

EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. LOS PROBLEMAS QUE CONLLEVA SU ASEGURAMIENTO

Juan Lixmar Zoto Alvarado

Doctorante en Derecho Administrativo por la Universidad de Zaragoza, en periodo de investigación en la Universidad de Roma «La Sapienza»

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Fernando SAINZ MORENO, doña Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, don David LARIOS RISCO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ y don Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA.

EXTRACTO

Conforme datos estadísticos, el máximo tribunal de justicia español, en las últimas gestiones, ha multiplicado el número de sentencias en materia contencioso-administrativa, ello debido a la interposición de una elevada cantidad de procesos referentes a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas; esta situación no es de extrañar ya que la crisis económica que atraviesa el país –una de las causas más influyentes– ha impulsado al ciudadano a acudir incluso hasta la última instancia jurisdiccional para solicitar la reparación económica de sus derechos; es por esta situación que las Administraciones públicas de un tiempo a esta parte han incrementado su previsión presupuestaria con el objeto de contratar empresas aseguradoras privadas y de esta forma tener cubiertos los daños que pudieran causar con el despliegue de su actividad.

Es por ello que el objeto de este estudio ha sido analizar los problemas jurídicos que se suscitan de la relación entre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas reguladas por los artículos 106.2 de la Constitución española y 139-145 de la Ley de Régimen Jurídico del Procedimiento Administrativo Común, y el contrato de seguro de responsabilidad civil previsto por los artículos 73-76 de la Ley de Contrato de Seguro. Específicamente, nos avocamos a los problemas derivados del hecho de que las Administraciones públicas contraten seguros de responsabilidad patrimonial (civil) con compañías aseguradoras privadas.

El trabajo se divide en tres partes, combina la exposición con el análisis crítico y otorga posibles soluciones ante situaciones controvertidas. En la primera parte se analiza brevemente la evolución del seguro de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, sus bases constitucionales, la situación contemporánea en la que se encuentra y otorga un diagnóstico sobre su utilidad. La segunda parte desvela la problemática jurídica que se presenta en la aplicación del contrato de seguro de responsabilidad patrimonial, se analiza el sistema de responsabilidad civil y su diferencia con el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, también analiza la problemática del orden jurisdiccional competente (civil o contencioso-administrativo) que corresponde ante las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas aseguradas. Por último, el trabajo describe la configuración jurídica del contrato de seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas.

Palabras claves: seguro, responsabilidad patrimonial y jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Fecha de entrada: 03-05-2012 / Fecha de aceptación: 10-07-2012

THE CONTRACT OF LIABILITY INSURANCE OF PUBLIC ADMINISTRATIONS. THE PROBLEMS OF THEIR INSURANCE

Juan Lixmar Zoto Alvarado

ABSTRACT

According to statistics, the Supreme Court of Justice of Spain, in the last years has increased the number of judgments in the contentious administrative order; due to the interposition of a high number of processes concerning the liability of the public administrations; this situation is not surprising since the economic crisis in the country -one of the most influential causes-, has prompted the citizen to go to the last judicial instance to seek financial compensation for their rights; this is why public authorities for some time now increased its budget in order to contract private insurance companies and there for recovered the damages caused by the deployment of its activity.

In this context, the purpose of this study is to analyze the legal problems that arise from the relationship between the liabilities of public administration regulated by Arts. 106.2 of the Spanish Constitution and the Arts. 139-145 LRJPAC, and contract of civil-liability provided by Arts. 73-76 of the Law on Insurance Contracts. We focus on the problems faced by the fact of the government adopting private insurance companies of pecuniary responsibility.

This article is divided in three parts, combining explanation with critical analysis for possible solutions to controversial situations. The first part briefly discusses the evolution of the contract of pecuniary-responsibility in the public administration context, its constitutional basis, the contemporary situation in which it is located and provides a diagnostic of its usefulness. The second part, reveals the legal issues of the application of the pecuniary-responsibility insurance, and analyzes the liability system and its differences with the pecuniary-responsibility of the Administration. In addition, it analyzes the issues of the judicial order (civil or administrative) that corresponds to the patrimonial responsibility claims presented by the insured public administrations. Finally, the article describes the legal construction of the insurance liability of public administrations.

Keywords: insurance, civil liability and contentious-administrative jurisdiction.

Sumario

1. Introducción
2. Evolución, bases constitucionales y situación contemporánea de los contratos de seguro de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas
 - 2.1. Principio de legalidad. El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial es una institución reservada para su regulación legal
 - 2.2. El principio de eficacia y la eficiencia como criterio de actuación en el seguro de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas
 - 2.3. El principio de legalidad presupuestaria
 - 2.4. Contrasentidos que origina el seguro de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Diagnóstico sobre su utilidad
3. La problemática en la aplicación del contrato de seguro de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas
 - 3.1. La concordancia entre la responsabilidad patrimonial de la Administración y la responsabilidad civil prevista por la Ley de Contrato de Seguros. Unificación del sistema de responsabilidad
 - 3.2. La incompatibilidad del seguro con la regulación de la responsabilidad patrimonial. Asistencia jurídica y reconocimiento de responsabilidad
 - 3.3. Los problemas de la jurisdicción competente en las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas aseguradas
4. Configuración jurídica del contrato de seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas
 - 4.1. Naturaleza jurídica: evolución y situación actual
 - 4.2. Aplicación de la Ley de Contrato de Seguro
 - 4.3. La insumisión de la Administración pública a la Ley de Contrato de Seguro puede derivar de la aplicación de sus artículos 107.2 y 44
 - 4.4. Preparación y adjudicación del contrato de seguro de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas
 - 4.5. Contenido del contrato
5. Consideraciones finales

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Es frondoso y destacado el estudio que a lo largo de los últimos años han venido desarrollando científicos del Derecho administrativo respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado. Esta situación no es casual ya que en pocas materias como en esta se han producido tantos procesos judiciales por responsabilidad patrimonial de la Administraciones públicas. La amplitud con que se reconoce la responsabilidad objetiva de las distintas Administraciones en el ordenamiento jurídico ha dado lugar a tal número de reclamaciones que, aparte del aumento de la carga de trabajo ya considerable que soportan la Administración y los Tribunales Contencioso-Administrativos, han determinado en este último caso condenas de pago de tan cuantiosas sumas de dinero que han llegado a considerar insostenible en algunos casos el mantenimiento del régimen jurídico vigente.

El alto nivel de sentencias que condenan a las Administraciones a pagar indemnizaciones ocasiona que estas prevean en sus presupuestos partidas para contratar empresas aseguradoras por los futuros daños que pueda originar la actividad de la Administración. La Administración ha ingresado en una práctica de asegurar los daños dimanantes de la actividad administrativa, la cual hoy en día se presenta de forma muy extendida, siendo así que existen pólizas para cada tipo de entes jurídico-administrativos: administraciones territoriales, institucionales y corporativas¹.

No obstante, y pese al gran trabajo que han venido desarrollando tratadistas tanto del Derecho administrativo como del Derecho privado, el seguro de responsabilidad de las Administraciones públicas no ha sido abordado por la doctrina con la entereza que debería, lo que contrasta con el gran esfuerzo dedicado en los últimos años a los problemas de la responsabilidad civil en general y de las Administraciones públicas en particular. Por otra parte, el tema que abordaremos se desarrolla en un contexto fronterizo entre el Derecho administrativo y el mercantil; es posiblemente una causa por la que el legislador no le ha prestado una atención merecida²; sin embargo,

¹ PAVELEK, J. E.: «El aseguramiento de la responsabilidad de la Administración», en *Revista de Derecho de los Seguros Privados*, mayo-junio 1997, pág. 19, este autor hace una clasificación respecto a las pólizas de seguro contratadas por la Administración.

² En los últimos años se efectuaron dos reformas legislativas relevantes sobre la materia, la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que reforma el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y establece que los tribunales Contencioso-Administrativos «cono-

por tratarse de una cuestión que afecta a la garantía institucional de la responsabilidad patrimonial del Estado, es preciso comprobar que la conjunción entre Derecho público y Derecho privado, en aspectos como la regulación de la responsabilidad y su pago, no conduce a resultados incompatibles con ella, sino todo lo contrario.

El aseguramiento de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas supone que estas prevean en sus presupuestos partidas para contratar empresas aseguradoras, abandonando el simple papel de liquidador que les atribuye la norma, lo que no significa por el contrario que el asegurador asuma la responsabilidad. El asegurador es garante del pago de la obligación; no es garante de la responsabilidad.

El propósito de este estudio no es el análisis de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, ni mucho menos el análisis del contrato de seguro privado; razón por la que no debe sorprender al Jurado que se omita un estudio profuso de ambas instituciones, pues nos remitiremos a aquellos aspectos conexos que vinculan la aplicación del seguro privado a la institución de la responsabilidad; por el contrario, el presente estudio tiene por objeto analizar los problemas jurídicos que se suscitan de la relación entre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas reguladas por los artículos 106.2 de la Constitución española y 139-145 de la Ley de Régimen Jurídico del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y el contrato de seguro de responsabilidad civil, previsto por los artículos 73-76 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS). Específicamente, nos avocaremos a los problemas derivados del hecho de que las Administraciones públicas contraten seguros de responsabilidad patrimonial (civil) con compañías aseguradoras privadas.

El análisis conjunto de estas instituciones del Derecho no se ha realizado hasta fechas recientes³, lo que contradice el gran trabajo realizado en el campo del seguro, pero especialmente en el campo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Por otra parte, las razones que promovieron la elaboración de este estudio son:

- El incremento de los procesos judiciales que han experimentado los juzgados y tribunales Contencioso-Administrativos respecto a reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra las Administraciones públicas.

cerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva», y el artículo 46 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, que establece un seguro obligatorio u otra garantía en las prestaciones médicas privadas; los profesionales se ven obligados a suscribir un seguro u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones a las que estén obligados a cubrir.

³ Estudios específicos sobre este tema fueron realizados por HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2002; MONTORO CHINER, M.^a J. y HILL PRADOS, M.^a C.: *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, Atelier, Barcelona, 2002. ARQUILLO COLET, B.: *Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, Atelier, Barcelona, 2008.

- Las sentencias que condenan a la Administración al pago de cuantiosas sumas de dinero⁴, hecho que conlleva varios efectos como las previsiones económicas que se efectúan en los presupuestos generales de las Administraciones.
- La carencia de una legislación específica que regule el campo del seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas.
- Las Administraciones públicas tienen dificultades para llevar a buen término el procedimiento de contratación pública de seguros.
- Los problemas existentes en cuanto al orden jurisdiccional ante la interposición de acciones indemnizatorias a favor de los afectados.

Por otro lado, me parece que el estudio hay que realizarlo desde un enfoque del Derecho administrativo, pues es la Administración quien precautela sus intereses y el uso que se hace de los seguros los inicia con un procedimiento previo de contratación en el sector público.

2. EVOLUCIÓN, BASES CONSTITUCIONALES Y SITUACIÓN CONTEMPORÁNEA DE LOS CONTRATOS DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La concurrencia de las Administraciones públicas en la contratación de seguros de responsabilidad civil es de reciente data y aún mucho más reciente es su generalización; por esta situación existe en la doctrina y jurisprudencia una escasez de sus antecedentes⁵. Solo aproximándonos a las últimas décadas es posible encontrar algunos recursos con información precisa que ofrecen la posibilidad de exponer hechos y comentar sucesos⁶.

No obstante, podemos señalar que los orígenes de la Administración pública española como tomadora del seguro de responsabilidad civil⁷ radican en el autoseguro y en la promulgación de-

⁴ Un ejemplo sobre la cuantiosa indemnización a la que estuvo reatada la Administración es el caso del derrumbamiento de la presa de Tous, en la cuenca del río Júcar, en Valencia (STS, 3.ª, de 20 de noviembre de 1997 y STS, 2.ª, de 15 de abril de 1997). 35.000 hectáreas fueron inundadas por colapsar la presa Tous, afectando a propiedades de los vecinos de los pueblos de Sumacárcel y Antella.

⁵ No obstante lo indicado, podríamos señalar que hace dos siglos las Administraciones públicas aseguraban su patrimonio por daños contra aquellos riesgos que surgían del transporte marítimo, robos, incendios e inundaciones. Sobre historia del seguro revisar PEDEMONTE, G.: «Historia del seguro argentino», talleres gráficos INDEX, Buenos Aires, 1956.

⁶ Lo que no da margen a duda es que el seguro, desde un punto de vista científico, comienza a finales del siglo XVII, periodo en que se afianzan los fundamentos técnicos y jurídicos del seguro. Situaciones trascendentales en el campo de las matemáticas y estadística contribuyeron a la formación del seguro. En 1634 Blas PASCAL –famoso matemático– estructura las teorías del Cálculo de probabilidades y de los Grandes números. Por otra parte, en Inglaterra, Edmund HALLEY elabora la primera tabla de mortalidad, técnicamente construida.

⁷ GAMERO CASADO, E.: *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 166; para este autor, las fases del seguro que cubren los riesgos derivados de la actividad administrativa, originalmente,

terminadas leyes sectoriales, las cuales impusieron a la Administración su aseguramiento obligatorio en determinados rubros⁸. Posteriormente, la Administración empezó a cubrir de forma voluntaria ciertas actividades de las cuales dimana generalmente un gran tráfico de responsabilidad administrativa extracontractual⁹. Por último, el ejercicio de determinadas actividades por parte de la Administraciones públicas les exigió su aseguramiento, salvo que alguna norma las exima expresamente¹⁰ o que la Administración ingrese en un régimen especial de autoseguro.

Como habíamos indicado, el seguro de responsabilidad civil en España es reciente y aún mucho más reciente es su generalización; sin embargo, esta situación no quiere decir que la Administración pública se encontraba en un estado de riesgo continuo poniendo al descubierto su

estaban en el aseguramiento obligatorio, posteriormente el aseguramiento de actividades con gran siniestralidad en las que se genera un volumen intenso de responsabilidad administrativa extracontractual (asistencia sanitaria o celebración de espectáculos públicos), y por último seguros cuyas pólizas cubren los riesgos derivados de su entera actividad tanto pública como privada.

Por otro lado, HUERGO LORA, A.: «El seguro de responsabilidad...», ob. cit., págs. 13-20; para explicar los antecedentes del aseguramiento de la responsabilidad civil de las Administraciones públicas, efectúa una clasificación sobre el ámbito tradicional de los contratos de seguro de responsabilidad civil de la Administración dividiéndolos en seguros de daños, seguros de sumas y una concepción dualista del seguro. En los seguros de daños, la Administración contrató este tipo de seguros, sobre todo los de incendios o más modernamente multirriesgo, para cubrir los bienes de su propiedad. En lo referente a los seguros de sumas, el Estado gestiona una serie de servicios y prestaciones que tuvieron su origen en sistemas de aseguramiento privado pero que actualmente son sustituidos, así ocurre con las pensiones de la Seguridad Social y de clases pasivas y con la asistencia sanitaria prestada por el Sistema Nacional de Salud. Por último, los seguros obligatorios de responsabilidad civil; el ejercicio por una Administración pública de actividades en las que es obligatorio el aseguramiento de la responsabilidad civil la convierte a ella misma en aseguradora o tomadora del seguro.

⁸ Existen variados supuestos de aseguramiento obligatorio de la Administración pública, como por ejemplo el aseguramiento obligatorio de vehículos a motor (RDLeg. 8/2004, de 29 de octubre), el aseguramiento de los residuos tóxicos y peligrosos (Ley 25/1964, de 29 de abril, de Energía Nuclear) o el fallecimiento de ciudadanos en ocasión del cumplimiento del servicio militar (Ley 31/1990, de 27 de diciembre).

⁹ Por ejemplo, pueden existir seguros para coberturas sanitarias, acciones y omisiones culposas o negligentes de funcionarios administrativos; daños como consecuencia de la ejecución de los trabajos de mantenimiento y conservación de aceras, caminos, calles y carreteras; servicio de iluminación; parques; jardines; construcción; conservación y mantenimiento de edificios y zonas públicas; responsabilidad civil subsidiaria que pueda atribuirse al asegurado por los daños corporales y materiales ocasionados a terceras personas por las empresas subcontratadas por el mismo, durante el desarrollo de las actividades, funciones o servicios prestados; daños personales y materiales causados a terceros por el suministro de agua o cualesquiera otros que preste o realice el asegurado (recogida de basuras, servicio de extinción de incendios, etc.); responsabilidad civil atribuible al asegurado en su calidad de organizador de fiestas, festejos o cualquier otro evento organizativo de espectáculos recreativos, lúdicos, culturales u otros de análoga naturaleza. Se incluye un largo listado de festejos, como cabalgatas, ferias, mercados y exposiciones.

¹⁰ Por ejemplo, en el seguro de responsabilidad civil por daños nucleares, la normativa exime al Estado la obligación de contratar un seguro que cubra dicha responsabilidad, obligación que sí recae en el resto de personas que se dedican a este rubro. Así lo establece el artículo 64 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, de Energía Nuclear. Sobre el aseguramiento de actividades relacionadas con la energía nuclear se puede consultar a MARTÍN-RETORTILLO, L.: *Energía nuclear y derecho (problemas jurídico-administrativos)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

patrimonio para responder con él ante el acaecimiento de consecuencias económicas derivadas del mismo, todo lo contrario, la Administración tenía cubiertos sus riesgos mediante un régimen especial denominado autoseguro¹¹. El autoseguro¹² es una modalidad o un sistema alternativo de transferencia de riesgos; para su operativización, es necesaria la conformación de un fondo¹³ cuya constitución estará estructurada por un sistema de cálculo con base en la experiencia siniestral que haya tenido la Administración, teniendo en cuenta sus distintas tipologías, los costes medios ponderados a la vida del objeto de riesgo, el coste de la inflación y los gastos de gestión. A partir de este cálculo, el resultado es una tasa sobre cada objeto asegurado que determina el fondo a constituir¹⁴.

Las causas por las que la Administración operaba dentro del autoseguro estaban dadas por la escasa regulación normativa, el letargado desarrollo de la responsabilidad patrimonial, el ahorro de los costes por el conocimiento de los riesgos –el flujo de caja era positivo ya que se evitaba un importe para liquidar las primas–, la poca frecuencia de los riesgos –la magnitud y distribución de las actividades de la Administración suponían una dispersión de sus riesgos–, y el coste siniestral repetitivo y cuantificable sobre el que se puede actuar por anticipado, reducirlo o estabilizarlo. Entendiendo la situación de esta manera, el contratar empresas de seguros privados generaba una ineficaz e ineficiente gestión económica, ya que se incrementan innecesariamente los costes del presupuesto de la Administración, pues el coste de reparación civil resultaba menos oneroso que el pago de primas a las empresas privadas de seguros¹⁵.

¹¹ HUERGO LORA, A.: «El seguro de responsabilidad civil...», ob. cit., pág. 21; afirma que: «Si la Administración no acudía al mercado asegurador, era porque funcionaba en régimen de autoseguro, al entender que la magnitud y distribución de sus actividades suponían de por sí una atomización de los riesgos, de tal modo que, basándose en un cálculo actuarial implícito, se entendía tanto o más ventajoso sufragar los siniestros que se produjeran (...) que asumir el coste de la enorme prima que sería necesario para obtener una cobertura aseguradora de los mismos».

¹² El autoseguro no goza de la naturaleza jurídica de un auténtico seguro, ni mercantil, ni civil; la razón es sencilla, porque el seguro mercantil y el civil son, ante todo, contratos. Como dice GARRIGUES DÍAZ-CABAÑATE, J.: *El contrato de seguro terrestre*, Aguirre, 1973, pág. 10. «(...) la relación jurídica del seguro descansa en un contrato» y en el contrato intervienen dos o más partes, el autoseguro lo conforma solo una parte. Sin embargo, cumple la misma finalidad. En efecto, las cantidades que en un seguro mercantil se llamarían «primas» y se entregarían a la sociedad aseguradora, y que aquí las conserva la propia entidad constituyendo con ellas el citado fondo, tienen como objetivo común cubrir las necesidades que se originen para la persona física o jurídica si se ocasiona el siniestro.

¹³ PICARD Y BESSON: «Traité générale des assurances terrestres en droit français»; tomo I, *Librarie generale de droit et de jurisprudence*, París, 1988, pág. 109.

¹⁴ Sobre el autoseguro y su constitución se pueden ver los trabajos de BLANCO GIRALDO, L. F.: «Autoseguro: régimen legal y contractual» en *Revista de Derecho de los seguros privados*, 1996, vol. 6, n.º 3. GAUSS SÁNCHEZ-RUBIO, J.: «Autoseguro: el conocimiento del riesgo», en la *Revista de las facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 71, 2007. Por otra parte, FERNÁNDEZ JUNQUERA, M.: «Aspectos tributarios del fondo de autoseguro» en *Crónica Tributaria*, n.º 7, Salamanca 1973.

¹⁵ APARICIO SALOM, J.: «Seguro y patrimonios públicos» en *Actualidad jurídica*, Aranzadi, n.º 206, pág. 1; señala que: «Es tradicional, en el ámbito de la gestión administrativa, la afirmación de que el Estado se asegura a sí mismo, expresión que refleja, a juicio del que suscribe, no una mera radiación, sino la imposibilidad jurídica de que pueda concertarse un contrato de seguro...».

La posición de la Administración estudiada *supra* se enmarca en presupuestos de confianza, en la eficiencia de la actuación administrativa. Por otra parte, el régimen centralizado en el que estaban estructuradas las Administraciones públicas hacía que estas dependieran de una única fuente económica: los Presupuestos Generales del Estado. Ello otorgaba cierta seguridad a las distintas Administraciones, ya que las indemnizaciones iban a ser desembolsadas de un único macrofondo económico del Estado –en su expresión máxima– y no como sucede en la actualidad, que los gastos se erogan de los propios recursos de cada una de las Administraciones.

Con la aprobación de la Constitución española de 1978 se produjo en España una profunda reorganización política y jurídica. España, organizada de modo unitario y centralista por el régimen político establecido tras la Guerra Civil (1936-1939), se estructura hoy en día en un Estado con carácter autonómico¹⁶ –con un acento en la conformación de autonomías locales (art. 140 de la CE)–, descentralizado administrativamente y con una nueva organización territorial (art. 137 de la CE).

Al consolidarse el proceso de descentralización tanto a nivel autonómico como local, las Administraciones pequeñas, como por ejemplo los ayuntamientos, asumen por norma determinadas competencias que al ejercerlas las exponen al riesgo constante de incurrir en actos de responsabilidad extracontractual, que a posteriori se consagren en sentencias judiciales que les impongan pagar indemnizaciones de cuantía elevada en comparación con su presupuesto. De ahí la necesidad de contratar seguros privados acordes con el tamaño y capacidad de su gestión, pues de no suceder esto, las Administraciones que ahora gozan de autonomía y ejercicio de gestión tendrían que cubrir con sus propios recursos las reparaciones económicas a las que estén constreñidas¹⁷.

Por otro lado, el letargado desarrollo que ha experimentado la responsabilidad patrimonial del Estado en el Derecho español, arraigado en el viejo dogma de la irresponsabilidad del soberano¹⁸, ha sido una de las causas por las que las reclamaciones judiciales ante daños causados

¹⁶ BERMEJO VERA, J. (dir.): *Derecho administrativo básico. Parte general*, Thomsom-Civitas, 7.ª edición, 2007, pág. 29: «(...) la autonomía de las poblaciones de cada comunidad autónoma supone una capacidad otorgada de autodisposición, limitada por las reglas jurídico-formales y jurídico-sustanciales del texto constitucional –inamovible para los pueblos autonómicos por sí solos– y también por las del Estatuto autonómico correspondiente».

¹⁷ HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad...*, ob. cit., pág. 23, cita 25; señala que es frecuente que un ayuntamiento se vea condenado judicialmente a abonar a un particular (con frecuencia, una empresa) una indemnización superior a su propio presupuesto anual.

Así también GAMERO CASADO, E.: «Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas», en *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 103, 1999, pág. 380. Señala el enorme beneficio que los contratos de seguro pueden prestar a ciertas Administraciones públicas, puesto que una condena por responsabilidad derivada de la actividad de la Administración puede resultar terriblemente gravosa para la entidad, situándola ciertamente comprometida.

¹⁸ La posibilidad de que el Estado asuma la responsabilidad patrimonial de sus actos chocaba con el entendimiento del Derecho público de la época, el sobreaño era irresponsable ya que se basaba en el principio *the king can do no wrong* (el rey no puede hacer ilícito). Sobre esta situación puede leerse a GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo V. II*, 11.ª edición, 2008, págs. 361-369.

por las Administraciones públicas son pocas e inéditas. Será con posterioridad a la consagración de la Ley de 16 de diciembre de 1954 de Expropiación Forzosa –en la que el legislador con un ánimo objetivo consagró con extraordinaria amplitud el principio de la responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 121 de la LEP)– el acceso al Tribunal Supremo de las primeras promociones de magistrados especialistas de lo contencioso-administrativo, el aumento del nivel de vida resultante del desarrollo económico y obviamente el nuevo proceso constituyente de los años setenta (art. 106.2 de la CE), que dará paso a las reclamaciones judiciales por responsabilidad del Estado, llegando en algunos casos a excesos y exageraciones en la jurisprudencia, especialmente en el ámbito de la responsabilidad por actos médicos¹⁹. Estas situaciones generaron en la Administración la necesidad de recurrir a instrumentos como el seguro para cubrir obligaciones indemnizatorias.

Para objetivizar el criterio precedentemente referido bastará observar el incremento que se está produciendo en la jurisprudencia en cuanto a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, como también el incremento de contratos de seguro de responsabilidad civil tomados por la Administración pública. En cuanto al número de casos que llegan al Tribunal Supremo, concretamente el número de sentencias que se emitieron en los últimos cinco años (2007-2011, Sala 3.^a) va en ascenso; sin embargo, este dato no es un parámetro definitivo, ya que hay muchos casos que no llegaron a instancia de casación puesto que estos se resolvieron en sede administrativa y otros en sede judicial²⁰ (jueces *ad quos*). En cuanto a la contratación de seguros es a partir de la década de los setenta, y sobre todo en los ochenta, cuando se produce un crecimiento de la actividad²¹.

¹⁹ Sobre los antecedentes de la responsabilidad patrimonial de la Administración ver GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo V. II*, ob. cit., págs. 369-375. BERMEJO VERA, J. (dir.): *Derecho administrativo. Parte especial*, Thomson-Civitas, 6.ª edición, Navarra, 2005, págs. 1.136-1.138.

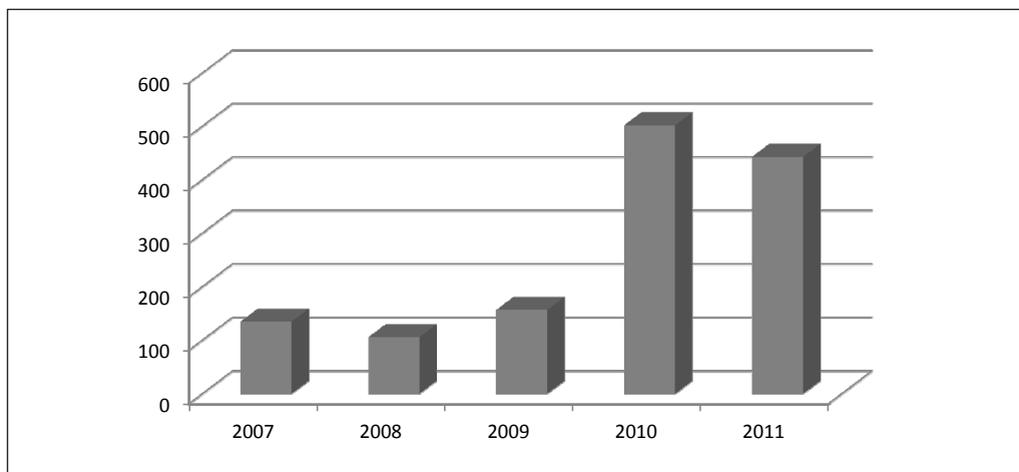
²⁰ GARRIDO LUIS, Á.: «Una licencia de actividad o de obra mal concedida, la denegación de una licencia que era procedente, un accidente por una obra mal señalizada, una lesión por la tapa de una alcantarilla levantada, etc. Son múltiples y muy variados los supuestos en que la Administración pública puede acabar teniendo la obligación de indemnizar a algún ciudadano por el daño que se le causa en desarrollo de algún servicio público (responsabilidad patrimonial). No obstante, el número de reclamaciones (especialmente por la vía judicial) es más bien bajo. "Podría hacerse alguna reclamación más"». Ponencia presentada por el magistrado de la Sección 2.ª de la Sala del Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Luis Ángel GARRIDO, en el curso: «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», que organizó la Diputación de Galicia en colaboración con el Instituto Nacional de Administración Pública. *Concello de Ourense*: edición digital *La Región* en: <http://www.laregion.es/noticia.php?id=88470?visita=1>. (Última visita 14 de abril 2012. La cursiva es mía).

²¹ La contratación ascendió a pesar del coste del funcionamiento del seguro de responsabilidad civil de 2,75 a 5,75 veces más elevado que el coste del *first party insurance*. Sobre estos sistemas, véase a DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 224-227.

Para la gestión en 2008, la actividad del seguro de responsabilidad civil siguió en aumento, así el número de primas devengadas sigue en crecimiento. Sobre estos datos, véase: «Seguros y fondos de pensiones. Informe 2008», Ministerio de Economía y Hacienda. Secretaría de Estado de Economía. Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, Madrid, 2008, págs. 85-87.

Sentencias del Tribunal Supremo referentes a la responsabilidad patrimonial de la administración²²

Gestión	Sentencias
2007	135
2008	106
2009	157
2010	502
2011	443



Por otra parte, tampoco debe olvidarse que una de las causas que contribuyeron a la generalización en la contratación del seguro por parte de las Administraciones públicas fue la emulación de técnicas propias de la empresa privada. La creciente interpenetración de las Administraciones públicas con las privadas conllevó a las primeras a la utilización de técnicas gerenciales económicas típicas del sector privado, en detrimento de prácticas arcaicas del tráfico de la Administración pública²³.

²² Tabla y gráfica: número de casos sobre responsabilidad patrimonial de la Administración que se resolvieron en el Tribunal Supremo durante los últimos cinco años (2007-2011). Fuente: elaboración propia, a partir de la base de datos de Westlaw, ver www.westlaw.es. El relevamiento de sentencias no se ha considerado al año 2012 ya que esta gestión judicial aún no ha concluido. Los años 2010 y 2011 registran un considerable incremento de sentencias, ello es debido a actos legislativos de tributos y también presumimos a cuestiones relativas a la crisis económica que afronta España, pues los que se sienten vulnerados buscarán un resarcimiento económico, acudiendo hasta la última instancia.

²³ TORRENT I RIBERT, P.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Especial consideración de la derivada del uso de las vías públicas. El seguro de la responsabilidad civil de los entes públicos*, Colección Estudios y Monografías (Mapfre), Madrid, 1995, págs. 102 y 103.

2.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD. EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ES UNA INSTITUCIÓN RESERVADA PARA SU REGULACIÓN LEGAL

El artículo 106.2 de la Constitución española funda y emite las directrices para que el legislador ordinario regule los aspectos de la responsabilidad de las Administraciones públicas²⁴, en esta circunstancia el legislador permanecerá supeditado a las determinaciones materiales que definen linealmente *inabstracto* esta institución²⁵; respecto a esta situación la Constitución se proyecta en doble sentido: como un mandato a los poderes públicos en un Estado de Derecho y como una institución que garantice la reparación de los daños que los particulares puedan sufrir como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Al regular la Constitución la responsabilidad de las Administraciones por el funcionamiento de los servicios públicos, funda una institución, la cual lleva consigo una garantía de autoprotección contra posibles injerencias legislativas que puedan incidir en su esencia y estructura; sin que resulte restrictiva frente a acciones legislativas que traten de regular aspectos funcionales de su categoría. Precisamente por esta última situación, la institucionalidad de la responsabilidad patrimonial puede estar vinculada con su aseguramiento –de ahí nace la posibilidad legal de su aseguramiento–, no tiene por qué considerársela como un ente estático, inamovible e inmutable; todo lo contrario, la garantía institucional de la responsabilidad patrimonial deberá operar sin limitar su desarrollo y contextualización, debiendo trajinar para cubrir las necesidades que demande la sociedad a través de una buena gestión pública.

El artículo 9.3 de la Constitución garantiza el principio de responsabilidad de los poderes públicos, para que estos actúen como corresponde en un Estado de Derecho y compensen posibles transgresiones que pudieren originar. Sin embargo, y como se podrá comprender de una simple lectura del artículo precitado, la regulación de esta responsabilidad es muy genérica y de alcance muy amplio que puede incluir varios aspectos como, por ejemplo, la responsabilidad penal, política y la responsabilidad civil en sus variadas vertientes y de conformidad con lo dispuesto por las leyes, pero que no tiene una proyección específica directa²⁶, dejando en

²⁴ Además de lo previsto por el artículo 106.2 de la Constitución, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas se regula en los artículos 139 y ss. de la LRJPAC.

²⁵ GARCÍA ÁLVAREZ-GARCÍA, G.: *Derecho administrativo. Parte especial* (dir. BERMEJO VERA, J.), Thomson-Civitas, 6.ª edición, Navarra, 2005; señala que, en la Constitución española, la responsabilidad de la Administración pública aparece bajo dos aspectos: por un lado, se da rango constitucional al principio de la responsabilidad patrimonial; y por otro lado, la responsabilidad patrimonial es una materia sometida a la distribución de competencias legislativas entre el Estado y las comunidades autónomas.

²⁶ En este sentido MARTÍN REBOLLO, L., en comentario al párrafo 3 del artículo 9 de la Constitución, en su obra *Leyes administrativas*, Thomson-Aranzadi, 13.ª edición, Pamplona, 2007, pág. 110, señala su disidencia, y no es participe de que el artículo 9.3 sea pretendido como un principio general de la responsabilidad patrimonial de todos los Poderes públicos y, en particular, de la llamada responsabilidad patrimonial del Estado.

consecuencia el ámbito de aplicación normativa regulatoria a un legislador sectorial. Pues no sería contrario al principio constitucional que se regulase el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y que se hiciera según los sectores de actuación administrativa; o bien que se regulasen uniformemente las garantías del procedimiento y los presupuestos esenciales del seguro de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, y los restantes elementos se reglamentaran particularizadamente en cada sector de actuación administrativa²⁷.

Por otra parte, y como habíamos señalado, el artículo 106.2 de la Constitución resalta la función reparadora de los daños sufridos por el particular; sin embargo, este artículo es un precepto de configuración legal²⁸ –destaca su reserva a leyes específicas– ya que deriva el encargo al legislador para regular la responsabilidad patrimonial²⁹. Este encargo es asumido por el legislador ordinario quien debe, de forma indemne a la esencia y espíritu dogmático de la institución, estructurar nuevos campos de acción que no alteren su núcleo y espíritu definitorio. El encargo de la ley tiene un sentido teleológico, «el derecho subjetivo del damnificado a ser indemnizado por el mal funcionamiento de un servicio público» al cual se debe llegar transcurriendo estacionariamente por la misma institución y su existencia, esto es, el objeto de la lesión, la relación de causalidad cuando exista fuerza mayor –nada tiene que ver con la responsabilidad objetiva en sentido estricto–, la valoración de los daños, las medidas cautelares sobre la reparación y la reparación en sí, que bien puede ser indemnizada por una aseguradora.

2.2. EL PRINCIPIO DE EFICACIA Y LA EFICIENCIA COMO CRITERIO DE ACTUACIÓN EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Es por demás conocido que el ejercicio de la actividad administrativa debe estar fundado en hechos ciertos y elementos que procuren la satisfacción de la colectividad y la procura de finalidades que favorezcan a la sociedad. Una de las herramientas que otorga la axiología jurídica para la consecución de esos fines es la utilización de los principios jurídicos. El actuar de la Administración pública se funda, entre otros (principio de legalidad, principio de seguridad ju-

²⁷ MONTORO CHINER, M.^a J.: «Responsabilidad de la Administración, Urbanismo y Medio Ambiente» en *Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18 de octubre de 1997, Marcial Pons, pág. 436 y 437.

²⁸ Por Sentencia de 5 de febrero de 1986 (Arz. 987) el Tribunal Supremo afirmó que el principio recogido en este precepto contiene «un derecho de configuración legal», es decir, «no se trata de un derecho que deriva directamente de la Constitución, sino que exige la interposición de una ley, y es exigible no en los términos abstractos establecidos en la Constitución, sino en los términos concretos en que figura en la ley ordinaria que lo regule».

²⁹ En cuanto a la distribución de competencias legislativas, el artículo 149.1.18.^a de la Constitución señala que el Estado tiene competencia, sin perjuicio de las especialidades derivadas de las comunidades autónomas, a la legislación que refiera el «sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas».

rídica, principio de competencia reglada, principio de oficialidad, principio de concentración), en el principio de eficiencia, ya que impulsa la actividad concreta de las decisiones administrativas, condicionándose a su vez a un autocontrol interno y a una fiscalización posterior de carácter jurisdiccional.

El principio de eficiencia, dado su carácter plenamente asociable a los distintos fundamentos del quehacer administrativo –para el tema que abordamos–, se relaciona con los Poderes públicos en lo referente a la adopción de medidas económicas³⁰ que impidan la ejecución del gasto público de forma innecesaria, limitando así el derroche de fondos públicos y las consecuencias socioeconómicas que se producirían. Por otra, es también un factor clave en el control del actuar de los Poderes públicos y que obviamente se inspira en la materialización del ejercicio de una buena Administración. Lo indicado tiene una estrecha relación con los fundamentos constitucionales de igualdad y progresividad establecidos por el artículo 31.2 de la Constitución, ya que proclama que los gastos públicos sean asignados de acuerdo a una capacidad económica igualitaria mediante un sistema de reparto equitativo y justo.

En conexitud con el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, existe armonización ya que –como indicamos– el tráfico jurídico, la creciente ola de demandas de responsabilidad patrimonial de la Administración pública y la heterogeneidad de las funciones administrativas –especialmente de las locales– colocan en una situación de riesgo continuo el ejercicio de la actividad administrativa, razón por la que afirmamos que asignar en los presupuestos de las Administraciones ítems destinados a la contratación de pólizas de seguro de responsabilidad patrimonial genera beneficios económicos a la Administración –especialmente a Administraciones con reducido presupuesto– o por lo menos le evita gastos por la reparación económica. Esta situación cumple con la finalidad jurídica que busca el seguro de responsabilidad civil, ya que este seguro pretende evitar la disminución del patrimonio del asegurado.

La eficiencia y la eficacia son dos adjetivos de naturaleza cualitativa, ambos aplicables a los procesos logísticos que busca la Administración, pues en condiciones ordinarias se propende a la optimización de los recursos de la Administración; es importante entender que la eficacia en muchos casos depende de seguir estrictamente los lineamientos de la planificación. Por otra parte, la efectividad es la cuantificación del cumplimiento de la meta, no importa si esta se logra en forma eficiente o en forma efectiva.

Bajo ese marco, creemos que el fundamento que determina que la Administración contrate los seguros de responsabilidad civil extracontractual está en actuar de manera previsora eficiente, ya que, ante la contingencia de verse subsumida a indemnizar a un sujeto «indeterminado» –proclive a materializar un riesgo– grandes sumas de dinero, es preferible el pago de

³⁰ A decir del Profesor GIMENO, existe entre Derecho y Economía una conexitud que permite al Derecho efectuar un análisis económico del propio Derecho en tres ámbitos: delito y castigo, responsabilidad civil y legislación antimonopolio. GIMENO FELIÚ, J. M.ª: «El principio de eficiencia», ponencia aún no publicada.

primas considerablemente más económicas a un sujeto determinado «individualizado» por el contrato de seguro³¹.

El efecto de un acto –el aseguramiento– y el daño que se produzca a un tercero –la lesión– estarán conectados entre sí a través de un vínculo dinámico y temporal de la realización. Al estar por ello el efecto necesariamente referido a un acto, también lo está indefectiblemente a un sujeto. El efecto jurídico económico define justamente la situación cuya verificación posterior satisface a la sociedad ya que puede observar que sus contribuciones tributarias no son devengadas para cubrir los daños provocados por la ineficacia de la Administración³².

2.3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PRESUPUESTARIA

La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 294/1994 señaló que «las obligaciones económicas del Estado, válidamente nacidas de la ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según derecho, las generaren, *no podrán ser cumplidas si no existe crédito presupuestario suficiente para hacerlas frente* (arts. 42 y 43.1 de la Ley General Presupuestaria), siendo nulos los actos de ejecución presupuestaria o de disposición del gasto que incumplan esta prohibición (art. 60 de la Ley General Presupuestaria)». (Cursiva mía).

De forma diferente a los efectos que se producen en la responsabilidad civil del Derecho privado –al momento de efectuar el pago–, la Administración se encuentra en una situación de privilegio, puesto que puede permitir que la garantía del cumplimiento de sus obligaciones frente a los afectados por el ejercicio de los servicios públicos se haga efectiva siempre y cuando previamente haya consignado en su presupuesto las sumas necesarias para hacer frente a los pagos de terceros, ya sea de forma *ex-ante* cuando se aprovisiona el pago de las primas del contrato de seguro o la previsión *ex-post*, una vez que se hubiera reconocido mediante resolución administrativa o, en su caso, la pronunciación de la sentencia en la que se reconozca el derecho subjetivo del afectado para ser indemnizado en la cuantía que demande la reparación³³.

³¹ HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad...*, ob. cit., pág. 19, es partícipe de este criterio; sin embargo, considera que «(...) todas estas pólizas estipulan una suma asegurada, que recoge la indemnización máxima que el asegurador se compromete a abonar, y que nunca es lo suficientemente amplia como para cubrir esos riesgos verdaderamente excepcionales que son los que en realidad preocupan a las Administraciones. Por tanto, las pólizas no cubren los riesgos de gran cuantía... y no se asegura la responsabilidad patrimonial en su conjunto...».

³² El criterio de la eficacia utilizado por PAREJO ALFONSO, L. es general; sin embargo, no existe ninguna restricción para que pueda armonizarse con el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. PAREJO ALFONSO, L.: «La eficacia como principio jurídico», en *Documentación Administrativa*, n.ºs 218-219, 1989, págs. 26-35. Ver también de este autor: «La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios públicos», en «El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo», tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 1972 y 1973.

³³ MONTORO CHINER, M.ª J. y HILL PRADOS, M.ª C.: *Responsabilidad patrimonial...*, ob. cit., págs. 28-31.

Estas dos soluciones para hacer frente al pago de la indemnización son perfectamente compatibles con la legalidad; sin embargo, el hecho de contratar un seguro previendo un hipotético suceso de consecuencia lesiva futura a un tercero es considerado como un acto de buena gestión administrativa –eficiencia–, puesto que la relación obligacional resarcitoria será en muchos casos del afectado a la compañía aseguradora; mientras que, en la segunda solución, el crédito hará frente al pago al afectado, cumpliendo la obligación de Administración pública al afectado.

El principio de anualidad presupuestaria permite dotar de un contenido fiscal y económico que faculta al Estado y a sus instituciones públicas establecer prioridades, evaluar la consecución de objetivos, velar y efectuar previsiones contables de ingresos y egresos del sector público; estas previsiones están desarrolladas en función a lineamientos y políticas económicas, por ello el presupuesto general anual del Estado no solo puede contener una estimación de los ingresos y regular bajo partidas económicas los gastos. Las políticas económicas del Estado pueden «establecer disposiciones de carácter general en materias propias de la ley ordinaria que guarden directa relación con las previsiones de ingresos y habilidades de gastos de los presupuestos con criterios de política general que se sustentan»³⁴. Bajo este marco, la Administración puede atender inmediatamente una eventual contingencia al producirse un daño, teniendo fondos económicos para indemnizar al damnificado de forma directa, ya que habría previsto, en una partida correspondiente la erogación y el cubrimiento de ese supuesto; o, con el presupuesto previsto, contratar anticipadamente un seguro que cubra el daño. El decantarse por una u otra solución corresponderá a las autoridades que manejan las directrices económicas de las Administraciones públicas, dependiendo obviamente de criterios y situaciones propias a la ley, a la Administración y al estándar y nivel de prestaciones del servicio público que otorgan y especialmente a la capacidad económica que tienen. Por otra parte, creemos que la previsión presupuestaria para contratar un seguro, una vez que se materializa el riesgo, puede también evitar confrontaciones judiciales³⁵ o por lo menos abreviarlas ya que el damnificado podría ser resarcido económicamente sin dilaciones con un desembolso ágil y dinamizado, lo que también otorga un beneficio a la Administración ya que el proceso de resarcimiento económico podría accionarse exclusivamente contra la aseguradora o, en caso de que se actuara contra la Administración, evitar a la conclusión del proceso Contencioso-Administrativo el pago de intereses y costas que genere el proceso³⁶.

³⁴ Fundamentación de la STC 174/1998.

³⁵ La Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa, aprobada en Estrasburgo el 18 de septiembre de 1984, recomendó en sus principios cuarto y séptimo que los Estados introduzcan un sistema de conciliación previo que, sin comprometer el ejercicio de la acción judicial, permita resolver con celeridad el procedimiento abreviado.

³⁶ El procedimiento que prevé la LAP 30/92, es uno de los más detallados por la norma, regulándose plazos, medios de prueba, la intervención de órganos consultivos, –tanto en sede administrativa como en la vía judicial contenciosa-administrativa–; sin embargo, los gastos económicos que se erogan por el desarrollo de este procedimiento, resulta en muchas ocasiones para el Estado un gasto más elevado que la indemnización que el afectado reclama.

2.4. CONTRASENTIDOS QUE ORIGINA EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. DIAGNÓSTICO SOBRE SU UTILIDAD

La primera razón que lleva a las Administraciones públicas, especialmente a las más pequeñas, a la contratación de seguros de responsabilidad civil es la certidumbre de tener que pagar periódicamente sumas pequeñas a un sujeto determinado a cambio de evitar la incertidumbre de tener que pagar imprevisiblemente sumas excesivas a un sujeto indeterminado. No obstante de ello, el tráfico comercial ha demostrado que el seguro de responsabilidad civil no cubre la totalidad de las exigencias que demandan las Administraciones públicas, especialmente las grandes, puesto que la cuantía a indemnizar y la suma máxima asegurada no se corresponden, superando con mucho margen las cuantías a indemnizar; esta situación demuestra que la utilidad de un seguro de responsabilidad civil beneficia más a Administraciones de orbes pequeña y mediana que a una Administración opulenta con presupuesto elevado³⁷.

Otro cuestionamiento que conlleva la contratación de seguros de responsabilidad civil es que las pólizas no aseguran toda la responsabilidad civil de la Administración –como se creería–, sino únicamente determinados riesgos³⁸, de tal forma que es difícil determinar qué proporción de la responsabilidad queda cubierta y cuál no. Por tal circunstancia, creemos que las Administraciones públicas solo deberían cubrir mediante pólizas de seguro aquellas actividades que, estadísticamente conforme el ámbito de reclamación, se produzcan con mayor frecuencia (por ejemplo, festejos públicos, actividades sanitarias y escolares).

Al tener contratada la Administración una póliza de seguro, le permite realizar sus distintas actividades con una mayor amplitud y tranquilidad, evitando los posibles imprevistos de verse interpelada a indemnizar sumas grandes por los daños que puede realizar al desplegar sus funciones –evitar pagar indemnizaciones cuantiosas a cambio de pagar primas pequeñas–; sin embargo, una Administración que por las competencias que ejerce es neutral o no es proclive a materializar riesgos no puede considerar beneficioso sufragar periódicamente los gastos que conlleva el pago de las primas, ya que el escaso o nulo riesgo que generen sus funciones no justifica la contratación. Por otra parte, el hecho de que la Administración cuente con una póliza de seguro genera subjetivamente en el funcionario el despliegue de una conducta pasiva de evitar materializar los riesgos, es decir, el funcionario no adopta las medidas necesarias de precaución contra los riesgos que ya de por sí son inmanentes al desarrollo del servicio público. Esta situación, si la analizamos desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial, se agrava por el estándar de responsabilidad objetiva de la Administración³⁹.

³⁷ HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad civil...*, ob. cit., pág. 28 y especialmente referencia 39.

³⁸ Por ello HUERGO LORA, A. sugiere que se debería seguir el camino de Alemania de asegurar solamente aquellas concretas actividades de la Administración en que el riesgo se manifiesta de una forma más clara (espectáculos, instalaciones deportivas y escolares). «El seguro de responsabilidad civil...», ob. cit., pág. 29.

³⁹ «(...) la contratación de un seguro puede provocar que la Administración no incurra en más costes para adoptar precauciones o reducir su nivel de actividad, lo que se ve agravado además por el estándar de responsabilidad objetiva.

3. LA PROBLEMÁTICA EN LA APLICACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Uno de los criterios vertidos por la Dirección General de Seguros (DGS)⁴⁰ que más polémica ha suscitado en cuanto al contrato de seguro de las Administraciones públicas, tanto en el mercado asegurador como en la propia Administración, es la Resolución de 26 de junio de 1996⁴¹.

La emisión de la Resolución de 26 de junio de 1996 nace como respuesta a una consulta efectuada por una compañía aseguradora. La consulta fue: «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 Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LAP), en el 112 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local en la LCS y en las restantes disposiciones que puedan considerarse de su aplicación, es posible la cobertura mediante un seguro privado de las responsabilidades en que pueda incurrir una administración pública por los actos que realice (o no realice) en el ámbito de una relación jurídico-administrativa en la que el único afectado (aparte de la propia Administración) sea el concreto administrativo con quien se haya establecido dicha relación de contenido jurídico-público».

La respuesta fue: «A la vista del contenido de dichos preceptos (arts. 73 a 76 de la LCS), 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 LCS 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

Esto puede causar desajustes en el sistema: el seguro reduce los costes secundarios (de distribución y dispersión del riesgo) de los accidentes, pero pueden verse aumentados los costes primarios (número de accidentes), ya que el asegurado será menos precavido (...), es decir, en este caso el funcionario no tiene incentivos para adoptar las medidas que reduzcan la probabilidad de que se produzca un daño, tanto más cuando apenas se ejercen acciones de regreso contra él. ARQUILLO COLET, B.: *Seguro y responsabilidad patrimonial...*, ob. cit., pág. 94.

⁴⁰ Actualmente Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que depende de la Secretaría de Estado de Economía, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda conforme al Real Decreto 1127/2008, de 4 de julio.

⁴¹ Sobre el análisis de esta resolución se han manifestado MONTORO CHINER, M.^a J. y HILL PRADOS, M.^a C.: «Responsabilidad patrimonial...», ob. cit., págs. 51-54. GAMERO CASADO, E.: «Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual...», ob. cit., págs. 359-361. HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad...*, ob. cit., págs. 65-67. ARQUILLO COLET, B.: *Seguro y responsabilidad patrimonial...*, ob. cit., págs. 41-43. El texto completo de la resolución puede consultarse en <http://www.indret.com>.

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 LAP.
- (...) El principio de responsabilidad patrimonial aparece reconocido como una garantía que tienen reconocida los administrados frente a determinadas actuaciones de la Administración. (...) Esta garantía, reconocida constitucionalmente, podría ser cercenada si se admite la cobertura de la misma a través de un contrato de seguro.
- (...) La responsabilidad patrimonial exige para su acreditación la tramitación de un procedimiento administrativo en el que se declare dicha responsabilidad (...). 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».

De lo extractado podemos señalar que los postulados en los que se basa la examinada resolución y los cuales se deben tener en consideración para posteriores epígrafes son los siguientes:

- La responsabilidad civil regulada por los artículos 73-76 de la LCS no concuerda o encaja conceptualmente en la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, prevista por los artículos 139-144 de la LRJPAC.
- La potestad de la dirección jurídica que tiene la compañía aseguradora propia de la jurisdicción civil conforme a lo previsto por el artículo 74 de la LCS no es posible ejercerla a favor de la Administración del Estado en la jurisdicción Contencioso-Administrativa.
- La acción directa de la cual está investido el perjudicado contra el asegurador que puede ejercerla en vía civil (art. 76 de la LCS) no es compatible con el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas contenido en la LRJPAC, que se basa en la idea de responsabilidad directa de la Administración (arts. 106 de la CE y 139.1 de la LRJPAC).
- El principio de responsabilidad patrimonial aparece reconocido como una garantía que tienen los administrados por ley, pero esta garantía podría ser cercenada si se admite la cobertura de la misma a través de un contrato de seguro.
- La responsabilidad patrimonial exige para su acreditación la tramitación de un procedimiento administrativo y/o judicial en el que se declare dicha responsabilidad, procedimiento en el que no puede ingresar la entidad aseguradora.

Por lo demás, la resolución de la DGS, a tenor de su mismo contenido, es una opinión especialmente autorizada que no tuvo fuerza vinculante para obligar a las compañías aseguradoras ni

mucho menos a la propia Administración⁴², además de que no ha resistido el devenir del tiempo porque la práctica de la contratación de los seguros de responsabilidad civil por las Administraciones en España ha sido continua e ininterrumpida⁴³. Si bien es cierto que la Resolución de 26 de junio de 1996, emitida por la DGS, está descontextualizada, hemos considerado que su mención es importante puesto que sus apreciaciones han generado controversia en su época, la cual persiste a la fecha.

3.1. LA CONCORDANCIA ENTRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL PREVISTA POR LA LEY DE CONTRATO DE SEGUROS. UNIFICACIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD

En general, tanto la doctrina como la legislación han hecho costumbre que, al referirse a la responsabilidad de la Administración pública, utilicen el término de «responsabilidad patrimonial», que parece utilizarse sinónimamente al término de «responsabilidad económica», este último entendido como aquella obligación de carácter pecuniario por la que se debe satisfacer a un sujeto acreedor una prestación dineraria por haberle causado daños o perjuicios que según la ley no tenga el deber de soportarlos⁴⁴. Si bien esta responsabilidad puede derivar del incumplimiento contractual de una obligación, entendemos que el legislador, al regular el Título X de la LRJPAC, se está refiriendo a la responsabilidad extracontractual⁴⁵.

Sin embargo de lo señalado, parece ser que el primer problema que ha planteado la DGS, al momento de emitir la Resolución de 26 de junio de 1996, radica en que al término de «responsabilidad de la Administración» le precede el término «patrimonial» en vez de seguirle «civil»; deducimos eso, puesto que la DGS cuestiona una supuesta divergencia entre la responsabilidad

⁴² HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad civil...*, ob. cit., pág. 67; señala que la resolución generó un debate que no tiene por objeto ni la validez de los contratos en abstracto, ni la necesidad, o no, de una habilitación legal para celebrarlos.

⁴³ MONTORO CHINER, M.^a J. y HILL PRADOS, M.^a C. señalan que la resolución no causó calado, puesto que, posteriormente a su emisión, se procedió a la modificación de la LRJPAC; por otra parte, el artículo 9.4 de la modificada LOPJ estableció la vis atractiva para la jurisdicción Contencioso-Administrativa, ob. cit., pág. 54.

⁴⁴ Existe una virtual desnaturalización sobre las funciones que desempeña la responsabilidad administrativa extracontractual que no se ciñen a las meramente resarcitorias, pues despliega también otros efectos como, por ejemplo, la utilidad que brinda para establecer un estándar de rendimiento de los servicios públicos. GAMERO CASADO, E.: *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi, Navarra, 1997, pág. 167, cita 45. Sobre el tema también se puede consultar a GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de derecho administrativo V.II*, ob. cit., págs. 398-340.

⁴⁵ TORRENT I RIBERT, P.: *La responsabilidad patrimonial...*, ob. cit., pág. 119; va más allá, e indica que cuando la legislación administrativa y la doctrina hablan de responsabilidad patrimonial se están refiriendo a la responsabilidad regulada por los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil.

civil que está regulada en los artículos 73-76 de la LCS y la responsabilidad patrimonial prevista por los artículos 139-144 de la LRJPAC.

En la realidad de las cosas, a nuestro modo de ver la situación, entre responsabilidad patrimonial y responsabilidad civil extracontractual –como pudo verse al principio de este acápite– no existen diferencias sustanciales y aunque las hubiera, ello no implicaría la veda del aseguramiento de las Administraciones públicas⁴⁶, puesto que la redacción que el legislador le ha otorgado al artículo 73 de la LCS está escrita en un sentido general que podría abarcar a los distintos tipos de responsabilidad extracontractual sin que deba restringir su campo de acción solamente a la civil⁴⁷; a favor de esta postura se adhiere la situación de que el legislador de la LCS no ha registrado un número clausus de los contratos de seguro ya que las distintas modalidades reguladas por la LCS son supuestos de mayor frecuencia y no se oponen a la celebración de contratos de ese mismo ámbito. Es más, la clasificación doctrinal y dispositiva que se hace del contrato de seguro de responsabilidad civil está dividida en varias clases, entre esta clasificación, la disposición adicional primera de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; siguiendo las disposiciones reglamentarias inspiradas en el Derecho comunitario ha agrupado en ramos los seguros relativos a la responsabilidad civil. El Ramo 13, de «responsabilidad civil en general», comprende todo tipo de responsabilidades, obviamente, esta es la puerta abierta para el ingreso del seguro de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas⁴⁸ y ante la carencia de normas específicas obviamente se utilizan los principios generales de la LCS.

Otro aspecto trascendental que hay que señalar es que el régimen de las responsabilidades públicas y privadas ha sido unificado⁴⁹ por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de

⁴⁶ HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad civil...*, ob. cit., págs. 68 y 69; sobre el respecto ingresa en una contradicción ya que inicialmente afirma: «Es indiscutible que la responsabilidad patrimonial, es decir, la institución regulada por los artículos 139 y siguientes de la LAP, constituye la adaptación al tráfico administrativo de la responsabilidad civil extracontractual», y posteriormente señala que «(...) ambos regímenes jurídicos (el de los arts. 139 y ss. de la LAP, y el del art. 1.902 del CC) se excluyen recíprocamente (o se aplica uno o se aplica el otro...)».

⁴⁷ No obstante, incluso si ese fuera el caso, debemos recordar que el origen de la responsabilidad de las Administraciones públicas tuvo como fuente histórica y legal a la responsabilidad civil, razón por la que las dos instituciones son análogas.

⁴⁸ Sobre la clasificación en Ramos de la responsabilidad civil en general, SÁNCHEZ CALERO, F. señala que adquiere la condición de «gran riesgo» cuando el tomador del seguro supera los límites señalados en la letra c) del artículo 107.2 (sobre el gran riesgo, nos pronunciamos en el capítulo anterior). SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de contrato de seguro...*, ob. cit., pág. 158.

⁴⁹ GAMERO CASADO, E.: «Los contratos de seguro...», ob. cit., pág. 362. Del mismo autor ver: «El nuevo escenario de la responsabilidad administrativa extracontractual», *Actualidad jurídica*, Aranzadi, n.º 426, 2000.

El Profesor GAMERO entiende que tras la unificación procesal sustantiva que gestionó la Ley 4/1999 de responsabilidad de la Administración, con independencia de que se haya originado en actuaciones regidas por el Derecho público o por el privado, no existe base alguna para sostener que el seguro sea aplicable exclusivamente a cuestiones del Derecho privado. «Los contratos de seguro...», ob. cit., pág. 366-368.

la LRJPAC⁵⁰. Es así que la exposición de motivos de la precitada norma que se concreta en el artículo 144 determina que la Administración posee un régimen jurídico único⁵¹. El legislador acabó con la distinción entre un régimen objetivo de responsabilidad sometido al Derecho administrativo y un régimen de responsabilidad civil o por culpa sometido al Derecho privado. Tras esta reforma no existe base alguna para sostener que el seguro sea aplicable exclusivamente a cuestiones del Derecho privado⁵².

Más allá de lo indicado y para los más escépticos, algunos autores con sobrada razón han opinado que sí es posible el aseguramiento de la Administración, pero bajo la figura análoga del régimen del contrato de «seguro de los grandes riesgos», figura en que los preceptos de la LCS no son vinculantes⁵³.

3.2. LA INCOMPATIBILIDAD DEL SEGURO CON LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. ASISTENCIA JURÍDICA Y RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD

Uno de los argumentos críticos que respaldan la teoría de la ilicitud del contrato de seguro es que el traslado del deber indemnizatorio a la compañía aseguradora es contrario al carácter directo y exclusivo de la responsabilidad administrativa. Sobre este cuestionamiento no cabe que por el hecho de que la carga de indemnizar recaiga sobre la compañía aseguradora se desestructuren las características básicas de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, ya que los presupuestos de la institución de la responsabilidad son inmutables ante esta situación, es indiferente quién acabe pagando la indemnización –pague quien pague con tal de que pague–. El hecho de que la carga de indemnizar al particular acabe recayendo sobre la aseguradora no es incompatible con las características básicas de la responsabilidad, entonces si los presupuestos de la responsabilidad son los mismos, resulta intrascendente quién acabe pagando la deuda, siempre que la Administración garantice ese pago en caso de insolvencia del asegurador⁵⁴.

⁵⁰ Ver el artículo 144 de la LRJPAC, comentado por MARTÍN REBOLLO, L.: *Leyes administrativas*, Thomson-Aranzadi, 13.ª edición, Navarra, 2007, pág. 513.

⁵¹ Dice la exposición de motivos de la ley de referencia: «Por la unificación del régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración sin discriminar su actuación en régimen de Derecho público o privado en concordancia con la unidad de fuero».

⁵² GARCÍA ÁLVAREZ-GARCÍA, G.: *Derecho Administrativo...*, ob. cit., pág. 1.137; señala que el objetivo más ambicioso que persiguió la Ley 30/92, de 26 de noviembre, en cuanto a la responsabilidad patrimonial de la Administración fue la unidad de la jurisdicción, se pretendió excluir la responsabilidad civil directa de los funcionarios y autoridades establecida en su momento por la LRJAE, sin embargo, ese objetivo se vio frustrado, empero, retomado por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

⁵³ Esta postura fue explicada por PAVELEK, J. E.: «El aseguramiento de la responsabilidad...», ob. cit., pág. 26, y por GAMERO CASADO, E.: «Los contratos de seguro...», ob. cit., págs. 366 y 367.

⁵⁴ HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad...*, ob. cit., pág. 71.

El análisis que se debe efectuar para demostrar la compatibilidad entre contrato de seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración está en entender que el contrato de seguro es, para esta, un contrato de servicios financieros⁵⁵ por el cual se desplaza a terceros la obligación de cubrir el coste de la indemnización a la que resulte condenada; esta situación permite afirmar que el contrato de seguro no vulnera el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, ya que no se vulneran derechos de particulares y mucho menos se afectan las garantías de los administrados.

Otro de los argumentos críticos vertidos sobre el aseguramiento de la responsabilidad civil de la Administración versa sobre el hecho de que sea la Administración y no la aseguradora quien asuma la dirección jurídica del proceso de responsabilidad patrimonial. Esta postura cae por su propio peso ya que el artículo 74 de la LCS es un precepto de carácter facultativo que otorga la posibilidad –bajo el principio de la autonomía de la voluntad– de que sea la Administración quien asuma la defensa del proceso a través de su departamento jurídico, además que el artículo 74 de la LCS está regido bajo un principio de libertad de pacto, ya que, al utilizar los términos «salvo pacto contrario», faculta a las partes conforme su conveniencia a ser legalmente representadas por los asesores legales de la compañía aseguradora o por los del departamento legal de la Administración. En el caso de las Administraciones públicas –a diferencia de lo que pueda suscitarse con las personas particulares– es evidente que la protección jurídica que le pueda brindar la aseguradora no es imprescindible, puesto que la propia Administración asegurada es plenamente capaz de hacerla ya que la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado y a las Instituciones Públicas (art. 1) le otorga esa facultad. No obstante, el deber de cesión de la dirección jurídica hacia la Administración conllevará también la responsabilidad inicial de que no admita o reconozca unilateralmente su responsabilidad.

Así, a nuestro parecer, el verdadero obstáculo que surge no es el de la dirección jurídica del proceso, sino la acción de la Administración de autodeclararse responsable, pues debemos recordar que en sede administrativa este tema pasa legalmente por un proceso administrativo (arts. 142-144 de la LRJPAC) en cuya conclusión se emite una resolución que puede declarar la asunción o exoneración de responsabilidad de la Administración⁵⁶ (arts. 12-17 del RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial). Para solucionar este problema nuevamente debemos acudir a la teoría de libertad de pacto contractual y específicamente al artículo 2 de la LCS referente a la validez de las cláusulas contractuales; es así que para evitar esta susceptibilidad en las pólizas y con justa razón exoneran a las aseguradoras en el caso de que la Administración se inculpare responsable sin que la compañía aseguradora haya participado de esa decisión; el fundamento es sencillo, la Administración no puede ingresar en un comportamiento ilícito con-

⁵⁵ Artículo 10 y categoría 6 del Anexo II de la LCSP.

⁵⁶ Existe la posibilidad de que la Administración acepte su responsabilidad de forma unilateral –incluso de oficio– (arts. 142-144 de la LRJPAC).

trario a la buena fe, debiendo evitar cualquier acto de concomitancia con el tercero perjudicado a objeto de beneficiar a este.

3.3. LOS PROBLEMAS DE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE EN LAS RECLAMACIONES SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ASEGURADAS⁵⁷

Las reclamaciones relativas a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas que gocen de una póliza de seguro se pueden efectuar por dos vías. La primera puede suscitarse ante la propia jurisdicción administrativa (arts. 4-17 del RPARP), cuyo procedimiento puede iniciarse de oficio o por instancia de parte determinando la existencia o no de responsabilidad de forma convencional o mediante resolución motivada. La segunda vía incumbe la interposición de una acción judicial, la cual puede ser efectuada de tres formas: la primera de ellas es cuando el damnificado dirige su acción de forma exclusiva contra la Administración pública; la segunda es cuando el damnificado ejerce su acción contra la Administración pública y su compañía aseguradora; y la tercera es cuando la acción se dirige de manera exclusiva –autónoma– contra la compañía aseguradora⁵⁸.

El ejercicio de la primera posibilidad no parece suscitar mayores problemas por la meridiana claridad con la que están redactadas las normas [art. 2 e) de la LJCA y art. 9.4 de la LOPJ], que establecen que las cuestiones litigiosas relativas a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas corresponden exclusivamente al orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, con independencia de que el daño se haya producido en el ejercicio de una actividad administrativa pública o privada y que a este hayan concurrido como corresponsables sujetos privados, no pudiendo ser demandados en otras jurisdicciones. En este supuesto la aseguradora queda, al menos teóricamente, al margen del procedimiento, aunque tiene la posibilidad de comparecer.

⁵⁷ En los últimos años se han dado numerosas reformas legales respecto el tema, pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios y bastantes posturas doctrinales, reduciendo la problemática existente hace algunos años; sin embargo, el problema aún no está del todo resuelto, es por ello que en esta parte del trabajo solo nos referiremos a los problemas jurisdiccionales actuales que atraviesa el aseguramiento de las Administraciones, obviando los hechos predecesores puesto que estos ya fueron resueltos; no obstante, el interesado puede recurrir a HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad...*, ob. cit.; MONTORO CHINER, M.ª J. y HILL PRADOS, M.ª C.: *Responsabilidad patrimonial...*, ob. cit.; ARQUILLO COLET, B.: *Seguro y responsabilidad patrimonial...*, ob. cit.; TORRENT I RIBERT, P. J.: *La responsabilidad patrimonial...*, ob. cit., págs. 114-116; GÓMEZ LIGÜERRE, C.: *Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*, en *InDret2/2001*, Barcelona, 2001, disponible en: <http://www.indret.com>; GAMERO CASADO, E.: *Responsabilidad administrativa...*, ob.cit.

⁵⁸ Sobre el ejercicio de estas acciones puede consultarse a GAMERO CASADO, E., en «El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración», capítulo V del tratado *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomo I (dir. QUINTANA LÓPEZ, T.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 263-274.

Viene al caso citar la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala 3.^a, de 6 de febrero de 2001, que resuelve un caso de lesiones producidas a dos niñas de 10 y 11 años de edad que se colgaron de una piedra saliente de la fachada de un edificio que cedió y cayó. El padre de las niñas solicitó la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Cee, aunque también alegó la negligencia del propietario del inmueble. En este caso se discutió si la jurisdicción Contencioso-Administrativa era competente o no para resolver el caso, puesto que intervinieron un sujeto particular y la Administración pública; el Tribunal Supremo afirmó que pese a la intervención de particulares en la producción del siniestro se trata de un supuesto de funcionamiento anormal de un servicio público, dada la omisión de medidas de cautela de los servicios municipales; razón por la que dictaminó que la jurisdicción Contencioso-Administrativa es la competente⁵⁹.

En cuanto al ejercicio de la segunda posibilidad –siguiendo la línea que hemos establecido–, el demandante podrá deducir, ante el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, su pretensión contra la aseguradora de la Administración junto con la Administración respectiva. En concordancia con este precepto, el artículo 2 e) de la LJCA otorga a la jurisdicción Contencioso-Administrativa la competencia para encausar los procesos que deriven de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive⁶⁰, no pudiendo ser demandadas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad⁶¹; esta situación genera un *litis consorcio* pasivo (voluntario). Antes de que operen las reformas legislativas, la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo declaró que el afectado podía oponer dicho *litis consorcio* siendo la jurisdicción civil la competente para resolver el proceso (Sala Especial de Conflictos, STS de 21 de octubre de 2002). De forma posterior la jurisprudencia ya reconoció a la jurisdicción Contencioso-Administrativa la competencia que le corresponde, es así que la Sala 1.^a en STS de 14 de junio de 2007 señaló que la Ley 30/1992 «(...) despeja en la actualidad cualquier duda acerca de la competencia para conocer de la pretensiones indemnizatorias por responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, atribuyéndola de forma decidida a los tribunales de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, aún cuando la reclamación se dirija conjuntamente contra la Administración y contra particulares, como responsables solidarios».

⁵⁹ En el mismo sentido la STS, 1.^a, de 10 de abril de 2003, declara la incompetencia de la jurisdicción Civil en un problema de responsabilidad en el que intervenían una Administración local y un arquitecto. Otras sentencias que apoyan la línea jurisprudencial a favor de la jurisdicción Contencioso-Administrativa son: la STS, 3.^a, de 9 de mayo de 2000; la STS, 3.^a, de 6 de junio de 2000; la STS, 3.^a, de 8 de febrero de 2001; y la STS, 3.^a, 13 de febrero de 2003.

⁶⁰ En el campo de la salud pública, la disposición adicional duodécima (responsabilidad en materia de asistencia sanitaria) de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LAP.

⁶¹ En opinión de GAMERO CASADO, E., esta regulación es elocuente, se pretende demostrar que la presencia de una aseguradora no altera la relación jurídica subyacente y que el enjuiciamiento material sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública sigue siendo exclusiva de la jurisdicción Contencioso-Administrativa. GAMERO CASADO, E.: «El aseguramiento de la responsabilidad...», ob. cit. pág. 265.

En el mismo orden, el artículo 21 c) de la LJCA dispone que se considerarán como parte demandada las aseguradoras de las Administraciones públicas, siempre que sean parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren. Estas precisiones, que obedecieron a una serie de modificaciones legales, solucionan al menos en parte el problema de la jurisdicción competente cuando se quiera demandar conjuntamente a la Administración y a la aseguradora, puesto que se otorga una legitimación pasiva a las entidades aseguradoras. Sin embargo, cabe cuestionarse, en viceversa, ¿qué pasa cuando la aseguradora quiera ostentar la posición de actora o de parte demandante?; por ejemplo, puede darse el siguiente caso: en la tramitación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, esta se ha declarado responsable y, como efecto, la aseguradora se siente afectada por la decisión y quiere recurrirla; a nuestro entender la aseguradora podrá pretensionar como sujeto activo ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa⁶².

Lo dicho hasta aquí –que no es sino un *sumus* normativo– determina que las cuestiones litigiosas relativas a la responsabilidad patrimonial encausadas contra las Administraciones públicas y Administraciones públicas conjuntamente con sus compañías aseguradoras corresponden exclusivamente al orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

Sin embargo, cabe cuestionarse –ya ingresando a la tercera forma de nuestros supuestos– ¿es posible interponer una acción judicial directa –autónoma– que se promueva solamente contra la compañía aseguradora en la jurisdicción Civil?, ¿o a esta acción necesariamente tendrá que acompañar en calidad de codemandada la Administración en la jurisdicción Contencioso-Administrativa?; ¿podrá un Juez civil, al conocer de la acción directa contra la aseguradora, declarar la responsabilidad de la Administración en un proceso en que esta no ha intervenido?, ¿pueden la víctima y la aseguradora de la Administración transigir sin la aprobación de la Administración? Estos interrogantes han generado polémica y controversia tanto en la doctrina⁶³ como en la jurisprudencia.

Respecto a este ámbito, la doctrina se ha dividido⁶⁴. Algún autor considera que la finalidad que persigue la Ley Orgánica del Poder Judicial 19/2003 (LOPJ) es mantener la unificación de

⁶² Las modificaciones legislativas, sí en parte son buenas, plantean a decir de GAMERO CASADO, E., algunas carencias especialmente la Ley Orgánica 19/2003 ya que la modificación introducida no plantea que la compañía aseguradora pueda ser demandante o que no siempre será codemandada: «Los seguros de responsabilidad patrimonial de la Administración: recientes pactos y reformas» en *Revista Jurídica*, La Ley, núm. 6.044, junio 2004.

⁶³ GAMERO CASADO, E.: «Los contratos de seguro...», ob. cit., págs. 368-372, *La responsabilidad patrimonial...*, ob. cit., págs. 207-209; más recientemente del mismo autor «El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial...», ob. cit., págs. 267-273; HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad...*, ob. cit., págs. 74-76; GONZALES PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 352. MONTORO CHINER, M.^a J. y HILL PRADOS, M.^a C.: *Responsabilidad patrimonial...*, ob. cit., págs. 75-87; ARQUILLO COLET, B.: *Seguro y responsabilidad patrimonial...*, ob. cit., págs. 104-116; TORRENT I RIBERT, P. J.: *La responsabilidad patrimonial...*, ob. cit., págs. 114-116, GÓMEZ LIGÜERRE, C.: *Jurisdicción competente...*, ob. cit., págs. 7-10.

⁶⁴ Los civilistas suelen defender con énfasis el ejercicio de la acción directa contra la aseguradora de la Administración ante los tribunales civiles. Por ejemplo, GÓMEZ LIGÜERRE, C. afirma que «toda controversia entre la víctima y

la jurisdicción Contencioso-Administrativa, lo que conlleva incluso a la conformación implícita de un *litis consorcio* pasivo que podría oponerse cuando el pretensionante dirija su acción exclusivamente contra la aseguradora⁶⁵. Otros autores consideran, en concordancia con el artículo 76 de la LCS, que el espíritu de la norma (LOPJ) está dirigido a mantener expedita la vía civil a objeto de que el pretensionante accione directamente contra la aseguradora por esa vía⁶⁶. Por otra parte, algunos autores consideran que, a partir de las modificaciones efectuadas por la Ley Orgánica 19/2003, sí es posible accionar directamente contra la aseguradora, aunque esta posición no es la más recomendable y por tanto la valoran de forma negativa⁶⁷. Así también, se ha

la compañía aseguradora sobre la obligación de indemnizar el daño causado por la Administración será competencia de la jurisdicción Civil. Los Jueces civiles resolverán la responsabilidad de la Administración sin que existan ni un procedimiento administrativo previo ni la posibilidad de recurso ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa», es decir, para este autor la competencia de la jurisdicción Civil es aceptada *de lege data*; ponencia presentada en: «Jurisdicción competente...», ob. cit., pág. 8. ARQUILLO COLET, B.: *Seguro y responsabilidad patrimonial...*, ob. cit., págs. 104-116; esta autora afirma que la falta de ejercicio de esta opción (civil) supone la renuncia a un claro beneficio por parte de los sujetos lesionados, la acción directa es viable y se perfila como una opción eficiente. Por el otro lado, en pro de la jurisdicción Contencioso-Administrativa se tiene a GAMERO CASADO, E.: «Los contratos de seguro...», ob. cit., págs. 371-372; *La responsabilidad patrimonial*, ob., cit., págs. 270-273. MARTÍN REBOLLO, L.: «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», en *Revista de Administración Pública*, n.º 150, 1999, pág. 354; lo admiten *de lege data* –aunque destacando los muchos problemas y dudas que se suscitan–, pero lo rechazan *de lege ferenda*, postulando por reformas legislativas basadas en la necesaria tramitación del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de la Administración y en la competencia del orden Contencioso-Administrativo. MONTORO CHINER, M.ª J. y HILL PRADOS, M.ª C. enfatizan también la necesidad de que se tramite el procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad y que su resolución sea controlada por la jurisdicción Contencioso-Administrativa: «La responsabilidad patrimonial...», ob. cit., págs. 89-95 y 108-109. MIR PUIGPELAT, O.: «La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa. Comentario a los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002 y propuesta de reforma legislativa», en la página <http://www.indret.com>, págs. 22-28.

⁶⁵ MIR PUIGPELAT, O.: *La jurisdicción competente...*, ob. cit., págs. 22-28; hace alusión a que las reformas legislativas deben ir por establecer un *litis consorcio* pasivo necesario a objeto de que se demande Administración y aseguradora en la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

⁶⁶ Criterio que defienden: GÓMEZ LIGÜERRE, C.; RAMOS GONZÁLEZ, S. y LUNA YERGA, Á.: «Todos a una. Jurisdicción competente para condenar a la Administración pública y a su compañía aseguradora», en *InDret* 1/2004, Barcelona, 2004, disponible en la página electrónica: <http://www.indret.com>. Esta también es la postura que enarbola ARQUILLO COLET, B.: *Seguro y responsabilidad patrimonial...*, ob. cit., pág. 105-109.

⁶⁷ GARBERÍ LOBREGAT, J.: «Una mala nueva para las compañías aseguradoras que cubran la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», en *Actualidad Jurídica*, Aranzadi, n.º 623, Aranzadi, Pamplona, 2004, págs. 1-6; HUERGO LORA, A.: «El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas y la doctrina de la *vis attractiva*», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2004, n.º 122, págs. 199-222, que destaca que la modificación conlleva una nueva «huida» al Derecho privado de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que es perturbadora y que, en definitiva, confirma que el seguro no es conveniente para la Administración, págs. 215 y 216; así también GAMERO CASADO, E.: *La responsabilidad patrimonial*, ob. cit., págs. 266-270, señala que si bien la acción es posible, empero no es recomendable en caso de que no se haya determinado la responsabilidad de la Administración puesto que posteriormente se puede plantear en proceso la exención de responsabilidad de la Administración.

señalado por parte de la doctrina más calificada⁶⁸ que el ejercicio de la acción directa no exige la conformación de un *litis consorcio* pasivo, ya que se articula sobre una solidaridad impropia y peculiar que consiente la vida autónoma de cada acción procesal; por ello, si se ejerce la acción directa contra la aseguradora en la jurisdicción Contencioso-Administrativa sin codemandar a la Administración, el resultado será la inadmisión del proceso.

En ese sentido, la postura que sostenemos en este trabajo es que las reformas legislativas no impiden que los particulares puedan dirigirse de forma directa e individualmente contra el asegurador en la vía civil, ejerciendo la acción directa prevista por el artículo 76 de la LCS. Esta postura no es más que el resultado de aplicar el citado artículo, vinculándolo e interpretándolo de forma cohesionada con los artículos 10, 20 y 21 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que de forma expresa declaran privados los contratos de seguro suscritos por la Administración y que en caso de conflictos será el orden civil quien dirima la cuestión; la acción directa procede ante la jurisdicción Civil por esta causa, así también por que la compañía aseguradora que ostenta personalidad jurídica privada se encuentra legitimada pasivamente para ser procesada.

Ante esta situación, el Juez civil estará constreñido a verificar el cumplimiento de requisitos prejudiciales y emitir un pronunciamiento previo sobre la existencia previa de responsabilidad de la Administración, cuestión privativa que en exclusiva corresponde al orden contencioso-administrativo, pero que, a tenor de lo dispuesto por el artículo 10.1 de la LOPJ, puede atenderse con carácter meramente prejudicial por el orden civil, y por tanto, «sin efecto de cosa juzgada», a un eventual posterior litigio contencioso-administrativo promovido por quien se sintiera lesionado en sus intereses, a fin de obtener un pronunciamiento de exoneración de responsabilidad que conduciría pues a repetir el pago de la indemnización entregada por la compañía aseguradora al sujeto lesionado; por esta razón, el juzgamiento del Juez civil siempre podrá ser revisado ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa en lo concerniente a la declaración de responsabilidad⁶⁹.

3.3.1. La unificación jurisdiccional pasa por la modificación de la Ley de Contratos del Sector Público

Lo indicado es el ser de la cuestión; no obstante, consideramos que ante el peregrinaje al que han estado expuestas las normas y con ellas los operadores jurídicos, pero en particular los damnificados, ya que, al no tener certeza ante qué jurisdicción presentar sus demandas, caen en una incertidumbre, existe la necesidad de articular una norma específica sobre el aseguramiento de responsabilidad administrativa de las Administraciones públicas, de manera que si se mantiene la acción directa que prevé la LCS, se formule también una norma que adecue con carácter previo las peticiones sobre responsabilidad que efectúen los particulares inicialmente ante la Administración

⁶⁸ GAMERO CASADO, E.: *La responsabilidad patrimonial*, ob. cit., pág. 267.

⁶⁹ *Vid.* para todo a GAMERO CASADO, E.: *La responsabilidad patrimonial*, ob. cit., pág. 270.

y posteriormente ante el orden Contencioso-Administrativo⁷⁰. Empero, si realmente queremos un cambio radical con reformas estructurales o de raíz que tenga como fin teleológico la unidad de la jurisdicción y procurando que esta se consolide –como lo procuró seguramente el legislador en la última reforma de la LOPJ–, consideramos que el deber ser es reformar la LCSP otorgando otra naturaleza jurídica al contrato de seguro celebrado por las Administraciones, así el artículo 76 de la LCS reduciría su campo de acción solo a las relaciones procesales que deriven de conflictos entre privados, derivando como efecto que la única jurisdicción competente que determine las indemnizaciones por parte de las aseguradoras sea la Contencioso-Administrativa, o caso contrario señalar que la previsión del artículo 76 de la LCS para casos de seguro que cubran la responsabilidad de la Administración sean ventilados de forma directa ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa. Esto en cuanto al fondo del problema, en cambio en un orden más procedimental habría que aprovechar para regular la situación en la que se encuentra la aseguradora, ya que esta también tendrá la necesidad en determinados casos de ser la parte actora, debiendo respecto a ella en cualquier proceso ponerla en conocimiento de los actos que se materializan en la sustanciación del proceso, citando incluso su comparecencia. Relacionado con lo mencionado apuntamos la situación en la que la aseguradora en ejercicio del artículo 43 de la LCS interponga su acción de repetición o regreso, subrogándose en los derechos de la Administración. Otro aspecto que cabría regular, y que hemos anteriormente enfatizado, es la dirección jurídica del proceso y la prohibición legal por parte de la Administración por reconocer de forma unilateral y autónoma –sin conocimiento de la aseguradora– su responsabilidad y fijar una suma indemnizatoria.

4. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

4.1. NATURALEZA JURÍDICA: EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL

Bajo los preceptos de la derogada Ley 198/1963 de Bases de Contratos del Estado, de 28 de diciembre, los contratos de seguro tomados por las Administraciones públicas –al no estar

⁷⁰ Esta es la línea que adopta GAMERO CASADO, E., a la cual me adhiero. *Vid.* «Responsabilidad administrativa:...», ob. cit., págs. 167-172; señala: «No me parece descabellado postular que los seguros en examen sean configurados como contratos administrativos atípicos sometidos a un régimen jurídico-administrativo de suscripción y atribución jurisdicción articulado en relación con la contratación administrativa, lo que unificaría nuevamente la materia en beneficio de la jurisdicción Contencioso-Administrativa», y: «Los seguros de responsabilidad patrimonial...», ob. cit., pág. 1.937. Este profesor señala: «(...) debería afrontarse sin mayor demora una operación normativa más prudente y sensata aprobando un cuerpo legal específico dirigido a regular los seguros de responsabilidad extracontractual de la Administración. No es precisa una ley monográfica: esta regulación encontraría perfecto encaje en el seno de la LRJPAC, o mejor aún, en la LCAP: recuérdese que recientemente se le ha añadido un nuevo Título V –"Del contrato de concesión de obras públicas"– al Libro II –"De los distintos tipos de contratos administrativos"– de la LCAP; una operación análoga sería perfectamente operativa en este caso, insertando un nuevo título sobre los contratos de seguro de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas».

regulados expresamente por esa norma ni por otras normas de contrataciones de la época— eran considerados como contratos de Derecho privado debido al origen civil del contrato de seguro, no obstante, el criterio manejado en ese tiempo estaba fundado en que, para considerar a los contratos como administrativos, estos debían tener una vinculación directa al desarrollo regular de un servicio público o debían tener caracteres intrínsecos que hagan precisa una especial tutela de interés público⁷¹. Pese ese principio, la jurisprudencia de la época se empeñaba en considerar a estos contratos como privados ya que estaban arraigados en el tráfico mercantil⁷², salvo alguna excepción que no obtuvo resonancia⁷³.

Con la promulgación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, la naturaleza jurídica del contrato de seguro pasó de ser considerada un contrato público de Derecho privado a un contrato público administrativo. Una de las posibles causas por las que operó ese cambio radical en la legislación, pudo deberse⁷⁴ a la fusión que hizo el legislador español de la clasificación tradicional de los contratos administrativos y contratos privados⁷⁵ con la clasificación generada por las directivas del Derecho comunitario, en contratos sometidos al Derecho comunitario y contratos no sometidos⁷⁶. A nuestro parecer con específica referencia al tema que abordamos, la diferencia esencial entre unos y otros radica en que la clasificación tradicional de contratos administrativos y contratos de Derecho privado⁷⁷ no afecta al procedimiento de contratación, sino al contenido y efecto del contrato, puesto que, cuando los contratos son regulados bajo el régimen de contratos administrativos, la Administración goza —bajo el principio

⁷¹ La base de lo enunciado se sienta en lo preceptuado por el artículo 4, regla 2.ª, de la Ley 5/1973, de 17 de marzo, sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado.

⁷² Verbigracia la STS de 18 de diciembre de 1920 califica un contrato de seguro como privado. En el mismo sentido, la Sentencia de 9 de octubre de 1957 califica como privado a un contrato de seguro sobre varios buques de la Armada.

⁷³ La Sentencia de 21 de noviembre de 1986 calificó como administrativo un contrato de seguro contratado por el Ayuntamiento de Madrid para el personal a su servicio; la sentencia expresa: «Que, con carácter previo al examen de la exclusión producida respecto de la oferta de la sociedad A, *ha de reconocerse la naturaleza administrativa del contrato suscrito entre el Ayuntamiento y la Sociedad E*, tal carácter se desprende de la finalidad objetiva del contrato...» (Cursiva mía).

⁷⁴ En criterio de HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad*..., ob. cit., págs. 87-91, se obligó probablemente, sin que fuera la intención del legislador, a cambiar la concepción del contrato de seguro de Derecho privado a contrato administrativo; ello debido a que el legislador fusionó los contratos públicos administrativos y los contratos privados con los contratos sometidos al Derecho comunitario y los no sometidos.

⁷⁵ Respecto a la clasificación entre contratos administrativos y contratos privados: GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo V.1*, Thomson-Civitas, Madrid, 11.ª edición, 2009, pág. 72; señalan que esta clasificación no puede ser considerada como una clasificación de tipos contractuales en sentido estricto, sino que se los considera como géneros que dan cabida a tipos contractuales.

⁷⁶ El Derecho comunitario nada dice sobre la naturaleza civil o administrativa de los contratos públicos, cuestión sobre la que libremente decide cada Estado miembro.

⁷⁷ Sobre la distinción entre contratos administrativos y contratos privados puede leerse a MORENO GIL, O.: *Contratos administrativos. Legislación y jurisprudencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 4.ª edición, 2004, págs. 159-201.

del interés público— la facultad de modificar el contrato, además, tiene competencia para decidir unilateralmente sobre cualquier incidencia relativa a la ejecución e interpretación del contrato, siendo la jurisdicción Contencioso-Administrativa la competente para dilucidar situaciones contrapuestas; mientras que, cuando el contrato es suscrito bajo el régimen contractual de Derecho privado, la estructura y efectos del contrato se rigen por normas del Derecho privado —Código Civil, Mercantil y LCS—; siendo la jurisdicción civil la competente para solucionar conflictos entre partes. Por otra parte, cuando los contratos son sometidos al régimen de las directivas del Derecho Comunitario, las contrataciones se deben realizar con una mayor transparencia, asociada a los principios comunitarios de publicidad, aumentando el grado de competencia intracomunitaria, siempre y cuando superen determinados umbrales económicos.

Como se puede apreciar, existe una gran distinción entre contratos administrativos y contratos de Derecho privado con los contratos sometidos a Derecho comunitario y no incluidos⁷⁸, pues unos se refieren a su contenido y efectos y los otros se refieren a la forma de adjudicación. El legislador español, probablemente para no recargar esta sistemática, optó por refundir estos conceptos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) de 1995 integrando la legislación de contratos de España a las normas que el Derecho comunitario había ido dictando para ciertos tipos de contratos —obras, suministros y servicios—⁷⁹.

Es así que el artículo 5.2 a) de la LCAP preveía que los contratos expresamente regulados en ella —contratos típicos o nominados— tienen carácter administrativo, el resultado es que los contratos sujetos a regulación comunitaria quedaban transformados en el Derecho español a contratos administrativos, aunque la regulación comunitaria se refería a una cuestión diferente como es la selección del contratista. Como conclusión, el contrato de seguro quedó convertido en un contrato administrativo ya que, al incorporar al Derecho español las novedades que se habían producido en la normativa comunitaria, añadió a la lista de contratos administrativos típicos, entre otros, el contrato de servicios en el que ha de entenderse incluido el contrato de seguro⁸⁰.

⁷⁸ GIMENO FELIU, J. M.^a: *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público, de 30 de octubre de 2007, en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pág. 126. «Respecto a la tipología de contratos, la LCSP pretende diseñar con nitidez los perfiles de los distintos tipos de contratos públicos, diferenciando de lo que es el régimen jurídico —público o privado de los mismos— optando por la tipología comunitaria evitando innecesarias confusiones. La seguridad jurídica aconsejaba que se depurasen los conceptos y precisen definiciones mediante su incorporación al texto legal a fin de evitar confusión e interpretaciones diversas».

⁷⁹ La situación de la transposición de las normas comunitarias al ordenamiento jurídico español era preocupante por la proliferación de cambios normativos en una materia que debería caracterizarse por su estabilidad, lo que en la práctica se tradujo en una manifiesta inseguridad jurídica y en prácticas incorrectas. *Vid.* GIMENO FELIU, J. M.^a: *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento...*, ob. cit., págs. 63-65; también leer a BAÑO LEÓN, J. M.^a: «La vinculación del Estado a las normas básicas de contratación. La prohibición de derogación singular de las bases», GÓMEZ FERRER, R. (dir): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, págs. 1.753-1.764.

⁸⁰ «La inclusión del contrato de seguro entre los contratos de servicios regulados por la LCSP no es fortuita. La Directiva 92/50/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, recoge en un Anexo los contratos a los que resultan de aplicación los artículos 11 a 37 de la propia directiva, en los

Debido a los efectos que generaba la naturaleza del contrato administrativo –una serie de facultades–, como, por ejemplo, que la Administración decide y modifica unilateralmente el contrato, la Administración puede aceptar su responsabilidad administrativa a través de la emisión de una resolución en la que también puede ordenar al asegurador pagar el siniestro, pero especialmente las cuestiones litigiosas surgidas en torno a los contratos administrativos corresponden a la jurisdicción Contencioso-Administrativa⁸¹; mediante la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la LCAP⁸², se han modificado los artículos 5.2 a) y 5.3 para dejar claro que estos contratos son privados y no administrativos.

No obstante, un gran e importante sector de la doctrina, antes de la emisión de la precitada ley modificatoria, apuntalaba la teoría de que a esos contratos habría que considerarlos como administrativos y pedían que la LCAP fuera la aplicable en casos de suscitarse conflictos, con el objeto de que sea la jurisdicción Contencioso-Administrativa la que se encargue de dirimir los casos. A esta postura se adhirió también el Consejo de Estado, quien, a través de su dictamen de 22 de diciembre de 1998, señaló: «No parece posible que los referidos contratos de seguro 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 son de carácter público y en consecuencia son administrativos»⁸³.

Con la promulgación del Texto Refundido de la LCAP (TRLCAP), de 16 de junio de 2000, se mantuvo la naturaleza jurídica de contrato privado⁸⁴, por lo que necesariamente existía una vinculación a la LCS –arts. 73-76, que regulan el seguro de responsabilidad civil–. El entonces TRLCAP solo contenía normas sobre la preparación, publicidad, licitación y adjudicación, pero no hacía referencia al contenido del contrato de seguro, por lo que debía aplicarse la regulación general prevista en el Derecho privado, no obstante, el proceso de contratación de este tipo de contratos obedecía a un proceso de contratación público y administrativo⁸⁵.

que se establecen normas relativas a la publicidad, licitación y adjudicación de estos contratos. El artículo 207.1 de la LCAP se corresponde literalmente con los Anexos IA e IB de la directiva citada. Pero esta circunstancia no despeja completamente las dudas sobre la cuestión». GAMERO CASADO, E.: «Los contratos de seguro...», ob. cit., pág. 364.

⁸¹ Como bien apunta PARADA VÁZQUEZ, J. R., la distinción entre contratos públicos y privados tuvo en su origen una diferenciación exclusivamente jurisdiccional y no material o sustantiva, ya que las cuestiones litigiosas surgidas en torno a los contratos administrativos correspondían a los órganos de la jurisdicción Contencioso-Administrativa y las de contratos privados a los tribunales ordinarios. *Los orígenes del contrato administrativo en Derecho español*, IGO, Sevilla, 1963, págs. 71 y ss.

⁸² Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

⁸³ Dictamen del Consejo de Estado de 22 de diciembre de 1998 (Expediente n.º 4464/98).

⁸⁴ GARCÍA ÁLVAREZ-GARCÍA, G. en *Diccionario de contratación pública*, (dir.) BERMEJO VERA, Iustel, Madrid, 2009, pág. 604.; entiende que el contrato de seguro, bajo la normativa del TRLCAP, se consideraba unívocamente como contrato civil.

⁸⁵ Estudios sobre el respecto: MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J. L.: «Contratación pública. Jornadas de Valladolid 27-29 de enero de 1993», (coord.) LAGUNA DE PAZ, J. C., ed. Marcial Pons, Cámara de Contratistas de Castilla y León, Ma-

Actualmente, los artículos 10, 13, 19, 20 y 21 de la LCSP facultan a las Administraciones públicas para contratar seguros de responsabilidad civil. En un ámbito general establecido por la LCS, los contratos de seguro de responsabilidad civil se sitúan bajo el marco de los denominados seguros de daños⁸⁶. La LCSP los sitúa bajo la tipología de contrato de servicios nominados, sujetos a regulación armonizada siempre y cuando el precio de adjudicación supere determinados umbrales y la entidad contratante goce de poder adjudicador.

La pertenencia del contrato de seguros a la tipología del contrato de servicios está efectuada a partir de la identificación de su objeto, ya que en este tipo de contratos se conllevan dos elementos esenciales: primero, que la esencia de este contrato es una obligación de hacer y, segundo, el resultado que se obtiene, hecho que lo diferencia de los contratos de obras o de suministros. En el contrato de servicios lo fundamental es la actividad, como ocurre típicamente en el seguro, ya que la compañía aseguradora, al efectuar la cobertura del riesgo, está desplegando durante todo el periodo que tenga vigencia la póliza una conducta positiva, continua y permanente; la cual se va a materializar como resultado visible y objetivo cuando el riesgo se produzca –lesión de un interés⁸⁷–, debiendo indemnizar, dentro de los límites pactados⁸⁸.

En cuanto a la regulación armonizada, los contratos de servicios –se incluyen obviamente los de seguro– están sometidos a las directrices comunitarias europeas; como se podrá advertir su regulación está inmersa en las políticas públicas de los Estados⁸⁹ bajo la nueva Directiva Comunitaria 2004/18, de 31 de marzo, de contratos públicos, y de la Directiva 2004/17, de 31 de

drid, 1996, que contiene varias ponencias sobre el tema, en especial págs. 37-93; MORENO MOLINA, J. A.: «Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español», McGraw-Hill, Madrid, 1996; RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.ª: «Contratos públicos y Derecho comunitario», Aranzadi, Pamplona, 1996; GIMENO FELIU, J. M.ª: «El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)», Civitas, Madrid, 1995.

⁸⁶ SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.): *Ley de contrato de seguro...*, ob. cit., págs. 44, 1.211 y ss. Señala que la LCS sitúa a este seguro dentro del tipo de seguro de daños, la idea central radica en que el riesgo cubierto es el nacimiento de una deuda que grava el patrimonio del asegurado. Desde el mismo momento en que nace la deuda, incrementará o generará un pasivo y por consiguiente el valor del patrimonio neto asegurado disminuye. El daño dentro de la teoría del contrato de seguro se considera como la lesión de un interés y la esencia de este es ser una relación de carácter económico, que no ha de llevar consigo necesariamente de modo inmediato a una lesión material o a la destrucción de un objeto.

⁸⁷ Esta lesión puede consistir tanto en la disminución del patrimonio existente, mediante el nacimiento de un gasto, como en la cesación del aumento patrimonial previsto o esperado.

⁸⁸ Sobre la definición del contrato de seguro puede leerse a SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de contrato de seguro...*, ob. cit., págs. 25 y ss., señala: «El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso que se produzca el evento cuyo riesgo objeto es de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas». La conceptualización que otorga la LCS, respecto al contrato de seguro, quiere comprender un grupo de artículos 1-24 que son válidos para todas las modalidades de contrato de seguro, es decir, que es un reconocimiento a la unidad del contrato de seguro al menos en su unidad estructural.

⁸⁹ Vid. GIMENO FELIU, J. M.ª: *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Thomson-Civitas, Aranzadi 2006, pág. 16-18.

marzo. La inclusión del contrato de seguro bajo esta categoría conlleva la aplicación de las normas reguladoras de la publicidad comunitaria, lo que conlleva un régimen de plazos por lo común más amplio que otros no sujetos a regulación no armonizada.

Por otra parte, el contrato de seguro que es tomado por la Administración pública pertenece al ámbito de los contratos privados⁹⁰, puesto que la LCSP (art. 20) establece que son contratos privados los celebrados por una Administración pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II; esta categoría hace referencia en su inciso a) a los servicios de seguros.

La fase de formación, es decir, la preparación, adjudicación y contratación del contrato privado de seguro se regirá por el Derecho administrativo y específicamente por las normas de la LCSP –la voluntad del órgano de contratación, organización, sujeto, capacidad y competencia son propios del Derecho administrativo–. Sin embargo, la fase de ejecución, es decir, cuando el contrato se haya materializado en sentido estricto se regirá, en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas del Derecho privado, vale decir, por la legislación civil y mercantil⁹¹; y de forma específica por la LCS.

El orden jurisdiccional para impugnar y resolver las cuestiones litigiosas derivadas de la preparación y adjudicación del contrato de seguro será el Contencioso-Administrativo; mientras que las fases de ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos de seguro pueden ser impugnadas ante la jurisdicción Civil, sobre el particular nos hemos referido en el punto precedente (art. 21 de la LCSP).

4.2. APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO

Como precedentemente habíamos indicado, el contrato de seguro adoptado por las Administraciones públicas se regirá, en cuanto a su contenido y efectos, por el Derecho privado; en tal sentido, por la especialidad de la norma le será aplicable la LCS.

El artículo 2 de esa norma tiene importancia manifiesta, ya que por un lado regula la aplicación de todas las modalidades del contrato de seguro⁹² –obviamente también al contrato de seguro de responsabilidad civil–; y por otra, su eficacia, ya que declara que sus preceptos son de carácter imperativo, de ahí que no existe óbice para que las regulaciones de esta norma lleguen a

⁹⁰ La distinción que realiza el artículo 18 de la LCSP entre contratos públicos y contratos privados de la Administración, no existe en otros Estados de la Unión Europea como por ejemplo Alemania, Italia y el Reino Unido; como equivalencia de ello no se suscita problemas respecto a la competencia de la jurisdicción.

⁹¹ Es la denominada teoría de los actos separables, sobre esta teoría véase a MORENO GIL, O.: *Contratos administrativos...*, ob. cit., págs. 350-412. ASPAS ASPAS, J. M.: *Diccionario de contratación pública*, (dir.) BERMEJO VERA, Iustel, Madrid, 2009, págs. 175-181.

⁹² Quedan al margen del contrato de seguro aquellas modalidades que no puedan calificarse como contrato de seguro (contratos de capitalización, renta vitalicia) y aquellas que teniendo un substrato de seguro no tienen origen contractual (Seguridad Social).

ser compatibles con el tráfico jurídico administrativo, aunque hay que reconocer que su alcance es limitado y en algunos casos contrapuesto con la norma administrativa⁹³.

4.3. LA INSUMISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO PUEDE DERIVAR DE LA APLICACIÓN DE SUS ARTÍCULOS 107.2 Y 44

El apartado 2 del artículo 107 de la LCS establece que en los contratos de seguro de «grandes riesgos» las partes pueden elegir libremente la ley aplicable. Esta libertad radica en la consideración de que el tomador no precisa de una protección legal especial, ya que se le presupone una posición negociadora equilibrada –sinalagmática– respecto del asegurador. Por otra parte, con relación al apartado c) del mismo artículo –que se refiere a la responsabilidad civil en general–, es destacable la supeditación de la consideración de grandes riesgos a criterios vinculados con el volumen de negocios, de ahí que la SAP, Sección 5.^a, de 16 de octubre de 2003, ha manifestado que pueda hablarse de grandes tomadores más que de grandes riesgos. De acuerdo con el artículo 107.2 c) de la LCS, el tomador del seguro tiene que cumplir al menos dos de tres condiciones para que el contrato de seguro se vuelva en un seguro de grandes riesgos: que el total del balance no sea inferior a 6.200.000 euros⁹⁴, que el importe neto del volumen de negocios no sea inferior a 12.8000.000 euros, y que el número medio de empleados durante el ejercicio no sea inferior a 250. Consideramos que estas condiciones pueden ser cómodamente superadas por una Administración mediana.

Si la Administración pública es tomadora de un contrato de seguro de grandes riesgos, tiene implícita la posibilidad de elegir la ley aplicable; por otro lado, conlleva el carácter dispositivo de la LCS (art. 44.2). Esto último no debe entenderse en el sentido de inaplicabilidad de la LCS, sino en el sentido que las partes, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad material, también puedan pactar condiciones contrarias a lo dispuesto en ella⁹⁵

4.4. PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Conforme indicamos en anteriores acápites, no existe ninguna duda para que las Administraciones públicas puedan contratar seguros de responsabilidad civil, esta facultad de la Adminis-

⁹³ Un ejemplo sobre esta situación se encuentra en las estipulaciones de las cláusulas que componen las condiciones generales de la póliza del contrato. Los contratos de seguro son contratos de adhesión, pero también lo son los contratos de la Administración pública. Sobre esta situación haremos referencia en el acápite correspondiente a pliegos.

⁹⁴ La versión original de la LCS, artículo 107.2 c), establece como signo monetario los «ecus», terminología que sustituimos por el euro a objeto de evitar confusiones; cambio que lo efectuamos conforme el artículo 2 del Reglamento (CE) 1103/97 del Consejo, de 17-06-1997, sobre determinadas disposiciones relativas a la introducción del euro. (Diario Oficial n.º L 162, de 19-06-1997).

⁹⁵ REGLERO CAMPOS, L. F.: *Ley de Contrato de Seguro: jurisprudencia comentada*, Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 1.396.

tración proviene de lo dispuesto por los artículos 2, 3, 4, 22 y 25 de la LCSP, y estará limitada en todo caso por la existencia de una necesidad por parte de la Administración de cubrir los eventuales riesgos sobre responsabilidad patrimonial a la que esté sometida. Esta situación como pudimos advertir estará marcada por la naturaleza, necesidades y fines necesarios que tenga la Administración para el cumplimiento y realización de sus funciones institucionales, así por ejemplo, la necesidad de contratación de un seguro de responsabilidad civil estará plenamente justificada en Administraciones que por sus funciones y competencias están expuestas constantemente a un riesgo y con mayor razón cuando gozan de un presupuesto reducido.

Una vez que se ha detectado la necesidad de contratar el seguro, las Administraciones públicas deberán, previa celebración del contrato, desarrollar la tramitación de un expediente de contratación, el cual está sometido a una serie de requisitos y formalidades.

La LCSP distingue dos modalidades de expedientes de contratación (arts. 93, 96 y 97 de la LCSP): expedientes de tramitación ordinaria, los cuales están sujetos a plazos normales establecidos por ley (arts. 93-95 de la LCSP); y expedientes de tramitación abreviada, esta última se subdivide en: expedientes de tramitación urgente y expedientes de tramitación por emergencia, cuyos plazos son abreviados en razón a situaciones específicas.

Así pues, será según el estado de necesidad o premura en el que se encuentre la Administración para que se adscriba a alguna de las modalidades citadas. En esa circunstancia todo expediente de contratación estará sujeto a plazos (arts. 93 a 95 de la LCSP) y una serie de requisitos.

Las Administraciones públicas no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la extensión de la necesidad de cubrir eventuales situaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración a través de un contrato de seguro de responsabilidad civil, así como la idoneidad del objeto y contenido para satisfacerlas, debe ser determinada con precisión dejando en claro el fin que se busca con los efectos del contrato. En este caso la principal motivación que se puede reseñar en los informes justificatorios de contratación será resaltar el elemento teleológico de evitar pagar grandes sumas indemnizatorias a un sujeto indeterminado a cambio de pagar pequeñas cuotas – primas – a una aseguradora (arts. 22 y 93.1 de la LCSP).

La motivación que se transcriba en el informe justificatorio para contratar una aseguradora debe estar ligada al principio de proporcionalidad, este principio «exige que toda medida que se tome sea a la vez necesaria y adecuada al fin perseguido»⁹⁶ o por lo menos debe recurrir a las

⁹⁶ GIMENO FELIU, J. M.ª: *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento...*, ob. cit., pág. 151. El principio de proporcionalidad es reconocido y forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, situación reconocida por la STSCE, de 11 de julio de 1989, asunto 265/87 *scharäder*, punto 21.

que menos perturben el ejercicio de una actividad económica; el principio requiere también que se consoliden competencia y equilibrio financiero⁹⁷.

Por otra parte, para que se pueda efectuar una contratación la Administración necesariamente debe contar con recursos necesarios y una autorización que apruebe el gasto, debiendo estar a lo dispuesto por el artículo 94 de la LCSP, teniendo en cuenta lo que se establece para entes locales la disposición adicional segunda.6 de la LCSP.

La Administración que gestione un procedimiento de contratación de seguro de responsabilidad civil necesariamente habrá tenido que incluir en su presupuesto una partida destinada a la contratación de servicios financieros, la aprobación del gasto para este efecto constituirá el acto mediante el cual se autoriza la realización de un gasto determinado por una cuantía cierta o aproximada para la contratación de un seguro de responsabilidad civil.

Existen situaciones en que la Administración está interpelada por ley para presupuestar partidas económicas con el objeto de contratar este seguro –son los llamados seguros obligatorios de responsabilidad civil⁹⁸–. Entre otros aspectos, cabe destacar que la disposición adicional sexta de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991⁹⁹ otorga de manera general para las Administraciones la facultad de concertar seguros que cubran la responsabilidad civil profesional del personal al servicio de la Administración del Estado, de sus Organismos Autónomos, de las Entidades Gestoras y de los servicios comunes de la Seguridad Social en los que concurren las circunstancias que hagan necesaria dicha cobertura.

En otro orden de cosas la conformación del expediente de contratación también estará constituido por determinados parámetros que regirán las condiciones a las que se deben atener los licitantes dentro del proceso de contratación, y una vez que hayan sido adjudicados sobre el contrato de seguro en sí, a estos parámetros se les denomina «pliegos de contratación», que son documentos que han sido redactados y elaborados con anterioridad al proceso de contratación. Por otra parte, desde la perspectiva del Derecho privado, una de las características del contrato de seguro

⁹⁷ GIMENO FELIU, J. M.^a: *La nueva contratación pública europea...*, ob. cit., pág. 61.

Por otra parte, cabe destacar que en todo caso la motivación es una exigencia ineludible para el control judicial posterior que establecen los artículos 106 de la CE, 22 de la LCSP y 54 de la LRJPAC; a tal efecto existen varias sentencias que anularon procesos de contratación por carecer de motivación. La ausencia de una motivación suficiente se equipara a la arbitrariedad. Así por ejemplo la STS de 13 de junio de 2000 anula la resolución de adjudicación por falta de motivación; en el mismo alcance lo hizo la STS de 29 de junio de 1999. La motivación implica justificar las razones que motiven la adjudicación y puede considerarse que la adjudicación goza de motivación suficiente si la Administración cuenta con un informe (STS de 8 de noviembre de 1999). En todo caso, «la motivación es una exigencia ineludible para el control judicial de la actuación administrativa que establece el artículo 106 de la CE y para hacer efectivo el derecho fundamental a la tutela judicial del artículo 24 del propio texto constitucional» (STS de 20 de julio de 2000).

⁹⁸ Sobre el aseguramiento obligatorio de la Administración y las normas específicas que disponen esta situación, nos hemos referido en el Capítulo II.

⁹⁹ Nótese que esta ley es anterior a la Ley 30/1992, que declara la responsabilidad directa de la Administración pública.

es que este es en esencia un contrato de adhesión¹⁰⁰, vale decir que estos contratos contienen en sus condiciones generales¹⁰¹ y particulares estipulaciones preestablecidas unilateralmente por el asegurador, estas estipulaciones son de cumplimiento obligatorio en la relación jurídica del tomador del seguro, asegurado y asegurador.

Algo similar sucede en los contratos licitados por las Administraciones públicas ya que también tienen la característica de ser contratos de adhesión¹⁰², es decir, que la Administración preestablece el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas; estos pliegos deberán aprobarse como requisito sine qua non antes de la licitación del contrato (art. 99 de la LCSP).

El dilema es claro: por un lado, nos encontramos ante contratos sujetos a la normativa administrativa y a la preferencia del pliego de cláusulas administrativas; y por otro, también nos encontramos ante contratos preestablecidos por las aseguradoras los cuales también son plenamente aplicables por el carácter imperativo de la normativa de la LCS, previsto por su artículo 2¹⁰³.

A nuestro entender, la regulación de los pliegos de cláusulas administrativas tiene una función definitoria del contenido de los contratos suscritos por la Administración y cumple un papel importante de homogeneización de las obligaciones contractuales¹⁰⁴ (arts. 98 y 99 de la LCSP). En ese caso, las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresa-

¹⁰⁰ El texto coordinado por BOQUERA MATARREDONA, J.; BATALLER GRAU, J. y OLAVARRIA IGLESIA, J.: *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 69-71, señala que: «Es bien sabido que el contrato de seguro constituye, desde antiguo, uno de los ejemplos más característicos de contrato de adhesión, es decir, cuyo contenido no es resultado de los tratos libres y equilibrados de las partes, sino de la predisposición por una de ellas de sus cláusulas específicas a través del empleo usual de las denominadas condiciones generales de la contratación».

¹⁰¹ Las condiciones generales forman el conjunto de cláusulas que el asegurador predispone para que, sin ser discutidas con el tomador del seguro –la Administración–, rijan los futuros contratos de seguro que concluyan. En concepción de SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro...*, ob. cit., pág. 81: «Las condiciones generales forman el conjunto de cláusulas que el empresario –en este caso el asegurador– predispone para que, sin ser discutidas con el tomador del seguro, rijan los futuros contratos de seguro que concluyan». Desde este punto de vista las condiciones generales son modelos impresos.

¹⁰² Los pliegos de cláusulas administrativas son aprobados por el Consejo de Ministros y están ajustados en contenido a lo previsto por la LCSP.

¹⁰³ Este tema ha sido abordado por HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas*, ob. cit., págs. 96-98. No hay ninguna norma que indique qué adhesión prevalece. En opinión del autor citado, sería prevalente la adhesión del contratista a la Administración. Por ello, las condiciones generales del contrato de seguro no deben contradecir lo dispuesto en los pliegos de cláusulas administrativas, requisito que deben cumplir para ser aplicables.

¹⁰⁴ La naturaleza jurídica de los pliegos es muy discutida, algunos autores señalan que su naturaleza no es normativa, ya que se estaría ante piezas de un contrato que extraen su fuerza de inclusión en el contrato por las partes contratantes, este es el criterio de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo, tomo I*, ob. cit. pág. 680. Por otra parte, autores como VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA, en *Principios de Derecho administrativo III. Contratación administrativa*, Madrid, 1983, pág. 75, señalan que los pliegos gozan de fuerza normativa por su carácter general, su aplicación supletoria y porque la competencia para su aprobación viene atribuida a los órganos de contratación.

rio al contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (art. 129 de la LCSP), pues a través del mecanismo preconcebido de las reglas y en particular de la fijación del precio en la contratación administrativa, el adjudicatario –compañía aseguradora–, antes de serlo, es libre de concurrir al contrato convocado con esa condición por la Administración y proceder a otorgar su oferta con pleno conocimiento de las condiciones del contrato¹⁰⁵.

4.4.1. Procedimiento y forma de adjudicación del contrato

Se tiene alguna referencia de que, antes de la Ley 198/1963 de Bases de Contratos del Estado, de 28 de diciembre, la adjudicación de un contrato de seguro incluso se ha efectuado de forma directa¹⁰⁶.

En la actualidad, el procedimiento de contratación de un seguro que cubra la responsabilidad patrimonial de la Administración pública no difiere salvo determinadas excepciones de cualquier otro procedimiento ordinario de contratación –las reglas generales son las mismas que corresponden a todo contrato público–¹⁰⁷, debiendo motivarse la contratación (art. 94 de la LCSP). El artículo 122 de la LCSP permite la adjudicación de estos contratos utilizando los procedimientos abierto o restringido, pudiendo presentarse a la licitación pública cualquier empresa aseguradora que reúna los requisitos mínimos generales de selección establecidos en la LCSP¹⁰⁸, con la salvedad de que la empresa licitante debe contar para este tipo de procesos de contratación de una habilitación especial –una autorización– expedida por el Ministerio de Economía y Hacienda con

¹⁰⁵ MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley, reimpresión 1.ª, primera ed., 2008, pág. 427.

En el ámbito jurisprudencial, la STS de 25 de mayo de 1999 ha considerado al pliego de condiciones: «Ley para las partes del contrato, cualquiera que sea el objeto de este, por lo que ha de estarse siempre en lo que en aquel se consignare para el cumplimiento de este».

¹⁰⁶ La escasa jurisprudencia así lo confirma, STS de 9 de octubre de 1958 (Arz. 2780); se dice que el contrato surgió por iniciativa de la aseguradora.

¹⁰⁷ Sobre estos procedimientos nos remitimos a efectos expositivos a: GIMENO FELIU, J. M.ª: *La nueva contratación pública europea...*, ob. cit.; *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007...*, ob. cit.; CATALÁ MARTÍ, J. V.: *La contratación de las Administraciones públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008; GONZALES-VARAS IBÁÑEZ, S.: *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid, 2003; MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *La nueva Ley de Contratos...*, ob. cit.; ROMERO HERNÁNDEZ, S.: «Contratos del sector público. Ley 30/2007 de 30 de octubre. Su aplicación en las entidades locales. Análisis jurídico y económico presupuestario», Bosch, 2008.

¹⁰⁸ En palabras del profesor GIMENO FELIU, J. M.ª: «(...) cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación de un contrato de asistencia no podrá rechazarse ningún candidato o licitador por la sola circunstancia de su condición de persona física o jurídica (...). Lo primero es decidir los criterios objetivos de admisión exigibles a cualquier empresa interesada que puede concursar para la obtención del contrato, para lo cual nos sirve el procedimiento abierto como el procedimiento restringido, en virtud del cual, obviamente, la exigencia de los niveles mínimos de capacidad económica y financiera deberá establecerse con la adecuada proporcionalidad a las peculiaridades, complejidad de ejecución y dimensión económica del contrato», en: «La nueva contratación pública europea...», ob. cit., pág. 184.

su correspondiente inscripción en la DGS (arts. 5 y 6 del TRLOSSP). Así también, consideramos que, en los procesos de contratación bajo la modalidad de adjudicación restringida, la solvencia del operador económico desempeña un rol de alta preponderancia más que en otro tipo de contratos; ya que si la Administración delega a un tercero el deber de indemnizar los daños que, ha producido con su conducta, lo hará con la condición de garantizar que, en caso de insolvencia de la aseguradora, responderá con su propio patrimonio de forma subsidiaria. Otro factor que debe tener especial atención la Administración licitante es la solvencia técnica de la aseguradora (art. 67 de la LCSP), puesto que se deberá apreciar con prolijidad la eficacia, experiencia y fiabilidad de la compañía aseguradora, pudiendo causarse convicción solicitando la presentación de los siguientes documentos que a nuestro parecer son los más importantes¹⁰⁹:

- Una memoria de los principales contratos de seguro de responsabilidad civil que suscribió con empresas públicas y privadas en los últimos años, incluyendo importes y fechas.
- Certificación acreditativa del margen de solvencia fijado a la aseguradora por el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (ROSSP).
- Certificación expedida por el ofertante acreditativa del fondo de garantía fijado a la aseguradora por el ROSSP.
- Certificado de inscripción en el Registro Especial de Entidades Aseguradoras de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones acreditativo de la autorización para operar en los ramos de seguros objeto de esta contratación (arts. 5 y 6 del TRLOSSP)¹¹⁰.

Por otra parte, es necesario resaltar el procedimiento de adjudicación negociado que, si bien no es novedoso, no por ello deja de ser excepcional ya que, al no poder establecer con precisión las condiciones de contratación que exigen los procedimientos abiertos y restringidos, estos contratos pueden ser adjudicados a la compañía aseguradora de manera justificada tras efectuar consulta a varios licitadores (art. 158 a) de la LCSP). Para que configure esta modalidad de adjudicación será necesario delimitar cuidadosamente las coberturas del seguro, puesto que si las

¹⁰⁹ No obstante, si bien estos son los criterios más importantes, de manera menos relevante la Administración contratante deberá tomar en cuenta otros criterios de carácter social: como la estabilidad de la plantilla laboral o de protección social (si el contrato requiere aptitudes específicas en materia social), y también criterios de carácter medioambiental, siempre que tengan relación con el objeto del contrato. GIMENO FELIU, J. M.^a, el procedimiento restringido está llamado a tener gran protagonismo –ser incluso el procedimiento tipo–: *La nueva contratación pública europea...*, ob. cit., págs. 188-191.

¹¹⁰ El listado que se menciona es el resultado de una fusión efectuada de los medios probatorios que se señalan en el artículo 67 de la LCSP, artículos 5 y 6 del TRLOSSP y de la recolección de datos empíricos que han sido tomados de diez pliegos de condiciones particulares para la contratación de seguros de responsabilidad civil, bajo la modalidad del procedimiento de contratación restringido. Como se podrá apreciar de la lectura del artículo 67 de la LCSP, esta posibilidad es factible, ya que la norma referida es de carácter flexible.

condiciones de los pliegos son excesivamente detalladas, surge el riesgo de no poder negociar libremente, lo que conllevaría a que el procedimiento se declare desierto; en cambio, si se abre un marco de negociación amplio con diferentes compañías aseguradoras, se puede llegar a un fin satisfactorio¹¹¹. En el mismo sentido, se puede tener una especialidad de contratación dentro del «negociado sin publicidad»¹¹² que estará determinada por la cuantía de contratación en función al importe de la cuota «prima» del seguro. Esta regulación a nuestro criterio resulta beneficiosa sobre todo para las Administraciones pequeñas con recursos reducidos y con riesgos crecidos, ya que podrán adjudicar de forma eficaz y directa evitando dilaciones procedimentales; empero sobre todo, por el beneficio económico de reparación que trae consigo¹¹³.

Como conclusión señalamos que, en todos los casos, la adjudicación se realiza en función al precio más bajo o a la oferta económica más ventajosa, debiendo impedirse una práctica restrictiva o abusiva de la competencia, no pudiendo rechazarse ninguna compañía aseguradora por su sola condición jurídica.

4.5. CONTENIDO DEL CONTRATO

4.5.1. La necesaria delimitación de la responsabilidad

El riesgo cubierto es uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, por lo tanto debe ser delimitado con claridad y precisión en la póliza, designando clara y particularizadamente los objetos asegurados y su situación (art. 8 de la LCS). El precepto de la LCS está dirigido para que se individualice el riesgo cubierto, por ello, se hace referencia a la naturaleza de la póliza como la designación de la cosa sobre la que recae. Si bien esta última acotación es factible de poderla realizar con precisión en los seguros que cubren cosas, es muy difícil poderla cumplir

¹¹¹ Sobre este tema en concreto HUERGO LORA, A. considera que es poco factible la contratación del seguro cuando la naturaleza del contrato no permite establecer condiciones para su adjudicación por procedimiento abierto o restringido, en «El seguro de responsabilidad...», ob. cit., pág. 104; en cambio, GAMERO CASADO, E. considera factible la posibilidad de contratación en aplicación del artículo 158 a) de la LCSP, «El aseguramiento de la responsabilidad...», ob. cit., pág. 250.

¹¹² Sobre estos procedimientos nos remitimos a efectos expositivos a: GIMENO FELIU, J. M.^º: «La nueva contratación pública europea...», ob. cit.; *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007...*, ob. cit.; CATALÁ MARTÍ, J. V.: *La contratación de las Administraciones públicas...*, ob. cit.; GONZALES-VARAS IBÁÑEZ, S.: «El contrato administrativo», Civitas, Madrid, 2003; MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *La nueva Ley de Contratos...*, ob. cit.; ROMERO HERNÁNDEZ, S.: *Contratos del sector público. Ley 30/2007 de 30 de octubre...*, ob. cit.; MORENO GIL, O.: *Contratos administrativos...*, ob. cit.; MORENO MOLINA, J.: *Diccionario de contratación pública*, BERMEJO VERA (dir.), Iustel, Madrid, 2009.

¹¹³ Las primas de seguro se calculan por parte de las compañías mediante técnicas estadístico-actuariales que analizan la frecuencia de siniestros y el coste medio de los mismos. A esto le añaden un porcentaje de gastos internos, otro de gastos externos y el beneficio; lo cual da la tasa de riesgo de cada actividad. Es evidente que la tasa será más elevada cuanto mayor sea la frecuencia y/o coste medio de los siniestros, o dicho de otra manera, cuanto mayor sea la posibilidad de que haya siniestros.

cuando se trata de seguros de responsabilidad extracontractual y aún más cuando la asegurada es la Administración; así pues, el mayor problema con respecto esta situación radica en determinar los supuestos de responsabilidad patrimonial que están incluidos en la póliza, ello genera una interrogante en la Administración, ya que, pese a la existencia de una póliza, no conoce de forma certera los riesgos que están asegurados, es así, que presume que ha contratado un seguro que cubre todas las causas generadoras de responsabilidad civil, cuando la realidad es otra¹¹⁴. Desde el enfoque de la compañía aseguradora, la situación tampoco se vislumbra mejor, puesto que aflora en su seno la incertidumbre de asumir el riesgo ya que la costumbre jurídica en la constitución de pólizas de seguro de responsabilidad civil ha generado en las compañías aseguradoras –casi de forma uniforme– que se asegure en el campo del Derecho privado repetitivamente los mismos riesgos, situación que es traspalada equívocamente al campo de las contrataciones públicas, cuando el asegurado es una Administración pública.

Una de las dificultades que se encuentra a la hora de delimitar el campo de acción del contrato en análisis es incluir dentro de los riesgos asegurables los siniestros generados por «dolo» del asegurado¹¹⁵. Actualmente, la característica común es excluir de la cobertura de los riesgos la conducta dolosa del asegurado (art. 19 de la LCS)¹¹⁶. Así por ejemplo, es un hecho que, cuando el siniestro se ha producido como consecuencia de la conducta dolosa de las personas que forman parte de la entidad tomadora del seguro, el asegurador quede liberado de cubrir la indemnización, ya que el personal al ser parte del órgano también forma parte de la voluntad de la persona jurídica; no obstante, habría que examinar individualizadamente la causa personal que generó el siniestro; así por ejemplo, el acto adoptado por representantes legales –Consejo de Administración de la sociedad– que provoque el siniestro ha de estimarse que cae dentro de lo previsto por el artículo 19 de la LCS y por lo tanto el asegurador queda liberado de indemnizar el suceso, pero cuando los actos son realizados por representantes voluntarios, colaboradores o funcionarios dependientes jerárquicamente de la persona jurídica asegurada, no se produce la liberación del asegurador¹¹⁷, esto quiere decir que puede asegurarse incluso la conducta dolosa

¹¹⁴ «La Administración cree asegurar su responsabilidad patrimonial en general, y asume una prima fijada en función de la cantidad total que ha tenido que pagar en periodos anteriores de indemnizaciones, y sin embargo lo que ha contratado en realidad es pluralidad de coberturas, que van cubriendo como parches distintos ámbitos de esa responsabilidad (obras públicas, reclamaciones sanitarias, vehículos, etc.), dejando otras partes sin cubrir (como la responsabilidad jurídica en muchos casos)». HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad...*, ob. cit., pág. 126.

¹¹⁵ En el campo del Derecho de seguros, el dolo es considerado como la provocación de un siniestro de un modo voluntario y consciente por el asegurado; consiste en un acto intencional o malicioso realizado por el asegurado, sabiendo que a través de su acción se habrá de producir, queriendo que se produzca y aceptando el resultado. Concepto elaborado por ALONSO SOTO, R. en: *El seguro de la culpa*, Montecorvo, Madrid, 1977, págs. 317 y 318.

¹¹⁶ El artículo 19 de la LCS excluye la obligación del asegurador de cubrir la indemnización «en el supuesto que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado». Para que pueda decirse que el evento es doloso, es necesario que concurren tres requisitos: mala fe, que sea por parte del asegurado y que esa mala fe sea causa del evento. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de contrato de seguro...*, ob. cit., pág. 324.

¹¹⁷ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de contrato de seguro...*, ob. cit., pág. 326.

de los agentes de la Administración. Bajo este criterio, no vemos el inconveniente de que los aseguradores puedan cubrir también la responsabilidad civil causada por la actividad dolosa de los funcionarios de la Administración¹¹⁸, esta situación puede ser apercibida mejor cuando el daño es producido en el campo de la actividad material o técnica directa –mala praxis médica, accidentes de tráfico, obras públicas etc.–; pero no en la actividad jurídica de la Administración –en su facultad potestativa de emitir actos administrativos y reglamentos–¹¹⁹. Más aún si concebimos esta situación conforme lo establecido por los artículos 76 de la LCS y 10 a) de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, por los que se permite al perjudicado o a sus herederos accionar de forma 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 de que el siniestro sea debido a conducta dolosa de este. Cabe también recordar que los hechos dolosos son punibles penalmente, con esto queremos decir que si la compañía aseguradora satisface la indemnización contra el tercero afectado, el funcionario –independientemente de ser sujeto pasivo en la acción de repetición¹²⁰– no se liberará de la acción penal¹²¹.

Otro aspecto que ha suscitado polémica respecto a su aseguramiento y que algunos autores le han brindado especial atención¹²² es la cobertura de la responsabilidad de la Administración derivada de la adopción de actos administrativos y reglamentos¹²³. Es usual que las pólizas de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas cubran los hechos

¹¹⁸ «Al analizar el contenido del supuesto de hecho, respecto a la intencionalidad, al lado de la culpa propia del asegurado o de la culpa directa, se presenta la posibilidad de que el siniestro sea causado mediante lo que algunos autores llaman la culpa indirecta del asegurado, esto es, a través de la actuación de una persona extraña a la relación del seguro, pero en una situación especial de dependencia con respecto al asegurado, que motiva que se impute a este la responsabilidad del hecho aún cuando no haya tenido ninguna intervención directa o inmediata con respecto al mismo». ALONSO SOTO, R. en: «El seguro de la culpa», ob. cit., pág. 395.

¹¹⁹ El criterio está basado en función a lo expresado por GARCÍA MORALES, J. M.ª: «Notas sobre el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las entidades locales», ponencia no publicada, pero expresada y citada por HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad...*, ob. cit., págs. 122 y 123.

¹²⁰ La jurisprudencia, por lo menos aquella que se registra en el ámbito privado, parece que va en el sentido que sustentamos en este trabajo; ver como ejemplo la STS, 2.ª, de 12 de noviembre de 1994, y la STS, 2.ª, de 4 de diciembre de 1998.

¹²¹ Sobre esta situación GÓMEZ POMAR, F. y ARQUILLO COLET, B. mantienen una postura contraria al aseguramiento del dolo, basada en argumentos de orden moral; por otra parte señalan con justa precisión que, en el caso de asegurar actividades dolosas, necesariamente el valor de las primas ascendería por un hecho que fácilmente puede controlarse. *Daños dolosos y seguro*, págs. 2-5, disponible en http://www.indret.com/pdf/025_es.pdf

¹²² HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad...*, ob. cit., págs. 123-126, y ARQUILLO COLET, B. en: *Seguro y responsabilidad patrimonial...*, ob. cit., págs. 47-51.

¹²³ BOCANEGRA SIERRA, R. es contrario a la idea de que del acto administrativo anulado se deriven pretensiones indemnizatorias, puesto que si el acto de anulación es conforme a Derecho, el particular tiene el deber jurídico de soportarlo y en los casos en que tal deber no exista el ejercicio será no una indemnización, sino la exclusión del ejercicio de la potestad de revisión. «La anulación de oficio de los actos administrativos», Academia Asturiana de Jurisprudencia, Oviedo, 1998, págs. 123 y 124.

dañosos que se causan a las personas o a las cosas –del damnificado–, pero no lo es si cubren la responsabilidad civil generada por actuaciones que derivan netamente de un comportamiento normativo de la Administración¹²⁴.

El hecho de que el acto administrativo sea consciente, fundado y motivado con el objetivo de procurar un efecto deseado no significa que la Administración haya actuado de mala fe, buscando conscientemente la consecución de un daño¹²⁵; por el contrario, el acto administrativo goza de la presunción de legitimidad¹²⁶ –*iuris tantum*, mientras no se establezca lo contrario– y de validez, ya que la formación de este debe ceñirse a hechos ciertos y fundamentarse en Derecho (arts. 54.1 y 57.1 de la LRJPAC). Bajo esa connotación, no vemos el inconveniente legal de asegurar los actos administrativos. No obstante, creemos que la negativa generalizada de las compañías aseguradoras radica en argumentos más económicos que legales debido a la falta de una base actuarial, puesto que las reclamaciones y las sentencias por este tipo de actividad son escasas y se refieren a supuestos de hecho muy diferentes, es decir, que los supuestos no son homogéneos, son de escasa frecuencia y gran gravedad¹²⁷.

En nuestra opinión, que parte del sistema coyuntural, consideramos que la contratación de este tipo de pólizas es acertada, empero debe ajustarse individualizadamente, es decir, a casos particulares, en los que la Administración asuma una determinación con respecto a una situación, la que por su carácter presente un riesgo elevado de causar siniestro.

Por otra parte, sería conveniente que las pólizas de seguro se pronunciaran expresamente sobre la inclusión o no de este tipo de casos, para que la Administración tenga una meridiana claridad sobre los riesgos que tienen los asegurados y cuáles no, ya que en la actualidad, y como pudimos observar en las pólizas consultadas, los cuales derivan de los pliegos administrativos técnicos, se ejerce una abstención de mencionar esta situación.

¹²⁴ ARQUILLO COLET, B. en: *Seguro y responsabilidad patrimonial...*, ob. cit., expresa su negativa a la posibilidad de la cobertura de la actuación de la Administración –actos como la otorgación de licencias, los cuales posteriormente son anulados por los tribunales–, ya que, al realizar un acto administrativo, la institución conoce o debe conocer sus consecuencias patrimoniales, cuantificarlas y preverlas presupuestariamente.

¹²⁵ ALONSO SOTO, R. en: *El seguro de la culpa*, ob. cit., pág. 384, explica con respecto a la inasegurabilidad del dolo que no abarca los daños provocados consciente y voluntariamente provocados por el asegurado, sino también los daños que se producen como consecuencia o con ocasión de la actividad ilícita del asegurado –actividad delictiva–, pues de lo contrario el seguro tendría una causa también ilícita. Pero la mera ilegalidad de la conducta del asegurado no impide que se aseguren los daños derivados de ella, pues en ese caso desaparecería prácticamente el seguro de responsabilidad civil.

¹²⁶ Sobre este carácter de presunción de legitimidad puede leerse a GARCÍA TREVIANO FOS, J. A.: *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 100-104; quien, basado en la doctrina de ZANOBINI, estudia la cuestión al tratar de la eficacia del acto administrativo.

¹²⁷ Este es el criterio de HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad...*, ob. cit., págs. 124-126, criterio al cual me adhiero plenamente.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Conforme los datos estadísticos señalados, se habrá podido observar que el Tribunal Supremo, en las últimas gestiones, ha multiplicado el número de sentencias en materia contencioso-administrativa, ello debido a la interposición de una elevada cantidad de procesos referentes a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas; esta situación no es de extrañar ya que la crisis económica que atraviesa el país —una de las causas más influyentes— impulsa al ciudadano a acudir incluso hasta la última instancia jurisdiccional, para solicitar la reparación económica de sus derechos afectados; es por ello que el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es un tema que en la actualidad reviste suma importancia dada su manifiesta utilidad práctica y económica que ostenta en el tráfico jurídico, social y económico de las Administraciones públicas, ciudadanos, operadores jurisdiccionales y empresas aseguradoras.

Por todo ello, y después de haber realizado un análisis conforme el objeto de investigación planteado, nos permitimos formular las siguientes consideraciones finales:

1. Si bien la LCSP autoriza a las Administraciones públicas a contratar seguros de responsabilidad patrimonial, lastimosamente no regula su contenido, ni mucho menos los efectos que se pueden generar.
2. En un ámbito general establecido por la LCS, los contratos de seguro de responsabilidad civil se sitúan bajo el marco de los denominados seguros de daños; la LCSP los sitúa bajo la tipología de contrato de servicios nominados, sujetos a regulación armonizada siempre y cuando el precio de adjudicación supere determinados umbrales y la entidad contratante goce de poder adjudicador. La fase de formación, es decir, la preparación, adjudicación y contratación del contrato privado de seguro, se regirá por el Derecho administrativo y específicamente por las normas de la LCSP —la voluntad del órgano de contratación, organización, sujeto, capacidad y competencia son propios del Derecho administrativo—; empero, la fase de ejecución, es decir, cuando el contrato se haya materializado en sentido estricto, se regirá en cuanto a sus efectos y extinción por las normas del Derecho privado, vale decir por la legislación civil y mercantil.
3. La compañía aseguradora no asume el papel de responsable por los cometidos de la Administración, solo es un ente contratado para indemnizar el daño. El hecho de que la carga de indemnizar al particular acabe recayendo sobre la aseguradora no es incompatible con la naturaleza jurídica de la responsabilidad administrativa, entonces si los presupuestos de la responsabilidad son los mismos, resulta intrascendente quién acabe pagando la deuda, siempre que la Administración garantice ese pago en caso de insolvencia del asegurador. Para comprender lo enunciado, se deberá efectuar el análisis que el contrato de seguro es para la Administración un contrato de servicios financieros; por el cual, se desplaza a terceros la obligación de cubrir el coste de la indemnización a la que resulte condenada, esta situación

- permite afirmar que el contrato de seguro no vulnera el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, ya que no se vulneran derechos de particulares y mucho menos se afectan las garantías de los administrados.
4. Una de las razones que llevan a las Administraciones públicas, especialmente a las más pequeñas, a la contratación de seguros de responsabilidad extracontractual es la certidumbre de tener que pagar periódicamente sumas pequeñas a un sujeto determinado a cambio de evitar la incertidumbre de tener que pagar imprevisiblemente sumas excesivas a un sujeto indeterminado. La contratación de pólizas para Administraciones locales de presupuesto reducido es beneficiosa, mientras que no lo es cuando se trata de Administraciones con amplio presupuesto y con escasas reclamaciones.
 5. Las pólizas no aseguran toda la responsabilidad civil de la Administración –como se creería–, sino únicamente determinados riesgos, de tal forma que es difícil determinar qué proporción de la responsabilidad queda cubierta y cuál no. Por tal circunstancia, creemos que las Administraciones públicas solo deberían cubrir mediante pólizas de seguro aquellas actividades que estadísticamente conforme el ámbito de reclamación se produzcan con mayor frecuencia (por ejemplo, actividades policiales, fiestas populares, etc.). Por otro lado, una Administración que por las competencias que ejerce es neutral o no es proclive a materializar riesgo no puede considerar beneficioso sufragar periódicamente los gastos que conlleva el pago de las primas, ya que el escaso o nulo riesgo que generen sus funciones no justifica la contratación.
 6. El hecho de que la Administración cuente con una póliza de seguro genera subjetivamente en el funcionario el despliegue de una conducta pasiva de evitar materializar los riesgos; es decir, el funcionario no adopta las medidas necesarias de precaución contra los riesgos que ya de por sí son inmanentes al desarrollo del servicio público. Esta situación, si la analizamos desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial, se agrava por el estándar de responsabilidad objetiva de la Administración.
 7. Cuando se ejercita una acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración pública, la jurisdicción competente es la Contenciosa-Administrativa; cuando se ejercite la acción contra la Administración y su compañía aseguradora, la jurisdicción competente también es la Contenciosa-Administrativa; empero, cuando la acción de resarcimiento económico se ejercite contra la aseguradora, esta podrá dirigirse de forma autónoma y exclusiva a la jurisdicción Civil.

Bibliografía

- ALONSO SOTO, R. [1977]: *El seguro de la culpa*, Montecorvo, Madrid.
- APARICIO SALOM, J.: «Seguro y patrimonios públicos» en *Actualidad jurídica*, Aranzadi, n.º 206.
- ARQUILLO COLET, B. [2008]: *Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, Atelier, Barcelona.
- ASPAS ASPAS, J. M. [2009]: *Diccionario de contratación pública*, (dir.) BERMEJO VERA, Iustel, Madrid.
- BAÑO LEÓN, J. M.^a: «La vinculación del Estado a las normas básicas de contratación. La prohibición de derogación singular de las bases», GÓMEZ FERRER, R. (dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid.
- BERMEJO VERA, J. (dir.) [2005]: *Derecho administrativo. Parte especial*, Thomson-Civitas, 6.^a edición.
- [2007]: *Derecho administrativo básico. Parte general*, Thomson-Civitas, 7.^a edición.
- BLANCO GIRALDO, L. F. [1996]: «Autoseguro: régimen legal y contractual», en *Revista de Derecho de los seguros privados*, vol. 6, n.º 3.
- BOCANEGRA SIERRA, R. [1998]: *La anulación de oficio de los actos administrativos*, Academia Asturiana de Jurisprudencia, Oviedo.
- BOQUERA MATARREDONA, J.; BATALLER GRAU, J. y OLAVARRIA IGLESIA, J. [2002]: *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CATALÁ MARTÍ, J. V. [2008]: *La contratación de las Administraciones públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson-Civitas.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. [1995]: *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas.
- FERNÁNDEZ JUNQUERA, M. [1973]: «Aspectos tributarios del fondo de autoseguro», en *Crónica Tributaria*, n.º 7, Salamanca.
- GAMERO CASADO, E. [1997]: *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi.
- [1999]: «Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 103.
- [2004]: «Los seguros de responsabilidad patrimonial de la Administración: recientes pactos y reformas», en *Revista Jurídica*, La Ley, n.º 6.044, junio.
- [2009]: «El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración», en el tratado *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomo I (dir. QUINTANA LÓPEZ, T.), Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. [2004]: «Una mala nueva para las compañías aseguradoras que cubran la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», en *Actualidad Jurídica*, Aranzadi, n.º 623.
- GARCÍA ÁLVAREZ-GARCÍA, G. [2005]: en la obra *Derecho Administrativo. Parte especial* (dir. BERMEJO VERA, J.), Thomson-Civitas, 6.^a edición.

– [2009]: en *Diccionario de contratación pública*, BERMEJO VERA (dir.), Iustel, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. [2008]: *Curso de Derecho administrativo V. II*, Thomson-Civitas, 11.ª edición.

– [2009]: *Curso de Derecho administrativo V.I*, Thomson-Civitas, 11.ª edición.

GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A. [1986]: *Los actos administrativos*, Civitas.

GARRIDO L. Á.: ponencia presentada por el Magistrado de la Sección 2.ª de la Sala del Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, GARRIDO, L. Á. en el curso: «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», que organizó la Diputación de Galicia en colaboración con el Instituto Nacional de Administración Pública. Concello de Ourense: edición digital *La Región* en: <http://www.laregion.es/noticia.php?id=88470?visita=1>. (Última visita 14 de abril 2012).

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J. [1973]: *El contrato de seguro terrestre*, Aguirre.

GAUSS SÁNCHEZ-RUBIO, J. [2007]: «Autoseguro: el conocimiento del riesgo», en la *Revista de las facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 71.

GIMENO FELIÚ, J. M.ª [1995]: «El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)», Civitas.

– [2006]: «La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma», Thomson-Civitas, Aranzadi.

– [2010]: *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Thomson Reuters.

– «El principio de eficiencia», ponencia aún no publicada.

GÓMEZ LIGÜERRE, C. [2001]: «Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual», en *InDret*2/2001, Barcelona, disponible en: <http://www.indret.com>. (Última visita 17 de abril de 2012).

GÓMEZ LIGÜERRE, C.; RAMOS GONZÁLEZ, S. y LUNA YERGA, Á. [2004]: *Todos a una. Jurisdicción competente para condenar a la Administración pública y a su compañía aseguradora*, en *InDret* 1/2004, Barcelona, disponible en la página electrónica: <http://www.indret.com>. (Última visita 17 de abril de 2012).

GÓMEZ POMAR, F. y ARQUILLO COLET, B.: *Daños dolosos y seguro*, disponible en http://www.indret.com/pdf/025_es.pdf (Última visita 17 de abril de 2012).

GONZALES PÉREZ, J. [1996]: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Civitas.

GONZALES-VARAS IBÁÑEZ, S. [2003]: *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid.

HUERGO LORA, A. [2002]: *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas*, Marcial Pons.

– [2004]: «El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas y la doctrina de la vis atractiva», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 122.

MARTÍN REBOLLO, L. [1999]: «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», en *Revista de Administración Pública*, n.º 150.

– [2007]: *Leyes administrativas*, Thomson-Aranzadi, 13.ª edición.

MARTÍN-RETORTILLO, L. [1963]: *Energía nuclear y derecho (problemas jurídico-administrativos)*, Instituto de Estudios Políticos.

MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ, J. L. [1996]: *Contratación pública. Jornadas de Valladolid 27-29 de enero de 1993*, (coord.) LAGUNA DE PAZ, J. C., Marcial Pons, Cámara de Contratistas de Castilla y León.

Ministerio de Economía y Hacienda [2008]: Secretaría de Estado de Economía. Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones: «Seguros y fondos de pensiones. Informe 2008».

MIR PUIGPELAT, O.: «La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa. Comentario a los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002 y propuesta de reforma legislativa», en la página <http://www.indret.com>. (Última visita 17 de abril de 2012).

MONTORO CHINER, M.^a J. [1997]: «Responsabilidad de la Administración, Urbanismo y Medio Ambiente», en la *Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18 de octubre, Marcial Pons.

MONTORO CHINER, M.^a J. y HILL PRADOS, M.^a C. [2002]: *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, Atelier, Barcelona.

MORENO GIL, O. [2004]: *Contratos administrativos. Legislación y jurisprudencia*, Thomson-Civitas, 4.^a edición.

MORENO MOLINA, J. [1996] «Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español», McGraw-Hill, Madrid.

– [2009] *Diccionario de contratación pública*, BERMEJO VERA (dir.), Iustel, Madrid.

MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F. [2008]: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático*, La Ley, 1.^a reimpresión, 1.^a edición.

PARADA VÁZQUEZ, J. R. [1963]: *Los orígenes del contrato administrativo en Derecho español*, IGO, Sevilla.

PAREJO ALFONSO, L. [1989]: «La eficacia como principio jurídico», en *Documentación Administrativa*, n.º 218-219.

– [2000]: «La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios públicos», en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia.

PAVELEK, J. E. [1997]: «El aseguramiento de la responsabilidad de la Administración», en *Revista de Derecho de los Seguros Privados*, mayo-junio.

PEDEMONTE, G. [1956]: *Historia del seguro argentino*, Talleres gráficos INDEX, Buenos Aires.

PICARD Y BESSON [1988]: «Traité générale des assurances terrestres en droit français», tomo I, *Librarie generale de droit et de jurisprudence*, París.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a [1996]: *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Aranzadi.

REGLERO CAMPOS, L. F. [2007]: *Ley de Contrato de Seguro: jurisprudencia comentada*, Thomson-Aranzadi.

ROMERO HERNÁNDEZ, S. [2008]: *Contratos del sector público. Ley 30/2007 de 30 de octubre. Su aplicación en las entidades locales. Análisis jurídico y económico presupuestario*, Bosch.

TORRENT I RIBERT, P. [1995]: «*La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Especial consideración de la derivada del uso de las vías públicas. El Seguro de la responsabilidad civil de los entes públicos*», Colección Estudios y Monografías (Mapfre).

VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA [1983]: *Principios de Derecho administrativo III. Contratación administrativa*, Madrid.

WESTLAW: www.westlaw.es. (Última visita 17 de abril de 2012).