudicado, finalidad a la que tiende, en definitiva, todo sistema de responsabilidad extracontractual (incluido el régimen de su aseguramiento). Por ello, es inevitable destacar las contradicciones existentes entre el Derecho público y el privado en este punto como un argumento revelador de la diversidad que separa la responsabilidad administrativa de la civil, reforzando la necesidad de articular una regulación específica del aseguramiento de la responsabilidad administrativa, de manera que, si se mantiene en este ámbito una acción directa comparable a la prevista en la LCS, se establezca al propio tiempo la necesidad de 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 por la póliza. La mejor forma de alcanzar este objetivo es manteniendo la naturaleza jurídico-administrativa de estos contratos, en lugar de transformarlos nuevamente en contratos privados como pretende el Proyecto de Ley de reforma de la LCAP.

4.3. La renuncia del asegurado a la dirección jurídica del proceso

Según el artículo 74 LCS, «salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado». Sin embargo, el Estado y las Comunidades Autónomas cuentan con cuerpos propios de letrados a quienes corresponde esta función³¹. Una interpretación integradora de ambos regímenes jurídicos excluye la posibilidad de que la compañía aseguradora asuma en estos casos la dirección letrada de los asuntos, conclusión que se salva en virtud de la excepción que contempla expresamente el propio artículo 74 LCS: puesto que se permite pacto en contrario sobre la cesión de la dirección jurídica, debe

derecho del perjudicado al resarcimiento y el hecho de que el derecho del tercero esté fuera de la cobertura del seguro», así como otras eventuales excepciones que el propio autor señala en págs. 1247 y sigs.

³¹ *Vid.* el artículo 1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, que adscribe a diversos cuerpos de funcionarios la asistencia jurídica a la Administración territorial e institucional del Estado. Las Comunidades Autónomas han creado cuerpos análogos; a modo de ejemplo, *vid.*, entre otras, la DA 3.ª de la Ley de Aragón 11/1996, de 30 de noviembre, de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma; la Ley 7/1996, de 5 de julio, de Organización de los Servicios Jurídicos de la Generalidad de Cataluña; la Ley de Baleares 5/1994, de 30 de noviembre, de Representación y Defensa en Juicio de la Administración de la Comunidad Autónoma, y el artículo 92 de la Ley de La Rioja 3/1995, de 8 de marzo.

entenderse que las disposiciones normativas que la atribuyen a cuerpos específicos de funcionarios públicos son conocidas por las compañías contratantes, que las aceptan como pacto con la Administración incluso en el supuesto de que tal excepción no se contenga expresamente en el contrato. No obstante, y dado que la doctrina mercantilista señala que el pacto contrario a la cesión de la dirección jurídica debe incluirse en la póliza o articularse en virtud de un acuerdo *posterior*³², es conveniente que la exclusión de la cesión se incluya por la Administración en el pliego de cláusulas administrativas del contrato, o en la propia póliza, diluyendo toda duda al respecto.

De otro lado, la doctrina mercantilista entiende que el deber de cesión de la dirección jurídica conlleva otra serie de imposiciones sobre el asegurado, entre las que se cuenta la prohibición de que éste reconozca unilateralmente su responsabilidad, y la prohibición de transigir³³. Esto se enfrenta con la posibilidad de que la Administración lo haga con ocasión de la tramitación de procedimientos administrativos. Pero la contradicción se salva nuevamente por el carácter potestativo de la cesión, permitiendo considerar que en este caso existe un pacto *a contrario* en cuya virtud la Administración puede declarar unilateralmente su responsabilidad. De otro lado, el deber de no transigir «no puede imponer al asegurado un comportamiento ilícito, contrario a la buena fe»³⁴, de modo que no resultaría inválido un reconocimiento *lícito* del daño (esto es, la apreciación por parte de la Administración de que concurren los requisitos de la responsabilidad extracontractual), ni de los hechos que sean ciertos, aunque quede descartado cualquier acto de colusión o connivencia de la Administración con el tercero, al objeto de beneficiar a éste.

4.4. La dificultad de prever actuarialmente el riesgo cubierto

La LOSSP prohíbe a las entidades aseguradoras realizar operaciones que carezcan de base técnica actuarial; si lo hicieran, la operación sería nula de pleno derecho³⁵. Esto trae causa de la necesidad de que las primas puedan determinarse de acuerdo con hipótesis actuariales razonables, de manera que resulten suficientes para satisfacer las obligaciones derivadas del contrato³⁶. El límite resulta evidente³⁷, pero a mi juicio, no constituye un obstáculo insalvable.

³² Así, SÁNCHEZ CALERO, F.: *Comentario al artículo 74*, en «Ley del Contrato de Seguro», *op. cit.*, pág. 1177.

³³ Vid. CALZADA CONDE, M. A.: *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1983, págs. 356 y sigs.; SÁNCHEZ CALERO, F., y TIRADO SUÁREZ, F. J.: *Ley del contrato de seguro*, Madrid, 1985, págs. 555 y sigs., y SÁNCHEZ CALERO, F.: *Comentario al artículo 74*, *op. cit.*, págs. 1181 y sigs.

³⁴ Cf. SÁNCHEZ CALERO, F., *op. loc. últ. cit.*

³⁵ El artículo 5.1 LOSSP establece: «Quedan prohibidas a las entidades aseguradoras, y su realización determinará la nulidad de pleno derecho de las mismas, las siguientes operaciones: a) Las que carezcan de base técnica actuarial».

³⁶ Según previene el artículo 24.3 LOSSP.

³⁷ PAVELLIK, J. E.: *El aseguramiento...*, *op. cit.*, pág. 22, advierte de la dificultad de efectuar esta operación con las siguientes palabras: «No es posible otorgar un tratamiento asimilable al que se realiza para los riesgos normales basados en la experiencia siniestral, la frecuencia y el siniestro medio como cuando se trata de riesgos masa a los que se puede aplicar un componente estadístico. No son por otra parte riesgos homogéneos que siempre se vayan a comportar del mismo modo ya que aglutinan elementos de frecuencia y severidad siniestral de gran exposición».

Eduardo Gamero Casado

La Administración puede reconocer su responsabilidad con ocasión del correspondiente procedimiento administrativo. El artículo 142.2 LRJ-PAC establece los órganos competentes para resolverlo, que son pocos y del máximo nivel. La base actuarial necesaria para suscribir el contrato podría conseguirse mediante el estudio de los antecedentes obrantes en la Administración pública que suscriba el contrato. Por otro lado, y puesto que la responsabilidad también ha podido imponerse como resultado de una condena judicial, parece posible establecer al propio tiempo la base actuarial mediante la consulta de los correspondientes archivos de la Administración asegurada, e incluso de los repertorios de jurisprudencia.

Como fruto de estos estudios técnicos, puede ocurrir que el riesgo a cubrir resulte tremendamente elevado, y por consiguiente, también deberá serlo la prima de la póliza. En tal caso, serán las reglas propias del mercado las que conduzcan al no aseguramiento: bien la Administración no estará dispuesta a satisfacer una prima tan elevada, bien la aseguradora no querrá (ni podrá legalmente) suscribir un contrato que le impida satisfacer las obligaciones que asume y constituir las provisiones técnicas adecuadas ³⁸.

Pero probablemente, sí resultará factible, tanto desde el punto de vista actuarial como empresarial, articular pólizas de seguro que cubran los riesgos de un gran número de entidades locales, y de entes instrumentales dotados de personalidad jurídica propia. Precisamente es en estos casos, a mi juicio, donde mayor utilidad pueden revestir estas pólizas. Si una compañía aseguradora asume el riesgo de varias entidades locales, puede articular las correspondientes provisiones, y responder frente a los casos concretos que se planteen en alguna de ellas; por el contrario, dado lo modesto de los presupuestos de muchas corporaciones locales, la ausencia de seguros puede determinar una carga presupuestaria exorbitante si acontece en el municipio un supuesto que determine el nacimiento de una obligación de reparación de cuantía elevada: estos supuestos no suelen repetirse en relación con una misma entidad, pero sí acaecen con relativa frecuencia tomando como parámetro el conjunto de ellas. Condenar a un pequeño municipio a una indemnización de cincuenta millones de pesetas le supone un enorme coste relativo; pero si una compañía aseguradora cubre los riesgos de un volumen importante de municipios, podrá articular las provisiones necesarias para responder de estos riesgos en el concreto municipio en el que se produzca el caso. A mi modo de ver, los contratos de seguros pueden cumplir a estos efectos una función de enorme importancia, pues una indemnización tan elevada pone en entredicho la capacidad de gestión de la corporación en sucesivos ejercicios presupuestarios.

5. LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LAS AUTORIDADES Y DEL PERSONAL DE LA ADMINISTRACION

5.1. *Supuestos de responsabilidad incluidos en el artículo 145 LRJ-PAC*

La Administración incurre en responsabilidad directa por los daños generados por su personal (arts. 144 y 145 LRJ-PAC). Por tanto, aunque pueda identificarse a un

³⁸ Así lo documenta PAVELEK, J. E., *op. ult. cit.*, pág. 24, donde señala que los grandes ayuntamientos vienen padeciendo dificultades últimamente para renovar sus seguros, e incluso los concursos que convocan quedan desiertos.

concreto sujeto como origen de la lesión, frente a terceros es la Administración pública la única responsable; la legitimación pasiva frente a una acción de responsabilidad corresponde exclusivamente a la Administración³⁹. Con esta premisa, puesto que frente a terceros la responsabilidad de la Administración y la de su personal son una misma cosa, y dado que la Administración deberá responder de los daños que la actuación de su personal derive sobre terceros, si no existe obstáculo a que la Administración asegure su propia responsabilidad, tampoco debe haberlo a que cubra la que resulte de la actividad de su personal.

Ahora cabe preguntarse cuál es la responsabilidad que se asegura. El tomador de la póliza sería la Administración, pero ¿quién sería el sujeto asegurado? A mi jui-

³⁹ Esta afirmación se encuentra muy extendida: *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. 1, Civitas, Madrid, 1995, pag. 405; BLASCO ESTEVE, A.: *La responsabilidad de la Administración*, en «Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», Carperi, Madrid, 1993, págs. 434 y sigs.; NAVARRO MUNEIRA, A. E.: *La regulación de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, en «Administración pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992», Bosch, Barcelona, 1994, págs. 542 y sigs.; PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 55 y sigs.; GARCÍA ALVAREZ, G.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, en «Derecho Administrativo. Parte especial», Civitas, Madrid, 1994, pag. 928; FUERTES SUÁREZ, J. L.: *Responsabilidad de las Administraciones públicas*, en «Administraciones públicas y ciudadanía», Praxis, Barcelona, 1993, pag. 816, y MARTÍN REBOLLO, L.: *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica*, «DA», núms. 237-238, 1994, pag. 96.

Sin embargo, la postura no es pacífica, pues un sector doctrinal considera que el perjudicado también podrá dirigir su acción contra el personal de la Administración: *vid.* PEMÁN GAVÍN, J.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público*, «DA», núms. 237-238, 1994, pag. 304; PARADA VÁZQUEZ, R.: *Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 453 y sigs.; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad...*, *op. cit.*, págs. 440 y sigs.; LECHUENA VILLA, J.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, en «La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», Tecnos, Madrid, 1993, pag. 407, y más abierto a la postura contraria, a la vista de las recientes reformas legales, en su trabajo *Comentario al artículo 2.e)*, en el número 100 de esta «Revista», *op. cit.*, pag. 103; LLISSET BORRELL, F., y otros: *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Abella, Madrid, 1994, pag. 426, y CORTO OLIVERA, T.: *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, EDERSA, Madrid, 1994, págs. 732 y 742.

Por su parte, GARRIDO FALLA, F., y FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.: *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 391 y sigs., en una posición de gran pragmatismo, consideran que, a pesar de consagrarse en la Ley un régimen de responsabilidad directa, los particulares tenderán a recurrir contra el personal de la Administración, y el orden civil a admitir y resolver estos recursos.

Por último, debe notarse que la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, ha derogado expresamente la Ley de 5 de abril de 1904, y el RD de 23 de septiembre de 1904, relativos a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos, cerrando esta vía de reclamación que, de hecho, llevaba largos años sin emplearse; ello refuerza la opinión de que la responsabilidad de la Administración es directa, y que los terceros lesionados carecen de la posibilidad de recurrir directamente contra los funcionarios públicos en orden a exigirles responsabilidad patrimonial por daños derivados del ejercicio de sus funciones; así lo describe MARTÍN REBOLLO, L., en el comentario al artículo 145 LRJ-PAC incluido en la *Adenda a las Leyes Administrativas*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pag. 118.

Eduardo Gamero Casado

cio, el asegurado debe ser única y exclusivamente la propia Administración, quien responde frente a terceros de los daños ocasionados por su personal. No se trata, por tanto, de que la Administración asegure a las autoridades y al personal a su servicio, sino que se asegura a sí misma frente a los daños provocados por ellos. Esto resuelve los problemas de orden ético que representaría el aseguramiento por parte de la Administración, y con cargo a los fondos públicos, de la responsabilidad personal de estos sujetos. Al propio tiempo, se supera así la prohibición de cubrir mediante pólizas de seguros los daños causados dolosamente, establecida en el artículo 19 LCS, 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*⁴⁰, siendo así que este tipo de responsabilidad sí puede ser objeto de seguro⁴¹.

De otro lado, el artículo 145.2 LRJ-PAC permite repetir el pago por la Administración contra las autoridades y el personal a su servicio, cuando se hubiera satisfecho la correspondiente indemnización frente a terceros. Pero si la compañía ha respondido frente a terceros, parece que debe corresponderle a ésta la acción de regreso, entre otras cosas, para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración. En este sentido, el artículo 43 LCS reconoce al asegurador que hubiera satisfecho la indemnización una subrogación en los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización. Aunque el párrafo tercero del mismo artículo descarta el derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado de acuerdo con la Ley, sí lo reconoce cuando la responsabilidad proviene de dolo del dependiente, por lo que la aseguradora se subrogaría en el derecho que asiste a la Administración contra su personal, cuando éste hubiera actuado dolosamente.

En este punto surgen dos problemas. El primero consiste en determinar cómo podrá la entidad aseguradora ejercer este derecho, siendo así que la proclamación de la responsabilidad propia de las autoridades o el personal al servicio de las administraciones públicas exige la tramitación de un procedimiento administrativo, cuyo nuevo régimen jurídico determina su preceptiva iniciación de oficio cuan-

⁴⁰ Sobre la aplicación de la doctrina de la culpa a la posición de la Administración en materia de responsabilidad puede verse JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A.: *Responsabilidad administrativa por culpa in vigilando* o *in omittendo*, en «Gobierno y Administración en la Constitución», vol. 1, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado e IEF, Madrid, 1988, págs. 893 y sigs. Por otra parte, en relación con la distinción operante en el Derecho civil entre la responsabilidad directa de una persona como consecuencia de la actuación de otra dependiente de ella puede verse especialmente SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, vol. 1, Montecorvo, Madrid, 1993, págs. 489 y sigs., y Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. 2, Tecnos, Madrid, pág. 626.

⁴¹ *Vid.* a este respecto SÁNCHEZ CALERO, F.: *Comentario al artículo 19*, en «Ley del Contrato de Seguro», *op. cit.*, págs. 286 y sigs., y la bibliografía citada por el mismo; en pág. 298, dice el autor: «El artículo 19 limita, por razones de moralidad y orden público, la asegurabilidad del dolo del asegurado, razones que no se producen en el supuesto del dolo o la culpa de las personas por las que ha de responder, pues se trata de conductas ajenas al asegurado. A éste sólo se le puede imputar la culpa en la elección o en la vigilancia de esas personas y, como sabemos, es asegurable la culpa del asegurado».

do la Administración hubiera lesionado al tercero ⁴², pero no atiende al caso de que la indemnización hubiera sido satisfecha por un tercero obligado al pago (la aseguradora). Para el efectivo ejercicio de la subrogación, parece que se debe reconocer a la entidad aseguradora el derecho a iniciar este procedimiento mediante reclamación, aunque tal posibilidad no se contemple en la LRJ-PAC, ni en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las administraciones públicas en materia de responsabilidad. La resolución expresa o presunta de la misma sería residenciable ante la jurisdicción contencioso-administrativa, quien por cierto ya ha conocido anteriormente de supuestos de subrogación de entidades aseguradoras, aunque de naturaleza diferente a la tratada ahora ⁴³.

El segundo conflicto aparece ante la posibilidad de que la Administración inicie la vía de regreso contra su personal o las autoridades a su servicio cuando éstos hubieran incurrido en culpa o negligencia grave, pues en este caso no cabe subrogación de la aseguradora, restringida tan sólo a los daños derivados de conductas dolosas. SÁNCHEZ CALERO reconoce que en este caso no cabe subrogación, a pesar de que perviva la vía de repetición del asegurado contra su dependiente ⁴⁴. La iniquidad del enriquecimiento injusto de la Administración podría obviarse privándola de la vía de regreso, por ausencia de su supuesto de hecho: la indemnización no ha sido abonada por ella, sino por la aseguradora. En tal caso, la conducta culpable de la autoridad o del personal de la Administración quedaría impune desde el punto de vista patrimonial, puesto que no soporta bajo ningún concepto las consecuencias de su acción culpable: ni mediante el pago de la indemnización (que satisface la aseguradora), ni tampoco de la prima del seguro (que corre por cuenta de la Administración).

Todo lo dicho pone de manifiesto, una vez más, las enormes contradicciones presentes en esta materia, así como la necesidad de contar con una regulación específica de todos los problemas relativos al aseguramiento de la responsabilidad administrativa, que despeje las dudas de legalidad que se ciernen sobre estas pólizas ⁴⁵.

⁴² El nuevo texto del artículo 145.2 LRJ-PAC, modificado por la Ley 4/1999, establece que el procedimiento de exigencia de responsabilidad de las autoridades y el personal de la Administración se iniciará de oficio por parte de ésta; en el texto original de la Ley 30/1992, la indicación parecía ser potestativa, en tanto que la reforma la impone preceptivamente.

⁴³ En efecto, la STS (Sala 3.ª) de 11 de febrero de 1987 (Ar. 535), conoce y resuelve un recurso interpuesto por una compañía aseguradora contra la desestimación de una reclamación de responsabilidad por parte del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, en ejercicio de un derecho de subrogación, basado en la indemnización que la entidad había concedido previamente a un particular como consecuencia de un accidente producido por la deficiente conservación de una carretera; la sentencia analiza expresamente la concurrencia del artículo 43 LCS, considerándolo de aplicación al supuesto, y entendiendo subrogada a la aseguradora en el derecho que asistía al perjudicado/asegurado contra la Administración, rechazando las excepciones de inadmisibilidad aducidas por ésta, aunque finalmente desestima el recurso por razones de fondo.

⁴⁴ *Val.* SÁNCHEZ CALERO, F.: *Comentario al artículo 43*, en «Ley del Contrato de Seguro», *op. cit.*, pág. 659.

⁴⁵ Las dificultades que se aprecian en este régimen jurídico han conducido a sostener en algunos casos que no resulta posible suscribir contratos de seguros con los que la Administración cubra los riesgos derivados de dolo, culpa o negligencia grave del personal a su servicio. Así se afirma en un Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 30 de junio de 1994, en el que se cita otro evacuado en el mismo sentido por la Inter-

Eduardo Gamero Casado

5.2. *La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de delitos cometidos por su personal*

Existe un supuesto en que el perjudicado puede exigir la responsabilidad directamente al personal de la Administración: la acumulación de la acción de indemnización ante el orden penal, con ocasión de un proceso criminal. Conforme a lo dispuesto por el artículo 121 CP, cabe exigir ante el orden penal la responsabilidad patrimonial de la autoridad, agente, contratados y funcionarios de la Administración, en cuyo caso la pretensión habrá de dirigirse simultáneamente contra ésta, cuya responsabilidad será subsidiaria. En tales circunstancias, cabe reconocer la posibilidad de que las administraciones públicas suscriban pólizas de seguro que cubran su propia responsabilidad, que en este caso es distinta de la de su personal, de carácter subsidiario, y de naturaleza no administrativa, teniendo presente que el concreto ámbito de cobertura debería ser únicamente la responsabilidad derivada de delito.

De hecho, en este campo las pólizas de seguro pueden jugar un relevante papel. En la más reciente jurisprudencia se aprecia una profunda criminalización de la actuación administrativa, proliferando sentencias judiciales en las que la imputación del delito resulta francamente dudosa, y la condena parece respaldar únicamente la imposición de una indemnización sobre la Administración ⁴⁶. El problema adquiere dimensiones desmesuradas en materias como la asistencia sanitaria, generando un enorme desasosiego en los profesionales sanitarios ⁴⁷. Máxime, una vez reconfirmada la unidad jurisdiccional en la materia, que impide la prosecución de acciones de responsabilidad en las vías civil y social, que se venían utilizando instrumentalmente por los recurrentes para conseguir los pronunciamientos de condena con mayor celeridad: una vez cerrados estos cauces, parece previsible un incremento considerable de la litigiosidad en vía penal.

vención General de la Administración del Estado el 8 de julio de 1987. Sin embargo, debo hacer notar que 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.

⁴⁶ Sirvan de ejemplo, por su extraordinaria importancia, las SSTs de 26 de septiembre de 1997, Ar. 6366, y 15 de abril de 1997, Ar. 2986, sobre el aceite de colza desnaturalizado, y la rotura de la presa de Tous, respectivamente. Debe notarse que la reforma de la LOPJ no ha privado de esta competencia al orden penal, pues a pesar de que por la literalidad de su texto podría entenderse materialmente derogado el artículo 121 CP, no debe olvidarse que la Ley Orgánica 6/1998 se conecta por razón de necesidad con la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en la Exposición de Motivos de esta última se afirma expresamente que: «parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal».

⁴⁷ Acerca de la responsabilidad por prestación de asistencia sanitaria en centros públicos debe consultarse VILLAR ROJAS, J. L.: *La responsabilidad de las administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Praxis, Barcelona, 1996; y en relación concreta con su aseguramiento, RODRÍGUEZ VARONA, M.: *Responsabilidad civil médica, hospitalaria y su aseguramiento*, «Revista del Derecho de los Seguros Privados», noviembre-diciembre de 1997, págs. 7 a 77 (con abundantes datos estadísticos).

En este supuesto, el sujeto asegurado sería la propia Administración tomadora del seguro ⁴⁸. Si el sujeto condenado carece de patrimonio para afrontar la indemnización, la compañía de seguros responderá subsidiariamente en lugar de la Administración, y será directamente acreedora frente al condenado para, en su caso, resarcirse de lo pagado.

6. EL PROYECTO DE REFORMA DE LA LEY DE CONTRATOS
DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS

El Proyecto de Ley de reforma de la LCAP resuelve el interrogante de la naturaleza jurídica de los contratos de seguro de las administraciones públicas, calificándolos expresamente como privados. Pero esta calificación no entraña su entera exclusión de la LCAP, pues la propia Ley los somete a reglas específicas de publicidad, licitación y adjudicación (que por otra parte vienen impuestas por las directivas comunitarias), aunque el resto de su régimen jurídico, incluida la vía jurisdiccional para exigir su cumplimiento, sea de carácter privado. Frente a la tradicional clasificación bipolar entre contrato administrativo y contrato privado, emerge un *tertium genus* en el Derecho de la contratación pública. Dejando a un lado cualquier análisis sobre la coherencia del planteamiento, el problema principal en este asunto reside en la circunstancia de que el régimen sustantivo resultante de la LCS presenta enormes dificultades de engarce con el sistema de responsabilidad de las administraciones públicas, como ha quedado de manifiesto en los epígrafes anteriores. En el actual orden de cosas, sería posible dictar un reglamento de desarrollo de la LCAP que remediase estas contradicciones, apoyándose en la calificación el contrato como administrativo, y confiriéndole un régimen jurídico específico que resolviese los problemas reseñados. Pero si prospera el Proyecto de Ley, el contrato será de carácter privado, y no podrá acometerse su regulación sustantiva en el marco del Derecho administrativo, quedando inevitablemente consagrada para el futuro la enorme complejidad de interpretación y ejecución que se viene planteando actualmente en relación con estos contratos, lo que considero totalmente desaconsejable.

Por lo que se refiere al régimen de su ejecución y adscripción jurisdiccional, el asunto ya es distinto. Convengo con el parecer mayoritario de que en la actualidad estos contratos parecen ser calificados como administrativos por la LCAP. Pero nada avanzamos con esto, ni desde el punto de vista de la determinación del régimen sustantivo, ni tampoco en relación con la competencia jurisdiccional. Lo primero, porque no existe un régimen específico de Derecho público en relación con estos contratos; y lo segundo, porque en la práctica los jueces civiles se vienen entendiendo mayoritariamente competentes para conocer del asunto (como ya quedó dicho), sin que la reforma de la LOPJ permita remediar el problema. Por último, la propia Administración no parece muy convencida de que estos contratos ostenten el carácter de administrativos, como se desprende de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de reforma de la LCAP.

⁴⁸ En la misma opinión, SÁNCHEZ CALERO, F.: *Comentario al artículo 73*, en «Ley del Contrato de Seguro», *op. cit.*, pág. 1138: el autor señala que, por razones de orden público, no cabe el aseguramiento de la responsabilidad penal, pero sí el de la responsabilidad civil subsidiaria de la penal.

7. CONCLUSION

No parecen existir obstáculos insalvables que impidan a la Administración pública suscribir contratos de seguro de responsabilidad patrimonial. Sin embargo, existen graves dificultades en orden a determinar su concreto régimen jurídico. Aunque puedan ser calificados como contratos administrativos con arreglo a las disposiciones de la LCAP, con ello no conseguimos resolver la problemática que representan, pues carecen de una regulación específica de carácter administrativo que elimine las dificultades observadas. No obstante, calificando el contrato como administrativo sentamos unas bases que permitirían reconstruir un régimen jurídico coherente en la materia, mediante su desarrollo reglamentario. En defecto de tal regulación resultará tremendamente importante la incorporación de unas cláusulas administrativas particulares suficientemente depuradas, de manera que se procuren solventar expresamente en ese documento todos los problemas interpretativos que he venido apuntando con anterioridad: retención de la dirección jurídica por parte de la Administración; imposibilidad de reconocimiento de la responsabilidad unilateralmente por la compañía aseguradora en defecto del correspondiente procedimiento administrativo; régimen de la acción directa del tercero perjudicado contra la compañía aseguradora, y de la acción de regreso en el caso de conducta dolosa de las autoridades o del personal de la Administración; etcétera ⁴⁹.

Sería deseable que el legislador tuviera presente todo ello, y modificara el Proyecto de Ley de reforma de la LCAP en este punto, tomando en consideración la enorme inseguridad jurídica que existe en la actualidad. También sería recomendable que la regulación específica de los contratos de seguro suscritos por las administraciones públicas valorase la enorme diversidad de su objeto, y estableciera diferentes regímenes jurídicos, según la materia. Así, parece de sentido común que el régimen civil siga operando en algunos casos concretos, como por ejemplo, en los seguros obligatorios de circulación de vehículos a motor (materia en la que más bien cabe hablar de un régimen común, que de un régimen civil propiamente dicho).

En orden a respaldar estas apreciaciones, debe recordarse el enorme servicio que los contratos de seguro pueden prestar a ciertas administraciones públicas, y especialmente a las corporaciones locales de presupuestos modestos, o a los entes instrumentales de dimensiones reducidas, puesto que una condena por responsabilidad derivada de la actividad de la Administración puede resultar terriblemente gravosa para la entidad, situándola en una posición ciertamente comprometida; la distribución del riesgo que se opera mediante la suscripción de pólizas de seguro permite conjugar la necesidad de que las entidades aseguradoras efectúen las oportunas provisiones de fondos, con la conveniencia de que sean ellas quienes respondan, y no la Administración concernida, en los concretos casos de responsabilidad que eventualmente se presenten. Por último, la Ley 4/1999, de Reforma de la Ley 30/1992, no incorpora novedades en este punto, desaprovechando una

⁴⁹ Otros elementos adicionales a tomar en consideración pueden obtenerse en PAVELK, J. E.: *El aseguramiento...*, *op. cit.*, págs. 19 y sigs., donde se lleva a cabo un estudio pormenorizado del clausulado de las pólizas de seguro suscritas por diferentes Administraciones públicas.

ocasión oportuna para introducir las necesarias aclaraciones sobre algunos de los aspectos tratados⁵⁰.

⁵⁰ Como he tenido ocasión de manifestar en otros lugares; así, en *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pág. 229, donde se recoge una propuesta de nueva redacción del Título IX (L.RJ)-PAC; la sugerida para el artículo 144 es la siguiente: «La responsabilidad administrativa extracontractual será exigible en todo caso conforme a los procedimientos regulados en este capítulo, con independencia de la relación jurídica en que el daño se hubiera generado, de que el mismo derive de actuaciones en vía de hecho, o de que el pago se encuentre cubierto mediante pólizas de seguros. En este sentido, los contratos de seguros suscritos por las Administraciones públicas en materia de responsabilidad extracontractual tendrán la consideración de contratos administrativos».