

InDret

Paso a nivel

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas tras los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y de 21 de octubre de 2002

Carlos Gómez Ligüerre
Facultad de Derecho
Universitat Internacional de Catalunya

Working Paper n°: 152
Barcelona, julio de 2003
www.indret.com

Abstract

El pasado 21 de octubre de 2002, la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo falló a favor de la competencia de la jurisdicción civil en un caso en que la víctima de un daño sufrido en unas dependencias de RENFE demandó conjuntamente a la compañía ferroviaria y a su compañía aseguradora. El Auto de octubre de 2002 hace suyos los argumentos de uno anterior de 27 de diciembre de 2001, que resolvió de igual forma otra reclamación indemnizatoria contra los mismos demandados: a) RENFE es una Administración pública y como tal sólo puede ser demandada ante la jurisdicción contencioso-administrativa; sin embargo, b) cuando se la demanda conjuntamente con su aseguradora, la jurisdicción competente ya no es la contencioso-administrativa, ante la que sólo comparecen los particulares que hayan concurrido a la causación del daño por el que se reclama la indemnización, sino la jurisdicción civil.

Las dos decisiones de la Sala Especial de Conflictos de Competencia plantean serias dudas sobre el futuro del sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas que tan pacientemente ha construido el legislador español desde la promulgación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El mensaje es claro: la víctima de un servicio público que quiera obviar el procedimiento administrativo que prevén las normas sobre responsabilidad patrimonial no tiene más que demandar ante la jurisdicción civil a la Administración pública titular del servicio que causó el daño y a su compañía aseguradora.

La cuestión pasa de ser una mera disputa académica sobre la jurisdicción competente en un pleito de responsabilidad civil. El seguro de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas aleja completamente al funcionario causante del daño del procedimiento en que se deciden las consecuencias de sus acciones u omisiones. La Administración pública pierde la posibilidad de exigir, por lo menos de forma inmediata, la responsabilidad a sus funcionarios o agentes causantes de daño. El personal al servicio de las Administraciones públicas, cuyo patrimonio es inmune a los daños que causa, pierde incentivos para evitar accidentes. Algo que puede ser determinante en un sistema, como el español, en el que la responsabilidad de la Administración pública es objetiva y directa.

Sumario

- 1. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas**
- 2. Los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y de 21 de octubre de 2002**
- 3. El seguro de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública**
- 4. Los efectos en la prevención**
- 5. La responsabilidad de la Red Nacional de Ferrocarriles (RENFE)**
- 6. Bibliografía**

1. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas

En los últimos diez años, el panorama del derecho español de daños ha cambiado radicalmente. En lo que ahora nos interesa, quizá el proceso más significativo e influyente ha sido la transformación de la responsabilidad civil de las Administraciones públicas en una responsabilidad de derecho público, con un proceso administrativo propio revisable por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Desde la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), cuyo artículo 139.1 prevé que:

Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

El legislador español ha forzado la unificación del derecho aplicable a la responsabilidad de la Administración pública y de la jurisdicción competente para enjuiciarla en, respectivamente, el derecho administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa.

Así, a la aprobación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas siguió la del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, cuyo primer artículo establece la obligación de observar el procedimiento administrativo que el Reglamento instaura en todas las reclamaciones por los daños causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos:

1. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y la de sus autoridades y demás personal a su servicio se hará efectiva de acuerdo con las previsiones de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y con los procedimientos establecidos en este Reglamento.

2. Las disposiciones de este Reglamento son de aplicación a los procedimientos que inicien, instruyan y resuelvan todas las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial por su actuación en relaciones de derecho público o de derecho privado. (...)

El Reglamento prevé que el procedimiento de reclamación se inicie de oficio o a instancia de parte (artículos 5 y 6) y que se resuelva conforme a un procedimiento general (artículos 4 a 13) o según un procedimiento abreviado (artículos 14 a 17). En ambos procedimientos se prevé la intervención del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma que, en el plazo de dos meses en el procedimiento general y en el diez días en el abreviado, deberá emitir un dictamen sobre *la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización* (artículo 12.2).

El procedimiento previsto legal y reglamentariamente fue acompañado por reformas de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, reformada por la Ley Orgánica 6/1998, de 13

de julio (en adelante, LOPJ), y de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA). Las reformas aseguraban, respectivamente, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver todas las demandas contra una Administración pública y daban carta de naturaleza a las demandas indemnizatorias de los particulares en los procesos propios de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, el artículo 9.4 LOPJ dispone que serán competencia de los jueces y tribunales de esa jurisdicción:

(...) las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante ese orden jurisdiccional.

Y el artículo 2.e LJCA prevé la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en los casos en que se demande a una Administración por:

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

La Disposición Adicional 12^a que la Ley 4/1999, de 13 de enero, añadió a la LRJPAC puso fin al proceso sancionando la aplicación de las reglas anteriores a la controvertida responsabilidad de la Administración sanitaria:

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

La norma quiso poner fin a las dudas sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en los casos en que se demandaba a la Administración pública sanitaria. El lector interesado encontrará más información en Mir Puigpelat, 2000 y 2002 y Rivera Fernández, 2002.

Conforme al régimen legal aplicable a la denominada responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, la Administración pública titular de un servicio público responde:

- a) **De forma objetiva.** Según el artículo 139 LRJPAC la Administración que gestiona un servicio público responde por su funcionamiento normal o anormal. No cabe, por tanto, la prueba de la diligencia y el titular del servicio público responderá siempre que los daños sean consecuencia de la prestación del servicio, sin más defensa posible que la culpa exclusiva de la víctima y la fuerza mayor.
- b) **Según un proceso administrativo propio** y al que deben ajustarse todas las reclamaciones de las víctimas de daños causados por servicios públicos, incluso en

aquéllos en los que el accidente pueda ser constitutivo de delito o falta. Así lo declara el artículo 146.2 LRJPAC:

La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

La unificación del derecho aplicable y de la jurisdicción competente a favor del derecho administrativo de la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y de la jurisdicción contencioso-administrativa, agrava uno de los problemas prácticos más importantes del derecho español de daños: la diversidad de regímenes jurídicos aplicables y de jurisdicciones potencialmente competentes para resolver reclamaciones indemnizatorias por daños idénticos.

El asunto no es nuevo para los lectores de InDret (vid. Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil). El conflicto entre jurisdicción civil y jurisdicción contencioso-administrativa se repite también con la dualidad en el reparto de asuntos entre la jurisdicción civil y la social y entre ésta y la contencioso-administrativa. Un mismo tipo de accidente –una negligencia médica, un accidente laboral o uno escolar– será resuelto de acuerdo con reglas materiales distintas, en jurisdicciones diferentes y con arreglo a su propio procedimiento. En España, el territorio de la responsabilidad civil está dividido en cuatro jurisdicciones que, además se solapan (Salvador Coderch y Ruiz García (1999)). El derecho español de daños está dividido en cuatro jurisdicciones competentes que aplican cuatro ordenamientos jurídicos.

La unión de derecho y proceso en los asuntos en que sea demandada una Administración pública llevada a cabo tan pacientemente durante la última década plantea, sin embargo, serios problemas de aplicación en tres supuestos que parece no haber tenido en cuenta nuestro legislador. En efecto, y pese a la rotundidad de las reglas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, subsisten en el derecho español de daños tres pretensiones de la víctima de un daño que no pueden ser resueltas por la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme a su propio proceso y después del preceptivo procedimiento previsto en la LRJPAC y regulado por el Real Decreto 429/1993. Se trata de los tres supuestos siguientes:

1. Responsabilidad civil derivada de delito o falta cometido por un funcionario público

Cuando el funcionario o agente al servicio de la Administración pública cometa un delito o falta en el ejercicio de las funciones que le han sido encomendadas, la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración pública se decidirá conforme al artículo 121 del Código penal:

El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados. (...)

En esos casos, la jurisdicción competente para decidir la responsabilidad patrimonial de la Administración pública será la penal, salvo que la víctima del daño, según lo previsto en el artículo 109 CP, se reserve la acción civil para ejercerla ante esa jurisdicción una vez finalizado el proceso penal.

1. La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados.

2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil.

Parecidamente, el artículo 100 Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, en adelante LECrim.), prevé que:

De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible.

Caben, por tanto, dos posibilidades:

a) Si no hay reserva de acciones civiles, la jurisdicción penal condenará al funcionario delincuente y, si es insolvente, obligará a la Administración cargar con las consecuencias patrimoniales del delito o falta. El juez penal adoptará todas las medidas, compensatorias y de otro tipo (suplir la inactividad de la Administración o declarar la nulidad de un acto administrativo) necesarias para eliminar las consecuencias dañosas del delito.

Así lo dispone el artículo 112 LECrim: Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar.

b) La víctima puede reservarse el ejercicio de las acciones civiles y, una vez finalizado el proceso penal, demandar al funcionario condenado ante la jurisdicción civil. Los jueces y tribunales civiles adoptarán, también, todas las medidas necesarias –también aquéllas que implican a la Administración titular del servicio público- para compensar a la víctima del daño sufrido.

De hecho, una vez iniciado el proceso penal contra el funcionario, la única vía para exigir la responsabilidad civil es la de esa jurisdicción, como prevé el artículo 116 LECrim.:

La extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer.

En los demás casos, la persona a quien corresponda la acción civil podrá ejercitarla, ante la jurisdicción y por la vía de lo civil que proceda, contra quien estuviere obligado a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido.

2. Daños causados por el concesionario de un servicio público

La responsabilidad de la Administración pública por los daños causados por los servicios públicos prestados en régimen de concesión es una excepción de nota a la unificación de derecho y proceso para todos los daños causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

El artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas prevé que:

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

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

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

Por tanto, los concesionarios, salvo en los casos en que el daño se deba a las instrucciones recibidas de la Administración concedente o a vicios del proyecto por ella diseñado, responden conforme a las reglas del derecho privado y ante la jurisdicción civil.

3. La acción directa contra la compañía aseguradora de la responsabilidad civil de la Administración pública

En los casos en que la Administración titular de un servicio público decida contratar una póliza de seguro que cubra la responsabilidad derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, se plantea la duda de la pervivencia de la acción directa que el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, prevé para la víctima de un daño:

El perjudicado o sus herederos tendrán 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, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.

Mediante la acción directa, la víctima puede reclamar directamente de la aseguradora de la Administración pública la reparación de daño sufrido. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador sólo puede oponer a la acción directa la culpa exclusiva de la víctima y las excepciones personales que tenga contra éste.

La acción directa prevista en el artículo 76 LCS instaura “un mecanismo pensado para la protección de los perjudicados, con el propósito no ya simplemente de un resarcimiento más rápido mediante la inmediata participación de un asegurador, que por profesión está normalmente más preparado para liquidar siniestros que el causante del daño, sino, de modo especial, para eludir la vía indirecta en virtud de la cual el perjudicado habría de reclamar al causante del daño y éste al asegurador” (Sánchez Calero, 1990).

La acción directa se complementa con la potestad del asegurador de repetir contra el asegurado en los casos en que el daño sea debido a su conducta dolosa y con la subrogación del asegurador en las acciones que el asegurado tenga frente a los responsables del daño.

Aceptada la vigencia de la acción directa de la víctima contra la compañía aseguradora de la Administración, pues nadie ha derogado hasta el momento el artículo 76 LCS, se cuestiona ante qué jurisdicción, la civil o la contencioso-administrativa, deberán presentarse las demandas derivadas de su ejercicio:

- a) La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa parece clara pues se trata de un proceso que tiene su origen en la prestación de un servicio público y, tras las reformas legales ya mencionadas, parece claro que sólo esa jurisdicción puede condenar a una Administración pública. La jurisdicción civil carece de competencia para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración y, por tanto, tampoco puede condenar a la aseguradora de esa responsabilidad. La defensa de esta opción se encuentra, sin embargo, con el escollo insalvable del artículo 9.4 LOPJ que prevé la presencia de sujetos privados en los procesos de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando *hubieren concurrido* a la producción del daño, algo que nunca sucederá con la compañía aseguradora de la Administración.
- b) La competencia de la jurisdicción civil puede defenderse por el carácter privado que tendrá cualquier desavenencia entre la compañía aseguradora y la víctima del daño que plantee el

ejercicio de la acción directa. Por otra parte, el artículo 22.3 LOPJ reconoce de forma general la competencia de la jurisdicción civil *en materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España.*

Si el desacuerdo entre la víctima del daño causado por el funcionamiento de un servicio público y la compañía aseguradora de la Administración pública acaba en la jurisdicción civil no parece que existan vías procesales que permitan la presencia de la Administración en el proceso ante esa jurisdicción. El litisconsorcio pasivo necesario que el artículo 12 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, prevé en caso de pluralidad de partes en un proceso no parece permitir la concurrencia de la Administración pública en el proceso en el que se cuestiona la aplicación de la póliza que contrató:

- 1. Podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir.*
- 2. Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo puede hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa.*

El artículo 76 LCS reconoce a la víctima de un accidente el derecho a reclamar directamente del asegurador la cuantía asegurada. La Ley facilita la inmediata intervención de la compañía aseguradora del daño y facilita su rápida reparación. La aseguradora está especializada en liquidar siniestros y se ahorran a la víctima las molestias de la vía indirecta: reclamar al causante del daño y esperar a que éste haga lo propio con su compañía aseguradora. La acción directa ahorra costes de transacción: es preferible su ejercicio a la existencia de pleitos dobles. No parece, sin embargo, que el litisconsorcio pasivo necesario pueda solucionar algo. Los procesos originados con motivo del ejercicio de la acción directa no involucran a la Administración pública, que en ningún caso ve conculcados sus derechos como asegurada, sino a la víctima y a la compañía aseguradora. Nada suma la presencia de la Administración pública en un proceso civil en el que se demanda a su compañía aseguradora.

Los argumentos a favor y en contra de la competencia de las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa, se repiten en las decisiones recientes de las Audiencias Provinciales. No existe acuerdo sobre qué jurisdicción deberá conocer la demanda de la víctima de un servicio público contra la compañía que asegura a la Administración en los casos en que la aseguradora se oponga al ejercicio de la acción directa.

Así, por ejemplo, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Vizcaya de 12.7.2000 y de Valladolid de 1.7.2000 y de 22.11.2000 declararon la incompetencia de la jurisdicción civil para condenar a la aseguradora de la Administración municipal por los daños derivados de accidentes de circulación causados por el mal estado y la deficiente señalización de la vía pública. A la misma conclusión llegaron las Sentencias de las

Audiencias Provinciales de Asturias, por los daños causados por una caída en la vía pública, y de Málaga de 9.1.2001. Sin embargo, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Badajoz de 26.10.2001 y de 26.2.1999, por el accidente ocurrido en una piscina municipal, la de Oviedo de 2.6.2000, por daños sufridos por una caída en el mercado municipal, la de Guadalajara de 11.1.2001 y el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 21.5.2001, declararon la competencia de la jurisdicción civil.

El seguro de responsabilidad civil protege al asegurado causante del daño de las consecuencias patrimoniales de una condena y asegura a la víctima que cobrará la indemnización debida por el daño sufrido o, por lo menos, parte de ella. Lo primero permite a empresas y particulares – Administraciones públicas en este caso- participar en actividades potencialmente dañosas. Lo segundo ha convertido la efectiva compensación de la víctima en un objetivo de interés público que el seguro de daños debe tutelar (Fleming, 1998). Si no es posible ejercer la acción directa, o su ejercicio cuenta con complejas trabas procesales, ¿qué beneficios sociales se anudan al aseguramiento privado de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas?

La Administración pública responde en España de forma objetiva por lo que, tarde o temprano, constatado el daño y su relación causal con la prestación de un servicio público, deberá abonar a la víctima una indemnización con cargo a la póliza que, en su caso, haya contratado. Las disputas sobre la jurisdicción competente para conocer las disputas derivadas del ejercicio de la acción directa sólo benefician a la compañía aseguradora que, mientras perviva el proceso, se ahorra los intereses de demora que le impone el artículo 20.8 LCS que prevé que el asegurador no incurrirá en mora:

(...) cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable.

2. Los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y de 21 de octubre de 2002

Los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y de 21 de octubre de 2002 evidencian las dificultades de compatibilizar el régimen legal de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas con el aseguramiento privado de esa responsabilidad. Ambos Autos, provocados por hechos muy similares, plantean la misma problemática.

En el primero de ellos, el de 27 de diciembre de 2001, la víctima, un menor de edad que sufrió daños personales en la estación de ferrocarril de Barcelona-Sants, demanda una indemnización de la Red Nacional de Ferrocarriles (RENFE) y de su compañía aseguradora, MAPFRE, Seguros Generales y Compañía de Seguros y Reaseguros, SA. El segundo, de 21 de octubre de 2002, también es motivado por los daños que la víctima

sufre en Barcelona al apearse del vagón del tren en que viajaba y por los que la víctima demanda a RENFE y a MAPFRE. En ambos casos, la demanda se presentó ante la jurisdicción civil y, en ambos, esa jurisdicción se declaró incompetente. La Audiencia de Barcelona confirmó la decisión de la primera instancia en los dos procesos. La Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo que, como hemos comprobado, es parca en el relato de los hechos, declaró la competencia de la jurisdicción civil y devolvió sendos asuntos a los juzgados civiles de Barcelona.

Los conflictos de competencia son los conflictos de atribuciones que pueden surgir entre Juzgados y Tribunales de diferentes órdenes jurisdiccionales. Así los define el artículo 42 LOPJ. Son resueltos por una Sala especial del Tribunal Supremo formada por el Presidente del Tribunal Supremo y dos Magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto, que serán designados anualmente por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo. Los conflictos de competencia pueden ser promovidos -de oficio, a instancia de parte o a petición del Ministerio Fiscal- mientras el proceso no haya concluido por sentencia firme, a no ser que el conflicto suscitado se refiera a la ejecución de lo que se haya resuelto. El orden jurisdiccional penal recibe un tratamiento singular ya que, como dispone el artículo 44 LOPJ, es siempre preferente, por lo que ningún Juzgado o Tribunal puede plantear conflicto de competencia a los órganos de aquél orden jurisdiccional. (Ormazábal Sánchez, 2002)

El razonamiento jurídico de la Sala Especial de Conflictos de Competencia es idéntico en los dos Autos. La Red Nacional de Ferrocarriles es una Administración pública, titular del servicio público ferroviario y responsable de los daños que cause su funcionamiento normal o anormal. Como Administración pública que es, las reclamaciones contra RENFE deben ser resueltas conforme al procedimiento previsto en los artículos 139 a 146 de la LRJPAC y su revisión jurisdiccional corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con la previsión del artículo 2.e LJCA. Puesto que se trata de una Administración pública, en ningún caso se la puede demandar ante la jurisdicción civil y *si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión* ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, según lo dispuesto en el artículo 9.4 LOPJ. Sin embargo, en los casos que provocaron los dos Autos, las víctimas demandaron conjuntamente a RENFE y a su compañía de seguros. Como la aseguradora -sujeto privado- no había *concurrido a la causación el daño* sino que se limitaba a asegurarlo, nada de lo anterior le es aplicable. En la duda de a qué jurisdicción atribuir la competencia, la Sala de Conflictos acude a la *vis atractiva* que el artículo 9.2 LOPJ reconoce a la jurisdicción civil y devuelve a esa jurisdicción las actuaciones:

Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquéllas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.

Los Autos ponen a prueba el sistema de distribución de competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa diseñado en la década de los noventa. Apenas estrenado, dos casos planteados con poco más de un año de diferencia, han demostrado que ni la aplicación de las normas de responsabilidad patrimonial de la Administración pública es universal, ni la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa es indudable en todos los casos en que se demanda a la Administración titular de un servicio público. Los Autos suman un cuarto

supuesto a las excepciones de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa señaladas en el apartado anterior: la demanda conjunta contra la Administración pública de un servicio público y su compañía aseguradora.

Las decisiones comentadas de la Sala de Conflictos plantean más problemas que los que resuelven: ¿qué jurisdicción es competente para conocer de los litigios en que intervenga la compañía aseguradora de una Administración pública?, ¿cuál es el régimen jurídico aplicable a las reclamaciones de daños contra la Red Nacional de Ferrocarriles? Las dudas inquietan en un sistema de derecho de daños como el español en el que el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial es ya una práctica habitual entre las Administraciones públicas y en el que RENFE es protagonista habitual en muchos procesos de reclamaciones indemnizatorias por daños personales.

Si al final va a resultar que en todos los casos en que se demande a una Administración pública y a su aseguradora va a ser competente la jurisdicción civil, no se entienden los motivos que llevaron a nuestro legislador a instaurar un procedimiento administrativo y a reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de la Jurisdicción Administrativa.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas prevé que las Administraciones contraten seguros privados que cubran la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

El artículo 206 LCA, que define la categorías de contratos de las Administraciones públicas incluye los *Servicios de seguros* en el apartado a) de su epígrafe 6.

La regulación administrativa se limita a las reglas de preparación del pliego de condiciones de contratación y de adjudicación del contrato. Una vez firmada la póliza, la Administración asegurada está sujeta a las normas de funcionamiento del contrato de seguro que prevé la Ley de Contrato de Seguro. Así lo dispone el artículo 211 LCA cuando establece que, una vez contratado un servicio por una Administración pública, *El contrato se ejecutará con sujeción a las cláusulas del mismo (...).*

Hasta las decisiones de la Sala de Conflictos de Competencia de diciembre de 2001 y de octubre de 2002 los problemas suscitados en relación con el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública se habían limitado a las consecuencias del ejercicio de la acción directa de la víctima contra la aseguradora. Los casos comentados plantean ahora un nuevo problema derivado del aseguramiento de la responsabilidad por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. ¿Qué jurisdicción es competente para conocer la demanda conjunta contra la Administración y su aseguradora?

La compañía de seguros no ha *concurrido a la causación del daño* por lo que su presencia ante la jurisdicción contencioso-administrativa no parece justificada con base en el artículo 9.4 LOPJ. Por otra parte, la presencia de la Administración pública en la jurisdicción civil veta la posibilidad del

preceptivo procedimiento administrativo previo de declaración de responsabilidad previsto en la Ley de Régimen Jurídico y regulado en el RD 429/1993.

Los Autos comentados, ante la imposibilidad de aplicar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, declaran la de la civil. De todos modos, y vistos los problemas prácticos que supone esa solución, quizá los magistrados miembros de la Sala de Conflictos podrían haber aplicado el artículo 21 LJCA y reconocer la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. El artículo mencionado dispone, en su apartado segundo, que se considerará parte demandada en los procesos ante la jurisdicción contencioso-administrativa a:

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

La presencia de una compañía aseguradora en los pleitos ocasionados por los daños causados por servicios públicos genera, como hemos visto en los apartados precedentes del trabajo, problemas de jurisdicción competente. El derecho de daños vigente no resuelve ante qué jurisdicción deberán plantearse los pleitos derivados del ejercicio de la acción directa o la demanda conjunta a la Administración y a su aseguradora. La situación crea un espacio de inseguridad jurídica del que la principal beneficiaria parece ser la compañía aseguradora. De todos modos, y sin olvidar los problemas de jurisdicción competente, es preciso notar que el seguro de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas plantea otro grupo de problemas relacionados con los incentivos a evitar daños. A esos problemas vamos a dedicar las líneas que siguen.

3. El seguro de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública

El seguro es un instrumento económico que cuantifica y gestiona la aversión al riesgo de los individuos. Las personas aversas al riesgo están dispuestas a pagar para evitarlo. Mediante el mecanismo del seguro, el patrimonio del asegurado es el mismo, suceda o no la catástrofe asegurada. Así, quien prevé que el incendio de su casa puede arruinarle contrata un seguro que cubra esa eventualidad y que, en caso de producirse el desastre, ponga a su disposición los medios económicos necesarios para salir del apuro. De igual modo, quienes desarrollan actividades arriesgadas para sí o para terceros contratan seguros que cubran las pérdidas económicas de un accidente o las indemnizaciones a las que deberán hacer frente. En otros casos, en fin y con independencia del riesgo que una persona esté dispuesta a asumir, la Ley obliga a los participantes en un sector del tráfico a contratar un seguro por las pérdidas que puedan causar o en las que puedan incurrir.

Así, desde la óptica del derecho de daños, el seguro de responsabilidad civil cumple tres funciones básicas:

1. Permite que las personas aversas al riesgo puedan participar en actividades con elevados niveles de siniestralidad.

2. Cubre la insolvencia del causante de daños, pues asegura a las víctimas el cobro de la indemnización con independencia de las limitaciones patrimoniales del responsable.
3. Existe una tercera función del seguro: la especialización en la gestión de riesgos. Las compañías aseguradoras se convierten en especialistas en la gestión de riesgos, en la prevención de daños y en la liquidación de responsabilidades.

El seguro, como sistema de compensación de daños es siempre más eficiente que la responsabilidad civil pues es más barato de gestionar. El seguro mejora la utilidad del asegurado que tiene aversión al riesgo, como pueden serlo muchos de los 5783 municipios de España que tienen menos de 5000 habitantes. Aunque éstos, a diferencia de los que sucede con los sujetos privados, responden de forma objetiva en todo caso, cuentan con el apoyo de las arcas del Estado y prestan un servicio sufragado con las aportaciones de todos los contribuyentes.

Vistas las funciones del seguro de responsabilidad civil, no parece que su contratación sea necesaria para la Administración titular de un servicio público pues:

1. La Administración pública es, como todas las organizaciones, neutral al riesgo e indiferente, por tanto, entre una renta segura y una incierta con idéntico valor esperado.
2. La Administración pública es solvente, por definición y la situación de monopolio que ostenta en la prestación y gestión de los servicios públicos le permite fijar precios que incorporen la prima necesaria para cubrir los daños, personales y materiales, que pueda causar el funcionamiento normal o anormal del servicio.
3. Parece que la Administración pública cuenta con más medios que los individuos para gestionar los riesgos que genera. Dispone, además, de un procedimiento propio para las reclamaciones de los particulares y de una jurisdicción exclusiva.

Por motivos parecidos, a los que sumó los problemas de jurisdicción competente, la Resolución de 26 de junio de 1993 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones desaconsejó a las compañías aseguradoras ofrecer pólizas de seguro que cubrieran la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

El seguro privado supone para la Administración pública, sin embargo, una ventaja: permite prever en sus presupuestos la cantidad que destina a indemnizar las consecuencias del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, algo que puede ser de gran utilidad para pequeñas Administraciones municipales, con bajo presupuesto pero encargadas de la gestión de un buen número de servicios públicos. La Administración se aprovecha así de uno de los efectos del seguro: mantener constante la renta del asegurado y evitar la desviación de su renta. Quien se asegura mantiene constante su renta. Quien decide no hacerlo asume el riesgo de disponer de todo su patrimonio (pues no ha de pagar prima alguna) o de restar de su renta el valor de la pérdida sufrida.

Supongamos que el propietario de una vivienda tiene un 10% de probabilidades de que le roben y sufrir una pérdida de 10.000. Supongamos, también, que su propiedad tiene un valor de 50.000 y que ha de decidir entre contratar un seguro que cubra las 10.000 que puede perder en caso de robo o asumir el riesgo de un robo no asegurado. Su riqueza con y sin seguro es:

Seguro	Robo (p= 0,1)	No robo (p= 0,9)	Riqueza esperada	Desviación típica
No	49.000	50.000	49.000	3.000
Sí	49.000	49.000	49.000	0

El ejemplo, tomado de Pindyck y Rubinfeld (2000), muestra cómo el seguro, aunque no varíe la renta del asegurado, la mantiene constante. Disminuye, dicho de otro modo, la desviación típica (la variación) de su renta y permite mantener constante el consumo. No parece, sin embargo, que los efectos que puede tener el seguro en el balance de las Administraciones públicas justifiquen los problemas de competencia de jurisdicción que supone el seguro y, como veremos, las perniciosas consecuencias en los incentivos a evitar daños.

La disminución de la variación de la renta puede conseguirse, sin embargo, por otros medios con menos implicaciones en el derecho aplicable y la jurisdicción competente a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. En efecto, la Administración está, quizá mejor que ninguna otra organización, en condiciones de autoasegurarse, de crear fondos de previsión que cubran los riesgos de su actividad, de acceder al crédito oficial, etc.

El asunto pinta mejor para las compañías aseguradoras y para las víctimas potenciales de los servicios públicos. Para las compañías de seguros, el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es un negocio redondo. Las Administraciones contratan el seguro privado sin ningún tipo de privilegio, son un cliente solvente y responden objetivamente de todos los daños que causen. El incremento de las pólizas -y su cobro- está asegurado. Para las víctimas la ventaja radica en la posibilidad de evitar el proceso administrativo previsto en la Ley de Régimen Jurídico y en el RD. 429/1993. El particular víctima de un servicio público del que es titular una Administración pública asegurada y que no esté dispuesto a someterse a un procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial ante el órgano que gestiona el servicio público causante del daño y cuyo acto resolutorio es revisable ante la jurisdicción contencioso-administrativa, no tiene más que ejercitar la acción directa contra la compañía aseguradora. A partir de los Autos de diciembre de 2001 y octubre de 2002, además, la víctima que quiera llevar el asunto a la jurisdicción civil puede demandar conjuntamente ante esa jurisdicción a la Administración y a su aseguradora.

Así las cosas, y al margen de las facilidades presupuestarias que supone la contratación de un seguro, ¿qué aconseja a las Administraciones públicas de nuestro país a contratar seguros privados que cubran su responsabilidad patrimonial?

El fenómeno no es exclusivo de las Administraciones públicas españolas. En la mayoría de países de nuestro entorno, las Administraciones, sobre todo, las municipales, contratan seguros que cubren su

responsabilidad civil (vid. Huergo Lora, 2002). La diferencia más relevante está en los instrumentos elegidos para el aseguramiento: mientras en otros países las Administraciones han constituido mutualidades y consorcios, en España los poderes públicos acuden al mercado de seguro junto a las víctimas potenciales de los servicios públicos.

La solución es terreno abonado para conflictos como el que resuelven los Autos comentados. La víctima, sujeto privado, sufre un daño causado por la actividad de una Administración pública y cubierto por una compañía aseguradora que es, como la víctima, un sujeto privado. En un sistema como el español en el que el derecho aplicable y la jurisdicción competente en un pleito de responsabilidad civil dependen de la naturaleza jurídica –pública o privada- del responsable del daño, la presencia de una compañía aseguradora distorsiona la distribución de competencia diseñada por la Ley Orgánica del Poder Judicial e impide la aplicación del procedimiento administrativo que permite corregir las deficiencias en la prestación de los servicios públicos.

4. Los efectos en la prevención

La explicación más sencilla de la responsabilidad objetiva es la que afirma que bajo tal régimen el causante de un daño responde con independencia del nivel de cuidado adoptado. A diferencia de lo que sucede con una regla de responsabilidad por culpa, el agente sometido a un estándar de responsabilidad objetiva responde de todos los daños que sean consecuencia de la actividad de la que es titular. De nada le servirá al responsable del daño probar en el proceso que hizo todo lo posible para evitar el perjuicio que sufre la víctima. Si el régimen aplicable es el de responsabilidad objetiva, el agente responderá, en principio, en todo caso.

Así lo dispone el artículo 139 LRJPAC cuando responsabiliza a las Administraciones públicas de todos los daños que sean consecuencia de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sin más limitaciones que la fuerza mayor y la obligación legal de responder del daño; causas de exclusión de la responsabilidad a las que habrá que sumar, pese al silencio legal, la culpa exclusiva de la víctima.

El agente sometido a un régimen de responsabilidad objetiva no tiene más remedio que traducir su nivel de cuidado en nivel (volumen) de actividad y, de esta forma, actuar menos para responder menos.

Con independencia del desacierto que supone imponer un régimen de responsabilidad –la responsabilidad objetiva- cuya única escapatoria es controlar el nivel de actividad a una entidad –la Administración pública- titular de los servicios públicos, está claro que los precursores del sistema primaron la defensa de las víctimas a la calidad del servicio público.

En el derecho español de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, quien responde no es quien causa el daño. El funcionario o agente al servicio de la Administración no responde frente a la víctima de las consecuencias de su actuar negligente o doloso. La responsabilidad debe exigirse siempre, de forma directa y exclusiva ante la Administración pública titular del servicio como prevé el artículo 145.1 LRJPAC:

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

Si la Administración pública responde en todo caso, actúe diligente o negligentemente, las probabilidades de causar un daño aumentan conforme aumenta la actividad. La reforma de la Ley de Régimen Jurídico llevada a cabo por la Ley 4/1999 intentó corregir esta deficiencia del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas obligando, en todos los procedimientos de responsabilidad, a repetir contra el funcionario o agente que causó daños de forma dolosa o gravemente negligente. Así lo dispone el artículo 145.2 LRJPAC.

La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca. (...)

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es, de este modo, el paradigma de la responsabilidad por hecho ajeno en derecho español de daños. La Ley diseña una relación externa frente a la víctima en la que la única responsable es la Administración titular del servicio público y otra interna en la que la Administración exige del funcionario causante de daños las consecuencias de su actuar descuidado.

Así se prevé en el artículo 21 del RD 429/1993, que regula el procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas:

- 1. Para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas, el órgano competente acordará la iniciación del procedimiento, notificando dicho acuerdo a los interesados, con indicación de los motivos del mismo, y concediéndoles un plazo de quince días para que aporten cuantos documentos, informaciones y pruebas estimen convenientes.*
- 2. En todo caso, se solicitará informe al servicio en cuyo funcionamiento se haya ocasionado la presunta lesión indemnizable.*
- 3. En el plazo de quince días se practicarán cuantas pruebas hayan sido admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas.*
- 4. Instruido el procedimiento, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrá aquél de manifiesto al interesado, concediéndole un plazo de diez días para que formule las alegaciones que estime convenientes.*
- 5. Concluido el trámite de audiencia, la propuesta de resolución será formulada en un plazo máximo de cinco días.*
- 6. El órgano competente resolverá en el plazo máximo de cinco días.*

El procedimiento es un mecanismo de control y persigue evitar la impunidad de los funcionarios y agentes que, por no responder de forma personal de los daños que causan, pueden obviar las medidas de precaución que reducen los daños causados por el funcionamiento del servicio

público en el que están empleados. Con mejor o peor fortuna, así funciona el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en derecho español: indemnización a la víctima con cargo al erario público y repetición contra el funcionario causante de daños.

El seguro de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas distorsiona el funcionamiento del sistema y lo limita a su primer objetivo: la indemnización de la víctima. La presencia de una compañía aseguradora permite a la víctima de un servicio público ejercitar la acción directa contra la aseguradora o demandarla conjuntamente con la Administración titular del servicio ante la jurisdicción civil. Ambas posibilidades permiten obviar el procedimiento administrativo de declaración de la responsabilidad patrimonial –y de análisis de la diligencia del funcionario causante- previo a la vía jurisdiccional. Desaparecen, por tanto, los incentivos a evitar daños del funcionario o autoridad encargados de un servicio público.

Si, en el primer caso, la víctima ejercita la acción directa, la aseguradora, constatada la existencia del daño y su conexión causal con el servicio público asegurado pagará la indemnización. Si, en el segundo, la víctima demanda conjuntamente a la Administración y a su aseguradora ante la jurisdicción civil, los jueces y tribunales civiles aplicarán la responsabilidad objetiva a la que se somete la actividad administrativa y, probablemente, condenarán solidariamente a ambos demandados a pagar la indemnización de los daños sufridos por el demandante. En uno y otro caso, es de prever que la compañía aseguradora, que no responderá más allá de la cantidad prevista en la póliza y a la que no le interesa cargar con costes excesivos de gestión, buscará una transacción con la víctima del daño. El procedimiento administrativo desaparece en todo caso.

Quando la víctima ejercite la acción directa contra la aseguradora de la Administración, el artículo 76 LCS prevé que la aseguradora podrá repetir contra el asegurado las cantidades pagadas a la víctima, pero el mismo artículo limita esta posibilidad a los casos de daños causados con dolo. No cabe la repetición en los supuestos en los que el funcionario actúe de forma negligente. Del mismo modo, el artículo 43 LCS prevé que *El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización*. Sin embargo, en ambos supuestos, el del artículo 76 y el del 43 LCS, no parece posible que la compañía aseguradora pueda iniciar un procedimiento administrativo contra el funcionario causante del daño.

El principal efecto, mucho más grave que los problemas de jurisdicción competente, es la irresponsabilidad personal de los funcionarios y agentes de la Administración pública y, por tanto, la pérdida absoluta de incentivos a evitar daños y evitar el funcionamiento anormal de los servicios públicos. El problema es una aplicación del más general denominado ‘riesgo moral’, presente en todas las relaciones de agencia y que, en el caso que examinamos, se suma al que ya genera todo contrato de seguro. Hay riesgo moral cuando:

- Las acciones del agente afectan a la utilidad del principal.
- El principal sólo puede observar el resultado final de la labor del agente.

El contrato de seguro es el arquetipo del conflicto que genera el riesgo moral. Las compañías de seguro se especializan en la gestión de riesgos: mediante la puesta en común de un número suficientemente grande de riesgos similares, la aseguradora puede afrontar la responsabilidad derivada de riesgos individuales. Sin embargo, y con independencia de los cálculos actuariales, la magnitud del riesgo depende de la conducta del asegurado. La aseguradora querría limitar al máximo los riesgos que asumen sus asegurados y éstos, que saben que su responsabilidad está cubierta por la póliza pierden interés en calibrar su comportamiento a la medida de las normas de cuidado. Esta situación crea un problema de incentivos que limita el volumen de riesgo que la compañía puede gestionar y hace necesario que el asegurado asuma parte de las consecuencias de los riesgos que genera. Al conflicto que existe entre la Administración y su aseguradora en cuanto al control de la actividad asegurada, se suma el que existe entre la Administración asegurada y el personal a su servicio.

Si asumimos que la probabilidad de accidente es una función decreciente $p(a)$, puesto que cuanto mayor sea la inversión en precaución (a) menor será la probabilidad de un accidente, la relación entre la riqueza inicial del asegurado, W , el precio de la prima, q , y la precaución adoptada es la siguiente:

$$[p(a) (W-q) + (1-p(a)) (W-q)] - a \geq 0$$

Cuanto menor es el primer término de la suma, mayor es el segundo y al resultado de ambos hay que restarle ' a ' que es la inversión en precaución de quien decide contratar un seguro. El asegurado puede escoger el nivel de cuidado que adopta. En el peor de los casos, si decide no adoptar ningún tipo de cuidado, el primer término de la suma será igual al valor de su riqueza menos la cantidad pagada por la prima y el segundo será igual a cero. Como el cuidado, ' a ', es inexistente, nada hay que restar a ese resultado. En ese caso, sólo compensa contratar un seguro si la magnitud del daño que se espera causar es superior al coste de la prima. Si el reembolso, R , es igual a la magnitud del daño el asegurado escogerá siempre el nivel mínimo de cuidado que será, habitualmente, inferior al deseable para las víctimas y, sobre todo, para las compañías aseguradoras cuyo beneficio de una póliza es:

$$q - p(a) R$$

Las aseguradoras ganan la diferencia entre lo cobrado de los causantes de daños y lo pagado a las víctimas. Cuanto menos hayan de pagar, más rentable será su negocio y más y mejores seguros habrá para todos, pero, como hemos visto, la probabilidad de accidente, $p(a)$, depende de la inversión en precaución del causante potencial de daños a terceros. Si la inversión es cero, la probabilidad de accidente es 1, es decir, se causan todos los accidentes posibles, y las compañías tienen que cobrar primas que iguallen los reembolsos pagados a las víctimas para que el beneficio no sea negativo. Esta es la situación, precisamente, que incentiva que los causantes potenciales no inviertan en precaución pues todas las consecuencias de su actuar descuidado están cubiertas por el seguro que han contratado. El equilibrio no existe pues, como parece razonable suponer, las

compañías de seguros asumen también costes de gestión que disminuyen su beneficio más allá de las sumas de indemnizaciones pagadas.

La situación óptima implica que la compañía de seguros puede hacer depender el coste de la prima del comportamiento del asegurado. Como controlar comportamientos individuales es extraordinariamente costoso y la aseguradora sólo puede condicionar las acciones (y omisiones) del asegurado mediante la fijación de variables objetivas: comportamientos y daños excluidos de la prima y cantidades máximas de indemnización de las que se hará cargo la compañía, principalmente. La única solución al problema del riesgo moral es el *co-seguro*: que el asegurado asuma parte de los daños que puede causar su conducta descuidada para evitar que la existencia del seguro desincentive las inversiones en precaución. Por este motivo, la mayoría de pólizas al uso no tienen una cobertura ilimitada, excluyen el dolo o la culpa grave, y procuran ajustar el reembolso para evitar que sea superior al valor de la cosa asegurada o a los beneficios de una actividad descuidada. El seguro es óptimo sólo cuando la aseguradora puede hacer depender el comportamiento del asegurado de estas variables objetivas.

El problema del seguro de las Administraciones públicas radica precisamente en que las limitaciones a las que puede acogerse la póliza son menores que en los casos en que se asegura a sujetos privados pues la Administración pública responde en todo caso de forma objetiva de los daños causados por sus empleados y sus inversiones en precaución son irrelevantes en un sistema en el que la Administración responde también por el funcionamiento normal de los servicios públicos.

El problema es general de todos los sistemas en los que a la responsabilidad objetiva del causante de daños se anuda la obligación de contratar un seguro. Así sucede, de forma señalada, con el seguro obligatorio de automóviles. Sin embargo, en ese ámbito, las compañías de seguro disfrutaban de los límites indemnizatorios legales para daños personales y materiales y, sobre todo, del cálculo conforme a los baremos del Anexo de la Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. No existen limitaciones similares para el seguro de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

A este problema, anejo al funcionamiento del seguro, se suman los derivados de la posibilidad de obviar el procedimiento administrativo. Como hemos visto, la presencia de una compañía aseguradora permite a la víctima que busca una rápida indemnización de los daños causados por un servicio público accionar directamente contra la aseguradora o, después de los Autos de la Sala de Conflictos, demandarla conjuntamente con la Administración titular del servicio ante la jurisdicción civil. En uno y otro caso, como hemos visto, desaparece el procedimiento administrativo de reclamación interna de responsabilidad al funcionario que actuó dolosa o gravemente negligente en el ejercicio de las funciones encomendadas. Si el funcionario no asume ninguno de los riesgos que genera, carece de incentivos a evitar los daños que puede causar. Si la compañía de seguros no puede controlar el comportamiento de la Administración pública, y ésta no puede exigir responsabilidades a sus funcionarios, parece que los efectos del riesgo moral aumentarán las probabilidades de accidentes causados por servicios públicos. El seguro de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas aumenta los efectos del riesgo

moral y, por tanto, la probabilidad de accidentes causados por los servicios públicos. ¿Para qué habrá de ser precavido el funcionario encargado de la prestación de un servicio público si paga la aseguradora de la Administración y no se instruye procedimiento de responsabilidad alguno?

5. La responsabilidad de la Red Nacional de Ferrocarriles (RENFE)

Los Autos de diciembre de 2001 y de octubre de 2002 afirman que son de aplicación a RENFE las normas de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas pero que, en los casos planteados, no son de aplicación por la concurrencia de una compañía aseguradora. Tratados los problemas de jurisdicción competente y los efectos del riesgo moral asociado a al aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, queda ahora tratar de la pretendida naturaleza pública de la responsabilidad de la Red Nacional de Ferrocarriles.

El artículo 175 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, dedica su Capítulo V a la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles. El primer artículo del capítulo, el 175 declara que:

1. La Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles, abreviadamente RENFE, creada por la Ley de Bases de 24 de enero de 1941, es una entidad de con personalidad de derecho público que actúa en régimen de empresa mercantil con sometimiento al ordenamiento jurídico privado (...)

2. RENFE tiene personalidad jurídica independiente de la del Estado y plena capacidad para el desarrollo de sus fines, estando adscrita al Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones.

El artículo 1.2.d LJCA declara que, a los efectos de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, se entenderá por Administraciones públicas:

Las Entidades de Derecho Público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales.

Parece, por tanto, que la novedosa afirmación de los Autos de la Sala de Conflictos dispone de cobertura legal y que, en contra de lo repetidamente decidido por la Sala Primera del Tribunal Supremo y, en general, por todos los juzgados y tribunales de la jurisdicción civil, la competencia para conocer de las demandas contra RENFE corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

El asunto, sin embargo, requiere de algo más que un par de Autos de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo. Al margen de lo discutible que pueda parecer someter al régimen de derecho público la responsabilidad de actividades regidas por el derecho privado, el artículo 53.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, afirma que:

Las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria.

Cuesta asumir que entidades, como RENFE, que actúan sujetas al Código de Comercio y contratan con sometimiento al Derecho Laboral, respondan, causado un accidente, con arreglo a las normas de responsabilidad de las Administraciones públicas. A la vez, no parece muy sensato afirmar que en España, las compañías aéreas responden por culpa y ante la jurisdicción civil pero que las compañías ferroviarias lo hacen de forma objetiva y ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La afirmación de los Autos es inquietante aunque en la práctica, como hemos visto y los propios Autos reconocen, la víctima que quiera llevar el asunto a la jurisdicción civil no tiene más que demandar conjuntamente a la Administración pública y a su compañía aseguradora.

6. Bibliografía

John G. FLEMING, *The Law of Torts*, 9th edition, The Law Book Company, Sydney, 1998.

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

Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000.

- *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, Civitas, 2002.

Guillermo ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *Introducción al Derecho Procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

Robert S. PINDYCK y Daniel L. RUBINFELD, *Microeconomía*, 5^a edición, Prentice Hall, Madrid, 2001.

Manuel RIVERA FERNÁNDEZ, "El conflicto jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública derivada de la asistencia sanitaria", *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 2002, págs. 1609 a 1680.

Pablo SALVADOR CODERCH y Juan Antonio RUIZ GARCÍA, "Problemas de la responsabilidad civil en el derecho español", *Europa e Diritto Privato*, 2, 1999, págs. 401 a 444.

Fernando SÁNCHEZ CALERO, "Comentario a la Ley de Contrato de Seguro", *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, dirigido por Fernando Sánchez Calero y Manuel Albaladejo, vol 2, Edersa, Madrid, 1990.