

LA IMPORTANCIA DE LA ELECCION DE JURISDICCION: ¿CIVIL O CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA?

María Fernanda Vidal Pérez

Abogada, Dra. en Derecho, Profesora Dcho. Procesal
de la Universidad Pública de Murcia

La jurisdicción como presupuesto del proceso conlleva analizar dos cuestiones. En primer lugar, la jurisdicción nos lleva a la consideración de todos aquellos supuestos en los que deban o puedan conocer los Juzgado y Tribunales españoles (y no los extranjeros). En segundo lugar, atendiendo a la tradicional clasificación de nuestro ordenamiento jurídico en cuatro grandes ramas o sectores (penal, civil, contencioso-administrativo y laboral o social), supone estudiar cuales de los asuntos o temas a discutir han de corresponder al ámbito de la jurisdicción civil, en atención a lo pedido por las partes —*petitum*— y al carácter residual o de *vis atractiva* de nuestra jurisdicción civil (artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

En suma, el presupuesto se identifica con el análisis de los supuestos en que han de conocer los Tribunales españoles con exclusión de los extranjeros y, dentro de los españoles, cuando han de conocer los de la jurisdicción civil con exclusión de otras jurisdicciones. Por tanto, ante todo y sobre todo, hemos de partir del ámbito de las reclamaciones civiles (jurisdicción civil de los Juzgados y Tribunales españoles) como consecuencia de daños y perjuicios ocasionados con motivo de la circulación.

En este sentido, conforme al artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, “en materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño o las víctimas tengan su residencia habitual común en España, serán competentes en el orden civil los Juzgados y Tribunales Españoles”.

Este artículo, no lo olvidemos, contiene una norma de jurisdicción y no de competencia, y en concreto alude a un criterio de jurisdicción por razón del territorio; siendo además un criterio subsidiario y especial, frente a los exclusivos (artículo 22.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y a los generales (artículo 22.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial, y, por tanto, a los artículos vistos, y también a los tratados internacionales, para la fijación de los supuestos en los que puede sostenerse la jurisdicción de nuestros órganos jurisdiccionales (artículo 36 de la LEC 1/2000). También los artículos 23 y 20 (por remisión del primero) de la Ley de Responsabilidad Civil (RDLegis 8/2004) parecen reforzar los criterios de determinación de la jurisdicción desde el punto de vista del territorio previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En cuanto al tratamiento procesal de la jurisdicción, es decir, su control o las vías a través de las cuales es posible denunciar la falta u omisión de este presupuesto, es necesario distinguir que se trate de jurisdicción por razón del territorio o de jurisdicción por razón del objeto, así como que la denuncia se realice de oficio por el órgano judicial, o a instancia de parte, o sea, porque lo ponga de relieve el propio órgano judicial o una de las partes procesales.

La falta de jurisdicción por razón del territorio (falta de competencia internacional de los órganos judiciales españoles) se puede controlar tanto a instancia de parte como de oficio. A instancia de parte, y, concretamente, por denuncia del demandado, en virtud de la declinatoria —artículos 36 y 37 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— que se configura ahora como instrumento adecuado para la denuncia tanto de la falta de competencia y como de la falta de jurisdicción.

Y de oficio por el órgano judicial, sólo en los supuestos que contempla el artículo 38 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, en los supuestos de inmunidad de jurisdicción o de ejecución; cuando un convenio internacional establezca la competencia exclusiva de los tribunales de otro Estado; y en caso de incomparecencia del demandado si la competencia internacional ha de fundarse en la sumisión tácita.

Por su parte, la falta de jurisdicción por razón del objeto, es apreciable igualmente tanto por denuncia de la parte como de oficio. En el primer caso, es decir, a instancia de parte y, concretamente, de la parte demandada se debe plantear a través de los cauces de la declinatoria. Y de oficio, debiendo abstenerse de conocer el órgano judicial que se considere que carece de jurisdicción (artículo 37 mencionado). Ahora, bien, hemos de detenernos un poco más en estas dos vías de denuncia de la falta de jurisdicción por razón del objeto. Evidentemente, si, en la materia que nos ocupa, hay un supuesto concreto no enjuiciable como hecho de la circulación, tal decisión no sólo afecta al ámbito objetivo del proceso en sí, sino, también, al presupuesto procesal de la jurisdicción, e incluso a la competencia objetiva o territorial o al procedimiento adecuado. De ahí la importancia de delimitar el ámbito objetivo de estos procesos, y los problemas que se derivan de la inseguridad jurídica consecuencia de la diversidad de pronunciamientos ante situaciones iguales.

El control de oficio de la falta de jurisdicción por razón del objeto, a tenor del artículo 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 38 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, debe producirse desde el momento mismo en que el órgano judicial entienda que carece de jurisdicción, dictándose auto en tal sentido previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. Esto supone que el órgano judicial puede abstenerse desde el inicio mismo del proceso. Es más, si tenemos en cuenta los artículos 404 (en sede de juicio ordinario) y 440.1 (en sede de juicio verbal) de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, y la redacción de los mismos en términos imperativos, lo procedente es que el Juzgado de Primera Instancia examine de oficio su jurisdicción y sólo si considera que la tiene, dicte auto admitiendo a trámite la demanda. Es lógico en este sentido el dictado de auto y no de providencia, ya que ahora se impone claramente al órgano judicial el control de oficio de sus presupuestos procesales, o sea, un enjuiciamiento previo sobre la observancia de presupuestos y de requisitos procesales.

Ahora bien, es posible que se deduzca una demanda y el supuesto no debiera plantearse como hecho de la circulación por los cauce de los juicios declarativos ordinarios civiles con especialidades (verbal-ordinario) y que, pese a ello, y pese al pretendido control de oficio de los presupuestos procesales por el órgano judicial, o incluso por la parte demandada, sin embargo, al tiempo de contestar a la demanda no se haya suscitado la falta de este presupuesto, es decir, la posible vulneración de sus normas, aunque el supuesto incidiera en el ejercicio de la jurisdicción civil. Pero es más, también resulta posible que el supuesto pudiera enjuiciarse en otra jurisdicción diferente. Esto puede suceder en relación a la jurisdicción contencioso-administrativa y, en particular, a la llamada responsabilidad patrimonial.

¿Qué sucede si la demanda es admitida a trámite y el demandado no articula o no puede articular la declinatoria en plazo en el proceso civil entablado?. Evidentemente, no podemos obviar que las normas sobre jurisdicción son normas cogentes o de orden público, y su inobservancia puede determinar la nulidad de actuaciones (artículos 238.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 225.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Desde este punto de vista el argumento de la preclusión de la oposición de declinatoria por el demandado no puede servir para “sanar” lo que es imposible y, por tanto, de resultar indiscutible la falta de jurisdicción por razón de la materia o incluso por razón del territorio, el juzgador, deberá ceder ante la petición contenida en el escrito de contestación de la demanda (en el juicio ordinario) o articulada al momento de contestar a la demanda (en el juicio verbal), previo traslado a la otra parte (en audiencia previa o en el acto de juicio) y proceder a sobreseer el proceso.

La solución quizás pase por admitir la denuncia para apreciación de oficio por el juzgador en la contestación a la demanda, y decisión de esta cuestión en audiencia previa o en la vista, con audiencia y contradicción de las partes, y, con ello, con la posibilidad de que el actor formule las alegaciones que considere pertinentes. No se trata pues de “subsana” la omisión de la falta de denuncia o impugnación a través de la declinatoria, y sí de dar la posibilidad de que el juzgador reconsidere si debió o no admitir a trámite la demanda, pero eso sí, de forma que se garantice la audiencia y contradicción de las partes.

En cuanto al control a instancia de parte, la declinatoria tiene con la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 un claro efecto preclusivo, habida cuenta que el demandado que no opone la declinatoria según lo previsto en el artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede después en el acto de juicio (o en la contestación a la demanda en el juicio ordinario) impugnar la falta de jurisdicción (artículo 443.2 y 3). Teniendo en cuenta los preceptos mencionados, es decir, el artículo 64 en relación con el artículo 443.2 y 3, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la declinatoria se ha de proponer por el demandado en los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda (en el caso del juicio ordinario) o dentro de los cinco días siguientes a la citación para el acto de juicio (en el caso del juicio verbal), quedando en suspenso el curso del proceso y, por tanto, el plazo para contestación a la demanda en el juicio ordinario o de la celebración de la vista en el juicio verbal, sin perjuicio de la adopción de medidas de aseguramiento de la prueba o de medidas cautelares.

Este perentorio plazo, especialmente en el caso del juicio verbal, puede plantear problemas para las entidades aseguradoras u otras entidades que puedan ser demandadas, sobre todo si tenemos en cuenta que las citaciones a juicio o los emplazamientos se pueden recibir en ocasiones en las sucursales u oficinas de mediadores, por lo que dependerá de la mayor o menor rapidez de los sujetos que materialmente recojan las citaciones o emplazamientos para que se pueda oponer o no la declinatoria.

La declinatoria se propone por escrito del demandado al que se ha de acompañar los documentos o principios de prueba que acreditan su invocación de falta de jurisdicción. Del escrito se confiere traslado al actor para que formule alegaciones y, posteriormente, resuelve el órgano jurisdiccional por medio de Auto en el que decide si carece o no de jurisdicción (o de competencia). En el primer caso, o sea, si considera que, como se invoca en la declinatoria, carece de jurisdicción por razón del territorio, estimará la declinatoria, declarará su falta de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los órganos judiciales de otro Estado, se abstendrá de conocer y sobreseerá el proceso. Contra este auto cabe recurso de apelación (artículos 65 y 66).

Por el contrario, en el segundo caso, si considera que carece de jurisdicción por razón de la materia, por entender que el conocimiento del asunto litigioso incumbe a los órganos de otro orden jurisdiccional, estimará la declinatoria, declarará su falta de jurisdicción, se abstendrá de conocer y sobreseerá el proceso. Contra este auto cabe también recurso de apelación (artículo 65 y 66).

En los casos de desestimación de la declinatoria, el auto sólo es recurrible en reposición, sin perjuicio de poder reproducir la falta de estos presupuestos en la apelación contra la sentencia (artículo 65 y 66).

Como hemos apuntado antes, en relación a la jurisdicción por razón del objeto, una cuestión especialmente controvertida ha sido la relativa a la responsabilidad patrimonial y su proyección en la jurisdicción civil o en la contencioso-administrativa.

La jurisdicción por razón del objeto nos lleva a confrontar la petición de tutela que se formula con nuestro ordenamiento jurídico, para saber si ese litigio debe ventilarse ante la jurisdicción civil, penal, contencioso-administrativa o social. Es una cuestión, en principio, no difícil de resolver acudiendo tanto a la ley como a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a la llamada jurisprudencia menor, no olvidando que las normas sobre jurisdicción son improrrogables y que la jurisdicción civil tiene carácter residual o vis atractiva, de forma que atrae para sí el conocimiento de todos aquellos asuntos no específicamente atribuidos a otros órdenes jurisdiccionales.

Sabemos que el ordenamiento jurídico es un todo unitario que nos lleva a la necesidad de interrelacionar distintas ramas o disciplinas jurídicas y, dentro de cada una de estas disciplinas, distintas normas. En los supuestos donde una posible responsabilidad, desde el punto de vista de quien debe responder conforme al ordenamiento jurídico puede calificarse de diferentes maneras, y en especial, en los casos en los que la duda que se plantea es si se trata de responsabilidad civil (contractual o

extracontractual) o de responsabilidad patrimonial, surge, por tanto, la cuestión de si debe ser la jurisdicción civil o la contencioso-administrativa, especialmente en aquellos casos de reclamación frente a la Administración, pero también a otras personas físicas o jurídicas, y, entre ellas, a las aseguradoras, concesionarias de obras o servicios públicos, empresas contratistas y subcontratistas etc., es decir, en función de que se trate de personas privadas y/o públicas y del nexo existente entre ellas.

Lógicamente el problema obliga a partir de la regulación vigente, es decir, entre otros, de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LRJPAC), del Real Decreto 429/93 de 26 de Marzo relativo al Reglamento de Procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (es especial sus apartados 1, 2, 4 y 6) y, claro está, la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que es modificada por Ley Orgánica 19/2003.

Esta materia tiene un inevitable origen legal marcado por la reforma operada por la Ley Orgánica 6/1998 tanto en lo que se refiere a la modificación del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como en lo que se refiere a la entrada en vigor de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, por supuesto, la posterior modificación de ésta.

La responsabilidad que calificamos ahora de “patrimonial”, y entre cuyos antecedentes legislativos (al margen de cierta regulación en materia de expropiación forzosa hoy derogada) podemos considerar el artículo 1903 del Código Civil sobre responsabilidad “civil extracontractual”, tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992 aparece regulada en los artículos 139 y siguientes de la misma, siendo requisitos necesarios para el nacimiento de la misma, los siguientes:

- Lesión patrimonial entendido como daño ilegítimo y, por tanto, antijurídico, de forma que la víctima no tenga el deber de soportarlo.
- Vínculo o relación de causalidad entre lesión y el agente que la produce, esto es, entre el acto dañoso y la Administración como autora del mismo.
- Efectiva realidad de la lesión, actual su momento, nunca potencial o futura y, por tanto, no temida ni sufrida.
- Daño material individualizado y económicamente evaluable.
- Que dicho daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, bastando que se trate de una actividad pública.
- Que el daño no se haya producido por fuerza mayor, entendido como un acontecimiento imprevisible o inevitable que tiene su origen en causas, motivos o acaecimientos naturales extraños o ajenos a la persona obligada.
- Que no haya transcurrido el plazo de un año.

Cuando los anteriores presupuestos son de aplicación, y tras la tramitación, en su caso, del correspondiente procedimiento administrativo al amparo del Real Decreto 429/1993, el legislador establece como competente a la jurisdicción contencioso-administrativa, para el conocimiento de estos asuntos, al amparo de lo establecido en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 2.e de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Pero detengámonos un poco más en estos dos últimos preceptos. El artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa *“las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación que se derive”* Y añade que *“si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional.”*

La anterior afirmación parece reforzada por la Ley 29/1998 cuya Exposición de Motivos nos destaca la finalidad unificadora en esta materia cuando nos dice que: *“Los principios de su peculiar régimen jurídico, que tienen cobertura constitucional, son de naturaleza pública y hoy en día la Ley impone que en todo caso la responsabilidad se exija a través de un mismo tipo de procedimiento administrativo. Por eso parece muy conveniente unificar la competencia para conocer este tipo de asuntos en la jurisdicción*

contencioso-administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive como consecuencia de la comisión de una infracción penal.”

Y en consonancia con ello, el artículo 2.e de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa establece en términos imperativos que corresponde al orden contencioso-administrativo el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación a *“la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive, no pudiendo ser demandado aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.”*

Así pues, de concurrir los presupuestos vistos, siendo públicas o privadas las relaciones origen de la responsabilidad de la Administración pero interviniendo una persona pública o siendo ésta el origen de intervención de una privada, la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa aunque exista corresponsabilidad de sujetos privados, con expresa prohibición de acudir a la vía civil o social.

Pero para nosotros tales afirmaciones no resultan absolutas y se nos plantea diversas dudas. Desde luego que la cuestión parece clara, indiscutible e indubitada si la reclamación judicial se entabla sólo frente a la Administración, pues la imperatividad de los artículos 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 2.e de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa determinan la procedencia de tal jurisdicción. Pero ¿qué sucede en los demás casos. ?

Por ejemplo, qué acontece cuando la Administración tiene concertada póliza que cubra las responsabilidades por las que se desea demandar a aquella; o que se trate de una entidad que presta o gestiona un servicio municipal directamente, sea o no empresa mixta o privada municipal, y pueda incluso tener cubiertas, a su vez, sus responsabilidades con una póliza de seguro. Pensemos en casos tan habituales y cotidianos como un accidente de circulación debido a la existencia de una zanja realizada en vía pública por una empresa privada concesionaria, o por falta de señalización viaria o defecto en el mantenimiento de la existente, o que se trate de una sociedad mixta la que en tales casos preste los servicios. ¿Habrá que acudir entonces a la vía civil o a la contencioso-administrativa?

El problema no tiene una solución jurisprudencial uniforme, y las soluciones que se ofrecen a veces resultan parciales si tenemos en cuenta que se desarrollan porque se plantea la cuestión desde la óptica estricta de la jurisdicción cuando antes, al contrario, debería examinarse en abstracto desde la óptica de la posible pluralidad de sujetos y de la conexión o nexo existente, es decir, desde el punto de vista de un litisconsorcio voluntario. Vamos a examinar, pues, esta cuestión, para cuya solución entendemos que no sólo debe estarse a una calificación jurídica como responsabilidad patrimonial o civil, sino, ante todo y sobre todo, a la existencia de unos hechos comunes que determinan una conexión entre los posibles sujetos responsables y las peticiones de tutela respecto de cada uno. ¿No nos recuerda acaso ello la existencia de una acumulación subjetiva-objetiva o litisconsorcio voluntario ex artículos 12.1 y 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 y, por ende, nos lleva a la vía judicial civil?

En principio parece obvio que si no se plantea reclamación alguna frente a la administración, no habría acto administrativo que, en su caso, revisar, y por tanto la vía sería la civil. Sin embargo, la práctica cotidiana, sobre todo en el ámbito de los procesos y juzgados civiles, pone de relieve las discrepancias sobre la materia.

En el examen de esta materia, como el de otras tantas, precisa analizar situaciones o hipótesis concretas, en las que han tenido incidencia los cambios legislativos y, en particular, la Ley Orgánica 19/2003. Para comprender la evolución y estado actual de esta cuestión, mencionamos primero los argumentos a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, en segundo lugar los argumentos a favor de la jurisdicción civil, en tercer lugar los supuestos que, en definitiva, habría que enjuiciar en la jurisdicción civil y, en último lugar, la incidencia que en todo ello ha tenido la Ley Orgánica 19/2003.

Así en primer lugar, para sustentar la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, en principio, podríamos entender como válidos los siguientes seis argumentos:

- La finalidad de la reforma operada por Ley Orgánica 6/1998 y la imperatividad misma de los artículos 9.4 Ley Orgánica del Poder Judicial y 2.e de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de forma que, en especial en los casos de demanda contra la Administración (y/o concesionaria en su caso) y su aseguradora (o contra ésta sola en ejercicio de la acción directa del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro), como para que surja la responsabilidad de la aseguradora (o, por ejemplo de la concesionaria del servicio) es preciso que previamente se declare la de la Administración (o en su caso, la de la concesionaria) para ello es preciso seguir los trámites marcados por la legislación administrativa y, con ello, obtener una declaración de los órganos contencioso-administrativos.

- El artículo 9.4 Ley Orgánica del Poder Judicial fija una vis atractiva respecto a los sujetos privados que hayan concurrido a la producción del daño y, con mayor razón, en su caso, habrá de aplicarse entonces respecto de la aseguradora.

- Las nuevas pautas administrativas derivadas de la Ley 30/1992, de la Ley Orgánica 6/1998, Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de concentrar las reclamaciones contra la Administración en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, manteniendo así el principio de unidad jurisdiccional.

- La responsabilidad se basa en estos casos en el anormal o normal funcionamiento de servicio público como es el correcto mantenimiento de las vías públicas o servicio de abastecimiento de aguas o de residuos etc., aunque se desarrolle a través de otras personas físicas o jurídicas privadas o incluso mixtas, es decir, el título de imputación de la responsabilidad supone integrar al servicio público dentro de la organización administrativa, lo que nos lleva de nuevo al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

- En los casos de acción directa frente a la aseguradora, es evidente que el perjudicado no está obligado a dirigir su reclamación frente al asegurado, pero tal acción directa se asienta en dos premisas básicas: la realidad y la existencia de un contrato de seguro, y responsabilidad del asegurado cuya declaración lleva a la vía contencioso-administrativa.

- Tanto el artículo 21 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa como el 9.4 Ley Orgánica del Poder Judicial permiten traer al proceso contencioso-administrativo a cualquier entidad privada o mixta, concesionaria o no, y, en su caso, también, aseguradora. Entre otras, en apoyo de esta tesis, podríamos citar las siguientes resoluciones: Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 9 de noviembre de 2000; Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa 30 de julio de 2001; Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz de 6 de marzo de 2002; Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 30 de noviembre de 2000; Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20 de enero de 2002; Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara 24 de octubre de 2002; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 8 de junio de 2002; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 6 de junio de 2002; Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de marzo de 2002; Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 15 de marzo de 2002; Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 28 de enero de 2002; Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 31 de diciembre 2001.

Ahora bien, el análisis detallado de esa cuestión, nos lleva, necesariamente, a tener presente qué sujetos o personas pueden ser traídas al proceso por hechos desencadenantes de una responsabilidad patrimonial. Concretamente, hemos de distinguir los casos en que, además, de la Administración, se trate o pueda exigir responsabilidad a una sociedad municipal, una sociedad mixta, o una sociedad privada concesionaria de un servicio, normalmente en relación a aguas y residuos (supuestos éstos más frecuentes en la praxis) habitualmente en relación a un Ayuntamiento, y, por supuesto, a una aseguradora. Veamos estos diferentes “sujetos”. En primer lugar, vamos a examinar el supuesto de persona jurídico-privada y, en su caso, concesionaria de servicio público: Sociedad Anónima, normalmente: Su vinculación con la Administración (habitualmente, Ayuntamiento). Y en segundo lugar, vamos a examinar la hipótesis de que se trate de servicio prestado en régimen de concesión por empresa mixta municipal o privada municipal a la que se demanda sola o junto con su aseguradora, en vía civil. Y en último lugar, vamos a mencionar el supuesto de reclamación frente a la aseguradora.

En la primera hipótesis, es decir, en el de persona jurídico-privada y, en su caso, concesionaria de servicio público (sociedad anónima, normalmente) y su vinculación con la Administración (habitualmente, Ayuntamiento), el supuesto de hecho vendría a ser el siguiente: “X, SA” presta un servicio público en régimen de concesión, y tiene aseguradas las responsabilidades que de tal actividad pudieran derivarse con una aseguradora distinta de la que otorga cobertura a las responsabilidades en que pueda incurrir la Administración. La demanda se dirige frente a esa empresa adjudicataria y frente a su aseguradora, o bien sólo frente a la empresa concesionaria. El argumento mayoritario a favor en estos casos de la vía contencioso-administrativa es que se trata, a la postre, de la prestación de un servicio público.

En el supuesto relatado, se trata de una mercantil, una persona estrictamente jurídico-privada y no participada, las más de las veces anónimas, sometida al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por real Decreto Legislativo 1564/1989, y por ello incluso a los efectos de su identificación en cumplimiento de las previsiones imperativas de su legislación, figura en su denominación la abreviatura “SA” (artículo 2) y es de carácter mercantil y sometida a estas disposiciones (artículo 3).

Así pues, es evidente que tanto el causante del daño como el perjudicado son personas jurídicas y físicas particulares, y que siendo el causante una entidad o persona jurídico privada regida por el Derecho mercantil y, por tanto, cualquier acto suyo ha de caer en la órbita de la jurisdicción civil, conforme al artículo 9.1 y 2 y artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (por lo menos en cuanto a la referencia de contrato de seguro) y artículo 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, y como quiera que tales preceptos son parte de nuestro ordenamiento jurídico, procede sin más su conocimiento a la jurisdicción civil, máxime cuando no se modifica por la Ley Orgánica 6/1998 el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la consiguiente vis atractiva de la jurisdicción civil, todo ello en una interpretación más acorde con la tutela judicial efectiva proclamada por el artículo 24 de la Constitución, en la medida en que en esa vía jurisdiccional las partes se encuentran en plena igualdad, sin limitación alguna como la que antes de la modificación por Ley Orgánica 19/2003 entrañaban algunos preceptos de la Ley 29/1998.

La mercantil realiza una actividad (de limpieza, de suministro de agua, de señalización de tráfico, de alumbrado, etc.) como podría realizarlo cualquier empresa y que, no estando prestado el servicio directamente por la Administración (y sí indirectamente como veremos después) los hechos, consecuencias y responsabilidades de ello derivadas le son exigibles, incluso por entender que se trata de un supuesto de lo que podríamos llamar legitimación extraordinaria (artículo 10.2 LEC1/2000) o, que tradicionalmente, llamados acción directa, como es precisamente también la del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro.

Por último, un argumento que además nos lleva al siguiente supuesto, y es que si se admite la vía judicial civil en el caso de que el servicio o concesión se preste por una empresa mixta municipal, con mayor razón en este caso debe admitirse la jurisdicción civil para una sociedad estrictamente privada. Situación diferente, es que se hubiese demandado en vía civil a la Administración, en cuyo caso sí sería comprensible la impugnación por falta de jurisdicción.

La segunda hipótesis de las mencionadas, se refiere a servicio prestado en régimen de concesión por empresa mixta municipal o privada municipal a la que se demanda sola o junto con su aseguradora, en vía civil. En estos supuestos incide la modificación operada por la Ley 57/2003 de 16 de Diciembre, de medidas de modernización del gobierno local, y el Real Decreto Legislativo (en lo sucesivo DRLeg) 2/2000 que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos para las Administraciones Públicas. Respecto de la Ley 57/2003, destacamos que, entre otras, su artículo 1 modifica el artículo 85 de la Ley de Bases de Régimen Local, si bien se mantiene tanto la gestión directa como la indirecta de los servicios públicos, que va referida precisamente a las modalidades contempladas en el artículo 156 de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Conforme al precitado artículo 156, *“la modalidad de la contratación de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades:*

- a) *Concesión, por la que un empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura, siendo aplicable en este caso lo previsto en el apartado 3 del art. 130 de la presente ley.*
- b) *Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán*

en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que establezca el contrato.

c) *Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.*

d) *Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por si o por medio de entidad pública en concurrencia con personas naturales o jurídicas.*

La empresa mixta municipal es creada en virtud de la regulación legal contenida en los artículos 85.4.e) de la Ley 7/85 reguladora de las Bases de Régimen Local actualmente modificado por Ley 57/2003 que la hace pervivir, en los artículos 102 y subsiguientes del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de Junio de 1955, y en los 154 y subsiguientes de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 1995, sustituidos en la actualidad por el artículo 156 y ss del RDLeg 2/2000; y unida a la Administración (normalmente al Ayuntamiento) por contrato de concesión.

Dichas empresas constituyen una forma de gestión de los servicios públicos, según la Ley de Bases de Régimen Local y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Efectivamente, según el artículo 85 de la Ley de Bases de Régimen Local *“Los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa o indirecta”*. El artículo 85.B, por su parte dispone que *“la gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos, en el artículo 156 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; es decir, concesión con empresa privada, gestión interesada, concierto con persona natural o jurídica y sociedad de economía mixta, o sea, sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad local., pues el propio artículo 85.3 de la Ley de Bases de Régimen Local establece la prohibición absoluta de gestión indirecta mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local; prohibición que no rige para la gestión directa, en la que el citado precepto contempla a las sociedades mercantiles locales, es decir, a las empresas privadas municipales.*

En concordancia con lo anterior el artículo 103 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales preceptúa que *“las empresas mixtas se constituirán, mediante escritura pública, en cualquiera de las formas de Sociedad mercantil, comanditaria, anónima o de responsabilidad limitada”*.

Por tanto nos encontramos claramente ante una entidad mercantil sujeta al Derecho Privado y a las normas mercantiles reguladoras de su forma social, con alguna especialidad establecida en el Reglamento de Servicios.

En el caso de las empresas mixtas, la Junta General no es la Corporación por ejemplo, sino que la Corporación (Ayuntamiento p.e.) participará en la misma como un socio más, y podrá participar también en los órganos de administración (artículo 106 del Reglamento).

No obstante dicha configuración de las Sociedades Privadas Municipales, el artículo 89 del Reglamento de Servicios se refiere a las mismas en los términos siguientes: *la gestión de los servicios públicos podrá realizarse en “régimen de empresa privada, que adoptará la forma de responsabilidad limitada o de sociedad anónima, y se constituirá y actuará con sujeción a las normas legales que regulen dichas compañías mercantiles, sin perjuicio de las adaptaciones previstas por este reglamento”*. Por tanto en estas Sociedades Privadas municipales el funcionamiento de su Junta General, estará sometida (artículo 92 del Reglamento) a un régimen interno de carácter administrativo (en cuanto que su Junta General es la propia Corporación) pero debe apreciarse que la misma está sujeta al *“régimen general de derecho privado en sus relaciones con terceros* (artículo 89 del Reglamento transcrito).

Así lo ha venido reconociendo nuestra jurisprudencia. En apoyo de lo que venimos exponiendo, tenemos, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 26 de Octubre de 2002, y la Sentencia Audiencia Provincial de Málaga de 5 de Marzo de 1998. Y en este mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 2 de Diciembre de 1999, que desestima un recurso contencioso administrativo interpuesto por una sociedad privada municipal contra resolución del TEAC que entendía que la misma no goza de la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de la que gozan las Administraciones Públicas, por cuanto que a las sociedades privadas municipales no les es predicable la condición de Administración Pública: *“ En definitiva, las sociedades*

municipales, de acuerdo con el artículo 86 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con los artículos 89 y siguientes del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, al igual que las sociedades estatales, son sociedades mercantiles que, según el artículo 6 de la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977, se rigen por las normas del Derecho mercantil, civil o laboral y, como expresa la propia exposición de motivos de la mencionada Ley General Presupuestaria, tienen configuración mercantil y realizan una actividad económica privada, lo que implica que carecen de las prerrogativas propias de la Administración Pública institucional, gozando de una mayor flexibilidad y agilidad para la gestión directa de los servicios o actividades públicas que aquella en su operatividad para el cumplimiento de sus fines, pero ello lleva como consecuencia la concurrencia de estas sociedades estatales en plano de igualdad con el resto de las entidades de carácter privado (...).”

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Enero de 1995 en el caso de una empresa municipal de abastecimiento de aguas, *negó el privilegio de la inembargabilidad de los bienes del capital social* (que pertenecía íntegramente al Ayuntamiento) – privilegio de la inembargabilidad predicable de los bienes de las Administraciones Públicas - y *determinó la aplicación de la teoría del levantamiento del velo jurídico* – teoría puramente privatista y aplicable a las entidades Sociedades Anónimas -: *“Cualquiera que sea el alcance que pueda darse a la teoría del levantamiento del velo, de todas formas, a partir de la personalidad formalmente independiente, con patrimonios separados, centros de imputación de sus respectivos derechos y obligaciones, carece de relevancia constitucional la argumentación que pretende llevar la identidad sustancial de ambas* (se refiere al Ayuntamiento y a la sociedad privada municipal) *(...).”*

Por tanto las especialidades referidas de la sociedad Privada Municipal (que el capital social se íntegramente de la Corporación, que la Junta General sea la propia Corporación, y que esta funcione internamente según normativa administrativa), no concurren en la regulación de la empresa mixta municipal, ya que la misma (artículos 102 y siguientes del Reglamento de Servicios) solamente se hace referencia a algunas especialidades, y la Corporación es tratada como un socio más dentro de la mercantil, por ejemplo, la responsabilidad de la Corporación se limitará a la parte de capital aportado por la misma (artículo 110 Reglamento) – como en cualquier mercantil -, podrá participar en las Juntas Generales como un socio más, y participará en los órganos de administración.

Por supuesto, en las empresas mixtas, el capital social es parte de la Corporación y parte de sujetos privados (artículo 102 del Reglamento de Servicios).

Así pues, si las Sociedades Privadas Municipales en sus relaciones con terceros están sujetas al derecho privado, tanto más estará sujeta al derecho privado, y por tanto a la jurisdicción civil, las empresas mixtas, donde la presencia de la corporación es menor, pues la misma, salvo algunas especialidades contenidas en el Reglamento de Servicios, es un socio más.

La conclusión es que a la concesionaria no se le puede predicar su carácter de Administración Pública, pues se trata de un sujeto privado (una sociedad anónima) sometida por ello a las normas de derecho privado y a la jurisdicción civil: Por tanto el supuesto lo habremos de calificar de responsabilidad extracontractual por daños causados a terceros por culpa o negligencia, deberá ser conocido por la Jurisdicción Civil, y la responsabilidad del causante se determinará en atención al artículo 1902 y concordantes del Código Civil, y no de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cuyo conocimiento se atribuye en exclusiva a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, al no tratarse la o las demandadas de Administración Pública, y sí sujeto privado.

Además de ser empresa mixta municipal, no podemos olvidar que la entidad tiene la concesión, por el Ayuntamiento de la gestión de los servicios municipales., estando prevista esta posibilidad en el artículo 156.1.d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Incluso, según el artículo 109.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, es posible que dicha concesión sea la aportación al capital social realizada por el Ayuntamiento.

Los contratos de concesión de servicios públicos en el caso de los Ayuntamientos p.e., se encuentran regulados en los artículos 114 y subsiguientes del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Según el artículo 154 de

la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por el contrato de gestión de servicios públicos, se encomienda la misma a una persona natural o jurídica. Por tanto a una persona sujeta al derecho privado y la jurisdicción civil. Los artículos 97, 130, 143 y 161.c de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, delimitan la responsabilidad del contratista o concesionario y de la Administración Pública contratante frente a terceros, derivadas de la ejecución de los contratos. Los citados preceptos *“atribuyen la responsabilidad de los daños y perjuicios causados a terceros por la ejecución del contrato, al contratista, o concesionario, salvo que sea imputable la misma a la Administración.”*

Por tanto, según, la referida delimitación de la responsabilidad, es legítimo entender que la responsabilidad corresponde en exclusiva a la concesionaria, al no provenir los daños de *“actos realizados en cumplimiento de una cláusula impuesta por la Corporación con carácter ineludible”*, según el artículo 128 del Reglamento de Servicios (u *“orden directa e inmediata” de la Administración*, en terminología de la Ley de Contratos) y por tanto es posible que el perjudicado dirija su demanda en exclusiva contra la referida mercantil (y/o su aseguradora) y ante el orden jurisdiccional civil. Y ello sin perjuicio de la posibilidad de repetición contra el Ayuntamiento si entiende que a él es atribuible la responsabilidad.

Las sentencias que atribuyen competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa, se refieren a supuestos en que se demanda conjuntamente a la concesionaria y al Ayuntamiento p.e, supuesto este encuadrable en el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, y en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en consecuencia, si es competente con carácter exclusivo la jurisdicción contencioso administrativa, atrayendo dicha jurisdicción a los sujetos que hayan concurrido en la producción del daño junto con la Administración Pública.

Pero es que a la concesionaria no se le puede atribuir la condición de Administración pública y, por tanto, han concurrido sujetos privados a la producción del daño, de cuyas negligencias y consecuentes daños debe conocer la jurisdicción civil, y de conformidad con el derecho privado.

En último lugar, mencionamos el supuesto de especial frecuencia y transcendencia práctica que es el de acción directa contra la aseguradora de la Administración por la cobertura de las responsabilidades de ésta, o contra la aseguradora y la Administración conjuntamente. También en estos casos lo más frecuente es que esa Administración sea municipal o sanitaria.

En estas hipótesis, está presente una persona pública (Administración) y, por tanto, nos movemos en el ámbito de lo que legalmente hemos calificado de responsabilidad patrimonial. El problema, desde el punto de vista de la literalidad de la ley, estriba en que parece que el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atrae a la jurisdicción contencioso-administrativa la llamada o concurrencia de otros sujetos privados (como lo es la aseguradora), al tiempo que en estos casos se prohíbe por el tan citado artículo 2.e de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la demanda ante el orden civil o laboral.

Hemos examinado los argumentos en defensa de la jurisdicción contencioso-administrativa, y algunas de las hipótesis o supuestos concretos. Pero también nuestra legislación nos permite encontrar argumentos que apoyan el conocimiento de estos asuntos ante la jurisdicción civil, cuyo estudio abordamos en segundo lugar. Al respecto, es curioso que nuestra tradición procesal parta de un caso de demanda frente a la Administración (la actual RENFE) y a otras sociedades privadas, y que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Marzo de 1956 que, en sede de litisconsorcio voluntario, es con la que se inicia una interpretación jurisprudencial flexible de los artículos 156 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, analizando la cuestión desde la perspectiva y ámbito de la jurisdicción civil.

Resumimos en los siete siguientes, los argumentos a favor de esta jurisdicción civil, y que tratan de contradecir los ya examinados en relación a la jurisdicción contencioso-administrativa:

- El artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atrae a la jurisdicción contencioso-administrativa a sujetos privados y tal es la aseguradora, pero no a cualquier sujeto privado, es decir, no a cualquier sujeto privado diferente de la Administración pública, sino a aquel que haya *“concurrido”*

(véase la literalidad del precepto) a la producción del daño. Evidentemente la aseguradora, como entidad contratante de una póliza, no es sujeto que haya intervenido en la causación del daño, ya que el título de su imputación y consiguiente exigencia de responsabilidad, según vemos ahora también, es diferente.

- La Ley de de Contratos para las Administraciones Públicas, en su artículos 5.3 y 206 califica como privados a los contratos de seguro, con la consiguiente competencia del orden jurisdiccional civil para el conocimiento de las cuestiones que de ello se deriven y, por tanto, también para los casos de exigencia de responsabilidad a una aseguradora ex acción directa del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro.

- Título de imputación de la exigencia de responsabilidad a la aseguradora. La aseguradora no ha intervenido en la causación del evento dañoso. Es demandada o puede serlo a consecuencia de la acción directa del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, siendo su responsabilidad directa y fijada por disposición legal a consecuencia de la cobertura garantizada en la póliza suscrita con la Administración. Es una acción que tiene sustantividad propia.

En apoyo de los tres primeros argumentos podemos citar, entre otras, las siguientes resoluciones: Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de junio de 2000; Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 6 de julio de 2000; Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 15 de junio de 2001; Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 26 de octubre de 2001; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 29 de noviembre de 2000; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 7 de marzo de 2000; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 25 de julio de 2002; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de abril de 2002. Y por supuesto, los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre 2001 y 21 de octubre de 2002, los que son jurisprudencia. A estos Autos, cabe añadir el de 18.10.2004 de la misma Sala, que en realidad deja clara, una vez más, la posibilidad de acción directa frente a la aseguradora de la Administración, exclusivamente y en vía civil, lo que, en nuestro criterio, resultaba indiscutible con el artículo 10.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- La jurisdicción civil tiene una vis atractiva fijada en precepto contenido en ley orgánica por rango y por contenido: El artículo 9.2 Ley Orgánica del Poder Judicial.

- El artículo 21.1.b de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no permite que la aseguradora desarrolle en el proceso una actividad procesal plena tendente a eludir una posible condena, ni permite una condena pecuniaria de dicha aseguradora, dado que dicho precepto ha de ponerse en relación con lo que sea objeto del proceso (el acto administrativo del que normalmente se pide su declaración de no ser conforme a derecho y su consiguiente anulación) y, por tanto, con el fallo consiguiente, merced a lo establecido en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con el riesgo del desarrollo íntegro de un proceso para un pronunciamiento estéril a efectos de la condena pecuniaria de la aseguradora sobre la que no se ha de pronunciar el tribunal contencioso-administrativo, al menos hasta antes de la reforma de la Ley Orgánica 19/2003.

A los efectos del proceso contencioso-administrativo, por lo general, lo importante es que alguien impugne un acto de la Administración y ésta sea la demandada, sin perjuicio de quien, a su vez, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sea notificada de la existencia de la litis por resultar interesada. Evidentemente, si se anula el acto, con la consiguiente indemnización con cargo a la Administración, la aseguradora se podrá ver abocada después a una demanda de cumplimiento de contrato. Y esto sería contrario no sólo a la economía procesal, sino que, además, de demandarse sólo a la Administración (en vía contencioso-administrativa) o a la aseguradora (en vía civil) podría dar lugar a que *“quebrara la continencia de la causa”*.

- Por otro lado, no podemos olvidar que la exigencia de responsabilidad respecto de la Administración y respecto de la aseguradora tiene un “nexo”, es decir, que tales reclamaciones, si que siquiera como causa común remota, se *“fundan en los mismos hechos”* (lo que nos lleva al artículo 72 de la LEC 1/2000 y, con él, al artículo 12.1), y en un mismo petitum indemnizatorio, sin perjuicio de que la fundamentación jurídica que pueda conformar la causa de pedir sea diferente.

-Y como corolario de lo anterior, la vis atractiva de la jurisdicción civil nos llevaría a que Administración y aseguradora permanecieran en un proceso civil en plena igualdad de alegaciones y medios de defensa, con una idéntica extensión de cosa juzgada al ser partes en el proceso (artículo 222 de la LEC 1/2000), y sin riesgo alguno de sentencias contradictorias.

Ahora bien, delimitado así el ámbito de la jurisdicción civil, quedaría, por último, salvar un cierto “escollo” que identificaríamos con el problema que plantea la legislación y jurisprudencia detractora de la jurisdicción civil en pro de la contencioso-administrativa: Si se ejercita exclusivamente la acción directa frente a la aseguradora, es evidente que se precisa un pronunciamiento sobre la responsabilidad de la Administración, pues sólo si esta existe estaremos en presencia de un supuesto con cobertura en la póliza, y tal pronunciamiento ha de hacer en la órbita de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero esta afirmación queda vacía de contenido con el texto de la LEC 1/2000, y antes en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Efectivamente, el artículo 42.1 prevé que “*a los solos efectos prejudiciales, los tribunales civiles podrán conocer de asuntos atribuidos a los órdenes contencioso-administrativo y social*”. Y ello supone que, asuntos, desde el punto de vista contrario, aunque en un principio debiera conocer la jurisdicción civil o social (artículo 2.b de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) pero por imperativo legal se introducen en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, puedan, no obstante, volver al cauce jurisdiccional que de suyo le sería el natural, y, por tanto, en el presente caso, al civil, pero eso sí teniendo en cuenta que “*la decisión de los tribunales civiles sobre las cuestiones a las que se refiere el apartado anterior no surtirá efecto fuera del proceso en que se produzca*” (artículo 42.2 LEC 1/2000).

Entender de forma diferente la cuestión que venimos exponiendo, y en especial por referencia a la acción directa ex artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, es evidente que en otro caso, es decir, si se exigiera un previo pronunciamiento de los órganos de lo contencioso-administrativo, entonces quedaría sin sentido el ejercicio de tal acción directa, la estaríamos negando.

Por tanto, y como conclusión, en tercer lugar, parece que podríamos afirmar que corresponde al conocimiento de la jurisdicción civil el enjuiciamiento de las tres siguientes hipótesis:

- Los casos de responsabilidad civil extracontractual dirigidos por acción directa frente a una aseguradora, estén codemandadas o no entidades o personas jurídico privadas (sociedades o empresas mixtas municipales por ejemplo), sean o no concesionarias o adjudicatarias de un servicio público prestado directamente por ellas (caso de servicios de transporte, de aguas, de residuos etc., por ejemplo), incluso cuando son participadas por entidades públicas o empresas mixtas municipales o son empresas privadas municipales, todo ello en sus relaciones con terceros.

- Los supuestos incluso que caerían en la órbita de la responsabilidad patrimonial, cuando junto con un ente público se esté ejercitando una acción directa frente a una aseguradora (caso de RENFE).

- Las demandas en exclusivo ejercicio de acción directa frente a la aseguradora deben continuar admitiéndose en vía civil, sin perjuicio del pronunciamiento administrativo prejudicial previsto en el artículo 42 de la LEC 1/2000.

Sin embargo tal conclusión no es exacta. Efectivamente, con la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de Diciembre modifican, entre otros, los artículos 2.e y 21.1 de la Ley 29/1998, que se convertían en obstáculos para un conocimiento de esta materia en vía contencioso-administrativa, en favor de la civil. Procedemos, pues, al estudio de la última de las cuestiones que suscitamos en relación a esta materia.

El precitado artículo 2.e de la Ley 29/1998 modificado, en realidad, viene a añadir la frase “*aún cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad*”; es decir, incluso en esos casos la Administración sólo puede ser demandada en vía contencioso-administrativa y esta es la vía adecuada a la que traer, incluso, a los sujetos privados aunque no concurren a la producción del daño (como sería el caso de las aseguradoras) pues en tal sentido ha de

entenderse la modificación operada en el artículo 21.1 al establecer que se considera parte demandada (plena, pura y simple):“a)Las Administraciones públicas o cualesquiera de los órganos mencionados en el artículo 1.3 contra cuya actividad se dirija el recurso.

b) Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante.

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

Con esta modificación, toda persona física o jurídica pública o no que concurra a la causación del daño y, por supuesto, las aseguradoras, podrán ser demandadas en vía contencioso-administrativa, y, por tanto cuando junto con un ente público se esté ejercitando una acción directa frente a una aseguradora (caso de RENFE), es decir, el supuesto mencionado en segundo lugar en la conclusión, pasaría a ser enjuiciado en vía contencioso-administrativa. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, de 1 de Abril de 2004 que considera jurisdicción competente a la civil cuando la acción se dirige solamente contra la aseguradora de la responsabilidad patrimonial de la Administración :

“Primero.- El primer reproche a la sentencia de instancia hace referencia a la estimación de una intempestiva alegación de falta de jurisdicción, la que se debió plantear como declinatoria, y al no hacerse así por las partes demandadas había precluido la posibilidad de plantear esa falta de presupuesto procesal.

A lo que hay que contestar que, aun siendo ello cierto, el efecto preclusivo de las alegaciones sobre jurisdicción y competencia no es pleno, en cuanto el tribunal conserva no sólo la facultad sino el deber de apreciarlas de oficio (artículos 37, 38, 48 y 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

De manera que las partes conservan la posibilidad de informar de la ausencia de aquellos presupuestos procesales, incitando al órgano jurisdiccional a que haga uso de su deber de vigilar el respeto a aquellos presupuestos procesales.

Segundo.- Mas dicho esto es evidente que, al menos en relación a los asuntos planteados antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, el estado de la cuestión relativa a la determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer de las pretensiones de responsabilidad patrimonial de la Administración cuando a esa acción se acumulaba la directa que nace ex art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro contra la aseguradora de aquélla responsabilidad, es que la competencia se tenía que atribuir a la jurisdicción civil.

Así resultaba de la doctrina de la Sala Especial de Conflictos de Competencia, asumida ya por la Sala Primera del Tribunal Supremo, y que sintetizábamos en nuestro auto de 10 de febrero de 2003, al que nos remitimos.

Tercero.- Otra cuestión procesal que se plantea en el presente proceso es la relativa a las consecuencias de la apreciación indebida de ese presupuesto procesal, que ha generado una sentencia absolutoria en la instancia, algo que el legislador en la Ley de Enjuiciamiento de 2000 expresamente quiso evitar.

Pues bien ante estas situaciones, o similares que conlleven una infracción legal en la sentencia dictada en la primera instancia, la Ley de Enjuiciamiento Civil ha optado por primar el principio de economía procesal, disponiéndose en el artículo 465.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que:

“El tribunal de apelación tras revocar la sentencia apelada, resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso”. Esto conlleva la consecuencia de que el tribunal de apelación resuelva

como primera y única instancia (lo que la doctrina, de manera gráfica, ha denominado “robo de la instancia”).

Y sentado lo anterior no cabe acceder a lo pedido en el recurso de apelación de que sea el Juez de Primera instancia quien entre a conocer de la cuestión, sino que lo ha de hacer directamente esta Sala.

Y entrando a resolver la cuestión de fondo es de apreciar la responsabilidad de la Administración, la relación de causalidad con los daños y la certeza de estos últimos.

El testimonio vertido en el proceso, y aun antes que él el mismo atestado levantado acredita que las vallas pertenecen al Ayuntamiento, correspondiéndose a las que se utilizan para la ordenación del tráfico e instalaciones del rastro, y no a ninguna obra, allí inexistente.

Que la Administración no actúa con la diligencia debida en su recogida y control, pues parece una reiteración el uso indebido por terceros de esas vallas.

También se acreditó que la visibilidad del lugar no era suficiente para trasladar al conductor la responsabilidad de la colisión con la valla, quien razonablemente no pudo evitar la colisión o roce con la misma (colocada junto a otra para propiciar la colisión).

Ya en fin los daños resultaron acreditados, aun los que se consideraron dudosos (panel interior de la puerta), pues en el juicio se explicó cómo verosímelmente la valla logró dañar el mismo.

Y ya en fin no hay prueba suficiente de que la aseguradora del demandante le haya abonado el importe de la luna rota y haya quedado privada de legitimación para reclamar esa partida.”

Ahora bien, sólo queda por salvar un problema, y es el relativo a que la reforma de la Ley Orgánica 19/2003 no ha modificado el texto del artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo. De esta manera, si bien inicialmente, el interés en esta materia se centraba en el problema de la jurisdicción a elegir, y si la procedente era la civil o la contencioso-administrativa, tras la entrada en vigor de la ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, con el dictado de los Autos de la sala de Conflictos antes mencionados, y la posterior modificación que de la Ley 29/1998 lleva a cabo la Ley Orgánica 19/2003 sin alterar el texto del artículo 71 de la Ley 29/1998, la esencia de estos temas se desplaza, en nuestro criterio, al alcance la sentencia que se dicta en la jurisdicción contencioso-administrativo, sobre todo en aquellos casos en los que la aseguradora de la Administración ha sido parte en el proceso. Es ante todo y sobre todo, un problema tanto de sujetos como de objeto y alcance de la resolución a recaer.

La solución, no siendo fácil, pasa por tener en cuenta que el precepto ha de ser interpretado desde la óptica de quien, ahora, pueden ser parte de un proceso y, por tanto, si conforme al artículo 21.1,b el restablecimiento del derecho o resarcimiento de la situación jurídica individualizada, pasaría por la nulidad del acto administrativo y fijación de indemnización a favor del administrado y con cargo a la Administración y demás demandados en su caso, siempre, claro está, que haya quedado claro el contenido y alcance de los vínculos jurídicos existentes entre los mismos.

Esto permite sostener, a su vez, dos conclusiones absolutamente contrapuestas. La primera de ellas, parte de la consideración en si del objeto del proceso contencioso-administrativo, y su identificación con la existencia de un acto administrativo y con la finalidad esencialmente (aunque no exclusivamente) revisora de esta jurisdicción. Lo lógico es, pues, que la nulidad, en su caso, del acto o resolución administrativa y la consiguiente fijación de la indemnización sólo pueda recaer y ser decretada en sentencia respecto de la propia Administración de la que dimana el acto en cuestión. La estimación del recurso (o demanda) significa el reconocimiento de que la Administración no ha cumplido con las obligaciones que, de otra forma, es decir, de haberlas cumplido, impedirían el nacimiento de una responsabilidad patrimonial, y sin perjuicio de otros posibles sujetos cuyas responsabilidades y eventuales

condenas no podrían producirse en esta vía jurisdiccional aunque se les permitiera intervenir en el proceso contencioso-administrativo.

Lo anterior no impide que el pago pueda ser satisfecho por la aseguradora con la que tuviese contratada aquella la correspondiente póliza que cubra la responsabilidad patrimonial, y sin perjuicio, por tanto, de que tal aseguradora, pueda después repetir contra quien se considere el causante material o directo del daño. Téngase en cuenta que el tercero lo es tanto respecto del contrato de seguro existente con la Administración, como del “agente directo”, ya sea éste el constructor, el promotor etc.

La presencia, pues, en el proceso de otras entidades privadas e incluso de la propia aseguradora, obedece, sin lugar a dudas a su necesaria o conveniente intervención para el esclarecimiento de los hechos y delimitación de responsabilidades, e incluso para salvaguardar sus derechos ante un posterior y eventual proceso de repetición. La sentencia nunca les va a resultar indiferente, y, en cualquier caso, se va convertir en suficiente título de imputación para exigencia de posterior reclamación en ejercicio de una acción de repetición contra quien el causante o agente directo del daño (p.e. la concesionaria del servicio público, o la empresa que realizaba obras en vía pública y que redundan en su exclusivo beneficio).

El particular que, por ejemplo, deambula y se cae en una zanja abierta por obras autorizadas administrativamente en vía pública, no tiene por qué conocer ni por qué indagar quien o quienes intervienen en la ejecución de tales obras como promotores, constructores, subcontratas, empleados de estos, aseguradoras de unos y otros etc., y no tiene por qué llevar a cabo una labor de delimitación jurídica de vínculos contractuales o extracontractuales, ya sean civiles o incluso mercantiles a consecuencia de contrato de seguro. Lo único relevante, desde el punto de vista del resarcimiento de su posible menoscabo físico o meramente material, es que la Administración no haya sido diligente en el cumplimiento de sus obligaciones, y que, de ser así, puede acudir contra ésta.

Igualmente, el particular que es asistido en un centro de salud o de urgencias y por actuación de facultativo de servicio público de salud sufre un daño, no tiene por qué indagar datos acerca del mismo, bastándole con reclamar frente a la Administración si se cumplen los requisitos para ello. Si ésta resulta condenada, se abre entonces la posibilidad de repetición analizando los vínculos y relaciones jurídicas que sean precisas.

La condena recae, pues, exclusivamente en la Administración, sin perjuicio de que la sentencia pueda ser cumplida (liquidada económicamente) por su propia aseguradora en cumplimiento de los vínculos contractuales existentes con la misma, pues, en cualquier caso, el pago por tercero es admitido como forma de extinción de una obligación.

La segunda conclusión, contraria a la anterior, exige una interpretación literal de los artículos 2 y 21 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y una interpretación amplia del objeto de estos procesos. Si conforme a aquellos preceptos, las entidades privadas, incluidas por tanto las aseguradoras, son parte procesal, es porque el sentido del fallo puede y debe afectarles directamente y resultar condenadas por el mismo, lo que supone que el objeto de estos procesos y la finalidad misma de esta jurisdicción, han de interpretarse más ampliamente y más allá del tenor literal del artículo 71 antes citado, de forma que puedan enjuiciarse en un único proceso de una única vía jurisdiccional, con clara preclusión de alegaciones, en aplicación del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, y sin posibilidad de repetición posterior.

Si sostenemos la posibilidad de enjuiciamiento único sin posibilidad de repetición, entonces habría que tener presente los principios y criterios de determinación de la responsabilidad civil y las distintas teorías de ésta, en función del sujeto respecto del cual se prediquen (responsabilidad objetiva, por riesgo, por culpa etc.) incluidos los criterios de imputación a título de culpa, y no solamente la responsabilidad patrimonial objetiva, o “casi” en atención a resultado, puesto que también la jurisprudencia en estos casos ha ido perfilando paliativos a dicha responsabilidad “por resultado”.

Nos parece más acertada la primera conclusión. La complejidad de los vínculos jurídicos que presiden este entramado de relaciones, no es más que el ejemplo vivo de la riqueza de nuestro ordenamiento jurídico y la interrelación existente entre sus diversas ramas o sectores jurídicas. De ahí que

si en una hipótesis concreta (p.e. daños en un vehículo que circula por vía pública en obras autorizadas a empresa privada por el Ayuntamiento), podemos apreciar una multiplicidad de vínculos jurídicos y de obligaciones (conservación de vías públicas del Ayuntamiento, responsabilidad civil extracontractual frente a tercero del promotor y/o constructor, responsabilidad contractual aseguradoras de cada uno de ellos respecto de las cuales las demás son tercero contractual etc), a cada una de ellas habrá que otorgarle las consecuencias y efectos que le son propias, tanto desde el punto de vista sustantivo (civil o administrativo) como procesal (principios y normas procesales civiles o contenciosas), resultando difícil su compatibilización en un solo proceso, que adquiriría una complejidad extraordinaria respecto del perjudicado. Y si, por tal circunstancia, el particular perjudicado elige la vía judicial contencioso-administrativa frente a la Administración, la aseguradora de ésta podrá intervenir en el proceso y, a la vista de su resultado, pagar y subrogarse después en la posición de la Administración.

La posibilidad de revisión de un acto administrativo presunto o expreso, incluso en materia de responsabilidad patrimonial, sólo puede predicarse respecto de una Administración, con independencia que otros sujetos intervengan en el proceso de esa naturaleza. Si el daño se deriva tanto de la falta de cumplimiento por la Administración de las obligaciones que le son propias, como de una acción de un sujeto privado (médico, constructor, promotor etc), la elección del “título de imputación” por el perjudicado como responsabilidad patrimonial, no puede impedir luego a la Administración condenada a que subrogue en su posición a la aseguradora que paga o, incluso, a accionar directamente aquella contra quien considera agente directo del daño y derivar al mismo la totalidad de la responsabilidad o “su tanto de culpa”.

La existencia de acto administrativo presunto o expreso, es lo que, a la postre fija la línea diferencial.