

EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: PROCEDIMIENTO Y JURISDICCIÓN *

Juan Manuel ALEGRE ÁVILA

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Cantabria.
Ex Letrado del Tribunal Constitucional

I

1. El Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [en adelante, LRJ-PAC], lleva por epígrafe “De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio”. Su artículo 142.6 (“Procedimientos de responsabilidad patrimonial”) contiene este texto:

“La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, *cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive*, pone fin a la vía administrativa”.

El artículo 144 LRJ-PAC (“Responsabilidad de derecho privado”), en la redacción introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, dice:

“Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. *La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley*”.

Los preceptos transcritos se ubican en el Capítulo I (“Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública”) del Título X LRJ-PAC. El Capítulo II de éste, integrado por los artículos 145 y 146, regula la “responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”. El primero de los citados (“Exigencia de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”), cuya versión actual proviene asimismo de la Ley 4/1999, establece:

“1. *Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título*, los particulares exigirán *directamente* a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, 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.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

* Ponencia presentada en el marco del XIII Congreso Derecho y Salud

3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.

4. La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa.

5. Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes”.

La Disposición adicional duodécima, asimismo procedente de la Ley 4/1999, incorpora este texto:

“La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso”.

2. La Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [en adelante, LJCA], contiene en su artículo 2 un elenco de cuestiones atribuidas al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. Entre aquéllas figura la consignada en el apartado e), que, en la redacción dada por el apartado Uno de la Disposición adicional decimocuarta de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, dice así:

“La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”.

3. La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial [en adelante, LOPJ], precisa en su artículo 9 las atribuciones de los diferentes órdenes jurisdiccionales. Las del orden contencioso-administrativo vienen así especificadas, de acuerdo con la versión introducida por el artículo único.1 de la antes citada Ley Orgánica 19/2003:

“Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Reales Decretos Legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho.

Conocerán, asimismo, 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 aquéllas”.

4. El Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial [en adelante, RPRP]. De acuerdo con su artículo 1.2 sus disposiciones “son de aplicación a los procedimientos que inicien, instruyan y resuelvan *todas* las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial por su actuación en relaciones de derecho público o derecho privado”.

II

1. La LRJ-PAC sujetó *toda* la responsabilidad patrimonial (*recte*: civil extracontractual) de las Administraciones Públicas, ya de derecho público, ya de derecho privado (“cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive”), a sus prescripciones, esto es, instauró con carácter general la responsabilidad *objetiva* de aquéllas. Una sujeción de índole universal, pues a la Administración se imputaba igualmente la de sus

funcionarios y agentes (vale decir, la responsabilidad por la producción de daños -lesión, en sentido técnico- cuyo autor individual fuera nítida y perfectamente identificable), sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición. Dimensión sustantiva de la responsabilidad de la Administración a la que sigue la vertiente procedimental-procesal, a saber, los mecanismos a través de los que puede ejercitarse la acción de responsabilidad.

Esta acción de responsabilidad tiene una primera fase que se desenvuelve ante la propia Administración: la petición de responsabilidad que inicia el procedimiento administrativo de reconocimiento y declaración de aquélla, y que regula, en desarrollo de los artículos 139 y siguientes LRJ-PAC, el RPRP. Procedimiento que culminará con el dictado de la oportuna resolución o acto definitivo (el silencio tiene en todo caso valor negativo, esto es, a la falta de notificación en plazo -seis meses en el procedimiento ordinario; uno, en el abreviado- de la pertinente resolución se anuda la desestimación presunta por silencio de la petición de responsabilidad), que, al agotar además la vía administrativa, abre las puertas para que la acción de responsabilidad pueda ser ejercida en vía judicial mediante la interposición del oportuno recurso contencioso-administrativo.

Procedencia de la vía contencioso-administrativa que proclama expresamente el apartado e) del artículo 2 LJCA. En su versión inicial, la de 1998, la LJCA atribuyó al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de:

“La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social”.

La promulgación de la LJCA fue acompañada, por razón de coherencia sistemática, de la modificación del artículo 9.4 LOPJ, llevada a cabo, en la misma fecha que la anterior, por el artículo único.1 de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio. En el texto de aquél se introdujo un párrafo segundo con la siguiente dicción:

“Conocerán [los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo], *asimismo*, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquier 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 dedu-

cirá *también* frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional”.

Este párrafo segundo del artículo 9.4 LOPJ (versión de 1998) contiene dos precisiones en relación con el homólogo de la LJCA. Así, hace expresa mención de la responsabilidad “del personal” al servicio de las Administraciones Públicas, en consonancia con la solución de la LRJ-PAC y del RPRP. Por otro lado, incluye una referencia a los sujetos privados que hubieren concurrido a la producción del daño a efectos de instaurar la unidad de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, con superación, así, de la eventual ruptura de la “continencia de la causa” derivada de la (hasta entonces) imposibilidad, o, cuanto menos, renuencia, de demandar ante la jurisdicción contencioso-administrativa a sujetos de derecho que no tuvieran la consideración de Administración Pública.

Esta ampliación del ámbito subjetivo de la jurisdicción contencioso-administrativa se inscribe en la lógica inaugurada por la LJCA, a saber, la prohibición de que la Administración (“cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive” la exigencia de responsabilidad) sea demandada (“por este motivo”, *id est*, por razón de la antecitada exigencia de responsabilidad) ante los órdenes jurisdiccionales civil o social. De este modo, y frente a la práctica consagrada al amparo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 de demandar en vía civil a la Administración y a los sujetos privados que eventualmente hubieran concurrido a la producción del daño (singularmente, concesionarios y contratistas de la Administración), la LJCA de 1998, de manera implícita, y la LOPJ (versión de 1998), de modo expreso, optan por atraer a aquellos sujetos privados, en calidad de demandados, al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, solución que, naturalmente, presupone su necesaria intervención como interesados en el previo procedimiento administrativo de reconocimiento y declaración de responsabilidad.

2. Así pues, de la puesta en común de la LRJ-PAC y de la LJCA (con el complemento de la LOPJ) se desprende: a) la entera responsabilidad de la Administración Pública, ya de derecho público, ya de derecho privado, se elucida conforme a las reglas de la LRJ-PAC, esto es, según las pautas y criterios de la llamada responsabilidad objetiva; b) el procedimiento administrativo de reconocimiento y declaración de dicha responsabilidad es el que, en desarrollo de la LRJ-PAC, regula el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo [disposición reglamentaria que, en su Disposición adicional primera, declaró la sujeción a sus prescripciones de las reclamaciones por “responsabili-

dad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria”; Disposición adicional que el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1994 -Arz.: 1994/7.998- entendió acorde con la unidad sustantiva, procedimental y jurisdiccional que en materia de responsabilidad de la Administración había introducido la LRJ-PAC de 1992; con posterioridad, la Ley 4/1999, de 13 de enero, llevó al texto de la LRJ-PAC una Disposición adicional duodécima que elevaba a rango legal el contenido de la citada Disposición adicional primera RPRP]; y c) el orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración es el contencioso-administrativo (conocimiento que, conforme a la naturaleza de dicho orden jurisdiccional, se produce mediante la impugnación, a través del oportuno recurso contencioso-administrativo, de las resoluciones -o desestimaciones presuntas por silencio- dictadas en los procedimientos de responsabilidad patrimonial *ex* artículos 142.6 y 7 y 143.1 y 3 LRJ-PAC).

3. La unidad jurisdiccional en material de responsabilidad de la Administración data, pues, de 1998 [introducida por el artículo 3 b) de la Ley jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956, fue pronto superada, al menos para la Administración del Estado, por el sistema dual que consagraron los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 27 de julio de 1957, que remitía a la jurisdicción contencioso-administrativa la responsabilidad de derecho público y a la jurisdicción ordinaria, esto es, a los Tribunales del orden civil, la de derecho privado]. No obstante, podía considerarse restablecida ya desde 1992 con la promulgación de la LRJ-PAC, dada la derogación de la citada Ley de 1957, que habría supuesto la recuperación de vigencia del artículo 3 b) de la Ley jurisdiccional de 1956, que meramente había quedado desplazada (efecto inherente a la llamada derogación tácita, que no expresa) por aquella. Esta, en definitiva, es la tesis sostenida en el antes aludido Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1994 (anterior, por tanto, a la LJCA de 1998), que no sólo afirma la unidad sustantiva (de régimen jurídico: responsabilidad objetiva), procedimental y jurisdiccional de la responsabilidad de la Administración a partir de la LRJ-PAC, sino que, en consonancia con el sistema unitario que introduce, resuelve en favor del orden jurisdiccional conten-

cioso-administrativo un conflicto positivo de competencias en un asunto relativo a la reclamación de responsabilidad por la prestación sanitaria llevada a cabo por el Institut Català de la Salut, al entender que, desde su entrada en vigor, quedaban extramuros de las prestaciones de la Seguridad Social, y, por ende, de la competencia, del orden jurisdiccional social, las cuestiones atinentes a aquella responsabilidad, tal y como estableció la Disposición adicional primera RPRP, cuya legalidad, en consecuencia, afirma.

Precisamente, en este ámbito de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, la competencia del orden contencioso-administrativo frente al social ha sido reafirmada, y la cita se hace a título de ejemplo, por el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2001 -ponente: Sampedro Corral; Arz.: RJ 2001/9113-. Una competencia del primero de los órdenes referidos que la Sala de Conflictos ha extendido al supuesto de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial: así, Auto 36/2000, de 20 de diciembre -ponente: Maurandi Guillén; Arz.: RJ 2001/9099-.

Por el contrario, la Sala de lo Civil de Tribunal Supremo ha afirmado su competencia para conocer de un litigio en que se demandaba conjuntamente a Osakidetza-Servicio Vasco de Salud y a un médico que prestaba sus servicios para el mismo, sobre la base de que los hechos se produjeron con anterioridad a la modificación de la LRJ-PAC por la Ley 4/1999 (que introdujo en el texto de aquella la nueva Disposición adicional decimosegunda) y a la entrada en vigor en 1998 de la LJCA, que supuso la consiguiente modificación de la LOPJ. Postura que se enmarca en la doctrina de la Sala de la evitación del “peregrinaje de jurisdicciones”: así, Sentencia de 30 de enero de 2004, fundamento jurídico primero -ponente: González Poveda; Arz.: RJ 2004/439-. Una doctrina, y el consiguiente debate acerca del fuero jurisdiccional, que, en lo concerniente a la responsabilidad de las autoridades y el personal al servicio de Administraciones Públicas han quedado superados, como se dirá más abajo, con la derogación de la Ley de 1904 y, de manera específica para el caso de la responsabilidad en el ámbito médico-sanitario, con la introducción de la referida Disposición adicional decimosegunda en el texto de la LRJ-PAC.

III

1. Unidad jurisdiccional en relación con la entera responsabilidad *de la* Administración (y su correlato, reverso de aquella, de la prohibición de que la Adminis-

tración “sea demandada ante los órdenes jurisdiccionales civil o social”) que en 1998, en el texto reformado de la LOPJ, si bien no en el de la LJCA, incorporará una ampliación subjetiva, al consignarse en el segundo inciso del párrafo segundo del artículo 9.4 LOPJ (redacción introducida por el artículo único.1 de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio; ley -orgánica- de la misma fecha que la LJCA) que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá “también” de las pretensiones del demandante frente a los “sujetos privados” que hubieran concurrido “a la producción del daño”. Previsión que razonablemente tenía en su punto de mira a los *contratistas* (y *concesionarios*) de la Administración, habida cuenta de que el procedimiento de declaración de responsabilidad de aquéllos (artículos 121.2 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, para los concesionarios, y 134 del Reglamento general de Contratación del Estado de 1975 -aprobado por Decreto 3.410/1975, de 25 de noviembre-, para los contratistas en general) había quedado desvirtuado con la admisión por el orden jurisdiccional civil de las demandas de responsabilidad dirigidas frente a los contratistas (y concesionarios de servicios públicos, en particular) de la Administración, ya fueran demandados sólo aquéllos (y sus aseguradores), ya lo fueran junto con la Administración (en clara vulneración en este caso de la legislación procesal civil, que prohibía la acumulación de acciones incompatibles, carácter que se desprendía de la exigencia de que el fuero de la Administración, cuando actuaba en relaciones de derecho público, era el contencioso-administrativo).

A) La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, contempló en su artículo 98 el régimen de responsabilidad por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la ejecución de un contrato administrativo. El texto de aquél decía así:

“1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

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

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

El precepto transcrito establece, en punto al propuesto régimen de responsabilidad, una regla material y un cauce procedimental. En virtud de la primera, la responsabilidad por la ejecución del contrato se imputa al contratista, de cuya cuenta correrá la oportuna indemnización, salvo que concurra alguna de las dos excepciones contempladas (que, en consecuencia, desplazan la responsabilidad a la Administración), a saber, la orden de la Administración y los vicios del proyecto elaborado por la Administración en los contratos de obra y de suministro de fabricación (el artículo 219 LCAP contiene una regla especial sobre responsabilidad derivada de la ejecución o explotación de las obras que traigan causa de los defectos o errores del proyecto elaborado al amparo de un contrato de elaboración de proyectos). El cauce procedimental es el previsto en el número 3: el requerimiento, en el año siguiente a la producción del hecho dañoso, al órgano de contratación para que éste, con audiencia del contratista, se pronuncie sobre la imputación de responsabilidad; requerimiento (“ejercicio de esta facultad”, en la dicción legal) que “interrumpe el plazo de prescripción de la acción *civil*”.

El artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos para las Administraciones Públicas [en adelante, LCAP], reproduce el texto del artículo 98 de la Ley de 1995, sin otra modificación que la supresión del término “civil” que acompañaba al de acción en el segundo inciso del número 3 de aquél.

B) De la conjunción de las antecitadas reglas materiales y procedimental surge de inmediato la pregunta sobre el orden jurisdiccional competente para conocer de las pretensiones de responsabilidad en el ámbito de la contratación. A la vista de la redacción del número 3, que configura en términos facultativos (“podrán”, “ejercicio de esta facultad”) el requerimiento dirigido al órgano de contratación, es factible concluir en que la responsabilidad del contratista *únicamente* podría hacerse valer en el orden jurisdiccional civil, ante el que, además (desde 1998), ya

no cabría demandar a la Administración contratante. Conclusión a la que prestaría un indiscutido aval el último inciso del referido número 3: si el aludido requerimiento (conceptuado como ejercicio de una “facultad”) “interrumpe el plazo de prescripción de la acción” (civil, en la precisión de la Ley de 1995, si bien desaparecida en el Texto Refundido de 2000), parece oportuno sostener que aquél es un requisito de procedibilidad (y aun esta configuración admitiría una objeción de peso: el carácter de requisito, condición o presupuesto de una acción no se compadece con su ejercicio meramente “facultativo”) de la acción (civil), una “reclamación previa a la vía judicial civil” de los artículos 122 a 124 LRJ-PAC (si bien configurada, como se ha apuntado, de modo facultativo y no prescriptivo). No, por tanto, la reclamación que inicia el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial (artículos 142 y 143 LRJ-PAC y RPRP), cuya resolución (o silencio, en su caso) abre las puertas de la vía contencioso-administrativa.

De aceptarse esta interpretación la “unidad jurisdiccional” en el ámbito de la responsabilidad, introducida (mejor, reintroducida, pues ya figuraba en el texto de la Ley jurisdiccional de 1956) en 1998 por la LJCA, conocería una primera fisura, la atinente a la materia contractual. Una fisura, en todo caso, que no excluiría *a radice*, como veremos, el conocimiento por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de pretensiones sobre responsabilidad por la ejecución de un contrato administrativo, en la medida en que, junto al contratista, se demande a la Administración contratante, supuesto en el que, como señala el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2003, del que pasamos a ocuparnos, la competencia ha de localizarse en el contencioso-administrativo.

C) En efecto, el antecitado Auto de 11 de abril de 2003 [ponente: Ortega Torres; RJ 2003/8694] se pronuncia en favor de la competencia del orden jurisdiccional civil en un supuesto en el que “el reclamante de indemnización por responsabilidad extracontractual no ha ejercitado el derecho que le reconoce el artículo 97.2 de la disposición citada [la LCAP; *sic*: parece que debiera ser el número 3 del artículo 97], ni tampoco ha dirigido su demanda de responsabilidad contra la Administración sino, *exclusivamente*, contra la empresa contratista” (fundamento de derecho segundo). En esta tesitura, de la demanda de responsabilidad frente a la empresa que tenía contratada la conservación y explotación de un tramo de autovía, entablada primero ante el orden civil y luego, tras la oportuna declaración de incompetencia, en el orden con-

tencioso-administrativo, que asimismo se declaró incompetente (antecedentes de hecho primero y segundo), debe conocer, dice la Sala de Conflictos del Supremo, el orden jurisdiccional civil. Esta es la argumentación que desarrolla el fundamento de derecho tercero:

“En función de la naturaleza de la acción ejercitada, dirigida *exclusivamente* contra el contratista, ha de determinarse la jurisdicción competente para conocer de la misma que *en modo alguno* corresponde a la jurisdicción Contencioso-Administrativa como dijimos en Auto de 12 de julio de 2000, *cuando la Administración Pública no ha sido demandada* conforme a lo dispuesto en el artículo 21.1 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción vigente por cuanto que, como resulta también de lo dispuesto en el artículo 3 a) de la mencionada Ley, no corresponderán al orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración, correspondiendo por el contrario a la jurisdicción Contencioso-Administrativa el conocimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza, actividad o tipo de relación del que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social [artículo 2 e) de la Ley de la Jurisdicción]”.

Y continúa:

“De todo ello se infiera que *solamente* queda atribuido el conocimiento de la responsabilidad extracontractual de la Administración a la jurisdicción Contencioso-Administrativa cuando dicha reclamación se dirija frente a una Administración Pública, mas no cuando, como en el presente caso, la acción *exclusivamente* se ejercita frente a la empresa contratista”.

Y como corolario del párrafo inmediatamente transcrito:

“*Distinto* sería el criterio a adoptar, como expresábamos en el Auto antes citado, si el demandante hubiera dirigido la acción *contra la Administración y contra el contratista* ya que, en este hipotético supuesto, sería aplicable lo dispuesto en el artículo 2 e) de la Ley Reguladora y 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial correspondiendo el conocimiento del asunto a la jurisdicción Contencioso-Administrativo, mas faltando aquel elemento subjetivo determinante

de la jurisdicción, cual es el que la acción se ejercite contra la Administración Pública, falta también el requisito previo para que dicha jurisdicción se atribuya al citado orden jurisdiccional”.

D) El Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2000 [ponente: Lecumberri Martí; RJ 2001/1795], al que se remite el de 11 de abril de 2003, encara una reclamación de responsabilidad dirigida únicamente contra el Director de un departamento universitario (fundamento de derecho primero). La pretensión entablada ante el orden civil conoció una respuesta de declaración de incompetencia, seguida de otra pronunciada por el orden contencioso-administrativo (antecedentes de hecho primero y segundo). La Sala de Conflictos se pronuncia en favor del primero de los órdenes implicados, luego de constatar que “la <causa petendi> se fundamenta en la Ley de 5 de abril de 1904; el Reglamento de 22 de septiembre de 1904; la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 1902 del Código Civil” (fundamento de derecho primero). Este es el razonamiento:

“La demanda inicialmente formulada ante el Juzgado de Primera Instancia [...] fue presentada el 30 de marzo de 1999; es decir, cuando ya se había promulgado, aunque no había entrado en vigor, la Ley 4/1999, de 13 de enero -que modifica la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común-, en cuya disposición derogatoria única abroga la Ley de 5 de abril de 1904 y el Real Decreto de 23 de septiembre de 1904, relativos a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos; normas en las que, según hemos indicado, se sustenta la pretensión indemnizatoria formulada por el actor, que también se cimienta en el citado artículo 1902 del Código Civil -reglamentador de la culpa extracontractual o aquiliana-“.

Constatada la pertinencia de aplicar la Ley y su Reglamento de 1904, que disciplinaban la responsabilidad civil de los funcionarios, se concluye en la competencia del orden civil sobre la base del siguiente argumento:

“Precisamente, en la naturaleza de la acción ejercitada, dirigida *exclusivamente* contra el funcionario causante de los daños y perjuicios reclamados, gravita la respuesta que podemos dar, en orden a la jurisdicción que consideramos competente, pues difícilmente puede proyectarse sobre la jurisdicción contencioso-administrativa cuando la

Administración Pública no ha sido demandada -artículo 21.1 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción-, y, según resulta del artículo 3 a) de la mencionada Ley, no corresponderán al orden jurisdiccional contencioso-administrativo: <Las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración Pública>”.

Y, como contraste, a fin de remarcar la conclusión alcanzada, se extrae el oportuno corolario en el último párrafo del fundamento de derecho segundo:

“*Distinto* sería nuestro parecer si el demandante hubiera dirigido la acción *contra la Administración y contra el elemento subjetivo que incardinó la voluntad del Departamento* de Economía de la Empresa y Contabilidad de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la UNED, pues en este hipotético supuesto sería aplicable lo establecido en los artículos 2 e) de la Ley Reguladora, 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio -modificada por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio-, y el artículo 145 de la mentada [*sic*] Ley 4/1999, de 13 de enero -publicada en el BOE núm. 12, de 1999-“.

E) La contratación y la función pública aparecen, así, como dos vetas o fisuras en el entramado de la unidad jurisdiccional en el ámbito de la responsabilidad. Dos vectores, empero, de caracteres e implicaciones muy diferentes, pues, de un lado, la responsabilidad civil de las autoridades y personal al servicio de la Administración ha desaparecido en 1999 con la reforma del artículo 145 LRJ-PAC, de suerte que sólo subsiste la eventual vía de regreso cuando se declare la responsabilidad *de la Administración*; y, de otro, porque este mecanismo que permitía exigir del orden jurisdiccional civil la responsabilidad de las autoridades y del personal de la Administración, encontraba su soporte normativo en una Ley de 1904, en un momento en el que la responsabilidad *de la Administración* no se hallaba asentada, más allá de la singular referencia del párrafo quinto del artículo 1903 del Código Civil a la responsabilidad del Estado por la actuación de un agente especial, de suerte que subsistió, tras la consagración general de la responsabilidad de las Administraciones Públicas en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, como una pieza desvinculada institucionalmente del mecanismo de la responsabilidad de la Administración.

F) Desaparecida, pues, la posibilidad de instar ante el orden jurisdiccional civil la responsabilidad de las autoridades y el personal al servicio de la Administración, la

contratación subsiste, ante de abordar el supuesto del aseguramiento de la responsabilidad de aquélla, como excepción al principio de unidad jurisdiccional en el ámbito de la responsabilidad de las Administraciones Públicas. Excepción que, como se ha dejado dicho, encuentra un firme apoyo, en el plano formal, en la letra del artículo 98.3 de la Ley de Contratos de 1995 (97.3 en la versión del Texto Refundido de 2000), que, no obstante, no cierra el paso a que sea el orden contencioso-administrativo el conocedor de las demandas de responsabilidad, de haber el afectado requerido a la Administración para que se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad, y recurrido ulteriormente el acto administrativo (o la desestimación presunta por silencio) que pone fin al procedimiento de declaración de responsabilidad patrimonial (artículos 142.6 y 7 y 143.1 y 3 LRJ-PAC). Impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa que, del mismo modo, puede ser hecha valer por el propio contratista disconforme con la resolución administrativa de declaración de responsabilidad.

La eventualidad de que el orden contencioso-administrativo incluya en sus pronunciamientos condenas a sujetos privados (aquí, por utilizar la fórmula al uso, concesionarios y contratistas) había, con anterioridad a la 1998, adquirido carta de naturaleza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así, de modo ejemplar, en la Sentencia de 25 de enero de 1992 [Arz.: 1.343]. La LJCA abunda en esta idea. La unidad jurisdiccional que consagra el artículo 2 e) tiene su correlato en otros preceptos de los que, inequívocamente, se infiere dicha posibilidad. Así, el inciso del artículo 71.1 d) que, entre los pronunciamientos referidos a la estimación de la pretensión de resarcir daños y perjuicios (artículo 31.1 LJCA), singulariza la fijación, a continuación de la declaración “en todo caso [d]el derecho a la reparación”, de “*quién* viene obligado a indemnizar”, apunta inequívocamente en la línea de que no sólo la Administración puede ser destinataria de la referida condena, también en otros sujetos, por el título que fuere (sujetos que hoy, tras la última reforma llevada a cabo por el artículo único.1 de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, pormenoriza el artículo 9.4 LOPJ), puede recaer la indicada obligación, correlato de la identificada responsabilidad.

Así pues, afirmada la eventual presencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en el enjuiciamiento de la responsabilidad dimanante de la contratación pública (competencia que el arriba citado Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2003 afirma de manera indubitada), la cuestión se

desplaza a determinar si en este ámbito pervive la dualidad jurisdiccional (tesis amparada en el tenor literal de la norma, como se ha puesto de relieve) o, por el contrario, aquella dualidad puede entenderse superada por la entrada en vigor en 1998 de la LJCA y la paralela modificación de la LOPJ.

La pervivencia de la dualidad jurisdiccional, y el extremo ha de ser resaltado una vez más, implica que, de concluirse en la existencia de responsabilidad por la generación de daños y perjuicios derivados de “las operaciones que requiera la ejecución del contrato” *ex* artículo 97.1 [versión de 2000; 98.1 en la de 1985], aquélla no siempre podrá ser imputada al contratista, que, si responsable con carácter general, no responderá de los referidos daños y perjuicios de anudarse éstos a una orden de la Administración o a un vicio del proyecto, títulos atributivos de la responsabilidad a la Administración. En consecuencia, por tanto, el orden jurisdiccional civil (ante el que desde 1998 ya no puede demandarse a la Administración) ha de desestimar la demanda formulada contra el contratista de apreciar la concurrencia de alguno de los títulos que permiten imputar la responsabilidad no al contratista sino a la Administración. En esta tesitura, pues, el afectado podría encontrarse, de haber optado por la vía jurisdiccional civil, con la eventual prescripción de su acción frente a la Administración, consecuencia ineluctable (cabe sostener) en el caso de que no haya formulado el requerimiento a que se refiere el número 3 del artículo 97 LCAP [98 en la versión de 1995], y, aun, en el supuesto de que lo ha haya hecho, pues aquel requerimiento “*interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil*” (último inciso del artículo 98.3 de la Ley de Contratos de 1995; conclusión asimismo defendible, aun con el tenor del artículo 97.3 del texto de 2000, que suprime el calificativo “civil”, en la hipótesis que se viene considerando), mas no el de interposición del recurso contencioso-administrativo (esto es, el de ejercicio de la acción contencioso-administrativa).

La superación de esta dualidad jurisdiccional podría argumentarse del modo que sigue. Sobre la base de la evitación de los inconvenientes que aquella dualidad comporta, cifrados en la ruptura de la “*continencia de la causa*” (mas ya no, desde 1998, y de modo paradójico, el “*peregrinaje de jurisdicciones*”, ante la preclusión de la acción contencioso-administrativa de haberse seguido la acción ante el orden civil), el sistema de la Ley de Contratos de 1995 (la versión vigente, de 2000, se contiene en un Texto Refundido, que no innova, sin perjuicio del matiz al que se alude más abajo, la única regulación sustantiva incorporada al mismo, la de, en este extremo,

1995) habría dado paso, con la lógica institucional derivada del principio instaurado, a la unidad jurisdiccional en el ámbito de la responsabilidad. Una unidad asentada en la previa e inexcusable declaración de responsabilidad por parte de la Administración, tal y como se desprende del propio tenor del número 4 del artículo 97 LCAP [98 en la versión de 1995], según el cual el requerimiento de los terceros se formulará “en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”, esto es, de conformidad a la LRJ-PAC (artículos 142 y 143) y al RPRP. En esta línea discursiva, por tanto, el aludido requerimiento, antes que una modalidad de reclamación administrativa previa a la vía judicial civil, se configuraría como verdadero y propio ejercicio de la única acción de responsabilidad existente, la que se desenvuelve en la secuencia procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial/impugnación contencioso-administrativa.

En apoyo de esta tesis podría acudir al tenor del párrafo segundo del artículo 9.4 LOPJ en la versión introducida por el artículo único.1 de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio [dictada para adecuar su contenido al del artículo 2 e) LJCA, si bien la precisión incorporada a aquél haya estado ausente del texto de la ley jurisdiccional hasta la modificación del artículo 2 e) de ésta por la Disposición adicional decimocuarta.1 de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre]. En efecto, a la unidad jurisdiccional en el ámbito de la responsabilidad no es óbice el que “a la producción del daño hubieran *concurrido* sujetos privados” (“particulares”, en la dicción del artículo 2 e) LJCA, tras la modificación de 2003), pues en este caso “el demandante deducirá *también* frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional” [el contencioso-administrativo].

Podría argüirse que la “conurrencia” a que el precepto se refiere ha de revestir una connotación peculiar, la atinente al proceso “causal” de producción del daño (conurrencia de causas), de suerte que sólo en este caso estaría justificada la unidad jurisdiccional y, por ende, la necesidad de demandar en vía contencioso-administrativa, junto a la Administración, a los “sujetos privados” o “particulares” (en nuestro caso, concesionarios y contratistas). Mas este entendimiento de la conurrencia determinante de la unidad jurisdiccional (en cuyo caso podría traerse a colación un supuesto específico de conurrencia previsto en la LRJ-PAC, la responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas de su artículo 140), antes que un criterio de reparto jurisdiccional es una regla principio de orden, que localizaría en la unidad jurisdiccional el instrumento idóneo a fin de elucidar la concreta atribución

de responsabilidad y, por ende, la determinación, en concreto, de la eventual conurrencia “causal” en la producción del daño (con las consecuencias indemnizatorias pertinentes en cuanto al reparto o distribución de la responsabilidad) o, meramente, de la conurrencia “subjetiva” en la actividad generadora del daño. En suma, pues, un artificio para lograr la ruptura, de acuerdo con la argumentación que se viene siguiendo, de la continencia de la causa (procesal).

En fin, la supresión del adjetivo “civil” del texto del último inciso del artículo 98.3 de la Ley de Contratos de 1995 en la versión del Texto Refundido de 2000 (el artículo 97.3 de este último, como se ha dicho en varias ocasiones, meramente habla de “acción”) coadyuvaría en la interpretación propuesta. La armonización a que debe atender todo Texto Refundido, como modalidad específica de la delegación legislativa (82.5 de la Constitución), permitiría dar cuenta del cambio introducido en la versión de la Ley de Contratos de 2000, en consonancia, así, como la lógica institucional que anima la responsabilidad de la Administración desde 1998.

2. El aseguramiento de la responsabilidad de la Administración ha abierto un nuevo frente en el principio de la unidad jurisdiccional. El debate se abrió con anterioridad a la promulgación de la LJCA, si bien, como veremos, la peculiaridad que en el régimen del contrato de seguro supone la acción directa del artículo 76 de la Ley 50/1980 es la que ha propiciado la diversidad de soluciones en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, que ha concluido con la decantación de un criterio en la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo y, finalmente, con la intervención del legislador en 2003 a fin de imponer una solución que corrige la alcanzada por aquélla.

A) Tomemos un par de muestras. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 22 de diciembre de 1995 -ponente: Martínez García; Arz.: AC 1995/2.292- conoce de un asunto en que la demandada era exclusivamente la aseguradora de una Administración sanitaria por los daños y perjuicios derivados de un diagnóstico erróneo y posterior intervención quirúrgica (fundamentos de derecho primero, tercero y cuarto). En apelación, aquélla reitera la falta de litisconsorcio pasivo necesario, por entender “que se tenía que haber demandado también al personal sanitario directamente responsable de los hechos, y en su caso a sus respectivas compañías aseguradoras” (fundamento de derecho segundo). Alegación a la que la Sentencia dará la siguiente respuesta:

“[...] cuando se pone de manifiesto que hubo conducta culposa en el comportamiento de alguno o algunos de los profesionales sanitarios, y que la misma fue desencadenante, de forma causal, del resultado dañoso que se haya producido, aunque no logre determinarse con exactitud qué personal sanitario en concreto es quien incurrió en la conducta imprudente generadora del daño (como acontece en nuestro caso), cabe la posibilidad de reconducir la responsabilidad al “INSALUD”, como responsable directo de sus actividades sanitarias y, en consecuencia, a la Compañía de Seguros con la que tal institución tuviera concertada su posible responsabilidad civil (véase STS, Sala 1, de 16 de diciembre de 1987)”.

Y apostilla el fundamento de derecho segundo:

“En nuestro caso, de lo que no cabe duda es de que la entidad aseguradora demandada (que es quien lo alega) no ha acreditado qué profesional sanitario en concreto (no sólo de la medicina, sino incluso de distinta categoría sanitaria, ATS, enfermeros, etc.), es quien pudo cometer la posible imprudencia, por lo que resulta imposible concretar, y la demandada no concreta, cuáles eran los posibles profesionales, a cuyas compañías aseguradoras se tenía que haber demandado (según su tesis) conjuntamente, en este pleito, por lo que el defecto procesal no puede ser acogido en ningún caso”.

El argumento es diáfano: no sólo se habría admitido, en la condición de demandado, el emplazamiento del “profesional sanitario en concreto” que “pudo cometer la posible imprudencia” (doctrina tradicional de la jurisprudencia civil), de haber quedado perfectamente individualizado, sino que “la posibilidad de reconducir la responsabilidad al <INSALUD>, como responsable directo de sus actividades sanitarias” comporta la de “la Compañía de Seguros con la que tal institución tuviera concertada su posible responsabilidad civil”. Ningún obstáculo, pues, a que el orden civil conozca de las pretensiones de indemnización dirigidas exclusivamente contra el asegurador de la Administración.

B) El contrapunto lo marca la doctrina de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 16 de mayo de 1997 -ponente: Pueyo Mateo; Arz.: AC 1997/1.173-. Demandada la aseguradora de un Ayuntamiento por una señora que había, al salir del vehículo que conducía su hijo, resbalado en una piedra suelta y caído al suelo fracturándose la tibia y el peroné, aquélla opone “las excepciones de incompetencia de jurisdicción y falta de litis con-

sorcio pasivo necesario”. La de incompetencia de jurisdicción será acogida sobre la base de la siguiente argumentación, que recoge el fundamento de derecho segundo:

“Arguye la sentencia de instancia que la referida excepción no puede ser acogida toda vez que la acción ejercitada es la del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro y frente a una persona jurídica privada como es una aseguradora.. Mas frente a tal fundamentación se alzan a juicio de la Sala las siguientes consideraciones de índole jurídica positiva: 1ª) El artículo 54 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985 en la línea de lo preceptuado en el artículo 106.2 de la Constitución y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa declara que “Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos, como consecuencia de los servicios públicos o de la actuación de sus Autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa”; 2ª) Dicha regulación general viene hoy contenida en los artículos 137 [*sic*: debe ser 139] a 146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, desarrollados por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Conforme a dicha normativa toda suerte de daños irrogados por las Administraciones Públicas, incluso cuando actúen en relaciones de Derecho privado, se exigirán de conformidad con el correspondiente procedimiento administrativo y en su caso contencioso-administrativo; 3ª) *La existencia de un contrato de seguro de responsabilidad civil entre una Administración pública y una compañía del sector no puede convertir las normas de “ius cogens” como es el caso de la legislación procedimental y procesal - artículo 3 b) de la Ley de la Jurisdicción contencioso-Administrativa- en meras reglas dispositivas que permitan libremente al particular optar por un orden jurisdiccional u otro*; 4ª) *La relación que traben aseguradora y asegurado sí incumbe al orden jurisdiccional civil, pero para que la compañía aseguradora sea condenada al pago de la indemnización debe ser antes examinada la conducta del asegurado como se infiere claramente de los términos del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro, y acaba haciendo el juzgador “a quo” en su sentencia, siendo obvio que el orden civil tiene vedado el acceso al conocimiento de tales pretensiones frente a una Administración pública. Por último, la existencia del contrato de seguro de*

responsabilidad civil en el ámbito administrativo, lejos de ser una figura anómala es especialmente desde el año 1991 una técnica cada vez más socorrida para dar cobertura a las actividades de mayor riesgo de los poderes públicos, tal es el caso pionero del Ministerio de Defensa que al amparo de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, suscribió un contrato de seguro para hacer frente a las múltiples indemnizaciones solicitadas con ocasión de lesiones o muerte producidas en el Servicio Militar. *La presencia de tal contrato de seguro*, que incluso puede ser ampliatorio de los estándares normales de responsabilidad, *en nada altera los procedimientos de exigencia de responsabilidad deducida siempre ante la Administración asegurada*, como, con toda normalidad, expone el Consejo de Estado en su dictamen 331/1991, de mayo de mayo. En suma, como se señala en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 22 de junio de 1995 al enjuiciar un caso análogo al de autos, *difícilmente dada la índole del seguro concertado se puede exigir responsabilidad a la aseguradora sin declarar la del Ayuntamiento a quien se asegura*, extremo que al estar vedado a los Tribunales civiles, conduce a la Sala a acoger la excepción de incompetencia de jurisdicción invocada por la apelante”.

C) El razonamiento y la conclusión de esta Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias se exponen con toda pulcritud (y corrección). El aseguramiento de la responsabilidad de la Administración “en nada altera los procedimientos de exigencia de responsabilidad deducida siempre ante la Administración asegurada”, de donde “difícilmente [...] se puede exigir responsabilidad a la aseguradora sin declarar la del Ayuntamiento a quien se asegura”; declaración esta “vedada a los tribunales civiles”, de suerte que si un contrato de seguro suscrito entre una Administración y una compañía del sector “no puede convertir las normas de <ius cogens> como es el caso de la legislación procedimental y procesal -artículo 3 b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [de 1956]- en meras reglas dispositivas que permitan libremente al particular optar por un orden jurisdiccional u otro”, de ello se infiere que habrá de seguirse el procedimiento (administrativo) de declaración, reconocimiento o exigencia de la responsabilidad (de la Administración), a fin de, ulteriormente, concluido aquel procedimiento, deducir las oportunas pretensiones ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ante el que, de no asumir la posición procesal de demandante, habrá de ser emplazado como demandado el asegurador (cuya intervención en el previo procedimiento administrativo queda asegurada en su cualidad de interesado).

D) La ausencia de un criterio uniforme en la jurisprudencia civil en orden a la determinación del fuero aplicable, ha provocado la intervención de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo. Dos resoluciones de los años 2001 y 2002 son expresivas de la toma de postura en favor del orden jurisdiccional civil, los Autos 33/2001, de 27 de diciembre -ponente: Álvarez-Cienfuegos Suárez; Arz.: RJ 2002/4086- y de 16 de diciembre de 2002 -ponente: Trujillo Mamely; Arz.: JUR 2003/21.553-. En ambos casos se elucidaba el orden competente, discutido entre el civil y el contencioso-administrativo, en sendos supuestos en los que la Administración, una entidad pública empresarial [artículo 43.1 b) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado], la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles -RENFE-, en el primer caso, y un organismo autónomo, el Patronato de la Alhambra y el Generalife, en el segundo, contaba con un seguro de responsabilidad. Por tanto, la presencia de una Administración Pública en sentido subjetivo era inconcusa en uno y otro supuesto, al tratarse de entidades de derecho público (artículo 2.2 LRJ-PAC), siquiera la peculiaridad del primero de los reseñados (peculiaridad que analizan los dos primeros fundamentos de derecho del Auto de 27 de diciembre de 2001 para concluir en el inequívoco carácter de Administración Pública de RENFE) estribe en que las llamadas entidades públicas empresariales sujetan su actividad, con carácter general, al derecho privado. Caracterización de la que, a los efectos pretendidos, se extrae el oportuno corolario, así en el fundamento de derecho segundo del Auto de 27 de diciembre de 2001:

“[...] como cuestión de principio, puede afirmarse que después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998, toda reclamación indemnizatoria derivada de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la relación, pública o privada, en que se ocasione, deberá ser sustanciada ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, incluso en el caso de que a la producción del daño hayan concurrido sujetos privados, quienes deberán, también, ser demandados ante este orden jurisdiccional”.

Conclusión intachable a la vista de los datos normativos: la presencia de una Administración Pública, incluso cuando en la producción del daño aparece un sujeto privado [párrafo segundo del artículo 9.4 LOPJ, en la redacción introducida por el artículo único.1 de la Ley Orgánica 6/1998 de 13 de julio; y artículo 2 e) LJCA, en la versión

dada por la Disposición adicional 14.1 de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que emplea el término “particulares” para aludir a aquella concurrencia], arrastra la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las oportunas pretensiones de responsabilidad.

E) No obstante, la presencia del asegurador introduce, tal y como se argumenta en los fundamentos de derecho tercero a quinto del referido Auto de 27 de diciembre de 2001, un notable giro en el decurso de la argumentación. Aquél, en virtud de la llamada acción directa que el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro, otorga al perjudicado o sus herederos frente al asegurador, conlleva la atracción de la competencia al orden civil. Dirá así el fundamento de derecho tercero:

“Sin embargo, no es éste el caso que aquí se cuestiona, pues admitida la legitimación de RENFE en calidad de 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, contra la cual y en virtud de lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, Ley 50/1980, de 8 de octubre, “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 inflexión en el trazo discursivo alcanzado en el último párrafo del fundamento de derecho segundo trae causa, pues, de la presencia, en calidad de codemandada, del asegurador, que “no comparece en el proceso por haber concurrido a la producción del daño” (extremo que, se insiste, no alteraría la competencia del orden contencioso-administrativo), “sino como contratante de una póliza de seguro”. Aparece así en escena el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro de 1980, que consagra la referida acción directa “contra el asegurador” (si bien, y acerca de este extremo se dirá algo más abajo, en el proceso de que trae causa el conflicto de competencia había sido igual-

mente demandada la Administración), eje sobre el que se va a construir la argumentación que concluirá con la atribución de competencia al orden civil. El fundamento de derecho cuarto describirá, así, la naturaleza y el sentido de esta acción:

“[...] la llamada al proceso de la compañía de seguros no resulta caprichosa ni tiene el carácter de subsidiaria, pues la Ley le otorga al perjudicado el ejercicio de una <acción directa o contra la aseguradora>. Ello implica, según ha declarado la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo (sentencias de 30 de diciembre de 1995, 3 de abril y 3 de octubre de 1996), el derecho del perjudicado a mantener indemne su patrimonio, siempre que la acción se ejercite dentro de los límites de la cobertura pactada”.

Y prosigue:

“También ha declarado la jurisprudencia que la acción directa contra la compañía aseguradora tiene su origen en el contrato de seguro, siendo la obligación al pago de la compañía aseguradora la misma (salvo las excepciones que proclama el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro) que correspondería a quien contrató la póliza, por los daños y perjuicios causados”.

Con este soporte, el fundamento de derecho quinto razonará acerca de la atribución de competencia al orden jurisdiccional civil:

“De todo lo expuesto puede ya deducirse que la posición procesal, en calidad de codemandadas y por tanto obligadas al pago de la eventual indemnización que pudiera corresponderle a la actora, que ocupan la RENFE y MAPFRE Seguros Generales, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA, refuerza las expectativas y el derecho subjetivo de la parte demandante, por lo que, al optar por esta posibilidad que le reconoce el ordenamiento, el ciudadano reclamante está haciendo uso de su derecho a una mejor y mayor tutela judicial efectiva, en los términos del artículo 24.1 de la Constitución”.

“Dicha opción, esto es, la posibilidad de demandar conjuntamente al agente causante del daño, en este caso una Administración Pública, y la compañía aseguradora del riesgo, contemplada por el ordenamiento jurídico como una garantía de los ciudadanos ante el incremento y gravedad de los riesgos que origina la convivencia, no puede ser desconocida por

las normas procesales, obstaculizando, <de facto>, un derecho que le concede la norma”.

“Sin desconocer la polémica doctrinal 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 atractiva> de la Jurisdicción Civil*, reconocida en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando establece: <Los Juzgados y Tribunales del orden civil conocerán, además de las materias que le sean propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional>”.

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

De una manera más sintética, y con remisión a este Auto de 27 de diciembre de 2001 -fundamento de derecho tercero-, el de 16 de diciembre de 2002, en un supuesto en el que se había demandado conjuntamente a un organismo autónomo de carácter administrativo (el Patronato de la Alhambra y el Generalife, creado por el artículo 29 de la Ley 9/1985, de 28 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y cuyos Estatutos fueron aprobados por Decreto 59/1986, de 19 de marzo, modificado por Decreto 136/1999, de 1 de junio -fundamento de derecho segundo) y al asegurador, la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo concluye en la atribución de la competencia controvertida al orden civil [en el fundamento de derecho tercero se cita un Auto de 21 de octubre de 2002, el número 22/2002, no localizado].

F) Los fundamentos de derecho tercero, cuarto y quinto del Auto de 27 de diciembre de 2001 compendian, pues, la doctrina de la Sala de Conflictos en punto a la determinación del fuero competente cuando la Adminis-

tración cuenta con un seguro de responsabilidad. Dicha doctrina gira, en síntesis, sobre tres argumentos, a saber, la acción directa del perjudicado (o sus herederos) contra el asegurador, en los términos del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro de 1980; el derecho de tutela judicial efectiva, que proscribe, en el entendimiento del Supremo, la supresión en perjuicio del justiciable de una acción (civil) que le permite “mantener indemne su patrimonio”; y, en fin, la consabida apelación a la evitación del “peregrinaje de jurisdicciones” y la fuerza atractiva del orden civil “al no estar contemplada, de forma expresa, la presencia de las Compañías aseguradoras en el proceso contencioso-administrativo”.

a) El supuesto de que arranca el conflicto (negativo) de competencia tiene su origen en unos “daños y perjuicios sufridos el día 8 de agosto de 1998, en el vestíbulo de la estación de Barcelona-Sants” -fundamento de derecho primero-, con anterioridad, por tanto, a la entrada en vigor de la LJCA (diciembre de 1998), que introdujo (mejor, reintrodujo, como se ha dicho páginas atrás) la unidad jurisdiccional en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración [artículo 2 e)], cualquiera que fuere la naturaleza de la actividad o el tipo de relación, pública o privada, de que dimane aquélla [En el supuesto a que se contrae el Auto de 16 de diciembre de 2002 no resulta acreditado el momento de generación de los daños y perjuicios de que nace la acción de responsabilidad. No es aventurado suponer que este momento es posterior a la entrada en vigor de la LJCA, en cuyo caso devendría improcedente la acumulación en el proceso civil de las acciones dirigidas contra la Administración -un organismo autónomo, como se ha dicho- y el asegurador, tal y como parece desprenderse de los dos primeros fundamentos de derecho del referido Auto]. Esta circunstancia puede dar cuenta del emplazamiento, ante el órgano judicial civil, como demandada de RENFE (entidad pública empresarial y, por ende, Administración Pública ex artículo 2.2 LRJ-PAC), junto a la compañía aseguradora, pero a condición de entender que la referida unidad jurisdiccional adquiere carta de naturaleza *a partir de 1988 y no desde la entrada en vigor de la LRJ-PAC*, momento este último que no debe descartarse en modo alguno, pues es esta ley la que sujeta *toda* la responsabilidad de la Administración (de derecho público o de derecho privado) al procedimiento establecido en la propia LRJ-PAC (artículos 142.6, 143 y 144), de donde podía inferirse, en línea de principio, que el procedimiento *administrativo* de reconocimiento o declaración de responsabilidad debía ir seguido del oportuno proceso contencioso-administrativo. En consecuencia, devenía improcedente el emplazamiento como demandada ante el orden jurisdiccional civil de

RENFE, circunstancia que sólo se explicaba por la presencia del asegurador, en una suerte de acumulación de acciones que, si justificada, como ha venido tradicionalmente sosteniendo la jurisprudencia civil, en la evitación de la ruptura de la continencia de la causa (amén de en la fuerza atractiva de este orden jurisdiccional), chocaba con la prohibición de acumular acciones incompatibles (artículo 154. 2º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881).

b) Dicho esto, pasemos a desmenuzar los argumentos en que la Sala de Conflictos fundamenta su criterio. Así, aunque expuesto en segundo lugar, si bien hilo vertebral de la argumentación, el de la tutela judicial efectiva, tras su aparente contundencia, se revela en toda su inanidad. Ninguna merma del derecho que consagra el artículo 24.1 de la Constitución puede identificarse en la preferencia por uno u otro orden jurisdiccional, antes bien, como se dirá, la bondad del argumento estribaría, precisamente, en sostener la competencia del orden contencioso-administrativo, pues ante éste el perjudicado podrá demandar, de no haber prosperado su reclamación en vía administrativa, a cuantos sujetos tengan alguna relación, directa o indirecta, con el objeto de aquélla, la declaración de responsabilidad y su corolario, la determinación de a quién corresponde la obligación de reparar los daños y perjuicios originados.

Desde esta perspectiva, por tanto, la apelación a la garantía de la indemnidad patrimonial (fundamento de derecho cuarto) o al ejercicio del derecho “a una mejor y mayor tutela judicial efectiva” (fundamento de derecho quinto) no traspasa los muros de la mera petición de principio, que, paradójicamente, se vuelve contra los patrocinadores de la tesis aquí combatida. En efecto, la competencia del orden civil pretende reforzarse, una vez más, con la invocación de la fuerza atractiva de aquél y la evitación del “peregrinaje de jurisdicciones”. Mas ocurre que estos argumentos no pueden esgrimirse a partir de la entrada en vigor de la LJCA, que prohíbe que la Administración sea demandada ante los órdenes civil o laboral, de suerte que, y esto nos permite enlazar con la idea de la acción directa del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, el perjudicado sólo podrá hacer valer en el orden civil su pretensión contra el asegurador, con el ineluctable encorsetamiento que marca la naturaleza y los límites de aquélla.

c) El Auto de 27 de diciembre de 2001 afirma que “la acción directa contra la compañía aseguradora tiene su origen en el contrato de seguro, *siendo la obligación al*

pago de la compañía aseguradora la misma [...] que correspondería a quien contrató la póliza, por los daños y perjuicios causados” (fundamento de derecho cuarto). Y el artículo 73, en su primer párrafo [el segundo fue añadido por la Disposición adicional sexta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre], de la Ley del Contrato de Seguro establece:

“Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, *dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato*, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato *de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado*, conforme a derecho”.

Si la obligación al pago del asegurador es la misma que, en ausencia del contrato de seguro, correspondería a quien contrató la póliza, obligación que es el correlato de la causación de unos daños y perjuicios causados por un hecho “de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado”, es claro que la determinación de la obligación del asegurador presupone la declaración de responsabilidad *de la Administración*. Una declaración que, y aquí radicaba la *ratio decidendi* de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 16 de mayo de 1997 a fin de declinar su competencia en el asunto, ha de impetrarse a través de los mecanismos previstos al efecto, esto es, el procedimiento (o los procedimientos) de declaración de la responsabilidad civil extracontractual (patrimonial, en la dicción al uso) regulado en la LRJ-PAC y el RPRP. Un procedimiento, que de ordinario iniciará la petición del perjudicado, que ya resuelto expresamente ya concluido con la desestimación presunta por silencio, arrastra la competencia del orden contencioso-administrativo, pues es a éste al que corresponde conocer de las pretensiones hechas valer en vía administrativa y deducidas en relación con la responsabilidad de la Administración, siquiera la cobertura del riesgo del nacimiento, “a cargo del asegurado”, de la obligación de indemnizar sea asumida, en virtud del contrato de seguro, por el asegurador. Un asegurador que, naturalmente, tiene la condición de interesado en el procedimiento administrativo de declaración de la responsabilidad y que está legitimado en el contencioso-administrativo ya como demandado ya, en su caso, como demandante.

d) A mayor abundamiento, el tan celebrado, a efectos de atraer el conocimiento del asunto al orden civil, propósito de evitar el “peregrinaje de jurisdicciones” (argu-

mento que va de la mano con la evitación de la ruptura de la continencia de la causa), puede resultar, tras la LJCA, un efecto paradójico de la competencia del orden civil, pues, en efecto, con independencia de que la lógica del sistema, como se ha intentado mostrar, imponga la competencia del orden contencioso-administrativo, mantener la vigencia de la acción directa del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro frente a los aseguradores de la Administración implica, de resultar insuficiente la cobertura del seguro (artículos 73, párrafo primero, y 76 de la Ley del Contrato de Seguro), que el perjudicado se vea forzado, tras el proceso civil, a iniciar la vía contencioso-administrativa frente a la Administración, con la consecuencia de la eventual caducidad de su acción por el transcurso del tiempo desde la producción de los daños y perjuicios generadores de la responsabilidad de aquélla.

IV

El propósito de las páginas que anteceden es claro: desde 1998, con la promulgación y entrada en vigor de la LJCA, de manera expresa (y, aun, puede sostenerse, desde 1992, de manera implícita, con la LRJ-PAC), en virtud del principio de la unidad jurisdiccional en el ámbito de la

responsabilidad de la Administración [artículo 2 e) LJCA; la unidad sustantiva o de régimen jurídico ya había quedado consagrado en la LRJ-PAC: artículo 142.6], el orden contencioso-administrativo es, institucionalmente, el único competente para conocer de las pretensiones que se susciten en relación con la responsabilidad de la Administración. Esta afirmación supone que la determinación de las obligaciones dimanantes de aquella responsabilidad en relación con cuantos sujetos, públicos o privados, tengan alguna conexión, directa o indirecta, con aquella responsabilidad, ya como concesionarios y contratistas ya como aseguradores (por volver a los dos supuestos que han aglutinado la exposición precedente), ha de quedar circunscrita al procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial (de la Administración) y ulteriormente al proceso contencioso-administrativo. Tesis que, de modo expreso, y a la vista del criterio de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, ha acabado por imponer el legislador, al menos para con los aseguradores de la Administración, en la reforma de la LJCA y de la LOPJ llevada a cabo por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, y que, según se ha expuesto, podía, en términos institucionales, derivarse sin dificultad del binomio LRJ-PAC/LJCA.