

EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS. LA ACCION DIRECTA

Manuel Pérez Piñas.

1. Introducción.

Los análisis jurídicos sobre el contrato de seguro concertado por las Administraciones Públicas Sanitarias para hacer frente a las indemnizaciones que puedan proceder como consecuencia de la existencia o declaración judicial de responsabilidad patrimonial de las mismas, suelen conceder escaso interés al debate de las ideas, referido éste a las diversas concepciones de lo que es, o debe ser, una Administración Pública, los principios político-constitucionales que dan sentido a su existencia y que fundamentan su actuación.

El panorama actual del tema que nos ocupa, tras las sucesivas reformas emprendidas por el legislador –la última de ellas, la Ley Orgánica de 23 de diciembre de 2003, de reforma de la LOPJ-, es confuso. Las previsiones contenidas en los artículos 9.4 de la LOPJ, 2 e) y 21.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tras la reforma citada, parecen más bien un correctivo del Parlamento a los devaneos jurisdiccionales de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo, por sus planteamientos reflejados en los Autos de 27 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002.

2. La posibilidad de asegurar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Es evidente que el ordenamiento jurídico siempre va a la retaguardia de la realidad social que viene a regular, y que la pujanza del aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración no admite discusiones en cuanto a su existencia. Otra cuestión es el grado de

satisfacción que nos pueda producir tal realidad y si esa posibilidad socialmente arraigada tiene un fundamento jurídico coherente y sólido.

La primera cuestión que surge, ineludiblemente, es si tiene justificación que la Administración asegure su responsabilidad patrimonial, dada la presunción de solvencia económica de aquélla. Si hablamos de justificación económica, creo que no es un buen negocio para la Administración, dadas las primas exigidas por las compañías, sobre todo en los seguros que conciertan las administraciones públicas sanitarias.

No obstante, la naturaleza de la razón que pesa sobre la decisión de la Administración al suscribir un contrato que asegure su responsabilidad patrimonial es, como acertadamente sostiene BUSTO LAGO¹, de gestión presupuestaria, “...y ello porque las primas de seguros de responsabilidad civil, por elevadas que éstas puedan ser, son presupuestariamente previsibles, mientras que asumir el riesgo que supone el soportar directamente el pago de las indemnizaciones a las que haya de hacerse frente en virtud de los daños que resulten imputables a la Administración de que se trate introduce factores imprevisibles sólo cuantificables estadísticamente”.

Siendo esa justificación comprensible desde esa perspectiva, creo, no obstante, que la posibilidad de asegurar la responsabilidad patrimonial de la Administración carece, con el marco normativo actual, de mejor fundamento, por falta de una regulación normativa específica, adaptada a los principios del Derecho Administrativo, a

¹ Busto Lago, José Manuel, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas: la acción directa contra la compañía aseguradora*, Aranzadi Civil n° 22/2001

las reglas de los contratos administrativos y a los procedimientos administrativos de responsabilidad patrimonial.²

Precisamente, hemos asistido como espectadores a esta consolidada realidad, observando cómo se ha producido un inadecuado trasvase del esquema de la responsabilidad civil extracontractual³ (y del contrato de seguro que viene a cubrir el citado riesgo) a la esfera de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando ambos institutos, aunque tengan una razón filosófica coincidente, se inspiran en principios y se regulan en regímenes jurídicos bien distintos, no siendo indiferente, a mi juicio, el fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración, por mucho que gran parte de la doctrina civil siga insistiendo en que responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad patrimonial son una misma cosa.

En definitiva, la cuestión que se plantea no es si es posible el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino si es solvente, en términos jurídicos, llevarlo a efecto bajo los imperantes esquemas actuales, diseñados para la responsabilidad civil, de naturaleza privada, lo que choca no sólo con la regulación adjetiva de la responsabilidad administrativa, sino que también interfiere el ejercicio de potestades reconocidas por la Constitución Española a la Administración.

En este sentido el artículo 106.2 CE, consagra el derecho de los particulares a ser indemnizados, en los términos que la ley establezca, por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y el artículo 149.1.18 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para regular el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas.

Ello ha tenido su plasmación en el Título X de la Ley 30/1992, que en su art. 142.2 establece que corresponde resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial a los órganos correspondientes de las CC.AA, por lo que se trata de una competencia administrativa evidente, y la Administración no puede renunciar a ella, conforme al artículo 12 de la Ley 30/92.

² Una buena oportunidad puede venir con la publicación de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (D.O.C.E. 30-4-2004), que alude en el art. 1.2. d) a los contratos públicos de servicios, refiriéndose expresamente a servicios de seguros y servicios bancarios o de inversión (Anexo II)

³ Nada objetable si nos referimos a la responsabilidad civil derivada del delito de autoridades o funcionarios al servicio de la Administración

Desde esta perspectiva, y como ya puso de manifiesto el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen 2/2001, la actuación de un particular –en este caso, una compañía de seguros- en un procedimiento de responsabilidad patrimonial puede suponer una merma fundamental de las garantías de los ciudadanos, así como la vulneración flagrante de algunos de sus derechos, que entroncan con el derecho constitucional a la intimidad y que también se recogen en el artículo 10 de la Ley General de Sanidad y en la Ley básica 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.⁴

Por último, nos resta decir que la Administración está obligada -art.42.1 Ley 30/92- a dictar resolución expresa y la importancia de esta obligación determina que el mismo precepto invocado en su apartado 7 disponga la responsabilidad de los funcionarios y de los titulares de los órganos administrativos en los casos de incumplimiento de aquélla.

Resulta claramente perturbador las interferencias que las compañías de seguros producen en la tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial. La legítima obtención de beneficios comerciales no justifica ni el ofrecimiento directo de indemnizaciones por parte de las citadas compañías ni la oficialización de las llamadas “comisiones de seguimiento”, en las que la posición de las aseguradoras puede bloquear el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial por la propia Administración, o el quantum indemnizatorio que ésta ha considerado adecuado para reparar la integridad del daño causado por el funcionamiento del servicio público.

Como conclusión, se hace necesaria una regulación jurídica específica de los contratos de seguro a celebrar por las administraciones públicas para cubrir la responsabilidad patrimonial, atendiendo, en la medida de lo posible, al giro o tráfico de aquéllas o estableciendo, como expone GAMERO CASADO⁵ diferentes regímenes jurídicos, según la materia, regulación que debe contemplar la regulación jurídica adjetiva y sustancial de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

⁴ Confróntese con el tratamiento del acceso a la historia clínica que se regula en esta última

⁵ Gamero Casado, Eduardo, Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas, REDA, nº 103, julio/septiembre de 1999

3. Acción directa contra el asegurador (art.76 de la Ley 50/80 de 8 de octubre)

Se trata de un derecho que el ordenamiento jurídico ofrece a los ciudadanos, el de demandar directamente a la compañía aseguradora que, en principio, no debería quedar sin contenido por el hecho de que la causante del daño sea una Administración Pública.

No obstante, tras la reforma operada por la L.O. de 23 de diciembre de 2003, la redacción del artículo 21.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha sufrido un añadido que contiene la siguiente redacción:

“c) Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren”.

Como expusimos antes, la reforma parece dirigida, junto con la operada en los artículos 9.4 de la LOPJ y 2 e) LRJCA, a atajar la doctrina de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo que decidió la competencia de la Jurisdicción Civil para el enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando se demandaba a la compañía de seguros, con el escaso fundamento de que la compañía no concurría a la producción de los daños, con lo que no operaba la previsión normativa de la LRJCA para atribuir su enjuiciamiento a esta Jurisdicción.

Como señala HUERGO⁶, la reforma era necesaria para corregir la doctrina de la Sala Especial de Conflictos, pero puede ser desproporcionada, pues ya existía la posibilidad de reunir en un mismo proceso contencioso-administrativo a la Administración y a su asegurador. No obstante, el mismo autor llega a la conclusión, que no comparto, de que la reforma no supone ni la creación de un litisconsorcio pasivo necesario, ni impide al particular demandar sólo al asegurador ante los Tribunales civiles.

En mi opinión, el instrumento previsto en el artículo 76 de la Ley 50/1980 no es que haya quedado derogado tácitamente, es que es inaplicable, dada la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, desde una perspectiva integral.

Precisamente esta conclusión es la que ha venido a sancionar la reforma contenida en la Ley Orgánica de 23 de diciembre de 2003, que exige demandar a la Administración y a su aseguradora, con la extraña redacción que consigna que *“Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva”*, lo que viene a privar a la acción directa de su esencia, pues aunque se puede entender que la citada disposición da la opción de accionar directamente contra la aseguradora y la Administración, por un lado, ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y por otro, la opción de acudir a la Jurisdicción Civil sólo contra la aseguradora, esta conclusión es errónea, pues sólo hay una vía para el particular: acudir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Así lo ha señalado algún pronunciamiento judicial, y así lo ha querido el legislador, al atribuir a las aseguradoras la ineludible posición procesal de codemandadas.

Para concluir, queremos resaltar que, con independencia de la defectuosa técnica legislativa de la reforma, lo cierto es que pocas interpretaciones caben acerca de la figura procesal de la aseguradora como codemandada, que debe limitarse, como tal, a sostener la adecuación a derecho de la resolución administrativa impugnada, por cuanto su posición secundaria a la de la Administración viene dada por ministerio de la ley, que quizá sin habérselo propuesto, por pretender sólo acabar con el famoso peregrinaje jurisdiccional, ha venido a zanjar otra discusión, estableciendo indirectamente que la vía para la solución de las divergencias que puedan surgir entre la compañía de seguros y la respectiva Administración en la ejecución e interpretación del contrato, deberá encontrarse en la órbita de lo pactado, o lo que es lo mismo, las relaciones contractuales entre la Administración y la compañía de seguros no sólo no justifican una posición de esta última en el proceso judicial de responsabilidad patrimonial que no sea la de codemandada, sino que, por ello mismo, es jurídicamente inadmisibles que la aseguradora pueda recurrir la resolución administrativa que pone fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial.

⁶ Huerco, Alejandro, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas y la doctrina de la vis atractiva*, REDA, n° 122, abril/junio de 2004.

⁷ Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias n° 724/2004, 29-6-2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda

CONCLUSIONES DE LA MESA DE TRABAJO

1ª Se ha discutido, desde una perspectiva amplia, la posibilidad y la conveniencia de que las Administraciones Públicas puedan celebrar contratos con compañías de seguros por los que aseguren su responsabilidad patrimonial.

Desde el punto de vista económico, la mayoría de los asistentes opina que se trata de un contrato demasiado caro para la Administración, por la cuantía excesiva de las primas que exigen las aseguradoras, lo que, sumado a los costes indirectos de gestión de las pólizas, y a las limitaciones y/o exclusiones de responsabilidad de las compañías que se contienen en las estipulaciones contractuales, hace aconsejable la asunción por la Administración de los propios riesgos que genera su funcionamiento. Si alguna duda cabe con respecto a determinadas corporaciones locales, temerosas de que sus presupuestos no puedan cubrir los daños que puedan provocar sus actuaciones, ninguna duda cabe con respecto a las grandes administraciones, entre las que se encuentran las sanitarias, dotadas de un abultado presupuesto.

Desde un plano estrictamente jurídico, los asistentes coinciden en que no existe ningún obstáculo a la posibilidad de contratación del seguro, no obstante lo cual, el régimen jurídico en el que se sustenta, actualmente, carece de solidez, si se pretende trasladar el mismo al ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, instituto con fundamento en la Constitución Española y con una naturaleza, regulación y consecuencias que impiden su asimilación y comparación con la responsabilidad civil extracontractual, en la que está esencialmente inspirada la normativa sobre el contrato de seguro.

Desde esta perspectiva, se pone de manifiesto la necesidad de la creación de un marco legal específico para el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

2ª Con respecto al papel de las compañías aseguradoras en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, los asistentes consideran que sólo les cabe una intervención pasiva, en el sentido de que no se puede negar su derecho a recibir información de todas las incidencias que se puedan generar (obligación esencial del

tomador del seguro) y de las decisiones que adopte la Administración que determinen su obligación de hacerse cargo del riesgo asegurado.

No obstante lo anterior, existe unanimidad en que las compañías de seguros no pueden adoptar decisiones de ningún tipo, tanto dentro como fuera del procedimiento, que obstaculicen o condicionen las potestades que corresponden a la Administración. A dicha conclusión se llega tras la valoración negativa por los participantes de la institucionalización de las llamadas “Comisiones de Seguimiento” de las pólizas, que, en muchas ocasiones, acaban decidiendo sobre la procedencia o improcedencia de la indemnización.

Igualmente, se valora negativamente por los participantes el ofrecimiento directo de indemnizaciones por parte de la compañía aseguradora, al margen del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial.

3ª Con respecto a la acción directa derivada del artículo 76 de la Ley 50/1980, se llega a la conclusión de que no es aplicable en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que se ha visto reforzado por la reforma efectuada por la Ley Orgánica de 23 de diciembre de 2003 en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La acción directa está diseñada legalmente en el supuesto previo de un asegurado privado, pero no público y el instituto jurídico-público de la responsabilidad patrimonial de la Administración, previsto en la Constitución Española y desarrollado en la Ley 30/92, se integra con unos procedimientos establecidos en dicha ley y desarrollados reglamentariamente.

La acción directa que la Ley 50/1980 prevé en su artículo 76 pugna con el bloque normativo que regula la responsabilidad patrimonial de la Administración. Pero es que, además, la configuración legal de la aseguradora de la Administración como codemandada en el recurso contencioso-administrativo, impide actualmente el ejercicio de la acción directa.