

EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES

RODRIGO J. ORTEGA MONTORO

*Secretario-Interventor de Administración Local
(en excedencia)*

*Técnico de la Administración General
del Excelentísimo Ayuntamiento de Granada
Secretario de Administración Local, categoría de entrada*

Extracto:

EL presente estudio aborda la problemática que suscita la contratación de seguros de responsabilidad por las Administraciones Públicas, y especialmente por las Administraciones Locales, que hacen un intenso uso de esta institución procedente del ámbito privado, para cubrir las eventuales consecuencias lesivas que derivan de su actuar. Se produce en estas relaciones una confluencia normativa y de instituciones de distinta procedencia y con dinámicas diversas: la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas regulada en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el seguro de responsabilidad que es normado en la Ley del Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980. La aplicación práctica y tramitación administrativa de estos expedientes plantea de este modo una serie de problemas y dudas interesantes al operador jurídico, que arrancan ya desde la contratación misma de estos seguros por la Administración, y se van desarrollando en el *iter* ejecutivo de los mismos, hasta culminar en problemas incluso de tipo jurisdiccional o procesal, una vez que el asunto llega a la vía contencioso-administrativa. Las disfunciones que introduce en el sistema público de responsabilidad de la Administración el seguro de responsabilidad, sin duda, en nada contribuyen al principio de seguridad jurídica y son causa del incremento constante de la litigiosidad y del penoso peregrinaje administrativo y procesal del ciudadano reclamante. Todas estas cuestiones se desarrollan y son objeto de análisis en el presente trabajo, que recorre las diferentes fases que atraviesa el seguro de responsabilidad desde que es contratado por la Administración (analizando su régimen tanto en el aún vigente TRLCAP de 2000, como en la nueva Ley de Contratos del Sector Público 30/2007, de 30 de octubre), hasta que entra en juego cuando se produce el daño asegurado, y en su caso llega a la vía jurisdiccional.

Palabras clave: Administración Local, responsabilidad patrimonial de la Administración, seguros de responsabilidad, contratación administrativa, jurisdicción contencioso-administrativa, acción directa.

Sumario

- I. Introducción.
- II. El contrato de seguro de responsabilidad por la Administración Local.
 1. La contratación de seguros por la Administración.
 2. La naturaleza jurídica de estos contratos.
 3. Las actuaciones preparatorias y los procedimientos de adjudicación en la contratación pública de seguros de responsabilidad.
 4. El contrato de mediación en corretaje.
- III. Responsabilidad patrimonial y seguro.
 1. La cesión de la dirección letrada del artículo 74 de la LCS, y la gestión del siniestro.
 2. El pago del anticipo del artículo 18 de la LCS.
 3. La acción de regreso contra el personal al servicio de la Administración.
- IV. La jurisdicción competente: el seguro de la Administración desde una perspectiva procesal.
 1. Evolución normativa y jurisprudencia: hacia la unificación de fueros.
 2. La reforma de 2003 o el eterno retorno hacia la unidad de fuero.
 3. La acción directa contra la Aseguradora de la Administración.
- V. Reflexión final.

I. INTRODUCCIÓN

Resulta sumamente extendida en la práctica diaria administrativa la contratación masiva de seguros de responsabilidad por las Administraciones Públicas en general, y con una especial intensidad por parte de las Administraciones Locales, que son las Administraciones que más recurren al mercado de los seguros de responsabilidad civil, fenómeno observable a partir de finales de los 80 y principalmente en la década de los 90, y ello motivado por diversas razones: el elevado número de Corporaciones Locales (a lo que habría que añadir la constelación de entes instrumentales de los que se han dotado con desigual fortuna); el incremento de reclamaciones por daños y perjuicios extracontractuales formulados por los particulares contra aquéllas, así como el aumento de las indemnizaciones concedidas por los Tribunales ¹; su elevado nivel de exposición al riesgo, por su mayor proximidad al ciudadano y el volumen de servicios públicos que prestan; y, como un efecto derivado, por su aversión al riesgo desde parámetros presupuestarios, justificándose en el hecho de que soportar el gasto por primas de seguros es previsible, mientras que el pago de eventuales indemnizaciones resulta presupuestariamente imprevisible ², con el desequilibrio financiero y de liquidez que ello puede representar para economías tan débiles y vulnerables como las de las Administraciones Locales.

Pero no puede obviarse que el seguro constituye un mecanismo económico que cuantifica y gestiona la aversión al riesgo de los sujetos, con una finalidad compensatoria clara, y distinto de la institución de la responsabilidad civil, a la que ha superado en cierto modo: compensa de forma más rápida y es más barato de gestionar. Aunque, como decimos, es distinto de la institución clásica de la responsabilidad patrimonial. Y ésta se regula por sus propias normas en la esfera de la Administración ³, como institución básica de todo Estado de Derecho; concretamente, y arrancando del 106.2.º de la

¹ Vid. FERNÁNDEZ MENA, R., «La cuantificación de los daños en materia de responsabilidad patrimonial: criterios jurisprudenciales», en *Artículos jurídicos de Derecho.com* (abril 2001), en la dirección de Internet, <http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0054.htm>.

² Vid. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A., *Manual de Administración Local*, 5.ª ed., 2006, El Consultor de los Ayuntamientos, pág. 588.

³ Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración existe una amplia bibliografía. Baste citar aquí, AA.VV. «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1996; BLANQUER CRIADO, David, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1997; COBO OLVERA, Tomás, *El procedimiento de exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas*, Edit. Bosch, 2.ª ed., Barcelona, 1999; GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Edit. Civitas, 2.ª ed., Madrid, 2000.

Constitución Española, los artículos 139 a 146 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAPyPAC); el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, de desarrollo reglamentario de la normativa básica; y, en la esfera local, el artículo 54 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local 7/1985, de 2 de abril.

En el presente trabajo se expondrán los graves problemas que se suscitan cuando la Administración decide contratar un seguro que cubra su responsabilidad patrimonial, porque entra en juego entonces un complejo de disposiciones de diversa procedencia, de Derecho Privado y de Derecho Público, que no han sido concebidas para confluir en una misma relación jurídica (principalmente, la LRJAPyPAC, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio ⁴, y la Ley del Contrato de Seguro 50/1980, de 8 de octubre ⁵, aparte de las normas procesales aplicables), generándose así constantes fricciones normativas de difícil encaje. Terreno este, pues, especialmente problemático para el operador jurídico, que se enfrenta a un sinfín de cuestiones no resueltas y de dudas continuas, que iremos desgranando en nuestra exposición y que para nada contribuyen al cumplimiento del también principio constitucional de seguridad jurídica.

II. EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD POR LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

1. La contratación de seguros por la Administración.

La vigente legislación administrativa de contratos española permite y contempla la contratación de seguros que cubran la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, de manera parca, es cierto, pero la contempla. Así, los artículos 5, 9 y 206.6 a) del TRLCAP (y art. 20 LCSP) se refieren expresamente a las pólizas de seguro suscritas por la Administración, y en su desarrollo se encuentra también una escueta mención en el artículo 3.2.º del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ⁶. Por el contrario, la Dirección General de Seguros (DGS) en su Resolución de 26 de

⁴ En adelante, TRLCAP. Téngase en cuenta la nueva Ley de Contratos del Sector Público 30/2007, de 30 de octubre (en adelante LCSP), que deroga el TRLCAP, entre otras normas, si bien demora su entrada en vigor hasta el 30 de abril de 2008. Escasos meses de vida le restan, por tanto, al TRLCAP. En el presente trabajo, haremos referencia cumplida a las dos normativas. El impacto de la nueva norma de contratos públicos en nuestro ordenamiento administrativo es enorme, y no se limita a una transposición de las previsiones de la Directiva Comunitaria 2004/18/CE (ya más que necesaria, una vez incumplido el plazo de transposición desde el 31 de enero de 2006, que disponíamos), pues el legislador español va más allá y acomete con esta ley una reforma general de la normativa española sobre contratos. De hecho podemos afirmar que estamos ante una ley de «nueva planta» en gran medida, tanto en lo formal como en lo material; *vid.* al respecto URÍA FERNÁNDEZ, F., «Primeras impresiones en relación con el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público», *Diario La Ley*, núm. 6435, marzo de 2006, pág. 1.213.

⁵ En adelante, LCS.

⁶ Dispone este precepto reglamentario que «en los contratos que tengan por objeto los servicios a que hace referencia la categoría 6 del artículo 206 de la ley el valor del contrato se determinará cuando se trate de contratos de seguros por el

junio de 1996⁷, a raíz de una consulta planteada por una Compañía de Seguros, entendió que la Administración no puede contratar seguros privados en materia de responsabilidad administrativa, dada la incompatibilidad manifiesta entre la Ley del Contrato de Seguro 50/1980 y la LRJAPyPAC⁸. Para GAMERO CASADO, los planteamientos expresados en dicha Resolución por parte de la DGS «parecen excesivamente radicales»⁹, entre otras razones, porque efectivamente existía ya en dicha fecha una regulación normativa al respecto, concretamente en el artículo 207.1.6 a) de la LCAP 13/1995, de 18 de mayo, que positiva el contrato de seguro por la Administración en el marco de los contratos de servicios, aun reconociendo el laconismo de dicho régimen. Criterio contrapuesto al manifestado por la DGS lo encontramos en la doctrina autorizada de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA), que ya reconoció tempranamente dicha posibilidad de que la Administración suscriba contratos de seguro, en su Informe 51/1995¹⁰, de 7 de marzo de 1996, confirmado en otros posteriores.

Pero lo cierto es que debemos convenir que la Resolución de la DGS reveló ya las carencias, muchas aún no resueltas, del sistema español de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en su deficiente articulación con las normas privadas reguladoras de los contratos de seguro de responsabilidad, como iremos exponiendo.

2. La naturaleza jurídica de estos contratos.

En la legislación contractual administrativa, se contemplan expresamente los contratos de seguro concertados por la Administración, como referimos *supra*, en el artículo 5.3.º del TRLCAP, caracterizándolos como contratos privados¹¹, lo que determina tanto el régimen jurídico aplicable a los

importe de las primas (...)». Este reglamento no ha sido derogado expresamente por la LCSP; su aplicabilidad en todo caso queda modulada por lo dispuesto en la disposición derogatoria única LCSP, es decir, subsiste en lo no opuesto a dicha ley.

⁷ Publicado su texto íntegro en *Revista de Derecho de los Seguros Privados*, mayo-junio 1997, págs. 28 y ss.

⁸ Concluía la DGS en dicha resolución afirmando que «no debe perderse de vista que el artículo 106 de la Constitución establece una reserva de ley en la regulación del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. En la medida en que una operación de seguro pretenda dar cobertura a dicha responsabilidad incide de alguna forma en el derecho de los particulares a ser indemnizados por este concepto, por lo que cualquier contrato administrativo que pretenda tener por objeto este tipo de coberturas deberá contar con la debida regulación legal, hasta la fecha inexistente». En igual sentido, y en la doctrina científica, para BLANQUER CRIADO la Administración no puede contratar seguros de responsabilidad civil, en cuanto dichos seguros afectan al «sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas» a que se refiere la Constitución en su artículo 149.1.18.ª, a menos que una ley le autorice expresamente a ello. Vid. BLANQUER CRIADO, David, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Ponencia especial de estudios del Consejo de Estado*, Madrid, 1997.

⁹ *Op. cit.* en GAMERO CASADO, Eduardo, «Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 103 (julio-septiembre 1999), pág. 362.

¹⁰ Informe 51/1995, de 7 de marzo de 1996: «(...) pues no puede ponerse en duda –y en el escrito de consulta parece que no lo es– la posibilidad de que las Compañías de Seguros celebren un contrato con las Administraciones Públicas (...)» (considerando I).

¹¹ Dispone el artículo 5.3.º del TRLCAP: «Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular (...) los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones (...)». Sorprenden, así, y no son tan infrecuentes como pudiera pensarse, algunos Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares aprobados por Corporaciones Locales, que definen la naturaleza de la contratación de sus pólizas de seguro como administrativas, en evidente contradicción con el precepto

mismos, como el orden jurisdiccional competente para conocer de las controversias que susciten, de acuerdo con el artículo 9 de dicha ley. La relevancia práctica de dicha calificación es, pues, evidente; según el artículo 9 del TRLCAP «*los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas especiales, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de Derecho privado*». Esto es, en cuanto a su preparación y adjudicación habrá que estar al TRLCAP y sus disposiciones de desarrollo, y en cuanto a sus efectos y extinción, a las normas de Derecho privado, contenidas en este caso, fundamentalmente, en la LCS (en especial, sus arts. 73 a 76, reguladores del seguro de responsabilidad civil), siendo competente para conocer de las controversias que surjan entre las partes en cuanto a sus efectos y extinción el orden jurisdiccional civil en todo caso. Sin embargo, en nuestra legislación, esto no fue siempre así. En la redacción inicial de 1995 de la LCAP, los contratos de seguro se clasificaban como contratos administrativos, en su modalidad típica de los contratos de servicios¹², exigencia procedente de la legislación comunitaria¹³. Ya la propia JCCA entendió, en su Informe 31/1996, de 30 de mayo, en contestación a consulta planteada por el Ayuntamiento de Aldea del Fresno, que dichos contratos de seguros revisten claramente la naturaleza de contratos administrativos¹⁴, con las consecuencias que ello comporta en orden al régimen sustantivo aplicable, y a la jurisdicción competente para su revisión.

Sin embargo, el legislador estatal, mediante la modificación de la LCAP a través de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, procede a la «privatización» de los contratos de seguros de las Administraciones Públicas, calificándolos expresamente como «contratos privados», lo que se mantiene en el actual TRLCAP, matizando que se les aplicará el procedimiento de adjudicación previsto para los contratos de servicios (art. 9.2.º TRLCAP, en relación con sus arts. 202 a 210). Esta contradicción con la normativa europea de contratos ya fue destacada por el propio Consejo de Estado, en su Dictamen al

contenido en el artículo 5.3.º del TRLCAP, que les otorga carácter privado *ope legis* y de modo indisponible para los órganos administrativos de contratación. Verbigracia, puede consultarse en este sentido el Pliego de Cláusulas Administrativas aprobado al respecto por el Ayuntamiento de Pamplona, en agosto de 2006 (cláusula 23.ª: «[...]Teniendo el presente contrato naturaleza administrativa, cuantas incidencias se deriven de la ejecución del contrato y de la interpretación de las disposiciones del pliego serán resueltas en primer término por el órgano de contratación [...]»).

¹² Artículo 207.6 a) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo. *Vid.* en este sentido, MARTOS NAVARRO, F., «Los contratos de consultoría, de asistencia, de servicios y para la realización de trabajos específicos concretos y no habituales», en *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*, Comares, Granada, 1996, pág. 596. Por el contrario, algún sector doctrinal entendió que la inclusión de estos contratos de seguro en la LCAP, como contratos de servicios, se producía exclusivamente a los efectos de aplicarles las normas en materia de publicación, licitación y adjudicación, aun cuando seguirían siendo contratos privados a los restantes efectos; así, *vid.* LLISSET BORRELL, F., y LLISSET CANELLES, A., *Manual de los contratos públicos*, Bayer Hnos., Barcelona, 1996, pág. 734.

¹³ El contrato de seguro se incluía expresamente en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50/CE, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. Téngase en cuenta, no obstante, que las Directivas europeas en materia de contratación pública no entran a regular el contenido sustantivo del contrato, los derechos y obligaciones que para las partes dimanen del mismo, que se rige por las legislaciones internas, sino que se limitan a proporcionar unas normas procedimentales dirigidas a la consecución del respeto de los principios de publicidad, igualdad, no discriminación y libre concurrencia por parte de los Poderes Adjudicadores en la selección de los contratistas, de acuerdo con el principio general comunitario de la libre circulación de servicios.

¹⁴ Informe de la JCCA 31/1996: «(...) Necesariamente hay que reiterar, por las mismas razones, los argumentos expuestos con anterioridad, en estos extremos, en relación con los contratos de préstamo y pólizas de crédito, pues el carácter administrativo de los contratos de seguro deriva del artículo 5.2 a), en relación con el 207, número 6, sin que exista norma alguna que permita dispensar de la formalización en documento administrativo» (considerando III).

Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 13/1995, de fecha 22 de diciembre de 1998, al señalar que no parece que los contratos de seguro pudieran calificarse como privados, *«precisamente porque la Directiva 92/50/CEE establece que tales contratos tienen carácter público y, en consecuencia, se configuran como contratos administrativos»* (apdo. VI) ¹⁵.

En la actualidad, resulta aplicable la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que deroga la anterior Directiva 92/50/CEE, y que mantiene la calificación de los contratos de seguros como «contratos públicos de servicios» en su artículo 1.2 d) en relación con el Anexo II de dicha directiva (categoría 6) ¹⁶.

La nueva y extensa LCSP proclama en su Exposición de Motivos que obedece a un impulso primordial: incorporar a nuestro ordenamiento interno la precitada Directiva 2004/18/CE. Sin embargo, en su articulado se continúa conceptuando a los contratos de seguro de las Administraciones Públicas como contratos privados ¹⁷, persistiendo de este modo la eventual contradicción con las disposiciones comunitarias en cuanto a la configuración y definición normativa del contrato de seguro como privado.

Resulta necesario subrayar, por otro lado, que la nueva LCSP introduce algunas diferencias, en lo que nos afecta, respecto al aún vigente TRLCAP, y ello en materia de jurisdicción competente. Así, es cierto que se mantiene, en su artículo 21, la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en relación con el régimen de los contratos administrativos ¹⁸, pero en relación con los contratos privados (como lo serían los contratos de seguro), se establece con carácter automático e imperativo que *«igualmente corresponderá a este orden jurisdiccional (el contencioso-administrativo) el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17»*, lo que difiere de la actual situación, en la que el particular dispone de la facultad de separar, o no, los actos de preparación y adjudicación relativos a los contratos privados para impugnarlos ante el orden contencioso-administrativo (art. 9.3.º TRLCAP: *«[...] No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con la normativa reguladora de dicha jurisdicción»*) ¹⁹.

¹⁵ Recuérdese que se intentó, durante la tramitación parlamentaria de dicho Proyecto de Ley de reforma de la LCAP de 1995, que los contratos de seguros, entre otros, no se calificaran como privados, mediante la enmienda presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario Socialista [enmienda núm. 57, BOCG de 20 de octubre de 1999, Senado, serie II, núm. 153 b)], que finalmente fue rechazada.

¹⁶ El artículo 80.1.º de dicha directiva obliga a los Estados miembros a la transposición de dicha norma en los ordenamientos internos «a más tardar el 31 de enero de 2006», plazo que ha sido incumplido con creces por el Reino de España.

¹⁷ Artículo 20 de la LCSP: *«1. Tendrán la consideración de contratos privados (...) los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II (...); se comprenden en dicha categoría 6 del Anexo II los «servicios financieros: a) servicios de seguros, b) servicios bancarios y de inversiones».*

¹⁸ Aunque se introduce ahora una vía previa en el orden administrativo interno que será necesario agotar: el recurso especial en materia de contratación, siguiendo las directrices de la regulación europea (art. 37 LCSP).

¹⁹ Según el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 19 de enero de 2006 al Proyecto de LCSP, resulta *«oportuno y acertado que la nueva norma determine de manera clara la competencia de cada orden jurisdiccional, sin dejar a*

3. Las actuaciones preparatorias y los procedimientos de adjudicación en la contratación pública de seguros de responsabilidad.

Como indicamos, la contratación por las Administraciones Públicas de seguros de responsabilidad, aunque sean calificados como contratos privados, deben ajustarse a las normas establecidas sobre adjudicación para los contratos administrativos de servicios, contenidas en los artículos 202 a 210 del TRLCAP, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.2.º del TRLCAP, así como a las disposiciones comunes administrativas fijadas para las actuaciones preparatorias de la contratación en dicho cuerpo normativo, y que integran la denominada «zona común» de la contratación administrativa. En la LCSP, para su preparación y adjudicación los contratos privados se ajustarán, en defecto de normas específicas, a esta ley y sus disposiciones de desarrollo (Libros II y III en la nueva estructura sistemática de la LCSP). Y ya comienzan a surgir aquí las dudas, por la particularidad del contrato de seguro normado para su desenvolvimiento en el tráfico mercantil, y su dificultoso encaje con la normativa de Derecho público previsto para la Administración.

Adentrándonos en el ámbito subjetivo de estos contratos, y más concretamente, en los requisitos que se exigen a las empresas para contratar con la Administración (arts. 15 y ss. TRLCAP; arts. 43 y ss. LCSP), nos asalta ya una primera dificultad, y es la relativa a la posibilidad de acudir a la contratación de un coaseguro²⁰, o de un coaseguro comunitario (contemplado en la legislación mercantil de seguros en los arts. 33 y 33.bis LCS, respectivamente), cuando quien contrata un seguro de responsabilidad patrimonial es una Administración Pública, dado que nuestra legislación administrativa de contratos solo admite que la Administración contrate con un empresario único (persona física o persona jurídica), o bien con una unión temporal de empresas en las condiciones que detalla el artículo 24 del TRLCAP (art. 48 LCSP). En consecuencia, si concurren diversos aseguradores en una misma oferta, en régimen de coaseguro, deberá estarse a los límites sentados por aquel precepto; solo podrán constituirse por tiempo cierto, coincidiendo su duración con la del contrato hasta su extinción, y será necesaria la formalización de la unión de empresas en escritura pública, una vez que se haya adjudicado el contrato, aclarándose en dicho documento en su caso las responsabilidades internas entre los empresarios, toda vez que la Administración ya se beneficia de la declaración de responsabilidad solidaria de las entidades agrupadas impuesta en dicho precepto *ex lege*²¹, que no sería preciso por tanto pactar por parte de aquéllas frente a la Administración. Por el contrario, la solidaridad de los coaseguradores no sería predicable de modo inevitable al régimen de obligaciones *ad extra*, esto es, frente a la víctima del daño, en el caso de un seguro de responsabilidad civil, pues repárese en que

disposición de las partes la determinación de esa competencia para resolver las cuestiones que se planteen respecto de los actos de preparación y adjudicación de los contratos privados».

²⁰ El coaseguro –art. 33 LCS– consiste en el reparto por cuotas de la cobertura de un riesgo entre varios aseguradores mediante un acuerdo entre las compañías aseguradoras y el tomador. Acuerdo entre los aseguradores que se encuentra ausente del concepto de seguro múltiple, o cumulativo, pues en este último la superposición de los contratos de seguro proviene exclusivamente de la voluntad del asegurado (cfr. BATALLER GRAU, J., *El seguro múltiple*, Valencia, 1998, págs. 45 y ss.

²¹ Sin embargo, no se puede olvidar que esta obligación solidaria de los empresarios agrupados ante la Administración, impuesta en el párrafo segundo del artículo 24.1.º del TRLCAP que comentamos, no reviste carácter básico con arreglo a la disposición final primera de esta ley, por lo que las comunidades autónomas que ostenten este título competencial *ratione materiae* podrán establecer un régimen diferenciado al respecto. Tampoco ostenta naturaleza básica el artículo 48.2.º de la LCSP; en este sentido, la disposición final séptima de esta ley.

el artículo 24 del TRLCAP lo que impone es la solidaridad de aquellas en el cumplimiento de sus obligaciones frente a la Administración, no frente al tercero perjudicado²²; a menos que se pacte expresamente, haciéndolo constar así en el Pliego de Cláusulas y en la póliza, la responsabilidad de cada coasegurador es propia e independiente de la de los restantes, determinándose de conformidad con los porcentajes fijados en el cuadro de coaseguro. En la nueva LCSP, sin embargo, su artículo 48.2.º se limita a establecer que *«Los empresarios que concurran agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa»*. Analizando el texto de la nueva norma, se advierte que desaparece la precisión de que los empresarios integrantes de la unión temporal quedan obligados solidariamente *«ante la Administración»*. Ahora, simplemente, se dice que *«quedarán obligados solidariamente»*. Cabe entender que con la nueva LCS esta solidaridad se despliega *ex lege* no ya solo en las relaciones entre las partes contratantes, sino también *ad extra*.

Otro aspecto con relación a los actos preparatorios del contrato de seguro que no conviene obviar, y que habitualmente se desconoce en su aplicación práctica por las Administraciones Locales, de mediano y pequeño tamaño fundamentalmente, lo constituye la necesidad de incorporar en el expediente de contratación un Informe del servicio interesado en la celebración del contrato, en el que se justifique debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato, requisito exigible en virtud de lo dispuesto en el artículo 202.1.º del TRLCAP²³; habitualmente esta memoria justificativa se fundamentará en razones de aversión al riesgo, y principalmente, de orden presupuestario²⁴. La necesidad de este Informe justificativo no se recoge ya entre las previsiones de la LCSP; simplemente, y de modo genérico, se requiere que en la tramitación del expediente se motive, por el órgano de contratación, la necesidad del contrato para el cumplimiento y realización de los fines institucionales del ente contratante (arts. 93.1.º y 22 LCSP). Igualmente, debe tenerse en cuenta la previsión contenida en el artículo 3.2.º del RGLCAP, para los contratos privados²⁵.

²² En el supuesto del coaseguro comunitario, esta conclusión sí sería inevitable respecto de los terceros víctimas del daño, pues específicamente exige el artículo 33.bis de la LCS que para que un contrato de seguro pueda ser calificado como «coaseguro comunitario» se requiere, aparte de otras condiciones, que el coaseguro se haga *«con reparto de cuotas determinadas entre varias aseguradoras, sin que exista solidaridad entre ellas, de forma que cada una solamente estará obligada al pago de la indemnización en proporción a la cuota respectiva»*.

²³ Téngase en cuenta que este apartado 1.º del artículo 202 del TRLCAP, en cuanto se refiere al *«servicio interesado en la celebración del contrato»*, no tiene carácter básico, en virtud de la disposición final 1.ª del TRLCAP.

²⁴ Su omisión en el expediente podría acarrear consecuencias invalidatorias, pues cabe interpretar no acreditada y motivada la necesidad de acudir al mercado de seguros en este caso, al faltar los informes y consideraciones técnicas, económicas y jurídicas que justifiquen la necesidad de su contratación.

²⁵ Dicho precepto requiere la emisión de Informe por parte del Servicio Jurídico correspondiente, con relación a las cláusulas que se incluyan en los Pliegos, necesarias para definir los pactos y condiciones del contrato, previamente a su aprobación por el órgano de contratación. Sin duda, dicho Servicio Jurídico se topará aquí con las dificultades y contradicciones que se vienen exponiendo, consecuencia de la deficiente articulación entre el régimen mercantil del seguro de responsabilidad civil y el régimen jurídico-público de la responsabilidad administrativa. Esta disposición se contiene ahora en el artículo 99.6.º de la LCSP, que exige el previo Informe del Servicio Jurídico respectivo con relación a los Pliegos de cláusulas administrativas particulares (aunque no será necesario este Informe cuando el pliego de cláusulas se ajuste a un modelo de pliego que haya sido previamente objeto de este Informe). En las Entidades Locales, este Informe

Por último, dentro del análisis de las actuaciones preparatorias, una particularidad en los contratos privados la integra el que la exigencia de constitución tanto de la garantía provisional como de la definitiva sea una potestad del órgano de contratación (arts. 35.1.º y 36.1.º TRLCAP), que este habrá de ponderar en cada caso ²⁶.

En relación ya con el procedimiento licitatorio y de adjudicación, atendiendo al artículo 208 del TRLCAP, estos contratos se adjudicarán por procedimiento abierto, restringido o negociado, este último únicamente en los supuestos señalados en los artículos 209 y 210; el concurso es la forma normal de adjudicación, recayendo en este caso la adjudicación en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos, sin atender exclusivamente al precio de la misma y sin perjuicio del derecho de la Administración a declararlo desierto (art. 74.3.º TRLCAP). La nueva LCSP, en el proceso que se advierte por el legislador de contratos de 2007 de eliminación de denominaciones tradicionales en nuestro Derecho, que no de los correspondientes conceptos, expulsa los términos «concurso» y «subasta» –que en la legislación nacional se referían a «formas de adjudicación» del contrato como instrumento que debía utilizarse en conjunción con los «procedimientos de adjudicación»– subsumiéndolos en la expresión «oferta económicamente más ventajosa» que remite, en definitiva, a los criterios que el órgano de contratación ha de tener en cuenta para valorar las ofertas de los licitadores en los diferentes procedimientos abiertos, restringidos o negociados, y ya se utilice un único criterio (el precio, como en la antigua «subasta») o ya se considere una multiplicidad de ellos (como en el antiguo «concurso»). En los contratos de servicios (por extensión, los contratos de seguros que analizamos), en su adjudicación se habrá de atender a la valoración de más de un criterio, que directamente habrán de estar vinculados al objeto del contrato, en los términos del artículo 134.3.º de la LCSP, por lo que el «concurso» (aunque ya no lo denominemos así) seguirá siendo la regla general en la selección del adjudicatario.

Ahora bien, la nueva LCSP eleva espectacularmente los umbrales para la aplicación de los procedimientos simplificados de contratación (procedimientos negociados, y la figura del contrato menor). Se puede acudir así al procedimiento negociado (y no se olvide que, en su concepción, este procedimiento se configura con un carácter de excepcionalidad) en la contratación de servicios «cuando su valor estimado sea inferior a 100.000 euros» [art. 158 e) LCSP], frente al aún vigente artículo 210 del TRLCAP, que establece dicho umbral en 30.050,61 euros. Esta expansión (desmesurada) del ámbito del procedimiento negociado, si bien es cierto que facilitará y agilizará el proceso de gestión contractual, ofrece serios riesgos y puede llegar a comprometer los principios generales de la contratación administrativa de libre concurrencia, igualdad y no discriminación, pues el operador jurídico sin duda no es ajeno a que el procedimiento negociado es un procedimiento fácilmente adulte-

será evacuado por el Secretario de la Corporación o por el órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la misma (disp. adic. 2.ª, apartado 8.º, de la LCSP).

²⁶ Sin embargo, si el órgano de contratación acuerda la exigencia de tales garantías, su cuantía no podrá superar los límites máximos que se establecen para los contratos administrativos (*vid.* en tal sentido, Informe JCCA 22/2002, de 23 de octubre). En la nueva LCSP 30/2007, el régimen de las garantías a prestar en los contratos celebrados por las Administraciones Públicas varía. Así, respecto a la garantía provisional, el órgano de contratación decidirá sobre su necesidad en cada caso, no pudiendo ser superior a un 3% del presupuesto del contrato (art. 91); en cuanto a la garantía definitiva, se puede eximir al adjudicatario de su prestación en contratos distintos a los de obra y de concesión de obra pública, elevándose su cuantía básica a un 5% del importe de adjudicación del contrato (art. 83.2.º LCSP).

able, y así sucede en la práctica en la gran mayoría de ocasiones, con el fácil recurso de la presentación de ofertas de cobertura que al final encubren una adjudicación directa. La espita abierta va a facilitar una «huida» a este procedimiento simplificado que provocará que, en la gran mayoría de Corporaciones Locales, y atendiendo a las cantidades que se manejan, no se vuelva a ver una contratación mediante procedimiento abierto en búsqueda, usando la terminología de la nueva LCSP, de la «oferta económicamente más ventajosa», sino que directamente se acudirá al procedimiento negociado. Estos novedosos umbrales, por otro lado, son aplicables a las Entidades Locales sin más limitaciones, si atendemos a la disposición adicional 2.^a y la disposición derogatoria única de la LCSP (que deroga expresamente el art. 88 LRBRL 7/1985, de 2 de abril). En cuanto a la contratación menor, el límite para los contratos de servicios se fija ahora en 18.000 euros (art. 122.3.º LCSP), y ello frente a los 12.020,24 euros del TRLCAP. Como vemos, su ámbito también se amplía.

Por otro lado, este procedimiento público de contratación tipificado legalmente impone algunas correcciones al modo usual de operar los particulares en el mercado de seguros²⁷, quienes entran en contacto con el Asegurador a través de un corredor, mientras que aquí es la Administración la que contrata directamente con el Asegurador, a través de los procedimientos licitatorios previstos para el contrato administrativo de servicios. Ello no impide, sin embargo, que la Administración, en nuestro caso, la Local, pueda contratar los servicios de un corredor²⁸, si bien esta compleja figura contractual la abordaremos más detenidamente en el siguiente epígrafe.

En el ámbito de la Administración Local, y teniendo presente la naturaleza privada de los contratos de seguro, puede plantearse en especial el cómodo recurso de acudir a la figura del contrato menor (al que hemos aludido *supra*, y cuyo umbral se ve incrementado en la nueva LCSP), al definirse por su escasa cuantía, regulado en el artículo 56 del TRLCAP²⁹ (y art. 122.3.º LCSP) con carácter general y de tramitación más expeditiva y sencilla, admitiéndose para el contrato administrativo de servicios si su cuantía no excede de 12.020,24 euros³⁰ (art. 210 TRLCAP), en la medida que el contrato de seguro se incluye en la categoría 6 del artículo 206 de tal ley, aunque luego sea calificado como privado en virtud del artículo 5.3.º del TRLCAP. Ahora, recordemos, su límite se fija en 18.000 euros. Las dudas se plantean porque la contratación menor reviste claramente naturaleza admi-

²⁷ Según datos de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, y sirva como ejemplo, en el año 2005, del total del negocio del sector asegurador en España, un 46,13% fue distribuido por mediadores de seguros, y un 36,09% por bancos y cajas de ahorro. Esto es, más del 80% del negocio del seguro pasa por las manos de los mediadores.

²⁸ Vid. HUERGO LORA, Alejandro, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 105 y ss.

²⁹ Artículo 56 del TRLCAP: «En los contratos menores, que se definirán exclusivamente por su cuantía de conformidad con los artículos 121, 176 y 201, la tramitación del expediente solo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos y en el contrato menor de obras, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de la existencia de proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Estos contratos no podrán tener una duración superior a un año, ni ser objeto de prórroga ni de revisión de precios». Este precepto se incardina en el Capítulo II, del Título III del Libro I de la Ley de Contratos, dentro de los preceptos reguladores de la preparación y adjudicación de los contratos.

³⁰ Según el artículo 3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RD 1098/2001), en los contratos de seguro que venimos comentado su valor se determinará por el importe de las primas, a las que habrá que estar para comprobar si se supera o no dicho umbral. Ahora es el artículo 76.6.º de la LCSP el que dispone directamente que «En los contratos de servicios, a los efectos del cálculo de su importe estimado, se tomarán como base, en su caso, las siguientes cantidades: a) En los servicios de seguros, la prima pagadera y otras formas de remuneración (...)».

nistrativa, y porque al contrato menor, en el ámbito de los contratos de servicios, se refiere el artículo 201 de dicha ley (a extramuros, por tanto, de los Capítulos II y III del Título IV), no aplicable en principio al contrato de seguro en virtud del artículo 9.2.º del TRLCAP tantas veces referido.

Siguiendo el criterio manejado por la JCCA, puede admitirse la posibilidad de aplicar la categoría de los contratos menores a los contratos privados, basándose en que, de no ser así los contratos privados quedarían sometidos a un régimen más rígido en su adjudicación que los propios contratos administrativos³¹. Pero no se despejan aún todas las dudas. En efecto, el contrato menor tiene sus limitaciones: su duración no puede superar el año, y tampoco se admite su prórroga, algo por el contrario muy frecuente en la contratación de los seguros. Estas limitaciones son, sin embargo, de orden sustantivo, y vuelve a asaltarnos la duda de su aplicación en el contrato de seguro, que como sabemos se rige en sus efectos y extinción por las reglas del tráfico jurídico privado. A nuestro juicio, la utilización de la contratación menor en los contratos privados, y en particular, en los contratos de seguro, supondría su sometimiento total al régimen jurídico previsto para los mismos, y por tanto no podrían tener una duración superior a un año, ni ser objeto de prórroga ni de revisión de precios, no siendo posible aquí ya la separación de actos y regímenes; no se puede desconocer que tal precepto, con las limitaciones que sienta, se ubica sistemáticamente dentro de las normas reguladoras de las actuaciones preparatorias y de adjudicación de los contratos, y no relega aquellas a la parte que norma los efectos y extinción del contrato administrativo. Constituye esto una muestra más de las dificultades que suscita la configuración con la que el legislador ha dotado al seguro de la Administración en nuestro ordenamiento jurídico. En la nueva LCSP, el contrato menor es claramente aplicable en la contratación de seguros por la Administración, ubicado en el Libro III de la ley, *Selección del contratista y adjudicación de los contratos*, al que se remite el artículo 20.1.º de la LCSP para los contratos que comentamos.

A propósito de la duración y la posibilidad de establecer prórrogas en los contratos de seguro, debemos referirnos igualmente al precepto del artículo 198 del TRLCAP, que dispone, con carácter general, que los contratos de servicios no podrán tener un plazo de vigencia superior a dos años, pudiendo llegar a cuatro con las prórrogas si se prevén las mismas expresamente. Debemos entender que estos límites temporales restrictivos, como señalamos, pertenecen a la esfera de la ejecución y del contenido del contrato, y en la medida que se contienen en el Capítulo I del Título IV del Libro II del TRLCAP, no resultarían aplicables al contrato de seguro³². Al respecto, téngase en cuenta el criterio expresado por la JCCA en su Informe 41/1998, de 16 de diciembre, a propósito de un contrato de seguro de vehículos municipales suscrito por el Ayuntamiento de Cullera en el año 1984 (fecha en la cual la legislación entonces vigente atribuía naturaleza privada a dicho tipo contractual, como sucede en la actualidad), manifestando dicho órgano consultivo que *«la duración y prórroga de un contrato no es un aspecto de la preparación y adjudicación del mismo, sino de sus efectos y extinción»*, conclusión que sería trasladable a la situación actual, que retorna a la noción iusprivatista de estos contratos. Por tanto, para la duración de estos contratos habrá que estar al régimen dis-

³¹ Al respecto, *vid.* Informes de la JCCA de 2 de marzo de 1998 y de 16 de diciembre de 1998. A idéntica conclusión llega la Comisión Consultiva de Contratación de Andalucía, a propósito precisamente de un contrato de seguro, en su Informe 4/2003, de 11 de julio.

³² Al cual solo le son aplicables, reiteramos, los Capítulos II y III de dicho Título por disposición expresa del artículo 9.2.º de la misma ley.

puesto al respecto en el artículo 22 de la LCS³³, si bien la Administración deberá precisar en el pliego de cláusulas el plazo de duración del contrato y, cuando estuviere prevista, de su eventual prórroga y alcance, que habrá de ser expresa, sin que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes (en virtud de la aplicación combinada del art. 22 LCS y del art. 67.1.º TRLCAP, precepto sí aplicable en cuanto se ubica dentro de las actuaciones administrativas preparatorias de los contratos)³⁴. En esto no hay variación con la nueva LCSP. Más claramente, lo relativo a la duración de los contratos de servicios, y sus prórrogas (art. 279 LCSP), se ubica sistemáticamente en el Libro IV de la ley, *Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos*, por lo que no resulta aplicable a los contratos (privados) de seguros.

Finalmente, los conflictos que se planteen en torno a la actuación administrativa tendente a la contratación del seguro de responsabilidad, y que hemos analizado en este apartado, se resolverán atendiendo ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo; otra cuestión será el derecho aplicable y la jurisdicción competente cuando dichos conflictos se generen durante el desenvolvimiento práctico de la vida del contrato. Durante esta fase de ejecución del contrato, debemos entender así que se excluyen los privilegios o prerrogativas que consagra el artículo 59 del TRLCAP (y art. 194 LCSP) a favor de la Administración respecto de los contratos administrativos³⁵; una singularidad más, que deviene del carácter privado del contrato de seguro en su configuración actual.

4. El contrato de mediación en corretaje.

La Administración, cada vez más, recurre al asesoramiento profesional externo a la hora de diseñar su estrategia ante el perfil de riesgos a que se expone, y proceder a la contratación de una cartera de seguros que se acomode a dicho perfil. O sea, decide encomendarse a un *broker*, conocedor de los mercados del seguro, y que puede efectuar la mejor oferta en interés de la Administración³⁶. De esta manera, este mediador es contratado usualmente por la Administración para la evaluación de ries-

³³ Según el artículo 22 de la LCS, «la duración del contrato será determinada en la póliza, la cual no podrá fijar un plazo superior a diez años. Sin embargo podrá establecer que se prorrogue una o más veces por un período no superior a un año cada vez (...).»

³⁴ A una conclusión contraria llega en la doctrina científica HUERGO LORA, que considera aplicables plenamente las restricciones temporales establecidas en el artículo 198 del TRLCAP, sosteniendo que la prórroga tiene relación con la selección del contratista, y que en otro caso se podrían eludir los procedimientos de selección de contratistas con posible daño para los intereses públicos. Vid. HUERGO LORA, A., *El seguro de responsabilidad civil...*, ob. cit., pág. 8. Sin embargo, entendemos que la posibilidad de un sistema de prórrogas indefinidas o tácitas se sortea aplicando sencillamente el artículo 67.1.º del TRLCAP, y sin necesidad de recurrir a una aplicación forzada y más que discutible del artículo 198 de TRLCAP, tutelando de este modo los intereses públicos en juego.

³⁵ Se trata de los clásicos privilegios administrativos de interpretación, modificación, anulación y resolución, y suspensión de los contratos, que se predicen de los «contratos administrativos» en el artículo 59 del TRLCAP. En el mismo sentido, vid. ARQUILLO COLET, Begoña, «Seguro de responsabilidad de la Administración Local», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 12, 2003, pág. 2.154. Según el artículo 194 de la LCSP, «Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de esta».

³⁶ Como ya recomendara incluso el Plan de Austeridad de los Gastos Corrientes de la Administración General del Estado (2000).

gos, la elaboración de los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas que se utilizarán posteriormente para la contratación de un Asegurador, para informar en la licitación sobre las proposiciones de las aseguradoras y, en general, para prestar asesoramiento independiente, profesional e imparcial a la Administración demandante de la cobertura de riesgos³⁷.

Pero, en este caso, nos encontraremos ante un tipo contractual diferente al de seguro directo. El problema radica en definir la calificación que corresponde dar a este contrato, pues la cuestión no es ni mucho menos clara. En la doctrina, HUERGO LORA entiende que nos hallamos ante un contrato administrativo de servicios³⁸. En sentido contrario, para la JCCA, estaríamos ante contratos administrativos de consultoría y asistencia, sin que merezcan el calificativo de privados que para los propios contratos de seguros utiliza el artículo 5.3.º del TRLCAP³⁹, posición que igualmente mantiene la JCCA de la Generalidad de Cataluña⁴⁰, y se infiere del Informe 6/1997, de 29 de julio, de la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia. El Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre esta cuestión en su Dictamen 342/2003, de 30 de abril⁴¹, adoptando un criterio radicalmente opuesto a los expresados, al interpretar que la naturaleza jurídica de este tipo de contratos es privada, y no administrativa⁴². Finalmente, la Audiencia Nacional, en Sentencia de 6 de mayo de 2004, ha abordado igualmente este asunto, y aunque no ofrece una posición definida al respecto, al menos reconoce que no puede afirmarse sin más el carácter privado de estos contratos⁴³.

A nuestro juicio, la contratación de correduría de seguros por parte de la Administración debe calificarse como un contrato administrativo de consultoría y asistencia técnica (arts. 196 y ss. TRLCAP). Atendiendo a los criterios de calificación jurídica que se establecen en la precitada ley, entendemos que

³⁷ Artículo 26 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados (BOE de 18 de julio de 2006). Esta reciente ley deroga a la anterior Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación en Seguros Privados, incorporando al ordenamiento jurídico español la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros. La novísima Ley 26/2006 aborda una clarificación de las figuras (numerosas, ciertamente) de mediadores; aquí nos referimos a un tipo particular de mediador: los corredores de seguros (arts. 26 a 33 Ley 26/2006).

³⁸ *Vid.* HUERGO LORA, Alejandro, «El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», *Working Paper* núm. 150, Barcelona, julio de 2003, pág. 7, disponible en la dirección de Internet <http://www.indret.com>.

³⁹ *Vid.* Informe JCCA 21/03, de 23 de julio de 2003.

⁴⁰ *Vid.* Informe 9/2003, de 18 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña.

⁴¹ Dictamen emitido por la Comisión Permanente del Consejo de Estado, a instancia del Ministerio de Defensa. Aunque referido a un contrato de mediación de seguros en el ámbito de la Administración General del Estado, sus conclusiones son plenamente aplicables a la esfera de las Administraciones Locales.

⁴² Dictamen 342/2003 del Consejo de Estado, en su Fundamento III: «(...) El artículo 4.3 del mismo texto normativo (TRLCAP) dispone que tendrán la consideración de contratos privados los comprendidos en la categoría 6 del artículo 206. Este precepto se refiere a los contratos de servicios financieros, entre los cuales se incluyen los de seguros, los bancarios y los de inversiones. El contrato que es objeto de consideración tiene por objeto, como se ha dicho, la mediación y asesoramiento profesional en relación con el seguro colectivo de vida y accidentes para el personal de las Fuerzas Armadas, y entra por ello dentro de la categoría de contratos de servicios financieros. Por lo demás, siendo privada la naturaleza del contrato de aseguramiento, no puede atribuirse otro carácter al contrato de mediación en dicha actividad».

⁴³ En esta sentencia, la Audiencia Nacional, después de repasar el contenido del artículo 5 del TRLCAP, afirma que esta ley «no permite sin más afirmar el carácter privado de estos contratos pues aunque su artículo 5.3.º sigue manteniendo el carácter privado de los restantes contratos celebrados por la Administración no incluidos en el apartado 2 letras a) y b) y aunque se señala que en particular tendrán la consideración de contratos privados los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones, es evidente que son distintos los contratos de seguros que los de mediación en corretaje» (FJ 3.º).

si en los contratos de consultoría y asistencia predominan las prestaciones de carácter intelectual [según se deduce de la afirmación contenida en su art. 196.2 b) 4.^a], será necesario concluir que la actividad del corredor de seguros privados de asesoramiento profesional al tomador del seguro debe tener la calificación jurídica de contrato de consultoría y asistencia. Además, y siguiendo los propios criterios de diferenciación entre ambas figuras que contiene el TRLCAP, los contratos de servicios se hallan dotados de una naturaleza residual, de modo que solo se calificará un contrato como tal cuando la prestación no pueda calificarse antes como cualquier otro contrato de los típicos o nominados [art. 196.3 a) TRLCAP]. La naturaleza jurídica del contrato de correduría de seguros sería, pues, administrativa, sin que la circunstancia de que el TRLCAP califique como contratos privados los de seguros (art. 5.3.º TRLCAP) altere la esencia propia de aquellos, al ser distintas ambas figuras contractuales⁴⁴. En la nueva LCSP, la cuestión puede variar; desaparece el tipo de contrato de consultoría y asistencia, que se integra en el genérico de contrato de servicios, definido este ahora como «*aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II*» (art. 10 LCSP). Reconducida la cuestión a la figura típica del contrato de servicios, y directamente a las categorías del Anexo II, puede que la conclusión pase ahora por acudir a la categoría 6, con lo que se afirmaría la naturaleza privada también de estos contratos, o bien a la residual categoría 27, *Otros servicios*, si se entiende que los contratos de mediación en corretaje son efectivamente distintos a los de seguro, con lo que se mantendría su naturaleza administrativa, si bien ahora como contratos de servicios. Las dificultades interpretativas se acrecientan.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que según el artículo 5.2 a) de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados (LMSP), los mediadores de seguros y de reaseguros privados no podrán asumir la actividad de cobertura de riesgos⁴⁵; y, correlativamente, conforme al artículo 4 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (TRLOSSP), se prohíbe específicamente a las entidades aseguradoras las actividades de mediación en seguros privados, sancionando con la nulidad de pleno derecho la contravención de esta prohibición. El artículo 197.1.º del TRLCAP, por su parte, dispone que en los contratos de consultoría y asistencia técnica, y los de servicios, las empresas adjudicatarias, adicionalmente, deberán ser personas físicas o jurídicas cuya finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y se acredite debidamente, así como disponer de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato. Por aplicación combinada de la LMSP, y el TRLOSSP, debe concluirse que a la celebración de contratos de seguro por la Administración solo pueden concurrir las entidades aseguradoras y no los corredores de seguro, y, a la inversa, a la celebración de contratos que tengan por objeto las actividades típicas de mediación (información, asesoramiento, asistencia, realización de trabajos previos a la celebración de un contrato de seguro, etc.), solo podrán acceder corredores de seguros y no entidades aseguradoras⁴⁶.

⁴⁴ En este sentido, *vid.* Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de fechas 7 de marzo de 1996, 10 de noviembre de 1997, y 3 de julio de 2001, o el más reciente de 23 de julio de 2003, y la SAN de 6 de mayo de 2004 referida.

⁴⁵ Dispone este precepto que los mediadores de seguros y de reaseguros privados no podrán «*asumir directa o indirectamente la cobertura de ninguna clase de riesgos ni tomar a su cargo, en todo o en parte, la siniestralidad objeto del seguro, siendo nulo todo pacto en contrario*».

⁴⁶ En el mismo sentido, *vid.* Informe JCCA 51/1995, de 7 de marzo de 1996.

En el ámbito de la Administración Local, resulta interesante hacer referencia aquí al Informe de la JCCA 19/2001, de 3 de julio, planteado a instancia de la Diputación Provincial de Valladolid, en torno a la posibilidad de adhesión por una Entidad Local a un servicio de correduría de seguros de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP). La FEMP celebró en el año 2000 un acuerdo con un corredor de seguros (concretamente, con Aon Gil y Carvajal, Correduría de Seguros, S.A.)⁴⁷, ofreciendo a las Corporaciones Locales asociadas a dicha Federación la posibilidad de adherirse gratuitamente al Servicio de Riesgos y Seguros de la FEMP, cuyo adjudicatario es dicho corredor privado, quien presta el servicio de mediación con carácter de exclusividad a la Corporación que decida adherirse. En dicho acuerdo de adhesión, se establece que el precio por los servicios de mediación será abonado por la Aseguradora con quien se concierten los respectivos contratos de seguros por la Entidad Local. La contestación de la JCCA a la consulta planteada fue rotunda, por contravenir al TRLCAP⁴⁸.

Cinco meses después de emitirse este Informe desfavorable, el legislador introdujo en la disposición adicional 9.^a del TRLCAP un apartado 6.^º, mediante la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, a cuyo tenor: «*La presente ley (el TRLCAP) no será de aplicación a la prestación de servicios gratuitos que realicen a las Entidades Locales las asociaciones de las mismas a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local*». El servicio de corretaje prestado formalmente por la FEMP, aunque materialmente por un determinado corredor, al revestir carácter gratuito según expresa el acuerdo de adhesión citado, quedaría de este modo al margen de la normativa del TRLCAP, sorteándose así los reparos efectuados por la JCCA⁴⁹.

No obstante, se plantean notables dudas al respecto, más allá de este servicio gratuito que presta la FEMP, en relación al sistema de remuneración del corredor a través de un tercero, el asegurador final, distinto de la Administración contratante del servicio de mediación, que desbordan el ámbito de este trabajo⁵⁰.

⁴⁷ Acuerdo que en junio de 2004 fue renovado hasta el 2008 con la misma correduría de seguros. Información ofrecida en la página web: www.cartalocal.es/index.php/cartalocal/empresas_y_servicios/420_corporaciones_locales_adheridas_al_servicio_de_riesgos_y_seguros_de_la_femp.

⁴⁸ Según este Informe JCCA19/2001, «*no es posible la adhesión a un contrato celebrado por la FEMP y una entidad mercantil que desarrolla la actividad de correduría de seguros para recibir la prestación del servicio de asesoramiento en materia de seguros privados por parte de una Entidad Local, que si desea concertar la prestación de tales servicios debe proceder a celebrar un contrato de consultoría y asistencia con una empresa capacitada conforme a lo establecido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*».

⁴⁹ Sin embargo, en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público no se contempla en su disposición adicional 2.^a, que establece normas específicas de contratación para las Entidades Locales, una previsión semejante a la contenida hoy en la disposición adicional 9.^a 6.^º del TRLCAP, ni tampoco en los negocios y contratos excluidos de dicha ley que relaciona su artículo 4. ¿Qué sucederá a partir de la entrada en vigor de la nueva LCSP? Pues bien, entendemos que la situación seguirá igual, y hay que considerar excluida de su ámbito la prestación de estos servicios gratuitos acudiendo al artículo 2.1.^º de la LCSP, que expresamente dispone que son contratos del sector público, y en consecuencia están sometidos a esta ley, «*los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3*». De lo que se desprende, *a sensu contrario*, la exclusión de aquellos negocios que revistan un carácter gratuito.

⁵⁰ Apuntaremos simplemente que a propósito del contrato de mediación en corretaje de seguros, tanto el Consejo de Estado (Dictamen 342/2003) como la Audiencia Nacional (SAN 6 de mayo de 2004), en oposición al criterio mantenido por la JCCA (Informe 19/2001) y la JCCA de la Generalidad de Cataluña (Informe 9/2003), han considerado válida la cláusula que estipula un coste cero para la Administración, siendo retribuido el corredor seleccionado por las aseguradoras con las que se concierten los contratos de seguros privados (lo que se hará constar como condición para la celebración de estos

III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y SEGURO

Como venimos exponiendo, la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración y la figura del contrato de seguro son diferentes, y obedecen a dinámicas igualmente distintas. De las particularidades propias del sistema normativo de la Administración se derivan también correcciones cuando ésta recurre al mercado privado de seguros. En la realidad práctica se comprueba, por el contrario, que las Aseguradoras se limitan a trasladar, sin más, el contenido tradicional de las pólizas de responsabilidad que conciertan con los operadores privados, y los preceptos de la LCS, desconociendo las relevantes singularidades de la Administración Local, que no actúa en el mercado como un sujeto privado más⁵¹. El encaje de estos cuerpos normativos no es fácil, y plantea muchas dificultades en el desarrollo ejecutivo del contrato de seguro en su interacción con el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

1. La cesión de la dirección letrada del artículo 74 de la LCS, y la gestión del siniestro.

El artículo 74 de la LCS establece que *«Salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador»*.

Esta dirección jurídica comprende una compleja labor de gestión del siniestro (tramitación de procedimientos en orden a determinar la existencia de una eventual responsabilidad, tratos con el perjudicado, interposición de recursos, defensa letrada en vía judicial, decisión de recurrir ante una sentencia desfavorable, etc.)⁵², que se hace recaer en la figura de la Aseguradora, y que difícilmente parece ajustarse, en principio, y ciñéndonos a la defensa en el ámbito procesal, con la previsión del artículo 551 de la LOPJ, conforme al cual, y por lo que respecta a la Administración Local, su representación y defensa se residencia *ex lege* en los letrados que sirven en sus servicios jurídicos, salvo que designen abogado colegiado que les represente y defienda⁵³. Además, el artículo 545.1.º de la LOPJ prevé que *«Salvo que la ley disponga otra cosa, las partes podrán designar libremente*

contratos), difiriendo así el pago a un tercero (lo que admite el art. 1158 Código Civil). Recientemente, y en el mismo sentido favorable, la STS de 26 de junio de 2007. Además, en la actualidad hay que tener presente el artículo 29.2.º de la LMSRP, que reconoce expresamente que el corredor puede percibir retribuciones de la entidad aseguradora, que vestirán la forma de comisiones, sin que ello afecte a su independencia.

⁵¹ Vid. al respecto, TORRENT RIBERT, Pere Joan, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: especial consideración de la derivada del uso de las vías públicas, el seguro de responsabilidad civil de los entes públicos*, MAPFRE, Madrid, 1995, págs. 110 y ss.

⁵² Vid. SÁNCHEZ CALERO, Fernando (Dir.); TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 2.ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 1.253 y ss.

⁵³ Lo que se repite para la Administración Local en el artículo 54.4.º Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Disposiciones Vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), y en el artículo 221 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF).

a sus representantes y defensores entre los procuradores y los abogados que reúnan los requisitos exigidos por las leyes». Y, como hemos visto, es la ley la que dispone otra cosa tratándose de la Administración en general, y de la Local en particular. En todo caso, obsérvese que la norma contenida en el artículo 74 de la LCS reviste naturaleza dispositiva («salvo pacto en contrario»), para el propio asegurado. Es claro, y así lo entendemos, que el artículo 74 de la LCS no puede sin más desplazar el régimen legal de asistencia jurídica previsto para la Administración Local, el cual precisamente modula la aplicabilidad de aquel precepto. Por ello, habrá que hacer uso de la excepción que recoge el propio artículo 74 de la LCS, haciendo constar expresamente en el Pliego de Cláusulas Administrativas del Contrato la inaplicación de la cesión de la dirección letrada a la Aseguradora, incluso en la propia póliza, despejando cualquier duda al respecto ⁵⁴.

Por otro lado, la gestión del siniestro encuentra su normación en la LRJAPyPAC (arts. 139 y ss.), y en el Real Decreto 429/1993, que regulan la tramitación específica de los expedientes de responsabilidad patrimonial de la Administración, recayendo en los funcionarios encargados de su asesoramiento jurídico, y resolviéndolos el órgano competente municipal ⁵⁵, el cual podrá estimar la pretensión del damnificado, de forma total o parcial, o bien desestimarla. Sin embargo, del artículo 74 de la LCS también deriva una prohibición de reconocimiento unilateral de responsabilidad por parte del sujeto asegurado, quien tiene además un deber de colaboración con la Aseguradora, no pudiendo por tanto admitir unilateralmente y por su cuenta la pretensión del tercero perjudicado sin contar con la autorización de la Compañía Aseguradora. La consecuencia es clara: la Corporación Local no podría tramitar expedientes administrativos de responsabilidad que dieran lugar a una resolución estimatoria si no tiene el consentimiento previo de aquella. Recuérdese que al ser un contrato, el de seguro, regido en cuanto a sus efectos y extinción por el Derecho privado (art. 9.1.º TRLCAP, y art. 20.2.º LCSP), la Administración no dispone de la potestad de interpretación unilateral del contrato y de decisión ejecutiva, como ya se comentó *supra*. Por tanto, difícilmente puede considerarse vinculada la Aseguradora por un reconocimiento de responsabilidad efectuado al resolver un procedimiento administrativo, incluso si aquella fue parte, como interesada, en ese procedimiento. Esto supone en la práctica la existencia de un auténtico poder de veto del asegurador; la Administración no solo estaría, en efecto, mediante la vía de un contrato que el legislador se ha encargado de calificar expresamente como privado, externalizando el riesgo, sino también la gestión del mismo, su reconocimiento e incluso su cuantificación, lo que es una función esencialmente pública ⁵⁶, una auténtica cesión

⁵⁴ En este sentido, *vid.* GAMERO CASADO, Eduardo, «Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual...», *ob. cit.*, 1999, pág. 373.

⁵⁵ Un obstáculo más se plantea incluso en este terreno, pues no existe regla expresa de atribución en la legislación básica local a un órgano de la entidad local, ni en los municipios ni en las provincias, para la resolución de las reclamaciones de responsabilidad dirigidas contra la Corporación Local; entendemos que, en virtud de la cláusula residual del artículo 21.1 s), artículo 34.1 o) y artículo 124.1 ñ) LRBR, la competencia corresponde al Alcalde o Presidente de la Diputación. No obstante, algunos autores señalan al Pleno como órgano competente, por caber el acuerdo indemnizatorio, en razón de la competencia de éste en cuanto a la transacción; así, GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Responsabilidad...*, *ob. cit.*, pág. 451.

⁵⁶ Todo ello sin ignorar que, en la realidad material, la existencia de un procedimiento administrativo obligatorio entorpece la gestión del siniestro, que gana en agilidad cuando es tramitado por el mercado. Al respecto, recordemos los habituales e insufribles retrasos de la Administración en la tramitación de estos procedimientos, lo que ha sido denunciado por el propio Defensor del Pueblo en sus Informes anuales; como se refleja en su Informe de 2003: «(...) las quejas recibidas ponen de manifiesto una vez más la persistencia, ya denunciada en años anteriores, de un procedimiento que hace que la tramitación de los expedientes se demore durante años y años en un claro y flagrante incumplimiento de los plazos máximos fijados para resolver; así como de la indebida aplicación en este ámbito de la figura del silencio administrativo (...)».

de facto de potestades públicas. Esta fuga al Derecho privado en el ámbito de la responsabilidad patrimonial pública colisiona, sin embargo, con la norma del artículo 12 de la LRJAPyPAC, que no está de más recordar: «*La competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia*». Las condiciones generales de las pólizas que contrata la Administración no abordan esta problemática, por lo que sería conveniente, una vez más, especificar en el Pliego de Cláusulas Administrativas que la Administración tramitará el procedimiento correspondiente y que puede reconocer unilateralmente su responsabilidad, aclarándolo. En este caso, en la instrucción de dicho procedimiento administrativo lo que sí debería darse es audiencia a la Aseguradora, como una interesada más en el expediente, en cuanto sus derechos e intereses pueden verse afectados ⁵⁷.

Como hemos visto, y si no se han hecho constar en los Pliegos de Cláusulas y en la póliza las previsiones reseñadas, lo que constituye desgraciadamente regla habitual, el contrato de seguro dará lugar muy probablemente a controversias entre el asegurador y la Corporación Local tomadora del seguro, generadas por la negativa del asegurador a hacer frente a la responsabilidad en que haya incurrido la Administración, y que esta reconoció en vía administrativa, o bien a que la Administración se haya negado a ser representada por los Abogados designados por el asegurador y haya preferido la asistencia de sus propios letrados, entre otras posibilidades. En todos estos casos, la competencia para conocer de dichas controversias se desplazará, igualmente, al orden jurisdiccional civil.

2. El pago del anticipo del artículo 18 de la LCS.

El artículo 18 de la LCS, asimismo, prevé, como una garantía a favor del tercero perjudicado, que «*En cualquier supuesto, el asegurador deberá efectuar, dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro, el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas*». Esta previsión colisiona de nuevo con las normas administrativas, y con la necesaria tramitación por los órganos administrativos del procedimiento público apuntado *supra*, ya que la cuantificación y el abono de la indemnización que pudiera corresponder ha de determinarse en la resolución que ponga fin al procedimiento (art. 13.2.º RD 429/1993), y no se previene en dichas normas un sistema de liquidación de pagos a cuenta de la eventual deuda que se devengara. Puede generarse un problema, otro más, si la Aseguradora abonó los anticipos del artículo 18 de la LCS, y luego la Administración no reconoce la responsabilidad, o lo hiciera por una cuantía inferior.

⁵⁷ Para TORRENT RIBERT, efectivamente, se debe evitar una eventual indefensión de la Compañía Aseguradora en la tramitación del procedimiento administrativo, y sugiere posibles garantías para aquella, como pudiera ser la existencia de una franquicia en el pago de la indemnización a cargo de la Administración, o dar audiencia a la Aseguradora en el expediente administrativo. *Vid.* TORRENT RIBERT, Pere Joan, *La responsabilidad patrimonial*, ob. cit., págs. 122 y ss. Por su parte, ARQUILLO COLET señala que la legislación debería regular una relación tripartita entre el perjudicado, la Administración y la Aseguradora, de modo que en el procedimiento administrativo intervinieran las tres partes; *vid.* ARQUILLO COLET, Begoña, «Seguro de responsabilidad...», ob. cit., pág. 2.158.

3. La acción de regreso contra el personal al servicio de la Administración.

La falta de una regulación específica del contrato de seguro cuando el asegurado es una Administración va a producir otra consecuencia inesperada. Cuando el causante de los daños es una persona por la que el asegurado deba responder, el asegurador sólo puede demandarle en caso de dolo (art. 43 LCS⁵⁸). En consecuencia, no tiene acción en caso de culpa o negligencia, incluso si esta es grave. La LRJAPyPAC contempla precisamente en su artículo 145.2.º que la Administración, «*cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca*». Se trata de un eficaz mecanismo corrector del que dispone la Administración⁵⁹ en el sistema de responsabilidad directa y objetiva que consagra la LRJAPyPAC: indemniza la Administración al perjudicado con cargo a los fondos públicos, y luego repite contra la autoridad o personal a su servicio causantes del daño, que han infringido la diligencia media exigible en su actuar. No solo cumple dicho mecanismo una función compensatoria, sino que también constituye un dispositivo desincentivador en la producción de daños, pues exige al agente público extremar su nivel de cuidado (función preventiva). La presencia de la Aseguradora de la Administración distorsiona nuevamente el funcionamiento del sistema. En efecto, es presupuesto de esta acción de regreso para su ejercicio el que la Administración «*hubiere indemnizado a los lesionados*», de modo que no dispondrá de esta potestad cuando no haya indemnizado al perjudicado, sino que haya sido la empresa aseguradora quien lo haya hecho⁶⁰. Además, la determinación de dicha responsabilidad del personal al servicio de la Administración requiere la tramitación de un procedimiento administrativo, que ha de iniciarse de oficio en virtud del artículo 20.1.º del Real Decreto 429/1993, el cual ignora el supuesto de que la indemnización hubiera sido satisfecha por un tercero obligado al pago (el asegurador)⁶¹; de este modo, el funcionamiento del seguro supondría la elusión del procedimiento administrativo legalmente previsto.

⁵⁸ Dispone expresamente el artículo 43.1.º de la LCS que «*El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización*»; y añade su párrafo 3.º que «*el asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la ley (...). Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato*». Como sostiene SÁNCHEZ CALERO, esta previsión del artículo 43 de la LCS no se fundamenta realmente en la inasegurabilidad del dolo, sino en el principio recogido en el artículo 1.102 del Código Civil, con arreglo al cual la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones; *vid.* SÁNCHEZ CALERO, Fernando, «Comentario al art. 43 de la LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, *ob. cit.*, págs. 726 y ss.

⁵⁹ Cuestión distinta es que la Administración, en la práctica diaria, haga uso de este instrumento que, por lo demás, el artículo 145.2.º de la LRJAPyPAC establece con carácter preceptivo.

⁶⁰ En este sentido, BARCELONA LLOP, J.: «La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 105, enero/marzo 2000, pág. 50.

⁶¹ Para ARQUILLO COLET, para estos casos, la legislación debiera prever el derecho de la entidad aseguradora a iniciar el procedimiento mediante una reclamación, que se debatiría ya en la jurisdicción contencioso-administrativa; *vid.* ARQUILLO COLET, Begoña, «Seguro de responsabilidad...», *ob. cit.*, 2003, pág. 2.162. En el mismo sentido, GAMERO CASADO, Eduardo, «Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual...», *ob. cit.*, 1999, pág. 376-377. Más recientemente, este mismo autor reitera que el legislador debiera regular expresamente la legitimación activa de la compañía aseguradora para iniciar de oficio el procedimiento de declaración de responsabilidad del personal de la Administración contemplado en el artículo 145.2.º de la LRJAPyPAC, y de subrogarse, en su caso, en el cobro de la indemnización cuando la hubieran abonado como consecuencia de un siniestro cubierto por la póliza; *vid.* GAMERO CASADO, Eduardo, «Los seguros de responsabilidad patrimonial de la Administración: recientes pactos y reformas», *Diario La Ley*, núm. 6044, ref. D-138, 2004, pág. 1.938.

Una disfunción más la constituiría el supuesto de responsabilidad del personal al servicio de la Administración imputable a título de culpa o negligencia graves, habiendo abonado la indemnización al tercero la Aseguradora, resultando entonces la acción de regreso inviable, al no concurrir dolo ni al haber indemnizado a los lesionados la Administración. En este caso, el actuar culposo de la autoridad o del personal de la Administración es el que queda sorprendentemente inmune, pues no va a soportar el pago de la indemnización, ni de las primas del seguro, ni se puede repetir contra él.

Las dificultades normativas que se plantean son claras. Pero, además, se produce un efecto perverso: la irresponsabilidad del personal de la Administración, que conduce a la pérdida de incentivos para evitar los daños, y con ello al incremento de la probabilidad de accidentes causados por el funcionamiento de los servicios públicos.

IV. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE: EL SEGURO DE LA ADMINISTRACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA PROCESAL

1. Evolución normativa y jurisprudencial: hacia la unificación de fueros.

El Derecho español de Daños se caracteriza, en el terreno procesal, por una acusada fragmentación, de modo que ante una demanda de indemnización por daños, los cuatro órdenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso-administrativo y social) podrían ostentar competencia⁶².

En el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, y en principio, parece que debiera atenderse al criterio subjetivo, por el especial estatuto al que las Administraciones se ven sometidas, de modo que siempre que en la causación del daño concurra una Administración, el orden jurisdiccional que ostentaría la competencia sería el contencioso-administrativo, sin perjuicio, claro está, de la superior preferencia del orden penal (art. 44 LOPJ 6/1985, de 1 de julio).

En la evolución del sistema procesal, con anterioridad a la LRJAPyPAC, la responsabilidad de la Administración Pública se sujetaba a la denominada «dualidad de jurisdicciones»⁶³, esto es, si la misma había actuado en régimen de Derecho privado o en materia laboral la cuestión se ventilaba ante los Tribunales civiles o los del orden social, mientras que si actuaba bajo normas administrativas había

⁶² Los criterios utilizados en la legislación procesal para efectuar la partición son de tipo objetivo, por un lado, atendiendo a la naturaleza y calificación jurídica del daño; y subjetivo, de otro, según el régimen o estatuto jurídico al que se somete el sujeto causante del hecho dañoso. Por todos, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: sobre la jurisdicción competente», en *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996; y GAMERO CASADO, Eduardo, *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.

⁶³ Sistema cuya base normativa arranca de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (art. 41).

que acudir al orden contencioso-administrativo⁶⁴. Con la LRJAPyPAC de 1992 se vuelve al sistema de «unidad jurisdiccional» de la primigenia LJCA de 1956, al unificar el procedimiento para la reclamación, sometiendo el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas a las disposiciones de dicha ley. Esta unidad de fuero supone la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de cualquier tipo de reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial, una vez agotada, claro está, la vía administrativa de los artículos 139 y siguientes de la LRJAPyPAC.

Tras muchas vacilaciones en la práctica procesal, se procedió por el legislador a ratificar la unidad jurisdiccional a favor del orden contencioso-administrativo, a través de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma del artículo 9.4.º de la LOPJ, atribuyendo a dicho orden jurisdiccional el conocimiento de todas las pretensiones relativas a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive, incluso si concurrieren sujetos privados en la producción del daño, que también serán demandados ante este orden jurisdiccional; la LJCA 29/1998, de 13 de julio, cuyo artículo 2 e) reitera esa competencia en materia de responsabilidad patrimonial; y la Ley 4/1999, de 13 de enero, que modifica el artículo 144 de la LRJAPyPAC, e incorpora a esta ley una disposición adicional 12.ª (elevando a rango legal el tenor de la disp. adic. 1.ª RD 429/1993), insistiendo en la unidad de fuero para la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria.

Ahora bien, y como venimos exponiendo, el seguro de responsabilidad patrimonial de la Administración incide también en la esfera jurisdiccional, y lo hace deformando el sistema de distribución competencial entre órdenes jurisdiccionales pese a la clara tendencia legislativa de atraer a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así, el TS entendió que al no estar prevista la figura de la Aseguradora como posible parte del proceso contencioso-administrativo, por la *vis atractiva* de la Jurisdicción Civil (art. 9.2.º LOPJ), y para evitar la ruptura de la «continencia de la causa», debía ser esta quien conociera de los supuestos en los que junto a la Administración se demandara a su Aseguradora, toda vez que esta no concurría al procedimiento como coautora del daño, sino como responsable directa en virtud de la relación mercantil existente en virtud del contrato de seguro, siguiendo la doctrina sentada por dos Autos de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo, de fecha 27 de diciembre de 2001, y 21 de octubre de 2002⁶⁵. En este sentido, SSTS de la Sala I, de fecha 2 de diciembre de 2002 y 23 de abril de 2003. Estos Autos parecieron resolver, así, la situación de inseguridad jurídica en la que nos movíamos, ante una auténtica avalancha de declinatorias de jurisdic-

⁶⁴ Ello dio lugar al fenómeno condenado por la doctrina y denominado «peregrinaje de jurisdicciones», feliz expresión que parte de PARADA VÁZQUEZ, J.R., «La nueva Ley de Contratos del Estado», *Revista de Administración Pública*, núm. 47, 1965, citado por MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., en «Unidad de jurisdicciones para la Administración Pública», *Revista de Administración Pública*, núm. 49, 1966, pág. 183, y que posteriormente se ha acogido con naturalidad por la jurisprudencia (*vid.* STS de 5 de julio de 1983, o la de 1 de julio de 1986).

⁶⁵ *Vid.* un interesante comentario a estos dos Autos en GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «Paso a nivel. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas tras los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y de 21 de octubre de 2002», *Working Paper*, núm. 152, Barcelona, julio 2003, disponible en la dirección web: www.indret.com. Desde un punto de vista más crítico, ORRIOLS SALLÉS, María Ángeles: «Un paso atrás en la unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad de la Administración como consecuencia de la presencia de compañías aseguradoras en el proceso», en *Revista Jurídica La Ley*, núm. 5720 (17 de febrero de 2003). También, *vid.* SORIANO, J.E. «Asunto Biet Bernal: un pequeño arrêt blanco en nuestra justicia ¿Vuelta de la Administración a la jurisdicción civil?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 115, 2002, págs. 399-404.

ción, inadmisiones de recursos y un errático deambular de la Jurisdicción Civil a la Contenciosa en el que ni el Tribunal Supremo ni las Audiencias Provinciales llegaban a un acuerdo ⁶⁶.

2. La reforma de 2003 o el eterno retorno hacia la unidad de fuero.

Ante las brechas que por vía jurisprudencial conducían de nuevo a la jurisdicción civil, el legislador interviene una vez más, quebrando la doctrina sentada por la Sala Especial de Conflictos del TS, con el fin de evitar que las reclamaciones patrimoniales contra la Administración cubierta por un seguro de responsabilidad patrimonial recibieran un distinto trato forense, en su particular «huida hacia el orden administrativo» ⁶⁷ en el terreno procesal ⁶⁸.

La modificación se ha llevado a cabo por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la LOPJ, que establece la competencia plena del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de todos los supuestos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, incluso cuando concurren particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad. A tal fin se da nueva redacción al artículo 9.4.º de la LOPJ ⁶⁹ y, en segundo lugar, se modifica también la LJCA, en su artículo 2 e) que se completa con el inciso «o cuenten con un seguro de responsabilidad», y al artículo 21.1.º se añade una letra c) para incluir entre los demandados a «*las Aseguradoras de las Administraciones Públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren*».

De la lectura de los mencionados preceptos, algunos autores han interpretado que la reforma legislativa de 2003 erige a la Aseguradora de la Administración en parte necesaria en estos procesos,

⁶⁶ Sin embargo, todavía algunas sentencias posteriores al primer Auto de la Sala Especial de Conflictos defendieron la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, como las SSAP de Gerona de 10 de junio de 2002, o la de 26 de junio de 2002.

⁶⁷ Por el contrario, en el orden sustantivo, el legislador parece seguir un recorrido inverso; extraña su empeño por residenciar en el orden contencioso-administrativo los pleitos cuando junto a la Administración se demanda a su Aseguradora, mientras reafirma la naturaleza privada del contrato de seguro de la Administración, o aprueba un texto como el desafortunado artículo 97 del TRLCAP en relación al contratista de la Administración, de sentido contrario. La nueva LCSP mantiene esta criticada disposición, y en sus mismos términos, en su artículo 198.

⁶⁸ Con carácter general, *vid.* MORENO MOLINA, José Antonio, y MAGÁN PERALES, José María, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y, en especial, de las Corporaciones Locales*, El Consultor de los Ayuntamientos, Editorial La Ley-Actualidad, Madrid, 2005, págs. 700 a 709.

⁶⁹ Queda con la siguiente redacción dicho precepto (destacamos en cursiva la parte incorporada en la reforma): «Conocerán, asimismo (los Tribunales del orden contencioso-administrativo) de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. *Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.*

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquellas». Como ha advertido la doctrina, los dos últimos párrafos de este precepto parecen referirse a dos tipos de sujetos legitimados distintos, pero realmente se están refiriendo a uno solo, el de las entidades aseguradoras. Este sinsentido se debe a un descuido del legislador, que recogió en el texto del artículo 9.4.º de la LOPJ dos enmiendas distintas que pretendían exactamente lo mismo y que no se preocupó luego de depurar; *vid.* al respecto, sobre la pequeña historia de este desliz legislativo, a GARBERÍ LLOBREGAT, José, «Una mala nueva para las Compañías Aseguradoras que cubran la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 623, 2004, pág. 2.

configurando así un litisconsorcio pasivo necesario («...siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren») ⁷⁰. Realmente, parece que su alcance es menor y se reduce a aclarar que la Aseguradora siempre estará legitimada pasivamente junto a la Administración a la que asegura ⁷¹, de modo que la Administración deberá emplazar necesariamente a aquella, en el trámite del artículo 49 de la LJCA, en los procesos en que se sustancie la responsabilidad patrimonial cubierta por el seguro. Pero, con todo, el precepto es desatinado, pues la Aseguradora podría también ocupar la posición procesal de demandante, si no está de acuerdo con el reconocimiento de responsabilidad resuelto en su caso por la Administración, instando entonces que se anule dicho acto o que la indemnización a su cargo sea de cuantía inferior, para lo que está legitimada basándose en la regla general del artículo 19.1.º de la LJCA.

3. La acción directa contra la Aseguradora de la Administración.

Con todo, y pese a los esfuerzos del legislador, subsiste aún algún supuesto en el que el tercero perjudicado puede acudir ante el orden jurisdiccional civil, en concreto, cuando accione única y exclusivamente frente a la Aseguradora de la Administración, y por tanto, sin demandar al mismo tiempo a la Administración causante del daño, con fundamento en el conocido artículo 76 de la LCS ⁷².

En efecto, el artículo 9.4.º de la LOPJ, en su última redacción, afecta solo a los supuestos en los que la demanda por responsabilidad patrimonial de la Administración se dirijan contra ésta y además contra su aseguradora, pero omite el supuesto de que el perjudicado accione exclusivamente frente a la Compañía de Seguros, como permite el artículo 76 de la LCS. Se han planteado algunas dudas al respecto ⁷³, pero nuevamente la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS se ha pro-

⁷⁰ Así, GARBERÍ LLOBREGAT, José, «Una mala nueva para las Compañías Aseguradoras...», ob. cit., pág. 6; o BENITO OSMA, Félix, «La cuestión jurisdiccional en el seguro de responsabilidad civil de la Administración Pública», *Derecho de los Negocios*, núm. 164, mayo 2004, pág. 8.

⁷¹ En el mismo sentido, vid. HUERGO LORA, «El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas y la doctrina de la vis atractiva», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 122, 2004, pág. 219.

⁷² Dispone este precepto que «El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido». Cuestión polémica se ha mostrado la posibilidad de accionar directamente contra la Aseguradora de la Administración, siguiendo las Audiencias Provinciales criterios contradictorios; con anterioridad a la reforma de 2003, unas se inclinaron por la competencia del orden civil (SSAP de Asturias de 12 de junio de 2000; de Alicante de 6 de julio de 2000; ó la de Badajoz de 26 de octubre de 2001), mientras otras declinaron a favor del orden contencioso-administrativo (SAP de Vizcaya de 9 de noviembre de 2000; Auto de la AP de Guipúzcoa de 30 de julio de 2001; o Auto de la AP de Badajoz de 6 de marzo de 2002). Sobre el particular, vid. GARNICA MARTÍN, «La acción directa frente al asegurador en supuestos de responsabilidad de agentes públicos. Jurisdicción competente», *Actualidad Civil*, núm. 42, 2000, págs. 1.507 y ss; y DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, «Acción directa del perjudicado contra la Aseguradora de una Administración Pública: jurisdicción competente (contraste –¿o coincidencia?– entre conceptos e intereses)», *Diario La Ley*, núm. 5574, de 26 de junio de 2002, ref. D-169, págs. 1.941 a 1.948.

⁷³ En la doctrina científica también se ha discutido si estos supuestos de ejercicio de la acción directa exclusivamente contra el asegurador debieran residenciarse en el orden contencioso-administrativo, a partir de una interpretación expansiva de la reforma legislativa de 2003 y vista la tendencia del legislador en los últimos años, o más bien se reconducen al orden

nunciado, en su Auto de 18 de octubre de 2004, resolviendo a favor del orden jurisdiccional civil. En la jurisprudencia provincial se sigue en la actualidad este criterio mayoritariamente, como hacen recientemente las SSAP de Palencia de 20 de mayo de 2005, o la de 30 de enero de 2006.

Esta consecuencia es el resultado natural de aplicar el artículo 76 de la LCS, junto al artículo 5.3.º del TRLCAP que proclama la naturaleza privada de los contratos de seguro suscritos por la Administración, y considerando que únicamente intervienen sujetos privados en el litigio. Por lo demás, en estos casos, el orden civil tendría que realizar un pronunciamiento previo sobre la existencia de responsabilidad administrativa, que si bien es cierto que su conocimiento natural recae en el orden contencioso-administrativo, puede atenderse sin violencia por el orden civil si tenemos en cuenta que los Tribunales de este orden tienen competencia para conocer, a los solos efectos prejudiciales, de asuntos que estén atribuidos a los Tribunales del orden contencioso-administrativo en base a los artículos 42 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, y 10.1.º de la LOPJ.

Por otro lado, el ejercicio de la acción directa depara sus ventajas al perjudicado de forma más que evidente, pues utilizando esta vía contra la Aseguradora podrá reclamar los superiores intereses moratorios que le reconoce el artículo 20 de la LCS⁷⁴; por ello, al perjudicado le interesará claramente recorrer la vía del artículo 76 de la LCS, dirigiéndose contra la Aseguradora de la Administración, por sus favorables efectos colaterales.

Por último, hay que aludir a algún pronunciamiento judicial más que nos muestra que, pese a las múltiples reformas legislativas en la materia, la cuestión del orden jurisdiccional competente continúa sin estar zanjada; concretamente, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 10 de junio de 2004⁷⁵, que aborda la reclamación dirigida

civil, atendiendo a la naturaleza de la acción, reconocida legalmente en la LCS, y de la obligación de indemnizar, así como por la intervención en el proceso únicamente de sujetos privados, considerando además la letra del artículo 9.4.º de la LOPJ en su versión de 2003, que expresamente omite el supuesto. Sin embargo, la tesis mayoritaria se ha inclinado por reconocer la competencia del orden civil. *Vid.* HUERGO LORA, «El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas...», ob. cit., 2004, págs. 220 y ss; BENITO OSMA, Félix, «La cuestión jurisdiccional...», ob. cit., 2004, pág. 11; VIDAL PÉREZ, María Fernanda, «La importancia de la elección de jurisdicción: ¿civil o contencioso-administrativa?», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 17, 2006, págs. 31 a 49.

⁷⁴ Del artículo 20 de la LCS resulta que la Aseguradora incurre en mora cuando no cumple su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro, o cuando no hubiere procedido al pago del importe mínimo del anticipo en el plazo de 40 días. Es más, establece ese precepto que los intereses se empiezan a computar desde la fecha del siniestro (siempre y cuando se hubiera comunicado en plazo a la Aseguradora la verificación del siniestro). Esta indemnización por mora se impone de oficio y consiste en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; ello no obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no puede ser inferior al 20 por 100. Contrasta de forma clamorosa esa regulación con la que resulta del régimen de responsabilidad patrimonial propio del Derecho Administrativo, atendiendo a lo establecido en el artículo 141.3 de la LRJAPyPAC, «la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria». En la doctrina mercantilista, se ha criticado la desproporción de estos intereses especiales penalizadores del artículo 20 de la LCS; *vid.* TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier, «Coneveniente –o necesaria– reforma de la Ley de Contrato de Seguro», *Derecho de los Negocios*, febrero 2000, págs. 5 y 6.

⁷⁵ Citada por ROMERO REY, Carlos, en «Últimos pronunciamientos jurisprudenciales en materia de responsabilidad patrimonial de interés para las Entidades Locales», *Revista Española de Administración Local y Autonómica*, núm. 300, enero-agosto 2006, pág. 532.

frente a una Administración (autonómica en este caso, aunque trasladable a la local plenamente), una serie de particulares, y la aseguradora de uno de los particulares causante del daño. Pues bien, esta sentencia, y después de analizar la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, entra a conocer de la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración, si bien al mismo tiempo declara la incompetencia de este orden para conocer de la acción dirigida frente a los particulares y contra la Aseguradora de uno de ellos, declinando su competencia en el orden civil en este caso, al apreciar que, entre otras cuestiones, «la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, ha previsto que las aseguradoras sean parte demandada dentro del proceso contencioso pero siempre que lo sean de las Administraciones Públicas, pero no en el caso de que lo fueran de un particular; como ocurre en el caso que examinamos, para las que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo resulta incompetente». Asistimos a un nuevo resquicio en el sistema que posibilita, una vez más, la huida del orden contencioso-administrativo, y que puede ser disfuncional en cuanto podría dar lugar a pronunciamientos contradictorios en dos procesos judiciales diferentes, ante órdenes jurisdiccionales distintos, a la hora de enjuiciar, curiosamente, unos mismos hechos. Como vemos, la presencia de la Aseguradora en el proceso, estando implicada una Administración, seguirá generando distorsiones de complicada resolución.

V. REFLEXIÓN FINAL

Como hemos expuesto, el contrato de seguro de responsabilidad de la Administración genera no pocos problemas, que surgen ya desde el mismo inicio en que ésta decide contratar y asegurar su responsabilidad, prolongándose durante el desarrollo ejecutivo del mismo, y continúan incluso en la esfera jurisdiccional. Todo son dudas. Muchas interrogantes se suscitan, por tanto, debido a la deformación a que se ve expuesto el instituto de la responsabilidad patrimonial pública cuando el seguro entra en juego, que agrava la crisis de la responsabilidad civil a la que asistimos. Parafraseando a TUNC, y trasladándonos a la esfera administrativa, podemos considerar que la responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra ciertamente en un «estado lamentable»⁷⁶.

Considero que el legislador debe afrontar sin más demora una regulación específica y completa que norme los seguros de responsabilidad extracontractual de la Administración⁷⁷, lo que podría acometer modificando sencillamente la LRJAPyPAC e introduciendo previsiones específicas al respecto, así como calificando al contrato de seguro de la Administración como administrativo, con lo que se evitarían muchos problemas derivados. La regulación ponderada de estos extremos, sin duda, supondría poner fin a la situación de inseguridad jurídica actual y reduciría la litigiosidad existente. Todo ello debería conducirnos, asimismo, a una profunda reflexión acerca del estado de la responsabilidad patrimonial de la Administración, con el objeto de reconducirla a sus justos términos, al objeto de evitar la expansión desmesurada e insostenible de la misma a la que parece que nos precipitamos.

⁷⁶ Vid. TUNC, A. «Le visage actuel de la responsabilité civile dans une perspective de droit comparé», en *Developpements récents du droit de la responsabilité civile*, Zúrich, 1991, pág. 21.

⁷⁷ Y ello sin que entremos aquí en el debate de la conveniencia o no de que la Administración suscriba contratos de seguro de responsabilidad, recurriendo sencillamente al autoseguro, y en el caso de las Corporaciones Locales, por sus debilidades, a fórmulas asociativas, como Consorcios o Mancomunidades, y que permitiría la legislación de régimen local vigente. Vid., al respecto, GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «Paso a nivel», en *InDret 3/2003*, Barcelona, 2002, disponible en la dirección de Internet <http://www.indret.com>.