

El ejercicio de la acción directa contra la Aseguradora de la Administración Pública¹

Miguel Pasquau Liaño

*Magistrado de la Sala Civil y Penal de TSJ de Andalucía
Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada*



SUMARIO

I. La cuestión.

II. Los materiales legales y jurisprudenciales

1. Los orígenes.
2. El artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro.
3. El artículo 2.e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 y el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tras su reforma en 1998.
4. La reforma del artículo 9.4 LOPJ por virtud de la Ley Orgánica 19/2003.

III. La acción “exclusivamente directa contra la Aseguradora de la Administración pública responsable

1. La jurisprudencia de la Sala de Conflictos.
2. La STS 30 mayo 2007.
3. La *autonomía procesal* y la *accesoriedad sustantiva* de la acción directa.
4. Conclusión: la acción exclusivamente directa contra la aseguradora de la Administración puede y debe entablarse ante la jurisdicción civil.
5. Consecuencias.
6. La exclusión en la póliza de seguro de la acción *exclusivamente directa*.

¹ El texto es, en lo sustancial, reproducción de la intervención realizada en la Mesa Redonda de la sesión de clausura del curso de 'Responsabilidad por Negligencia Médica', organizado este año 2008 por la Fundación de Estudios y Prácticas Jurídicas de Granada.



I. La cuestión

1. ¿Puede interponerse en vía civil una demanda contra la Aseguradora de la Administración para que indemnice a la víctima por el hecho constitutivo de responsabilidad patrimonial de la Administración, sin que previamente se haya declarado en vía contencioso-administrativa la responsabilidad de esta Administración? ¿O el progresivo deslizamiento hacia la unificación del tratamiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la jurisdicción contencioso-administrativa se ha llevado también por delante a la acción directa del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro?

2. Antes de precipitarnos en busca de la respuesta, antes incluso de recorrer el itinerario de elementos legales y jurisprudenciales que nos van a conducir con firmeza hacia una determinada solución, conviene solazarnos en la pregunta. O, dicho de otro modo, conviene mirar despacio cuáles los intereses prácticos y los principios dogmáticos que están implicados en el problema: ¿confiere la acción directa un derecho autónomo respecto del crédito indemnizatorio que se tiene contra el asegurado? ¿Existe, por el contrario, una dependencia estructural entre la acción directa y el crédito indemnizatorio? ¿Qué grado de autonomía y qué grado de condicionalidad existe, tanto en el plano sustantivo como en el procesal, entre la reclamación frente al responsable y la reclamación frente a la aseguradora?

a) De entrada, creo que es importante dejar sentada la premisa de que la responsabilidad del asegurado (en el caso que estudiamos, la responsabilidad patrimonial de la Administración asegurada) es un *presupuesto técnico* de la acción directa. La Compañía de Seguros no responde por el “hecho de otro” (artículo 1.903 CC), sino por la “responsabilidad de otro”, y no es lo mismo una cosa que otra. El fundamento de la acción directa no está en haberse comprometido a indemnizar un daño,

sino en haberse comprometido a cubrir, en favor del asegurado y de la víctima, la responsabilidad de aquél. No hay acción directa sin responsabilidad del asegurado. Ya se sabe que la acción directa no es *procesalmente subsidiaria* de la acción contra el responsable, pero de ello no puede deducirse que la misma concede un derecho *sustantivamente autónomo e independiente*, nacido de la sola conjunción del hecho dañoso y su genérica cobertura por el seguro de responsabilidad civil. Dicho seguro no cubre un daño, sino que cubre una responsabilidad (de otro). Ello nos induciría, en una primera impresión, a concebir como problemático el ejercicio de la acción directa sin que el presupuesto de la misma pueda analizarse en su “sede natural”, que es la jurisdicción contencioso-administrativa.

b) Por lo mismo, la acción directa no es una acción “en el aire”, yuxtapuesta sin más al resto del ordenamiento jurídico. Es una medida legal que facilita la reclamación de la indemnización debida a daño, poniendo directa e inmediatamente a disposición de la víctima un patrimonio solvente. Pero la acción directa no hace a la Aseguradora “responsable”, sino “garante de la obligación de indemnizar”. Naturalmente, por tanto, la aseguradora tiene derecho a *discutir* la existencia de esa obligación, es decir, a negar la responsabilidad del asegurado, y ello, de nuevo, nos conduce la mirada hacia la jurisdicción contencioso-administrativa, que es donde la Ley ha querido que la misma se dilucide. ¿Es suficiente el artículo 76 LCS para permitir a la víctima (o a su abogado) “elegir” la jurisdicción competente (con sus diferencias en cuanto a plazos, recursos, técnica probatoria, trámites para la ejecución, alcance de las costas, etc.), por el simple procedimiento de demandar o no a la Administración junto a la Compañía Aseguradora?

c) Sin embargo, ¿alguien dudaría de la posibilidad que tiene la víctima de reclamar extrajudicialmente a la Aseguradora sin previa reclamación en vía administrativa al órgano responsable? ¿Existen

razones para dudar de que la reclamación *directa* (pero extrajudicial) contra la Aseguradora interrumpa la prescripción y la constituye en mora? Y, ¿no está suficientemente claro, después de tantos años de aplicación, que la acción directa genera una obligación *solidaria* entre la aseguradora y el asegurado responsable, en el sentido de que la víctima no está obligada ni a demandar primero al asegurado, ni a demandar conjuntamente a ambos?

3. Autonomía de la acción, solidaridad de obligados, y dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado. Si en la génesis (desde luego, jurisprudencial) de la acción directa hay razones de carácter sobre todo práctico, las razones “dogmáticas” no pueden impedir el logro de los objetivos perseguidos con la misma; pero la falta de una base o fundamento sólido desde el punto de vista dogmático, genera dudas sobre el alcance de la acción directa en casos como el que nos estamos planteando. Ello nos anima a recorrer los principales hitos jurisprudenciales y legales que enmarcan la solución “segura” a la que, a mi juicio, debe llegarse: sí es posible demandar en vía civil a la Compañía Aseguradora por responsabilidad patrimonial de la Administración asegurada.

II.- Los materiales legales y jurisprudenciales

1. Los orígenes.

En el origen de la acción directa contra la Aseguradora hay una fecunda colaboración entre la doctrina y la jurisprudencia. En realidad el artículo 76 LCS es un “precipitado legal” de una figura que se gestó en tratados y en sentencias, en un ejercicio conjunto de *voluntarismo* jurídico puesto al servicio de una buena causa, cual fue la de propiciar soluciones para un importante desfase producido por la irrupción en el mercado del fenómeno del seguro de responsabilidad civil, en un contexto jurídico-legal que, manteniendo los rígidos moldes decimonónicos, presentaban una realidad desdibujada en la que sólo existía una relación extracontractual

entre causante del daño y víctima, y una relación contractual independiente entre Asegurador y causante del daño, sin posibilidad de contacto jurídico entre Asegurador y víctima. Pocos instrumentos ofrecía el Derecho común para remediar la formal independencia de tales relaciones jurídicas: el profesor Garrigues advirtió que “*sólo cuando el interés del perjudicado pudiese irrumpir en la esfera contractual, el Derecho se adaptaría perfectamente a la situación de los intereses de este contrato*” y que, habida cuenta de la fuerza institucional del principio de relatividad de los contratos (artículo 1.257 CC), era preciso “*romper las rígidas consecuencias de la dogmática jurídica*” y resolver el problema “*de espaldas al contrato y a la dogmática tradicional*” (“El contrato de seguro terrestre”, 2ª ed., Madrid 1982, p. 386).

Así, hacia los años 60, el Tribunal Supremo dio el paso y confirmó audaces sentencias de las Audiencias Territoriales que estimaban la reclamación judicial ejercitada por la víctima directamente contra la Compañía Aseguradora, superando el escollo que una y otra vez, vía recurso de casación, esgrimían las Aseguradoras para pedir la anulación de la sentencia: la vulneración del artículo 1.257 del Código Civil. Interesa decir que si es cierto que tales sentencias recibieron un unánime aplauso de parte de la doctrina, dicho aplauso no se debía tanto a la solidez de los fundamentos jurídicos esgrimidos como a razones de política jurídica y consideraciones de equidad. De hecho, un somero análisis de aquellas sentencias anteriores al artículo 76 LCS nos muestra que el Tribunal Supremo ensayó diversas maneras, todas ellas vulnerables, de fundamentar lo que realmente no era fácil de justificar:

a) En ocasiones se acudía de manera bien forzada a la figura del contrato en favor de tercero o a la delegación de deuda, siendo promitente la Compañía Aseguradora, estipulante el asegurado y beneficiario el tercero víctima del daño;



b) Otras veces el Tribunal Supremo aludía a una suerte de “subrogación”, afirmando que el asegurado era responsable “directo” y la Aseguradora era responsable “por subrogación”. Pero como nada tiene que ver la acción directa con la subrogación regulada en los artículos 1.205, 1.209 y 1.210, se trataba de una “explicación descriptiva”, y no de una explicación “técnica”, pues quedaba por explicar por qué, en ausencia de una previsión legal, se “subrogaba” la Compañía en la relación del asegurado con la víctima.

c) También se aludía por el Tribunal Supremo a la “solidaridad” pasiva como explicación de la acción directa: como existe una “unidad de objeto” entre las obligaciones del asegurador y la del asegurado (la indemnización), “se produce la solidaridad” y si la Aseguradora es obligada solidaria, entonces la víctima puede demandarla a ella sin demandar (antes) al asegurado. Pero, naturalmente, el problema es que para considerar a la Aseguradora como obligada “solidaria”, antes había que fundamentar por qué se le consideraba “deudora” de la víctima, sin más, y no meramente deudora del asegurado. Por lo que más bien la solidaridad no podía ser considerada fundamento de la acción directa, sino más bien consecuencia de la misma.

d) Por último, alguna sentencia quiso decir que el fundamento de la acción directa se hallaba en *la propia virtualidad y vinculación del contrato de seguro*, suficiente para conferir a la víctima legitimación activa frente al asegurador, y a éste la legitimación pasiva precisa para constituir así una “correcta relación procesal”, lo que, de nuevo, no dejaba de ser un puro voluntarismo doctrinario. Pero para voluntarismos, lo dicho por la STS 3 julio 1981: que bastaba el “*designio equitativo*” de favorecer a la víctima de un accidente para “*justificar la ruptura del principio que limita los efectos del contrato de seguro a los propios contratantes*”.

En síntesis, pues, puede decirse que, jaleada por la doctrina, la jurisprudencia introdujo en nuestro sistema la acción directa, pero que lo hizo sin un fundamento técnico definido y sólido. Probablemente la “inestabilidad” dogmática de ese origen de la acción directa tiene algo que ver con las dudas que suscita, aún hoy, la posibilidad de una acción directa contra la Compañía que asegura la responsabilidad patrimonial de la Administración.

2. El artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro.

Por fin, el artículo 76 LCS estableció que *“El perjudicado (...) tendrá acción directa contra el asegurador para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado (...). La acción directa es inmune a las excepciones que correspondan al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga con tra éste (...).”*

Es importante reparar en que con dicho precepto no sólo se reconoció legalmente la acción directa, sino que, además, se le dio un estatuto jurídico privilegiado, con relación al resto de las acciones directas conocidas por el ordenamiento: la *inmunidad* a las excepciones asegurador/asegurado. Si la Aseguradora no puede oponer a la víctima las excepciones propias de la relación contractual entre ésta y el asegurado, ello significa, de un lado, que el fundamento de la acción directa *no puede estar en el mismo contrato* (pues la obligación frente a la víctima va más allá de los límites del contrato), y de otro lado, que la acción directa goza de una clara *autonomía procesal* respecto de la obligación propia del asegurador frente al asegurado.

Con todo, es el momento de advertir que esta *autonomía procesal* de la acción directa lo es res-

pecto del contrato de seguro; pero no respecto de los contornos de la responsabilidad del asegurado. Dicho de otro modo, *la Compañía de Seguros quedará obligada, vía acción directa, frente a la víctima, más allá de los contornos del contrato de seguro; pero nunca más allá de la obligación propia del asegurado, generada por la responsabilidad nacida a su cargo*. No es, para entendernos, aunque hablando impropiamente, la acción directa, una especie de garantía a primer requerimiento de la víctima: la asegurador puede oponer a la víctima, aunque no se halle presente en el litigio el asegurado, que éste no puede ser considerado responsable del daño cuya indemnización reclama.

Una vez que entra en vigor el artículo 76 LCS, la jurisprudencia, naturalmente, deja de preguntarse por el fundamento: es una medida legal de favorecimiento de la víctima, desligada de todo fundamento técnico. Difiere del resto de acciones directas conocidas (arrendador contra subarrendatario, subcontratista contra dueño de la obra, mandante contra submandatario, etc.): no hay conexión *entre contratos*, sino entre un contrato y una relación *extracontractual*.

3. El artículo 2.e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 y el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tras su reforma en 1998.

El art. 2.e) LJCA 1998 dice que *“el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con (...) e) 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”*.

Por su parte, el artículo 9.4 LOPJ fue reformado en 1998 y, conforme a su tenor, los tribunales

y juzgados del orden contencioso-administrativo *“conocerán (...) 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 reducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional”*.

De estos dos preceptos se derivan dos consecuencias para el caso que estamos estudiando:

A) por un lado, que cuando se reclame conjuntamente la responsabilidad patrimonial de la Administración y la de otros sujetos privados que hubiesen participado en la producción del daño, éstos últimos podrán ser también demandados ante la jurisdicción contencioso-administrativa que, así, y contra la tradicional doctrina de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, pasa a ser la *“sede natural”* de los litigios sobre responsabilidad patrimonial siempre que la acción se dirija, al menos, contra la Administración pública;

B) por otro lado, y sin que ello sea sin más la otra cara de la moneda, la Administración pública nunca podrá ser demandada, ni sola ni en compañía, ante la jurisdicción civil o ante la jurisdicción social, cuando se trate de reclamarle una reparación por responsabilidad patrimonial.

Esta segunda consecuencia, claramente establecida en el artículo 2 e) in fine de la LJCA, no ha sido, en mi opinión, debidamente advertida en las no pocas ocasiones en que la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo hubo de pronunciarse sobre si en el caso de reclamación conjunta contra la Administración y contra su Compañía Aseguradora, la competente era la jurisdicción civil o la contencio-



so administrativa. Los autos de 17 de diciembre 2001, 21 octubre 2002, 28 junio 2004, 30 marzo 2004, y la sentencia de 12 de diciembre de 2002, razonaron que como el caso de ejercicio de la acción conjuntamente contra la Administración y su asegurador no podía subsumirse en el tenor del artículo 9.4 LOPJ (pues en efecto la aseguradora no “concorre” a la producción o causación del daño, que es lo que literalmente dicho precepto contemplaba), entonces había que seguir la vieja regla de la vis atractiva del orden jurisdiccional civil. Ello se quiso justificar en consideraciones como las siguientes:

- que al no contemplarse expresamente la presencia de las Aseguradoras en el proceso contencioso-administrativo (pues, se insiste, éstas no concurren a la producción del daño, que es lo previsto por el artículo 9.4 LOPJ), *“dada su especial naturaleza”*, ello hacía técnicamente imposible la imposibilidad de demandarlas ante esa jurisdicción, ni siquiera cuando también se demandaba a la Administración; y
- que entonces, si no se permitía demandar a la Administración en la jurisdicción civil, ello vulneraba la tutela judicial efectiva, pues obligaba al actor a *“entablar dos procesos distintos, ante dos jurisdicciones diferentes”*, lo que, al margen de los problemas de economía procesal y riesgo de resoluciones diferentes, *“provocaría una merma de las garantías del ciudadano y en último término un debilitamiento de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva”*, habida cuenta de que la acción directa está contemplada por el ordenamiento jurídico como una *“garantía de los ciudadanos ante el incremento y gravedad de los riesgos que origina la convivencia”*.

A mi juicio tal argumentación incurre en el error de ignorar que el artículo 9.4 LOPJ está contemplando un supuesto sin intención de excluir todos

los demás, y que en cambio el artículo 2 e) LJCA sí estaba claramente excluyendo, para todos los supuestos imaginables, la posibilidad de demandar a la Administración pública ante la jurisdicción civil (y social), cuando se tratase de reclamarle indemnización por responsabilidad patrimonial. Bastará, por toda argumentación, que el lector repare otra vez en el tenor literal de dicho precepto, tal y como ha quedado transcrito.

4. La reforma del artículo 9.4 LOPJ por virtud de la Ley Orgánica 19/2003.

Para corregir esta desviación de la jurisprudencia y “consolidar” el monopolio de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, la LO 19/2003 añadió al artículo 9.4 un último párrafo, según el cual

“Igualmente conocerán [los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo] de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a al Administración respectiva”.

Con lo que, con relación a las demandas interpuestas a partir de la entrada en vigor de esta Ley Orgánica, queda claro que si se demanda conjuntamente a la Administración y a la Aseguradora, ha de hacerse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Queda, sin embargo, todavía un problema no directamente resuelto por el legislador, que es el que se está tratando en esta disertación: el caso de ejercicio de la acción “exclusivamente directa” contra la aseguradora de la Administración, es decir, cuando se opte por demandar a la Compañía de Seguros, dejando fuera de la relación procesal a la Administración. ¿Es ello posible, o la especial naturaleza de la responsabilidad patrimonial determina



la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, debiendo estar presente la Administración pública (y, por tanto, debiendo entablarse el litigio en la vía contencioso-administrativa)? Y si es posible, ¿podrá ser en la jurisdicción civil, o habrá de ser en la contencioso-administrativa, por ser ésta la “sede natural” exclusiva, según designio del legislador, para declarar que existe una responsabilidad patrimonial de la Administración (presupuesto técnico, como se dijo, para el éxito de la acción directa)?

III. La acción “exclusivamente directa contra la Aseguradora de la Administración pública responsable.

1. La jurisprudencia de la Sala de Conflictos.

El Tribunal Supremo lo tiene claro: dicha acción “exclusivamente directa” es perfectamente posible, y la jurisdicción competente sólo puede ser la civil. Así lo entiende la Sala de Conflictos del Tribunal Su-

premo a partir de sus autos de 18 octubre 2004 y 28 junio 2004, que tras reconocer que el artículo 9.4 LOPJ, tras su reforma en 2003, “ha puesto fin a la competencia del orden civil para el conocimiento de las demandas dirigidas **conjuntamente contra la Administración y el asegurador**”, matizan a continuación que tal precepto no es aplicable al caso en que se demanda únicamente a la Compañía de Seguros.

2. La STS 30 mayo 2007.

Esa misma opinión es reiterada más recientemente por la **STS 30 mayo 2007**. En el caso, se había demandado exclusivamente, en vía civil, a la aseguradora Lagun Aro, S.A., en ejercicio de acción directa por virtud de daños causados por el Servicio Vasco de Salud, que tenía concertado un seguro de responsabilidad civil con tal entidad. La Audiencia Provincial había apreciado de oficio la incompetencia de la jurisdicción civil (invocada por vía de excepción en la contestación de la demanda,



pero no reproducida en apelación), por cuanto, se decía, pese a que la actora sólo hubiese designado como demandada a la aseguradora, lo cierto era que *“mal podía dictarse una resolución tanto condenatoria como absolutoria sin examinar necesariamente la conducta observada por médicos y demás empleados de los dos hospitales donde fue atendida la paciente desgraciadamente fallecida”*, que pertenecían al Servicio Vasco de Salud. Y así, como toda la demanda se basaba en el incorrecto proceder del personal de los hospitales públicos, había que partir de la premisa de que *“es demandada la Administración”*. Es decir, que aunque no se le hubiese demandado, había que considerarla demandada, lo que hacía entrar en juego al artículo 2.e) LJCA.

El actor formuló recurso de casación, en el que esgrimió, entre otros, un argumento que conviene transcribir, pues, en mi opinión, plantea el problema de manera clara y directa:

“Si se admite el criterio de la sentencia recurrida, resultaría una de estas dos posibilidades: o bien el perjudicado tiene acción directa frente al asegurador, pero debe demandarlo ante el orden contencioso-administrativo (misteriosa transustanciación del asegurador de particular a ente de derecho público de imposible justificación); o bien el perjudicado no tiene acción directa, debiendo demandar conjuntamente al asegurador y al asegurado”.

A ello contestó la aseguradora con otro argumento interesante, que ha de ser medido con el acabado de exponer:

“Es indiferente que se demande o no a la Administración pública para que la única jurisdicción competente sea la contencioso-administrativa, porque lo que determina de una forma improrrogable la jurisdicción no es la elección aleatoria del demandado por parte del demandante, sino el hecho

enjuiciado que, en el presente caso, tiene un exclusivo carácter público”, y ello porque el derecho de la víctima *“surge del hecho asegurado, en este caso, del comportamiento de la administración sanitaria vasca, cuyo enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa”*.

El Tribunal Supremo, en fin, estimó el recurso. La argumentación fue parca: bastó con decir que la tesis de la sentencia comportaba un *“desconocimiento de la autonomía que la jurisprudencia y la doctrina científica reconocen a la acción directa contra el asegurador”*.

3. La autonomía procesal y la accesoriadad sustantiva de la acción directa.

Pero a mi juicio esa argumentación no da respuesta suficiente al problema planteado. Decir que la acción directa goza de *autonomía* no es decir demasiado. Otra cosa es precisar el alcance de esa *“autonomía”*.

En su día defendí (*“La acción directa en el Derecho español”*, Editoria General de Derecho, Madrid, 1989) que, con carácter general, son notas características y definidoras de la acción directa que:

a) su ejercicio puede ser tanto judicial como extrajudicial, de tal modo que su ejercicio extrajudicial constituye en mora a aquél contra quien se dirige, siendo liberatorio el pago o cumplimiento espontáneo efectuado por el mismo;

b) no es preceptivo que el acreedor se dirija primero (judicial o extrajudicialmente) contra el deudor inmediato (en nuestro caso, la Administración asegurada): a diferencia de la acción subrogatoria (artículo 1.111 CC), la acción directa no es subsidiaria.

c) no es preceptivo demandar conjuntamente al deudor inmediato y al deudor que lo es por virtud



de la acción directa (en nuestro caso, a la Administración y a la aseguradora): es posible, pues, en general, la acción “exclusivamente directa”;

d) pero la acción directa tiene como presupuesto la existencia de un crédito del titular de la misma contra el *deudor inmediato*, de tal modo que la acción directa es “*accesoria*” respecto de dicho crédito, pues éste marca la medida de la acción directa, que no puede ir más allá en ningún caso. Es decir: nunca puede reclamarse al deudor mediato, por la vía de la acción directa aquello a lo que no se tiene derecho contra el deudor inmediato, y en consecuencia, en el litigio derivado del ejercicio de la acción directa, se podrá y se deberá discutir sobre la existencia y extensión de la obligación del deudor inmediato.

No hay ocasión ahora de profundizar con detalle en estas afirmaciones; pero de ellas se deriva que la acción directa es, en síntesis, **procesalmente autónoma** (pues no hay que reclamar ni antes ni conjuntamente al asegurado) pero **sustancialmente accesoria** (pues no prosperará si no se acredita la responsabilidad del asegurado). A mi juicio la Audiencia Provincial, en el caso resuelto por la STS 30 mayo 2007, no erró por afirmar que

el núcleo del litigio era la responsabilidad patrimonial del Servicio Vasco de Salud, sino por considerar que necesariamente, lo hubiera querido o no el actor, dicha Administración tenía la consideración de demandada, así como por afirmar apodícticamente que el criterio para determinar la jurisdicción competente no es la calidad (pública o privada) de las personas o entidades contra quien se dirige la demanda, sino la naturaleza de la cuestión “subyacente”. Dicho de otro mdo, lo criticable de la decisión de la Audiencia Provincial está, a mi juicio, en que parte de la base de que no es posible declarar, *con efectos exclusivos ante la compañía aseguradora*, la responsabilidad patrimonial de la Administración asegurada, sin que ésta esté presente en el procedimiento.

Tal fue, por cierto, la premisa de la que partió también la SAP Granada de 15 de diciembre de 2006, recaída en un procedimiento iniciado por demanda contra el Servicio Andaluz de Salud, su Aseguradora, y una entidad fabricante de un producto sanitario, habiéndose desistido de la demanda contra el organismo público para eludir la excepción de incompetencia de jurisdicción. Con todo, y de oficio, la Sala consideró que, pese a que expresamente el actor hubiese dejado fuera a la Administración



sanitaria, la jurisdicción competente habría de ser la contencioso-administrativa, porque *“al haberse seguido el pleito manteniendo la acción contra la aseguradora de la administración, no cabe duda de que ha de enjuiciarse la posible actuación negligente de dicho ente público, como paso previo a decidir sobre la responsabilidad de la aseguradora demandada conforme a la normativa del contrato de seguro, por lo que entraría en juego el artículo 2.e de la Ley de la Jurisdicción en conexión con el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que otorga competencia a la jurisdicción contenciosa, por existir una vinculación directa entre Administración y aseguradora”*. A mi modo de ver, es correcta la primera parte de la argumentación (no puede condenarse a la aseguradora sin enjuiciar la concurrencia de responsabilidad del ente público asegurado), pero no el salto que desde esa premisa se da: “por tanto”, entra en juego el artículo 2.e) LJCA (pese a que la demanda no se dirige contra el ente público). Es decir, de nuevo la negación de la posibilidad de que, estando constituida la relación procesal con la víctima y la compañía aseguradora exclusivamente, se entre a valorar, a los solos efectos de la condena a la aseguradora, la responsabilidad de la Administración asegurada. De la dependencia estructural (o accesoriedad sustancial) de la acción directa respecto de la responsabilidad del asegurado, se pasa a la negación de la autonomía procesal de la acción directa, pese al claro contenido del artículo 76 LCS.

4. Conclusión: la acción exclusivamente directa contra la aseguradora de la Administración puede y debe entablarse ante la jurisdicción civil.

La accesoriedad o dependencia “sustancial” de la obligación de la aseguradora respecto de la responsabilidad de la entidad asegurada no es óbice para la autonomía “procesal” de la acción directa, pues así lo ha querido el legislador con un artículo (el art. 76 LCS) que no ofrece dudas al respecto.

Como en todo otro supuesto de acción directa propiamente dicha, el acreedor tiene la opción de demandar a su deudor inmediato, a su deudor mediato, o a ambos. La elección del demandado condicionará aspectos como contra quién podrá ejecutarse la sentencia que se obtenga, y la jurisdicción aplicable, pero no será determinante de la materia a discutir en el procedimiento: sea cual fuere la elección del demandante, será imprescindible acreditar que se da el presupuesto de la acción, que es la obligación del deudor inmediato: ya sea la deuda del contratista contra el subcontratista (artículo 1.597 CC), ya sea la deuda del arrendatario contra el arrendador (artículo 1.552 CC), o ya la responsabilidad del asegurado frente a la víctima.

En el caso concreto de la acción del artículo 76, y por más que de una interpretación literalista del mismo pudiera derivarse otra cosa, es claro que la aseguradora podrá alegar en juicio, contra la pretensión del actor, aunque sea la única demandada, no sólo la culpa exclusiva de la víctima, sino cualquier otra circunstancia impeditiva de la responsabilidad patrimonial, conforme a los artículos 139 y ss. de la LPA 30/1992. O, más claro aún: el demandante, aunque sólo demande a la aseguradora, no podrá limitarse a “invocar” que la Administración asegurada le ha causado un daño y a “probar” que dicho daño está cubierto en la póliza, sino que deberá pura y simple obtener el pronunciamiento de que la Administración ha contraído responsabilidad patrimonial, medida conforme a la propia normativa de la misma, es decir, conforme a los artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992. Pero, naturalmente, el hecho de que esa normativa no se halle en el marco formal de una ley “civil”, no impide que se dilucide ante la jurisdicción civil, y no sólo por la existencia de tan claras concomitancias entre la llamada responsabilidad patrimonial de la Administración y la responsabilidad civil extracontractual, sino porque sea cual fuere la jurisdicción competente, ésta ha de resolver el supuesto conforme al conjunto del ordenamiento jurídico.

Tampoco puede considerarse inviable el enjuiciamiento de la conducta de la Administración asegurada en un procedimiento en el que no esté presente, por exactamente la misma razón que es posible valorar la conducta del conductor de un vehículo asegurado sin haber demandado a éste, como presupuesto para obtener la condena de la aseguradora: ¿es que hay alguna diferencia, a estos efectos, según que el asegurado sea o no Administración pública? Otra cosa es discutir qué efectos tendría el pronunciamiento judicial relativo a la responsabilidad del asegurado en una eventual acción de repetición de la aseguradora contra la entidad asegurada.

En mi opinión, la posibilidad de interponer demanda contra la aseguradora del ente público causante del daño en vía civil, sin demandar a dicho ente público, es, pues, indiscutible, porque la opinión contraria requeriría, para poder ser defendida, una modificación legal. En efecto:

a) no podría defenderse la tesis de que la acción exclusivamente dirigida contra la aseguradora se entablase en la vía contencioso-administrativa, mientras no se permitiera de manera expresa y excepcional, en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que pudiera interponerse un recurso contencioso-administrativo dirigido contra la negativa de una persona privada, como es una aseguradora, de hacerse cargo de la deuda indemnizatoria supestamente contraída por la Administración asegurada. Parece claro que los lazos derivados del contrato de seguro no son de naturaleza tal que permita una suerte de *sustitución procesal* a tales efectos. La pretensión de cobro de un particular (la víctima) contra otro particular (la compañía de seguros) es una típica pretensión civil, por más que el presupuesto de la misma sea la responsabilidad patrimonial de la Administración. Y parece, por último, también muy claro que el legislador, al reformar en 2003 el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder

Judicial, no quiso en absoluto abrir la puerta a un recurso contencioso-administrativo contra una entidad privada, pues se cuidó de decir que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado acciona directamente contra la aseguradora existirá cuando se le demande *“junto a la Administración respectiva”*. Podría haber sido otra la opción del legislador, pero fue esa y sólo esa.

b) no podría defenderse la tesis de que siendo un ente público el asegurado no quepa el ejercicio de la acción *“exclusivamente directa”* (y que por tanto haya de considerarse forzosamente demandada en tales casos también a la Administración), mientras no se reforme el artículo 76 LCS, que no distingue, a efectos de ejercicio de la acción, según que el asegurado tenga naturaleza pública o privada. El legislador podría hacer esa discriminación, por ejemplo en aras de avanzar un último paso en su empeño de que en todo caso y circunstancia la responsabilidad patrimonial de la Administración tuviera una sede jurisdiccional única y exclusiva; pero no puede hacerlo el intérprete.

Así, en definitiva, del mismo modo que en el ámbito puramente civil se puede exigir judicialmente a la Cia Aseguradora que indemnice sin estar presente en el juicio el asegurado, y debiéndose en ese procedimiento valorar los hechos para determinar si es o no responsable el asegurado, también ha de poder valorarse, en vía civil, la conducta de la Administración para determinar si incurrió o no en responsabilidad patrimonial, y así condenar al pago a la Aseguradora. Esto no es una *“interpretación del artículo 76 LCS aislada del resto del ordenamiento jurídico”*, sino la única solución posible.

5. Consecuencias.

Como consecuencia de lo dicho, en mi opinión la víctima de un daño causado por una Administración pública con póliza de seguro suficiente para



cubrir tal daño, y su abogado, podrán valorar en cada caso concreto si conviene a sus intereses la vía civil (en cuyo caso demandarán únicamente a la aseguradora), o la contencioso-administrativa, previa la reclamación en vía administrativa conforme al procedimiento regulado por el RD 429/1993, de 26 de marzo, Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial. La tardanza esperable en la tramitación del procedimiento, el coste del mismo, la dinámica probatoria, la disciplina de las costas, la mayor o menor familiaridad del Letrado con uno u otro procedimiento, o cualquier otra consideración de carácter práctico, podrán influir en esa opción legítima. Nada impide tampoco que se inicie la vía puramente administrativa, y que tras la resolución desestimatoria por parte de la Administración el interesado acuda a la vía civil contra la aseguradora, pudiendo aportar como pruebas las ya practicadas en el expediente administrativo.

Igualmente, por mor de la naturaleza de la acción directa, el interesado puede reclamar extrajudicialmente a la aseguradora el pago de la indemnización, sin necesidad de reclamar previamente en vía administrativa a la Administración causante del daño: tal reclamación extrajudicial interrumpirá la prescripción de la acción civil (artículo 1.973 CC) y, si se dan el resto de los requisitos, constituirá en mora a la aseguradora.

6. La exclusión en la póliza de seguro de la acción exclusivamente directa.

Por último, entiendo que al tratarse, por hipótesis, de un seguro *voluntario* de responsabilidad civil, no es cuestión de orden público la existencia de la acción directa a favor del perjudicado, por lo que nada impide que en la póliza se excluya expresamente dicha acción directa. Pero la efectividad de esta cláusula, es decir, su oponibilidad al perjudicado, requiere en mi opinión que ello se haga al delimitar el ámbito de cobertura del seguro. Así,

por ejemplo, podría especificarse que la Aseguradora cubre la responsabilidad *que haya sido aceptada por la asegurada previo el expediente administrativo correspondiente, o que haya sido declarada por sentencia judicial firme*. Esta previsión, naturalmente, va a limitar las posibilidades procesales de la víctima, pero no comporta perjuicio contrario al orden público, pues al fin y al cabo la existencia del seguro (voluntario) *la víctima no tiene derecho a la cobertura del seguro*, sino que es algo que se encuentra por decisión libre de la Administración causante del daño.