

InDret

*L'assegurança de responsabilitat civil
de les Administracions Públiques*

Alejandro Huergo Lora
Facultat de Dret
Universidad de Oviedo

Working Paper núm.: 150
Barcelona, juliol de 2003
www.indret.com

Abstract

Mitjançant l'assegurança de responsabilitat civil, les Administracions Públiques traslladen als asseguradors, a canvi del pagament d'una prima, el cost de les indemnitzacions derivades de la seva responsabilitat patrimonial, així com, en certa manera, la gestió i liquidació dels sinistres. L'assegurament de la responsabilitat hauria de ser neutral per als perjudicats i indiferent per a l'aplicació de les normes de Dret públic que regulen la responsabilitat de l'Administració, però a la pràctica està esdevenint útil per portar a l'ordre jurisdiccional civil el coneixement d'aquestes qüestions, malgrat les recents reformes legislatives dirigides a aconseguir precisament el contrari, com també per incrementar la indemnització que perceben els perjudicats, a causa dels interessos de demora agreujats que recauen sobre els asseguradors.

Sumari

1. Introducció
2. Les causes de la contractació d'assegurances de responsabilitat civil i la seva utilitat per a les Administracions Públiques
3. L'assegurança en tant que contracte de l'Administració
4. La influència de l'assegurança sobre la responsabilitat patrimonial de les Administracions Públiques
 - 4.1. La competència dels Tribunals civils
 - 4.2. Els interessos de l'art. 20 LCS
5. Sentències citades
6. Bibliografia

1. Introducció

Les Administracions Públiques mai han restat indiferents respecte al contracte d'assegurança: d'una banda, regulen el sector i intervenen en l'activitat dels asseguradors; d'una altra, exerceixen, convertint-se elles mateixes en asseguradores, a través d'ens com el Consorci de Compensació d'assegurances o d'empreses (avui en procés de privatització) com MUSINI, i per últim contracten assegurances, com han fet sempre, encara que d'una manera marginal, per cobrir alguns riscos que poguessin afectar el seu patrimoni immobiliari o per cobrir la seva responsabilitat civil en àmbits en els quals l'assegurança és obligatòria, com ara la circulació d'automòbils. En contractar aquestes assegurances, l'Administració es comportava en principi com un particular, sotmesa al Dret privat, per la qual cosa no rebien atenció ni en les Lleis administratives, ni per part de la doctrina. L'assegurança no es tenia en compte en estudiar la responsabilitat patrimonial de les Administracions Públiques [regulada inicialment a la Llei d'Expropiació Forçosa de 16 de desembre de 1954 (BOE de 17 de desembre de 1954), d'ara endavant LEF, article 121 i següents, i avui a la Llei 30/1992, de 26 de novembre (BOE de 27 de novembre de 1992; correcció d'errades en els BOE de 28 de desembre de 1992 i 27 de gener de 1993), de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú, d'ara endavant LPC, modificada en aquest punt per la Llei 4/1999, de 13 de gener (BOE de 14 de gener de 1999)], doncs, o bé la responsabilitat no s'assegurava, o bé la responsabilitat civil sí que s'assegurava però referint-se a sectors que, com l'automobilístic, circulaven al marge de la clàusula general de responsabilitat patrimonial i se sotmetien al Dret privat.

Malgrat això, durant els últims deu anys les Administracions Públiques, en particular els Ajuntaments i algunes Comunitats Autònomes, s'han llançat a contractar assegurances de responsabilitat civil, la qual cosa ha tingut, a més, conseqüències importants en la legislació de contractes de les Administracions Públiques, d'una banda, i en la responsabilitat patrimonial, sobretot per tal de desplaçar el coneixement d'aquestes qüestions des de l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu (que és on el legislador ha volgut col·locar-les, com ha deixat clar en diverses intervencions recents) fins al civil.

2. Les causes de la contractació d'assegurances de responsabilitat civil i la seva utilitat per a les Administracions Públiques.

La principal raó per la qual les Administracions Públiques no contractaven fins fa poc assegurances de responsabilitat civil (ni gairebé cap assegurança de danys) era l'aplicació de l'*autoassegurança*. Si totes les assegurances "tenen com a base econòmica inexcusable la reunió de gran nombre d'operacions de la mateixa espècie per tal d'arribar a neutralitzar el risc, repartint-lo sobre una massa d'operacions uniformes", de manera que "l'assegurança és cobertura mútua de múltiples economies individuals afectades pels mateixos riscos, i que l'assegurador es limita a enllaçar aquestes economies, formant amb la contribució de totes un fons comú de béns que li permet fer front a tots els sinistres que es produeixin" (URÍA, 754), l'Administració no necessita

pagar els serveis d'un assegurador que la integri en una comunitat de riscos, perquè ella mateixa, en portar a terme múltiples activitats no connectades entre si (per exemple, múltiples obres o múltiples actes mèdics independents en el sentit que la producció d'un sinistre en un d'ells no comporta necessàriament un sinistre en un altre), reuneix aquesta "massa d'operacions uniformes" que constitueix la base de l'assegurança. Si l'Administració hagués de pagar una prima per cobrir la responsabilitat per cadascun dels seus actes productors de risc, la suma de totes les primes seria aproximadament equivalent a la suma de les indemnitzacions a pagar durant el període de cobertura sent, a més, necessari afegir els costos de gestió de l'assegurador i el seu benefici, per la qual cosa l'operació esdevindria antieconòmica.

En aquest sentit, l'Administració es troba en una situació diferent dels particulars, com pot comprovar-se amb múltiples exemples: així, és lògic que un metge contracti una assegurança de responsabilitat civil perquè no és molt probable que tingui un sinistre i, en el cas que el tingui, li resultaria molt més barata la prima de l'assegurança que la indemnització. Lògicament, si aquest metge s'assegura anualment durant cinquanta anys, al final és més que probable que el cost de les primes sigui igual o superior a la quantia de totes les indemnitzacions que hagi hagut de pagar al seu assegurador en aquest temps (i si la suma de les indemnitzacions és superior a la de les primes en un metge concret, ha de ser necessàriament inferior en el conjunt dels asseguradors, perquè en cas contrari l'activitat asseguradora no resultaria rendible. Tot i això, és necessari prendre en consideració una altra font de renda per als asseguradors: la inversió de les sumes percebudes a títol de primes). En aquest sentit, l'única utilitat de l'assegurança és la seguretat que una eventual indemnització no li produirà un desequilibri financer durant aquest any. Ara bé: una Administració que gestiona l'assistència sanitària d'un milió de persones (una comunitat autònoma petita, per exemple) ja no té tants motius per assegurar-se, perquè en un mateix any (que és el període objecte de cobertura per l'assegurança) es compensen els sinistres amb els casos en què el risc no es materialitza en un dany, per la qual cosa, si deixa de contractar l'assegurança haurà de pagar les indemnitzacions a què se la condemni, però s'estalviarà les primes de tota la seva activitat mèdica, tant la que causa danys com la que no els causa, i el resultat serà probablement favorable.

La idea de l'autoassegurança no solament porta l'Administració de l'Estat a no contractar assegurances de responsabilitat civil, i fins i tot es recull expressament en normes jurídiques a Alemanya i França (HUERGO LORA, 2002, 36-37), sinó que es manifesta en altres àmbits. D'aquesta manera, és la raó que porta el legislador a eximir l'Administració en alguns casos d'haver de contractar assegurances de responsabilitat civil que són obligatòries per als particulars que portin a terme aquesta mateixa activitat, com succeeix a Espanya amb l'energia nuclear [article 64 de la Llei 25/1964, de 29 d'abril (BOE de 4 de maig de 1964), d'Energia Nuclear], o la que explica que, al contracte administratiu d'obra, l'Administració hagi d'indemnitzar el contractista en cas de pèrdua de l'obra per força major abans del lliurament [article 144 del Text Refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, d'ara endavant LCAP, aprovat pel Reial Decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny (BOE de 21 de juny de 2000, correcció d'errades en el BOE de 21 de setembre de 2000)].

Què és el que explica l'abundant contractació d'assegurances de responsabilitat civil per les Administracions Públiques, malgrat els avantatges de l'autoassegurança? Tot sembla indicar que són diverses les causes que han portat a aquesta situació. D'una banda, les Administracions més petites (els Ajuntaments) no estan tan protegits per l'autoassegurança com l'Estat, ja que la seva

activitat no és tan àmplia ni està tan diversificada, de manera que és possible que un sinistre d'especial gravetat els provoqui una greu crisi financera. Per una altra, alguns grups de funcionaris pressionen les seves Administracions per tal que contractin assegurances de responsabilitat civil que els cobreixin d'eventuals accions de responsabilitat, especialment penals, dirigides pels que han patit danys i dirigides a obtenir una indemnització. Finalment, l'assegurança es mostra com una manera de descarregar en un tercer (l'assegurador) la gestió dels sinistres, i alhora, des de la perspectiva del particular, com una via per cobrar abans la indemnització.

Tots aquests arguments són discutibles. Les sumes assegurades que es pacten són prou baixes com per deixar fora aquests sinistres de quantia extraordinària. Si es pretengués cobrir-los, més aviat caldria pactar sumes assegurades amb una quantia màxima més àmplia i també amb una quantia mínima, és a dir, una assegurança només per a grans sinistres, seguint la tècnica tradicional de l'assegurança per capes. D'altra banda, les pòlisses acostumen a excloure els riscos més susceptibles de donar lloc a grans sinistres, com els derivats de danys ambientals o de l'autorització d'activitats privades potencialment nocives per a la salut. Si el que es pretén és constituir, mitjançant l'acumulació dels riscos de diversos municipis, una comunitat de risc prou gran com per poder diluir el cost de sinistres d'especial gravetat, es disposa d'altres vies, assajades a Alemanya i França, més adequades probablement a les necessitats dels municipis, com són les mútues d'assegurances, que podrien constituir-se d'acord amb fórmules organitzatives pròpies de l'Administració local, com a mancomunitats o consorcis, i que constituïrien una via intermèdia entre la pura gestió administrativa de la responsabilitat patrimonial i l'assegurança de responsabilitat civil, totalment aliena a l'àmbit administratiu.

Pel que fa a la utilització de l'assegurança com a mecanisme capaç de cobrir la responsabilitat civil directa dels funcionaris (i la resta de personal al servei de l'Administració, inclosos els titulars dels seus òrgans), aquest ús també s'enfronta a certs obstacles. No només perquè la responsabilitat per actes dolosos no és asegurable [art. 19 de la Llei 50/1980, de 8 d'octubre, del Contracte d'Assegurança (BOE de 17 d'octubre de 1980), d'ara endavant LCS], sinó també perquè, en aquells casos en què el funcionari hagi actuat amb culpa greu causant a tercers danys que l'Administració hagi hagut d'indemnitzar, aquesta té l'obligació d'exigir-li el seu reemborsament mitjançant l'anomenada acció de regrés (art. 145.2 LPC). Dit d'una altra manera: quan l'Administració contracta una assegurança que cobreixi la seva responsabilitat civil, està protegint els seus interessos econòmics (encara que de forma discutible en alguns casos, a causa dels possibles majors avantatges de l'autoassegurança), per la qual cosa el contracte és legítim des de la perspectiva de la protecció dels interessos públics, que és un pressupost de validesa del contracte (art. 4 LCAP). En canvi, una assegurança que cobreixi la responsabilitat civil del funcionari enfront de tercers per danys causats per la seva actuació greument culpable és una assegurança que només protegeix els interessos del funcionari, no els interessos públics, i ha de tractar-se com una forma de remuneració que l'Administració atorga al funcionari, no com un contracte que tuteli els interessos de l'Administració.

En últim lloc, la utilitat de l'assegurança com a tècnica que trasllada a tercers el cost de gestionar i liquidar els sinistres, és discutible en el cas de l'Administració, ja que l'art. 142 de la LPC i el 2.e) de la Llei 29/1998, de 13 de juliol (BOE de 14 de juliol de 1998) atorguen als particulars el dret a dirigir les seves reclamacions de responsabilitat patrimonial a l'Administració, que té l'obligació de tramitar el procediment administratiu de responsabilitat i que tampoc pot eludir ser demandada en via contenciosa administrativa.

3. L'assegurança com a contracte de l'Administració.

Els contractes d'assegurança concertada per Administracions Públiques i pels altres ens de Dret Públic que hagin estat creats per tal de satisfer necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil i que estiguin sotmesos al control d'una Administració Pública i/o finançats majoritàriament per aquesta, estan sotmesos a la LCAP, que és la norma legal que incorpora a l'ordenament jurídic espanyol les diferents Directives comunitàries en matèria de contractes públics. En particular, el contracte d'assegurança està inclòs expressament dins l'àmbit d'aplicació de la Directiva 92/50/CE, sobre el contracte de serveis (publicada en el DOCE L 209, de 24 de juliol de 1992), modificada, últimament, per la Directiva 97/52/CE, de 13 d'octubre de 1997. Aquestes Directives no regulen el contingut del contracte, els drets i obligacions de les parts, que es regeixen en tots els Estats europeus pel Dret privat, sinó que intenten aconseguir que les Administracions Públiques respectin els principis de publicitat i concurrència en la selecció del contractista, a fi de fer efectiva la lliure circulació de serveis.

El Dret espanyol de contractes públics, és a dir, la LCAP, es basa en un principi ordinador fonamental, recollit als seus articles 5-9, pel qual tots els contractes inclosos en el seu àmbit d'aplicació han de respectar el procediment de preparació del contracte i de selecció del contractista establert a la pròpia LCAP, que incorpora el que disposen les Directives, mentre que, pel que fa al contingut del contracte (inclosa la seva extinció), els contractes es divideixen en administratius, sotmesos a la LCAP també en el seu contingut i efectes, i contractes de Dret privat, el contingut, efectes i extinció dels quals es regeixen per les normes aplicables també als particulars. Aquesta divisió té també conseqüències jurisdiccionals. Les qüestions relatives a la preparació i adjudicació del contracte corresponen a la jurisdicció contenciosa administrativa. Les qüestions litigioses relatives als efectes i extinció del contracte corresponen a la jurisdicció contenciosa administrativa en els contractes administratius i a l'ordre jurisdiccional civil en els contractes de Dret privat. Els particulars no poden formular les seves pretensions (per exemple, de pagament del preu, o de resolució del contracte, o d'indemnització per incompliment) en l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu directament, sinó que han de plantejar-les abans a l'Administració, esperar que aquesta decideixi i impugnar la seva decisió, si s'escau, davant els Tribunals contenciosos administratius. De la mateixa manera, l'Administració pot fer efectives unilateralment les seves pretensions en relació amb el contracte (per exemple, resoldre'l o imposar al contractista l'obligació d'abonar una indemnització o la pèrdua de l'aval que ha de prestar obligatòriament), recaient sobre aquest, si no hi està d'acord, la càrrega de recórrer.

A la versió inicial de la LCAP (Llei 13/1995, de 18 de maig, publicada en el BOE de 19 de maig; correcció d'errades en el BOE de 5 de juliol), els contractes d'assegurança eren contractes administratius. Els contractes d'assegurança s'inclouïen expressament a la llista de contractes de serveis [art. 207.6.a)], llista extreta de la Directiva, i els contractes de serveis, igual que els altres tipus de contractes regulats a la LCAP, es qualificaven com a contractes administratius [art. 5.2.a)]. Aquesta qualificació suposava, entre d'altres coses, que l'Administració assegurada podia decidir unilateralment, en un acte administratiu, que l'assegurador estava obligat a pagar una determinada indemnització, i fins i tot exigir el seu compliment utilitzant l'execució forçosa. Si l'assegurador no hi estava d'acord, havia de recórrer davant l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu, cosa que tampoc convé als asseguradors, atès que estan acostumats a sotmetre totes les qüestions derivades del contracte d'assegurança als Tribunals civils. Les queixes van ser ateses a la Llei 53/1999, de 28 de desembre (publicada en el BOE de 29 de desembre), de modificació de la LCAP. La redacció vigent de la LCAP qualifica els contractes d'assegurança expressament com a privats (art. 5.3) i disposa que se'ls aplicarà el procediment d'adjudicació previst per als contractes de serveis (art. 9.2, en relació amb els arts. 202-210).

El procediment ordinari d'adjudicació dels contractes d'assegurança és el concurs (art. 208.3). Aquest procediment administratiu de selecció del contractista imposa algunes modificacions respecte a la manera ordinària d'operar que tenen les assegurances entre particulars (Huergo Lora, 105-122). Així, l'Administració contracta directament amb l'assegurador, que és l'obligat a complir les prestacions del contracte d'assegurança, en lloc de contactar amb un corredor perquè al seu torn seleccioni l'assegurador i rebi d'aquest, en concepte de comissió, un percentatge de la prima que paga el prenedor de l'assegurança. L'Administració pot contractar, i de fet és freqüent que ho faci, els serveis d'un corredor per a la preparació dels plecs de clàusules del contracte (és a dir, dels documents que, a mode d'*invitatio ad offerendum*, delimiten les ofertes dels asseguradors, així com també el contingut del futur contracte, del qual formen part, segons l'art. 49.5), però es tracta d'un contracte diferent del contracte d'assegurança, un contracte de serveis, remunerat directament per l'Administració.

En aquest punt ha d'assenyalar-se la intervenció de la Federació Espanyola de Municipis i Províncies (FEMP), que és una associació d'entitats locals (fruit d'un dret d'associació d'aquestes corporacions que, sense perjudici del seu fonament constitucional, està reconegut expressament a la Disposició Addicional 5a de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, de Bases del Règim Local, publicada en el BOE de 3 d'abril de 1985, amb rectificació d'errors al BOE d'11 de juny), de fet l'única existent a nivell estatal, i que ha aconseguit, a través de la Llei 24/2001, de 27 de desembre (publicada en el BOE de 31 de desembre de 2001), que s'introdueixi un apartat 6 a la Disposició Addicional 9a de la LCAP, amb el següent contingut: "La presente Ley [la LCAP] no será de aplicación a la prestación de servicios gratuitos que realicen a las Entidades Locales las asociaciones de las mismas a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local". La FEMP ha celebrat un acord amb un determinat corredor d'assegurances (en aquest cas, AON-Gil y Carvajal), que actua com el seu agent. Si un Ajuntament o Diputació Provincial associat a la FEMP recorre a aquest servei prestat formalment

per la FEMP (però en realitat per un determinat corredor), el corredor l'assessorarà gratuïtament (és la condició imposada per la DA 9a LCAP) sobre l'elecció de l'assegurador, amb caràcter no vinculant (en qualsevol altre cas es vulneraria la LCAP), i li prestarà en l'execució del contracte els serveis habituals dins la relació de corretatge (fonamentalment, canalitzar les relacions amb l'assegurador). Se suposa (la informació que s'ofereix a la pàgina web d'aquest servei, www.aongyc.com/estrategicos/femp/seguros.html, així ho indica expressament) que el corredor serà remunerat per l'assegurador seleccionat per l'Administració, si bé no és fàcil identificar el títol jurídic en virtut del qual se li podrà exigir aquesta remuneració, ja que, almenys formalment, l'assegurador ha estat seleccionat directament per l'Administració.

D'altra banda, en la contractació administrativa no tenen cabuda les pròrrogues indefinides dels contractes, ja que servien per eludir els procediments de selecció de contractistes amb possible dany per als interessos públics. L'art. 198 LCAP estableix que els contractes de serveis (inclosos els d'assegurances, ja que ha d'entendre's que la pròrroga té relació, com hem vist, amb la selecció del contractista) tindran una durada màxima de dos anys, que poden arribar a quatre amb les pròrrogues, i per tant no cal aplicar més enllà d'aquests límits la pròrroga tàcita que es preveu a l'art. 22 LCS.

Una altra particularitat dels contractes d'assegurança de les Administracions Públiques derivada de la seva subordinació a la LCAP pel que fa a la preparació i adjudicació del contracte es refereix al règim del coassegurança (art. 33 LCS). La LCAP només admet que l'Administració contracti amb un empresari únic (persona física o jurídica, per descomptat) o amb una unió temporal d'empreses (UTE, art. 24 LCAP), que es caracteritza entre d'altres coses per la responsabilitat solidària de tots els seus membres enfront de l'Administració. Per tant, quan l'assegurança de l'Administració es contracti en règim de coassegurança serà necessari que els seus integrants pactin la solidaritat almenys en el compliment de les seves obligacions *enfront de l'Administració* (però no necessàriament, per exemple, en les obligacions enfront de la víctima del dany, en el cas d'una assegurança de responsabilitat civil).

4. La influència de l'assegurança sobre la responsabilitat patrimonial de les Administracions Públiques.

En principi, el fet que l'Administració contracti una assegurança de responsabilitat civil no canvia les regles a què se sotmet aquesta responsabilitat, ni pel que fa a les qüestions substantives, procedimentals o processals. L'assegurança és una tècnica a la qual recorre l'Administració per tal de protegir millor els seus interessos financers davant el risc que en un moment concret hagi de pagar una indemnització inusualment alta, però no afecta els qui han patit el dany ni priva d'eficàcia les normes imperatives i de Dret públic que regulen la responsabilitat de l'Administració, contingudes a la LPC, la LJ i a la Llei Orgànica del Poder Judicial (LO 6/1985, d'1 de juliol, en endavant LOPJ, publicada en el BOE de 2 de juliol de 1985, amb correcció d'errors en

el BOE de 4 de novembre; modificada, per allò que aquí interessa, per la LO 6/1998, de 13 de juliol, publicada en el BOE de 14 de juliol de 1998).

De fet, aquest és un dels principals arguments que es poden esgrimir per fer front a la tesi, sostinguda per la Direcció General d'assegurances en una resolució de 26 de juny de 1996, publicada a la *Revista de Derecho de los Seguros Privados*, maig-juny de 1997, pàgs. 28-30, i per BLANQUER CRIADO, que l'Administració no pot contractar assegurances de responsabilitat civil a menys que una Llei l'autoritzi expressament, ja que aquestes assegurances afecten el "sistema de responsabilitat de totes les Administracions Públiques", a què es refereix la Constitució en el seu art. 149.1.18a.

Allò cert és, malgrat l'anterior, que les assegurances de l'Administració estan produint dues modificacions importants: permeten desplaçar a l'ordre jurisdiccional civil els plets de responsabilitat de l'Administració, sempre que se la demandi conjuntament amb el seu assegurador, i possibiliten al perjudicat obtenir una indemnització superior, a causa de l'aplicació dels interessos de demora previstos a l'art. 20 LCS, que corren a càrrec exclusivament de l'assegurador, no de l'Administració.

4.1. La competència dels Tribunals civils.

Des de la seva primera regulació a l'art. 121 LEF i a l'art. 3.b) de la derogada Llei Reguladora de la Jurisdicció contenciosa administrativa de 27 de desembre de 1956 (BOE de 28 de desembre de 1956), el coneixement de les qüestions de responsabilitat civil de les Administracions Públiques s'atribuïa a l'ordre judicial contenciós administratiu, prèvia tramitació d'un procediment administratiu perquè l'Administració declarés, si era el cas, la seva responsabilitat i fixés la indemnització. Malgrat això, els particulars, per diferents raons (major celeritat, indemnitzacions més elevades i, sobretot en els primers anys, pur i simple desconeixement del nou règim de responsabilitat patrimonial) van acudir a altres vies, com la civil o la penal [acció penal dirigida contra un funcionari, que posa en marxa la responsabilitat civil subsidiària de l'Administració, d'acord amb l'art. 121 del Codi Penal (Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre, publicat en el BOE de 24 de novembre, d'ara endavant CP, que en aquest punt no s'aparta del Codi Penal anterior). Per tal que es pogués acudir a la via civil era necessari, d'acord amb l'art. 41 de la derogada Llei de Règim Jurídic de l'Administració de l'Estat, de 26 de juliol de 1957 (publicada en el BOE de 31 de juliol de 1957), que el dany s'hagués produït com a conseqüència d'una activitat de l'Administració sotmesa al Dret privat. No obstant això, a la pràctica es va instaurar un sistema opcional, en base al qual el particular podia acudir a la via civil o a la contenciosa administrativa i el Tribunal es declarava sempre competent (com va destacar inicialment BOCANEGRA SIERRA, pàg. 402, nota 13, i han estudiat monogràficament PANTALEÓN PRIETO i GAMERO CASADO).

La LPC va intentar corregir aquest estat de coses, en primer lloc en la seva redacció inicial de 1992 establint que el procediment administratiu de responsabilitat patrimonial s'aplicaria també a les qüestions de responsabilitat derivades de danys produïts en l'activitat administrativa de Dret privat, i amb la reforma introduïda per la Llei 4/1999 portant la unificació també a l'àmbit

material, de manera que la responsabilitat derivada de danys produïts dins l'activitat administrativa de Dret privat es regiria també per l'art. 139 LPC i no pels arts. 1902-1903 del Codi Civil.

Malgrat això, els Tribunals civils van seguir declarant-se competents per conèixer demandes de responsabilitat civil contra l'Administració, com a mínim en els casos en què junt amb aquesta es demandés un particular, en qualitat de possible corresponsable del dany. L'argument de la jurisprudència era que, com que el particular no podia ser demandat en via contenciosa administrativa, i obligar-lo a tramitar dos plets diferents (un contenciós contra l'Administració i un altre civil contra el particular) era una mala solució perquè podia donar lloc a sentències contradictòries, havia d'aplicar-se la *vis attractiva* de l'art. 9.2 LOPJ, i per tant el particular podia demandar en via civil l'Administració i l'altre subjecte presumptament responsable.

Conscient, probablement, que la doctrina de la *vis attractiva* suposava un clar incompliment de la legalitat, no solament perquè la Llei 30/1992 atribuïa a la jurisdicció contenciosa administrativa, amb tota claredat, el coneixement de les qüestions relatives a la responsabilitat patrimonial de l'Administració, sense distingir la naturalesa pública o privada de l'activitat en què hagués sorgit el fet danyós, ni la concurrència d'altres subjectes a la producció del dany, sinó també perquè la legislació processal civil prohibeix acumular en un mateix procés dues accions que han d'exercitar-se front ordres jurisdiccionals diferents (arts. 154 de la derogada Llei d'Enjudiciament Civil de 1881 i 73.1.1r de la vigent, que és la Llei 1/2000, de 7 de gener de 2000, publicada en el BOE del 8 de gener, correcció d'errors en el BOE de 14 d'abril), la jurisprudència va perfilar millor l'argument de la duplictat de processos, que era l'únic fonament, de justícia material més que de legalitat, que permetia justificar la *vis attractiva*. En aquest sentit, es va distingir en funció de qui fos el subjecte la responsabilitat del qual concorria amb la de l'Administració. Si es tracta d'un subjecte la responsabilitat del qual pot ventilar-se en via administrativa, com un concessionari, no està justificat el desplaçament del procés a la via civil i per tant no s'aplica la doctrina de la *vis attractiva*. El mateix ocorre quan la concurrència de responsabilitats entre aquest subjecte i l'Administració sembla improbable fins i tot a primera vista, de manera que obeeix més aviat a un intent fraudulent de fugir de la jurisdicció contenciosa administrativa. En canvi, si el subjecte concurrent no té cap relació jurídica amb l'Administració, de manera que no es pot declarar la seva responsabilitat en un procediment administratiu triangular, el particular no disposa d'altra alternativa que demandar-los als dos, i s'aplica la doctrina de la *vis attractiva* per evitar la duplictat de processos [sentències de la Sala 1a de 3 d'octubre de 1994 i 31 d'octubre de 1995].

La LJ de 1998, que va ser complementada per una modificació de l'art. 9.4 LOPJ, va pretendre barrar completament el pas a la doctrina de la *vis attractiva*. L'art. 2.e) de la LJ diu que els òrgans d'aquest ordre jurisdiccional coneixeran de les qüestions relacionades amb "[l]a responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social". El nou incís afegit a l'art. 9.4 LOPJ tanca el cercle en eliminar el principal argument esgrimit per la jurisprudència per tal de defensar la doctrina de la *vis attractiva*, és a dir, la concurrència de responsabilitat amb un tercer, en disposar que podrà

demandar-se davant els Tribunals contenciosos administratius no solament l'Administració, sinó també els subjectes que haguessin concorregut amb ella a la producció del dany.

Tot aquest esforç del legislador dirigit a rectificar la doctrina jurisprudencial de la *vis attractiva*, pot haver quedat en no res si es consolida el criteri apuntat per dues recents interlocutòries de la Sala Especial de Conflictes de Competència del Tribunal Suprem, que ha declarat que, en aquells casos en què l'Administració responsable té contractada una assegurança de responsabilitat civil, el perjudicat pot demandar davant els Tribunals civils no solament l'assegurador (cosa que és evident en virtut de l'acció directa de l'art. 76 LCS), sinó també l'Administració, vulnerant d'aquesta manera la terminant prohibició de l'art. 2.e) de la LJ, que pretén impedir que es demandi l'Administració per responsabilitat extracontractual davant els Tribunals civils.

La interlocutòria de 27 de desembre de 2001 de la Sala Especial de Conflictes de Competència del Tribunal Suprem atribueix a la jurisdicció civil la competència per conèixer d'una demanda de responsabilitat civil presentada contra una Administració (en aquest cas, RENFE, assimilada expressament a les Administracions Públiques pel que fa a responsabilitat en aquesta decisió) i el seu assegurador. Fidel a la seva jurisprudència, el Tribunal entén que la crida a judici de l'asseguradora no resulta capritxosa, i que no li és aplicable l'art. 9.4 LOPJ en no haver concorregut a la causació del dany, de manera que, per tal d'evitar la duplicitat de processos, i en absència d'un precepte legal específic que prevegi aquest supòsit, és admissible l'acumulació d'accions davant l'ordre civil (R. DE ÁNGEL, O. MIR PUIGPELAT, M.-A. ORRIOLS SALLÉS). Després de repassar les diferents reformes legals, que desemboquen en el nou art 9.4 LOPJ, la interlocutòria afirma:

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

A continuació es recorda la manera com el perjudicat està exercint l'acció directa que li atorga l'art. 76 LCS, així com el problema de la duplicitat de processos, per concloure de la següent manera:

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

La mateixa Sala ha revalidat la seva doctrina en una interlocutòria de 21 d'octubre de 2002, relativa també a la responsabilitat de RENFE:

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

Els arguments de la Sala Especial de Conflictes de Competència són molt febles. En primer lloc, en atribuir el coneixement de l'afer a la jurisdicció civil s'està vulnerant l'art. 73.1.1r LEC, que prohibeix l'acumulació d'accions corresponents a ordres judicials diferents. Aquesta prohibició legal no conté excepcions ni possibilitat de dispensa, i menys encara per arguments de justícia material, per la qual cosa l'acumulació és senzillament il·legal. Com reconeix la pròpia interlocutòria, s'estan acumulant dues accions diferents, basades en títols jurídics distints:

“El conflicto de jurisdicción queda así planteado respecto a la acción de reclamación de la responsabilidad patrimonial de RENFE y, acumulada, a la acción directa frente a (...) Seguros Generales SA, en virtud de contrato de seguro; aquélla se basa en el artículo 1902 del Código Civil y ésta en el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro”. En realitat, l'acció de responsabilitat contra RENFE no es basa en l'art. 1902 CC, sinó en el 139 i següents de la LPC. Pot ser que el demandant l'hagi recolzat en el 1902, però la responsabilitat de RENFE es regeix, segons la jurisprudència més recent a la qual es refereix la pròpia interlocutòria, per la LPC.

Una d'aquestes accions, la de responsabilitat patrimonial contra RENFE, és una acció el coneixement de la qual correspon a l'ordre contenciós administratiu, mentre que l'acció directa és necessàriament una acció civil. És per això que resulta impossible l'acumulació: aquesta jurisprudència de la Sala de Conflictes suposa més aviat la introducció d'una excepció a la regla legal que porta tots els afers de responsabilitat patrimonial de l'Administració a l'ordre contenciós.

El segon argument de la interlocutòria és que l'assegurador no és un coautor del dany, no és un subjecte que hagi concorregut amb l'Administració a produir-lo, i per tant no pot ser demandat al costat de l'Administració en via contenciosa administrativa (art. 9.4 LOPJ, segons la modificació introduïda el 1998). A partir d'aquí tornem al fil argumental típic de la jurisprudència anterior a 1998: si no se'ls pot demandar conjuntament en via contenciosa administrativa, i a més no es vol sotmetre el perjudicat a la càrrega excessiva de seguir dos processos en dos ordres judicials diferents amb el risc que es produeixin sentències contradictòries, s'ha de permetre l'acumulació d'ambdues accions a l'ordre que té la competència residual o *vis attractiva*, és a dir, el civil.

Malgrat això, no és cert que el particular hagi de seguir dos processos davant dues jurisdiccions diferents, un contra l'Administració i un altre contra l'assegurador. Aquesta necessitat sí que existeix en els supòsits en els quals en la producció del dany han participat l'Administració i un

tercer. En aquests casos, s'ha de dilucidar el grau de participació i de responsabilitat d'un i l'altra, i per tant el més adequat és demandar-los conjuntament, perquè en qualsevol altre cas pot succeir que la sentència contenciosa administrativa digui que la responsabilitat és exclusiva del subjecte que va causar el dany junt amb l'Administració, i la sentència civil just el contrari. Però la relació entre l'Administració i l'assegurador és absolutament diferent, doncs no és de coautoria, sinó de cobertura per part de l'assegurador, dins els límits pactats, de la responsabilitat civil de l'Administració assegurada. Dit en altres paraules: si el particular perjudicat demanda l'Administració en via contenciosa administrativa, ja no necessita per res demandar l'assegurador, ja que, a diferència del que succeeix en els casos de concurrència en la producció del dany, no és possible que el Tribunal contenciós desestimi la demanda contra l'Administració al·legant que la responsabilitat és de l'assegurador i que ha de dilucidar-se en via civil.

És curiós, a més, que la interlocutòria digui, en primer lloc, que l'assegurador no és un coautor del dany, i per tant no se li pot aplicar l'art. 9.4 LOPJ, que obligaria a demandar-los als dos en via contenciosa administrativa, i a continuació apliqui una doctrina relativa a la coautoria en la producció del dany, és a dir, la necessitat d'evitar la tramitació de dos processos diferents.

El particular no té cap necessitat de tramitar dos processos diferents, un contra l'Administració que ha causat el dany i l'altre contra el seu assegurador. La responsabilitat de l'Administració pot ser declarada per la pròpia Administració (en el procediment de responsabilitat) o pels Tribunals contenciosos administratius de forma íntegra, ja que l'assegurament de l'esmentada responsabilitat no significa que l'Administració deixi de respondre, ni perjudica el dret del particular a reclamar la responsabilitat patrimonial. El contracte (també el d'assegurança) és *res inter alios acta* que no pot perjudicar tercers, en aquest cas els particulars que pateixen el dany. Amb això hauria de ser suficient per no aplicar la *vis attractiva*, atès que aquesta doctrina es basa en la suposada necessitat del particular de seguir dos processos.

Però és que, a més, tampoc és necessari demandar l'assegurador en via civil perquè aquest respongui front l'Administració, és a dir, perquè aquesta pugui obtenir el reemborsament de la indemnització. L'assegurador és un interessat en el procediment administratiu de responsabilitat patrimonial, i serà també part al procés contenciós administratiu. Pot impugnar la resolució que adopti l'Administració, si considera que la indemnització és excessiva, i pot comparèixer com codemandat en el recurs que interposi el perjudicat contra la resolució administrativa en què es declari que no hi ha responsabilitat o es fixi una indemnització excessivament baixa. En ambdós casos la legitimació de l'assegurador deriva del contracte d'assegurança, que el converteix en responsable del pagament de la indemnització i per tant li atorga un interès legítim. És cert que la sentència contenciosa administrativa no pot condemnar l'assegurador al pagament de la indemnització, sinó que només pot condemnar l'Administració. La sentència suposa per al perjudicat un títol executiu dirigit únicament contra l'Administració, és a dir, exactament el mateix que si no hi hagués contracte d'assegurança. L'assegurança és, en aquest cas, indiferent per als interessos del perjudicat, la qual cosa d'altra banda és perfectament lògica, perquè és un contracte que, com tots, se celebra per satisfer els interessos de l'Administració, en aquest cas per tal de permetre-li descarregar sobre tercers el cost de les indemnitzacions.

Ha d'assenyalar-se que en cap dels ordenaments jurídics del nostre entorn l'assegurament de la responsabilitat civil de l'Administració ha tingut la dràstica conseqüència que està produint entre nosaltres, és a dir, canviar l'ordre judicial competent per conèixer dels afers de responsabilitat patrimonial de l'Administració. A Alemanya i a Itàlia la responsabilitat civil de l'Administració es regeix pel Dret privat i s'exigeix davant els Tribunals civils, per la qual cosa la contractació d'assegurances (el seu grau de difusió és molt variable, d'altra banda) no produeix cap alteració de règim jurídic. A França que, amb un sistema de responsabilitat patrimonial contenciós, quant a la configuració d'un règim específic per a les Administracions Públiques -que està assignat a la jurisdicció administrativa-, és la referència més pròxima al sistema espanyol, les assegurances de responsabilitat civil existeixen però, per descomptat, no han produït el resultat de privar el Consell d'Estat i els altres òrgans de la justícia administrativa de la seva jurisdicció per conèixer d'aquest tipus d'afers. Els particulars poden exercir a la via civil l'acció directa contra l'assegurador, naturalment, però no poden aprofitar-ho per traslladar també a la jurisdicció civil l'acció de responsabilitat contra l'Administració. Es tracta, en definitiva, del vell aforisme de Papiniano *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (D. 2, 14, 38).

4.2. Els interessos de l'art. 20 LCS.

Encara que, com hem vist, els perjudicats no necessiten acudir a la via civil perquè es declari la responsabilitat de l'Administració, i malgrat que la sentència contenciosa administrativa vincula també l'assegurador si se li ha donat l'oportunitat de participar en el procediment administratiu i en el procés contenciós, hi ha una raó important perquè els interessats deixin de costat la via administrativa i demandin en via civil l'assegurador (acció directa de l'art. 76 LCS) i fins i tot també l'Administració responsable del dany (a l'empara, en aquest cas, de la jurisprudència de la Sala de Conflictes de Competència que hem estudiat). L'art. 20 LCS imposa a l'assegurador (no al causant del dany) l'obligació d'abonar al tercer perjudicat la indemnització en tres mesos, o almenys una quantitat provisional, en el termini de quaranta dies, i disposa a més que la indemnització que finalment es fixi meritara interessos des de la data de producció del dany (interessos que es liquidaran retroactivament), aplicant-se en cas de demora un tipus d'interès agreujat que pot arribar fins al 20%. Es tracta d'interessos molt superiors a aquells que ha d'abonar l'Administració.

A la jurisprudència trobem múltiples sentències en què, havent-se demandat l'Administració i el seu assegurador, se'ls condemna solidàriament al pagament de la indemnització i es condemna, a més, l'assegurador a pagar, en exclusiva, els interessos de l'art. 20 LCS (o bé, en alguns casos, es deneguen els interessos per entendre que l'assegurador s'havia negat a pagar la indemnització basant-se en un motiu raonable, com estableix el propi art. 20): així, les sentències de l'AP d'Almeria de 14 d'abril de 1998, de l'AP de Valladolid de 22 de juliol de 1998, de l'AP d'Àlaba de 6 de febrer de 1999, de l'AP de Biscaia de 23 de juny de 1999, de l'AP de Lleó de 7 de juliol de 1999, de l'AP d'Àlaba de 17 de gener de 2000, de l'AP de Barcelona de 2 de febrer de 2000, de l'AP de Múrcia de 14 de febrer de 2000, de l'AP de València de 13 d'abril de 2000, de l'AP de Múrcia de 15 de maig de 2000, de l'AP de Madrid de 19 d'abril de 2001, i de l'AP d'Alacant de 5 de novembre de 2001.

En altres casos, com el resultat per la sentència de l'AP de Lleida de 15 de març de 2000, és l'Administració qui després d'haver pagat al particular la indemnització fixada en una sentència contenciosa administrativa, reclama a l'assegurador el reemborsament de la indemnització junt amb els interessos de l'art. 20 LCS.

També es donen casos, com per exemple la Sentència de l'AP de Badajoz de 17 de gener de 2000, en els quals el perjudicat demanda únicament l'assegurador (acció directa en sentit estricte). Aquesta sentència desestima la petició d'interessos, però perquè entén que la negativa de l'assegurador a pagar la indemnització es recolzava en una causa atencible.

Això significa que l'assegurador ha de pagar al tercer perjudicat (o a l'Administració assegurada, si aquesta ha indemnitzat prèviament la víctima del dany) una quantitat superior a la que hauria d'abonar l'Administració responsable del dany. L'assegurança ja no és neutral per al perjudicat, sinó que és favorable, en atorgar-li una indemnització superior. Naturalment, aquest avantatge no és gratuït per l'Administració, sinó que repercuteix en el cost de les primes i es converteix en una raó més que desaconsella la contractació d'assegurances de responsabilitat civil: el legislador ha fixat uns determinats interessos de demora per a l'Administració, i aquesta paga indirectament, via prima d'assegurança, uns interessos més alts, la quantia dels quals depèn a més, en part, de la negligència de l'assegurador. Aquest avantatge per al tercer perjudicat es redueix en la mesura que la suma assegurada sigui inferior a l'interès objecte d'assegurança, ja que en aquests casos, i per aplicació de la regla proporcional (art. 30 LCS), la indemnització a càrrec de l'assegurador (sobre la qual es calculen els interessos de l'art. 20) no cobreix la integritat del dany patit pel particular.

5. Sentències citades.

Sentències del Tribunal Suprem

Sala i data	Repertori	Magistrat Ponent	Parts
1a, 3.10. 1994	Ar. 7443	Matías Malpica González-Elife	EDES c. Unión Fenosa, Administració de l'Estat i altres Administracions
1a, 31.10.1995	Ar. 7734	José Almagro Nosete	D. Elie D. M. c. Administració de l'Estat i "Vigilancia e Instalaciones", SA
Sala Especial de conflictes de competència, 27.12.2001	Ar. 4086 (2002)	José María Álvarez- Cienfuegos Suárez	D. Biel B. L. c. RENFE i la seva asseguradora
Sala Especial de conflictes de competència,	http://www.aeds.org/	Xavier O'Callaghan Muñoz	Particular c. RENFE i la seva asseguradora

21.10.2002			
------------	--	--	--

Sentències de les Audiències Provincials

Secció, data i Audiència	Repertori	Magistrat Ponent	Parts
1a, Almeria, 14.4.1998	AC 918	Rafael García Laraña	Aj. d'Adra
1a, Valladolid, 22.7.1998	AC 1623	Miguel Ángel Sendino Arenas	Aj. de Tordesillas
Àlaba, 6.2.1999	AC 6385	Mercedes Guerrero Romeo	Aj. de Campezo
3a, Biscaia, 23.6.1999	AC 7791	María Concepción Marco Cacho	Aj. de Sopelana
2a, Lleó, 7.7.1999	AC 7327	Miguel Ángel Amez Martínez	Aj. de Lleó
Àlaba, 17.1.2000	AC 923	Ramón Ruiz Jiménez	Aj. d'Amurrio
2a, Badajoz, 17.1.2000	AC 63	Fernando Paumard Collado	CASER
15a, Barcelona, 2.2.2000	AC 571	José Luis Concepción Rodríguez	Aj. de Barcelona
6a, València, 13.2.2000	AC 3794	Vicente Ortega Llorca	Aj. de València
2a, Múrcia, 14.2.2000	JUR 97017	Cristina Pla Navarro	Aj. de Cartagena
2a, Lleida, 15.3.2000	AC 963	Miguel Gil Martín	Diputació Provincial de Lleida
5a, Múrcia, 15.5.2000	AC 2574	José Manuel Nicolás Manzanares	Aj. de Cartagena
21a, Madrid, 19.4.2001	JUR 243845	María Almudena Cánovas del Castillo Pascual	Aj. de Madrid
6a, Alacant, 5.11.2001	JUR 2002\31363	Francisco Javier Prieto Lozano	Aj. de Calp

6. Bibliografía.

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

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

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

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

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

Oriol MIR PUIGPELAT, "La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la administración: una polémica que no cesa (Comentario a los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y 21 d'octubre de 2002 y propuesta de reforma legislativa)", treball de pròxima aparició al Llibre-homenatge al professor Rafael Entrena i que he pogut utilitzar per amabilitat del seu autor

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

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

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

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