

# InDret

## *Pas a nivell*

*La responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques  
després de les Interlocutòries de la Sala Especial de Conflictes de  
Competència del Tribunal Suprem de 27 de desembre de 2001 i de 21  
d'octubre de 2002*

**Carlos Gómez Ligüerre**  
Facultat de Dret  
Universitat Internacional de Catalunya

Working Paper núm: 152  
Barcelona, juliol de 2003  
[www.indret.com](http://www.indret.com)

## *Abstract*

*El passat dia 21 d'octubre de 2002, la Sala Especial de Conflictes de Competència del Tribunal Suprem va fallar a favor de la competència de la jurisdicció civil en un cas en el qual la víctima d'un dany patit en unes dependències de RENFE va demandar conjuntament a la companyia ferroviària i a la seva companyia asseguradora. La interlocutòria d'octubre de 2002 fa seus els arguments d'una anterior de 27 de desembre de 2001, que va resoldre de la mateixa manera una altra reclamació indemnitzatòria enfront dels mateixos demandats: a) RENFE és una Administració pública i com a tal només pot ser demandada davant de la jurisdicció contenciosa administrativa; no obstant això, b) quan es demanda conjuntament a RENFE i a la seva asseguradora, la jurisdicció competent no és la contenciosa administrativa, davant de la qual només compareixen els particulars que hagin concorregut a la causació del dany pel qual es reclama la indemnització, sinó la jurisdicció civil.*

*Les dues decisions de la Sala Especial de Conflictes de Competència plantegen seriosos dubtes sobre el futur del sistema de responsabilitat de les Administracions públiques que amb tanta paciència ha construït el legislador espanyol des de la promulgació de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú. El missatge és clar: la víctima d'un servei públic que vulgui obviar el procediment administratiu que preveuen les normes sobre responsabilitat patrimonial ha de demandar davant la jurisdicció civil a l'Administració pública titular del servei que va causar el dany i a la seva companyia asseguradora.*

*La qüestió ja no representa una simple disputa acadèmica sobre la jurisdicció competent en un plet de responsabilitat civil. L'assegurança de la responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques allunya completament al funcionari causant del dany del procediment en el qual es decideixen les conseqüències de les seves accions o omissions. L'Administració pública perd la possibilitat d'exigir, almenys de forma immediata, la responsabilitat als seus funcionaris o agents causants de dany. El personal al servei de les Administracions públiques, el patrimoni del qual és immune als danys que causa, perd incentius a evitar accidents. Cosa que pot esdevenir determinant en un sistema, com l'espanyol, en el qual la responsabilitat de l'Administració pública és objectiva i directa.*

## *Sumari*

- 1. La responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques**
- 2. Les Interlocutòries de la Sala Especial de Conflictes de Competència del Tribunal Suprem de 27 de desembre de 2001 i de 21 d'octubre de 2002**
- 3. L'Assegurança de la responsabilitat patrimonial de l'Administració pública**
- 4. Els efectes en la prevenció**
- 5. La responsabilitat de la Red Nacional de Ferrocarriles (RENFE)**
- 6. Bibliografia**

## 1. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas

En els darrers deu anys, el panorama del dret espanyol de danys ha canviat radicalment. Per allò que ara ens interessa, el procés més significatiu i influent potser ha estat la transformació de la responsabilitat civil de les Administracions públiques en una responsabilitat de dret públic, amb un procés administratiu propi revisable per la jurisdicció contenciosa administrativa.

Des de l'aprovació de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú (LRJPAC), l'article del qual 139.1 preveu 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 espanyol ha forçat la unificació del dret aplicable a la responsabilitat de l'Administració pública i de la jurisdicció competent per enjudiciar-la, respectivament, en el dret administratiu i en la jurisdicció contenciosa administrativa.

Així, a l'aprovació de la Llei de Règim Jurídic de les Administracions Públiques seguí el Reial Decret 429/1993, de 26 de març, mitjançant el qual s'aprova el Reglament dels Procediments de les Administracions Públiques en matèria de responsabilitat patrimonial, el primer article del qual estableix l'obligació d'observar el procediment administratiu que el Reglament instaura per totes les reclamacions pels danys causats pel funcionament normal o anormal dels serveis públics:

*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 Reglament preveu que el procediment de reclamació s'iniciï d'ofici o a instància de part (articles 5 i 6) i que es resolgui d'acord amb un procediment general (articles 4 a 13) o segons un procediment abreujat (articles 14 a 17). En ambdós procediments es preveu la intervenció del Consell d'Estat o de l'òrgan consultiu de la Comunitat Autònoma que, en el termini de dos mesos en el procediment general i en el deu dies en l'abreujat, haurà d'emetre un dictamen sobre la existència o no de relació de causalitat entre el funcionament del servei públic i la lesió produïda y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización (article 12.2).

El procediment previst legalment i reglamentàriament va ser acompanyat de reformes de la Llei Orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial, reformada per la Llei Orgànica 6/1998, de 13 de juliol (d'ara en endavant, LOPJ), i de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, de la Jurisdicció Contenciosa Administrativa (LJCA). Les reformes asseguraven, respectivament, la competència de la jurisdicció contenciosa administrativa per resoldre totes les demandes enfront d'una Administració pública i possibilitaven les demandes indemnitzatòries dels particulars en els processos propis de la jurisdicció contenciosa administrativa. Així, l'article 9.4 LOPJ disposa que seran competència dels jutges i tribunals d'aquesta jurisdicció:

*(...) 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.*

I l'article 2.e LJCA preveu la competència de la jurisdicció contenciosa administrativa en els casos en els quals es demandi a una Administració per:

*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 Disposició Addicional 12a que la Llei 4/1999, de 13 de gener, va afegir a la LRJPAC va posar fi al procés sancionant l'aplicació de les regles anteriors a la discutida responsabilitat de l'Administració sanitària:

*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 va voler posar fi als dubtes sobre la competència de la jurisdicció contenciosa administrativa en els casos en els quals es demandava a l'Administració pública sanitària. El lector interessat trobarà més informació a Mir Puigpelat, 2000 i 2002 i Rivera Fernández, 2002.

D'acord amb el règim legal aplicable a la denominada responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques, l'Administració pública titular d'un servei públic respon:

- a) **De forma objectiva.** Segons l'article 139 LRJPAC l'Administració que gestiona un servei públic respon pel seu funcionament normal o anormal. No es requereix, per tant, la prova de la diligència i el titular del servei públic respondrà sempre que els danys siguin conseqüència de la prestació del servei, sense que hi hagi cap més defensa possible a banda de la culpa exclusiva de la víctima i la força major.

- b) **Segons un procés administratiu propi.** Cal que s'ajustin a aquest procediment totes les reclamacions de les víctimes de danys causats per serveis públics, fins i tot en aquells en els quals l'accident pugui ser constitutiu de delictes o de falta. Així ho declara l'article 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 unificació del dret aplicable i de la jurisdicció competent a favor del dret administratiu de la responsabilitat patrimonial pel funcionament normal o anormal dels serveis públics i de la jurisdicció contenciosa administrativa, agreuja un dels problemes pràctics més importants del dret espanyol de danys: la diversitat de règims jurídics aplicables i de jurisdiccions potencialment competents per resoldre reclamacions indemnitzatòries per danys idèntics.

L'afer no és nou pels lectors d'InDret (vegeu. Carlos Gómez Ligüerre, [Jurisdicció competent en plets de responsabilitat civil, InDret 04/2001](#)). El conflicte entre jurisdicció civil i jurisdicció contenciosa administrativa es repeteix també amb la dualitat en el repartiment d'afers entre la jurisdicció civil i la social i entre aquesta i la contenciosa administrativa. Un mateix tipus d'accident -una negligència mèdica, un accident laboral o un d'escolar- serà resolt d'acord amb regles materials distintes, en jurisdiccions diferents i d'acord amb el seu propi procediment. A Espanya, el territori de la responsabilitat civil està dividit en quatre jurisdiccions que, a més a més, es sobreposen (SALVADOR CODERCH i RUIZ GARCÍA (1999)). El dret espanyol de danys està dividit en quatre jurisdiccions competents que apliquen quatre ordenaments jurídics.

La unió de dret i procés en els afers en els quals sigui demandada una Administració pública duta a terme tan pacientment durant la darrera dècada planteja, no obstant, grans problemes d'aplicació en tres supòsits que sembla no haver tingut en compte el nostre legislador. En efecte, i malgrat la rotunditat de les regles de la Llei Orgànica del Poder Judicial, la Llei de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i la Llei de la Jurisdicció Contenciosa Administrativa, subsisteixen en el dret espanyol de danys tres pretensions de la víctima d'un dany que no poden ser resoltes per la jurisdicció contenciosa administrativa, d'acord amb el seu propi procés i després del preceptiu procediment previst en la LRJPAC i regulat pel Reial Decret 429/1993. Es tracta dels tres supòsits següents:

#### *1. Responsabilitat civil derivada de delictes o falta comès per un funcionari públic*

Quan el funcionari o agent al servei de l'Administració pública cometi un delictes o una falta durant l'exercici de les funcions que li han estat encomanades, la responsabilitat civil subsidiària de l'Administració pública es decidirà d'acord amb l'article 121 del Codi 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 aquests casos, la jurisdicció competent per determinar la responsabilitat patrimonial de l'Administració pública serà la penal, tret que la víctima del dany, segons allò que preveu l'article 109 CP, es reservi l'acció civil per exercir-la davant d'aquesta jurisdicció un cop finalitzat el procés 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.*

De manera semblant, l'article 100 de la Llei d'Enjudiciament Criminal (Reial Decret de 14 de setembre de 1882, en endavant LECrim.), preveu 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.*

Hi ha, per tant, dues possibilitats:

- a) Si no hi ha reserva d'accions civils, la jurisdicció penal condemnarà al funcionari delinqüent i, si és insolvent, obligarà a l'Administració a assumir les conseqüències patrimonials del delictes o de la falta. El jutge penal adoptarà totes les mesures, compensatòries i d'un altre tipus (suplir la inactivitat de l'Administració o declarar la nul·litat d'un acte administratiu) necessàries per eliminar les conseqüències danyoses del delictes.

*Així ho disposa l'article 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 ejercerla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar.*

- b) La víctima pot reservar-se l'exercici de les accions civils i, un cop finalitzat el procés penal, demandar al funcionari condemnat davant de la jurisdicció civil. Els jutges i els tribunals civils també adoptaran totes les mesures necessàries –també aquelles que impliquen a l'Administració titular del servei públic- per compensar la víctima pel dany patit.

De fet, un cop iniciat el procés penal contra el funcionari, la via per exigir la responsabilitat civil és exclusivament la d'aquesta jurisdicció, com preveu l'article 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. Danys causats pel concessionari d'un servei públic*

La responsabilitat de l'Administració pública pels danys causats pels serveis públics prestats en règim de concessió és una excepció remarcable a la unificació de dret i procés per a tots els danys causats pel funcionament normal o anormal dels serveis públics.

L'article 97 del Reial Decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny, que aprova el Text Refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques preveu 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 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. (...)*

Per tant, els concessionaris, excepte en els casos en els quals el dany sigui conseqüència de les instruccions rebudes de l'Administració concedent o de vicis del projecte dissenyat per ella, responen d'acord amb les regles de dret privat i davant la jurisdicció civil.

## *3. L'acció directa enfront de la companyia asseguradora de la responsabilitat civil de l'Administració pública*

En els casos en els quals l'Administració titular d'un servei públic decideixi contractar una pòlissa d'assegurança que cobreixi la responsabilitat derivada del funcionament normal o anormal dels serveis públics, es planteja el dubte sobre la pervivència de l'acció directa que l'article 76 de la Llei 50/1980, de 8 d'octubre, del Contracte d'assegurança, preveu per a la víctima d'un dany:

*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.*

En virtut de l'acció directa, la víctima pot reclamar directament a l'asseguradora de l'Administració pública la reparació del dany patit. L'acció directa és immune a les excepcions que puguin correspondre a l'assegurador contra l'assegurat. L'assegurador només pot oposar a l'acció directa la culpa exclusiva de la víctima i les excepcions personals que tingui contra aquest.

*L'acció directa prevista a l'article 76 LCS instaure "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).*

L'acció directa es complementa amb la potestat de l'assegurador de repetir contra l'assegurat en els casos en els quals el dany sigui causat per la seva conducta dolosa i amb la subrogació de l'assegurador en les accions que l'assegurat tingui enfront dels responsables del dany.

Acceptada la vigència de l'acció directa de la víctima contra la companyia asseguradora de l'Administració, ja que ningú ha derogat fins ara l'article 76 LCS, es qüestiona davant de quina jurisdicció, la civil o la contenciosa administrativa, hauran de presentar-se les demandes derivades del seu exercici:

- a) La competència de la jurisdicció contenciosa administrativa sembla clara perquè es tracta d'un procés que té el seu origen a la prestació d'un servei públic i, després de les reformes legals ja esmentades, sembla clar que només aquesta jurisdicció pot condemnar a una Administració pública. La jurisdicció civil no té competència per declarar la responsabilitat patrimonial de l'Administració i, per tant, tampoc pot condemnar a l'asseguradora d'aquesta responsabilitat. No obstant això, la defensa d'aquesta opció es troba amb l'escull insalvable de l'article 9.4 LOPJ que preveu la presència de subjectes privats en els processos de la jurisdicció contenciosa administrativa quan *haguessin concorregut* a la producció del dany, cosa que mai succeirà amb la companyia asseguradora de l'Administració.



- b) La competència de la jurisdicció civil pot defensar-se pel caràcter privat que tindrà qualsevol desavinença entre la companyia asseguradora i la víctima del dany que plantegi l'exercici de l'acció directa. D'una altra banda, l'article 22.3 LOPJ reconeix de forma general la competència de la jurisdicció 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 desacord entre la víctima del dany causat pel funcionament d'un servei públic i la companyia asseguradora de l'Administració pública acaba a la jurisdicció civil no sembla que existeixin vies processals que permetin la presència de l'Administració en el procés davant d'aquesta jurisdicció. El litisconsorci passiu necessari que l'article 12 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil, preveu en cas de pluralitat de parts en un procés sembla que no permet la concurrència de l'Administració pública en el procés en el qual es qüestiona l'aplicació de la pòlissa que va contractar:

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.*

L'article 76 LCS reconeix a la víctima d'un accident el dret a reclamar directament de l'assegurador la quantia assegurada. La Llei facilita la intervenció immediata de la companyia asseguradora del dany i facilita la seva ràpida reparació. L'asseguradora està especialitzada en liquidar sinistres i s'estalvien a la víctima les molèsties de la via indirecta: reclamar al causant del dany i esperar que aquest faci el mateix amb la seva companyia asseguradora. L'acció directa estalvia costos de transacció: és preferible el seu exercici a l'existència de plets dobles. Malgrat això, no sembla que el litisconsorci passiu necessari pugui solucionar alguna cosa. Els processos originats amb motiu de l'exercici de l'acció directa no involucren a l'Administració pública, que en cap cas veu conculcats els seus drets com a assegurada, sinó a la víctima i a la companyia asseguradora. Res no afegeix la presència de l'Administració pública en un procés civil en el qual es demanda a la seva companyia asseguradora.

Els arguments favorables i contraris a la competència de les jurisdiccions civil i contenciosa administrativa es repeteixen en les decisions recents de les Audiències Provincials. No hi ha acord sobre quina jurisdicció haurà de conèixer la demanda de la víctima d'un servei públic contra la companyia que assegura a l'Administració en els casos en els quals l'asseguradora s'oposi a l'exercici de l'acció directa.

Així, per exemple, les Sentències de les Audiències Provincials de Biscaia de 12.7.2000 i de Valladolid d'1.7.2000 i de 22.11.2000 van declarar la incompetència de la jurisdicció civil per

condemnar a l'asseguradora de l'Administració municipal pels danys derivats d'accidents de circulació causats pel mal estat i la deficient senyalització de la via pública. A la mateixa conclusió van arribar les Sentències de les Audiències Provincials d'Astúries, pels danys causats per una caiguda a la via pública, i de Màlaga de 9.1.2001. No obstant això, les Sentències de les Audiències Provincials de Badajoz de 26.10.2001 i de 26.2.1999, per l'accident ocorregut en una piscina municipal, la d'Oviedo de 2.6.2000, per danys patits per una caiguda en el mercat municipal, la de Guadalajara d'11.1.2001 i la interlocutòria de l'Audiència Provincial de Madrid de 21.5.2001, van declarar la competència de la jurisdicció civil.

L'assegurança de responsabilitat civil protegeix a l'assegurat causant del dany de les conseqüències patrimonials d'una condemna i assegura a la víctima que cobrarà la indemnització deguda pel dany patit o, almenys, part d'ella. En virtut de la primera afirmació es permet a empreses i particulars –Administracions públiques en aquest cas– participar en activitats potencialment danyoses. En virtut de la segona cosa s'ha convertit l'efectiva compensació de la víctima en un objectiu d'interès públic que l'assegurança de danys ha de tutelar (FLEMING, 1998). Si no és possible exercir l'acció directa, o el seu exercici compta amb complexos traves processals, quins beneficis socials té l'assegurament privat de la responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques?

L'Administració pública respon a Espanya de forma objectiva per la quals cosa, tard o d'hora, constatat el dany i la seva relació causal amb la prestació d'un servei públic, haurà d'abonar a la víctima una indemnització a càrrec de la pòlissa que, si escau, hagi contractat. Les disputes sobre la jurisdicció competent per conèixer les discussions derivades de l'exercici de l'acció directa només beneficien a la companyia asseguradora que, mentre continuï el procés, s'estalvia els interessos de demora que li imposa l'article 20.8 LCS que preveu que l'assegurador no incorrerà 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. Les Interlocutòries de la Sala Especial de Conflictes de Competència del Tribunal Suprem de 27 de desembre de 2001 i de 21 d'octubre de 2002**

Les Interlocutòries de la Sala Especial de Conflictes de Competència del Tribunal Suprem de 27 de desembre de 2001 i de 21 d'octubre de 2002 evidencien les dificultats de compatibilitzar el règim legal de responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques amb l'assegurament privat d'aquesta responsabilitat. Ambdues Interlocutòries, provocades per fets molt semblants, plantegen la mateixa problemàtica.

En la primera d'elles, la de 27 de desembre de 2001, la víctima, un menor d'edat que va patir danys personals a l'estació de ferrocarril de Barcelona-Sants, demanda una indemnització de la *Red Nacional de Ferrocarriles* (RENFE) i de la seva companyia asseguradora, *MAPFRE, Seguros Generales y Compañía de Seguros y Reaseguros, SA*. La segona, de 21 d'octubre de 2002,

també ve motivada pels danys que la víctima pateix a Barcelona en baixar-se del vagó del tren on viatjava i pels quals la víctima demanda a RENFE i a MAPFRE. En ambdós casos, la demanda es va presentar davant de la jurisdicció civil i, en ambdós, aquesta jurisdicció es va declarar incompetent. L'Audiència de Barcelona va confirmar la decisió de la primera instància en els dos processos. La Sala de Conflictes de Competència del Tribunal Suprem que, com hem comprovat, és parca en el relat dels fets, va declarar la competència de la jurisdicció civil i va retornar els assumptes als jutjats civils de Barcelona.

Els conflictes de competència són els conflictes d'atribucions que poden sorgir entre Jutjats i Tribunals de diferents ordres jurisdiccionals. Així els defineix l'article 42 LOPJ. Són resolts per una Sala especial del Tribunal Suprem formada pel President del Tribunal Suprem i dos Magistrats, un per cada ordre jurisdiccional en conflicte, que seran designats anualment per la Sala de Govern del Tribunal Suprem. Els conflictes de competència poden ser promoguts -d'ofici, a instància de part o a petició del Ministeri Fiscal- mentre el procés no hagi conclòs per sentència ferma, tret que el conflicte suscitat es refereixi a l'execució d'allò què s'hagi resolt. L'ordre jurisdiccional penal rep un tractament singular ja que, com disposa l'article 44 LOPJ, és sempre preferent, per la qual cosa cap Jutjat o Tribunal pot plantejar conflicte de competència als òrgans d'aquell ordre jurisdiccional. (ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, 2002)

El raonament jurídic de la Sala Especial de Conflictes de Competència és idèntic en les dues Interlocutòries. La *Red Nacional de Ferrocarriles* és una Administració pública, titular del servei públic ferroviari i responsable dels danys que causi el seu funcionament normal o anormal. Com a Administració pública que és, les reclamacions contra RENFE han de ser resoltes d'acord amb el procediment previst als articles 139 a 146 de la LRJPAC i la seva revisió jurisdiccional correspon a la jurisdicció contenciosa administratiu, d'acord amb la previsió de l'article 2.e LJCA. Degut a què es tracta d'una Administració pública, en cap cas pot ser demandada davant de la jurisdicció civil i *si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión* davant de l'ordre jurisdiccional contenciosa administratiu, segons el que disposa l'article 9.4 LOPJ. Malgrat això, en els casos que van provocar les dues Interlocutòries, les víctimes van demandar conjuntament a RENFE i a la seva companyia d'assegurances. Degut a què l'asseguradora -subjecte privat- no havia *concorregut a la causació del dany* sinó que es limitava a assegurar-lo, no li és aplicable res d'això. Per resoldre el dubte de a quina jurisdicció atribuir la competència, la Sala de Conflictes acudeix a la *vis atractiva* que l'article 9.2 LOPJ reconeix a la jurisdicció civil i torna a aquesta jurisdicció les actuacions:

*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.*

Les Interlocutòries posen a prova el sistema de distribució de competències de la jurisdicció contenciosa administrativa dissenyat a la dècada dels noranta. Al poc temps de ser estrenat, dos casos plantejats amb una mica més d'un any de diferència, han demostrat que ni l'aplicació de les normes de responsabilitat patrimonial de l'Administració pública és universal, ni la competència de la jurisdicció contenciosa administrativa és indubtable en tots els casos en els quals es demanda a l'Administració titular d'un servei públic. Les

Interlocutòries sumen un quart supòsit a les excepcions de competència de la jurisdicció contenciós administrativa assenyalades a l'apartat anterior: la demanda conjunta contra l'Administració pública d'un servei públic i la seva companyia asseguradora.

Les decisions comentades de la Sala de Conflictes plantegen més problemes que els que resolen: quina jurisdicció és competent per conèixer dels litigis en els quals intervingui la companyia asseguradora d'una Administració pública?, quin és el règim jurídic aplicable a les reclamacions de danys contra la *Red Nacional de Ferrocarriles*? Els dubtes inquieten en un sistema de dret de danys com l'espanyol en el qual l'assegurament de la responsabilitat patrimonial és ja una pràctica habitual entre les Administracions públiques i en el qual RENFE és protagonista habitual en molts processos de reclamacions indemnitzatòries per danys personals.

Si finalment resultarà que en tots els casos en els quals es demandi a una Administració pública i a la seva asseguradora serà competent la jurisdicció civil, no s'entenen els motius que van portar al nostre legislador a instaurar un procediment administratiu i a reformar la Llei Orgànica del Poder Judicial i la Llei de la Jurisdicció Administrativa.

La Llei de Contractes de les Administracions Públiques preveu que les Administracions contractin assegurances privades que cobreixin la responsabilitat patrimonial derivada del funcionament normal o anormal dels serveis públics.

L'article 206 LCA, que defineix les categories de contractes de les Administracions públiques inclou els *Servicios de seguros* en l'apartat a) del seu epígraf 6.

La regulació administrativa es limita a les regles de preparació del plec de condicions de contractació i d'adjudicació del contracte. Un cop signada la pòlissa, l'Administració assegurada es regeix per les normes de funcionament del contracte d'assegurança que preveu la Llei de Contracte d'assegurança. Així ho disposa l'article 211 LCA quan estableix que, un cop contractat un servei per una Administració pública, *el contrato se ejecutará con sujeción a las cláusulas del mismo (...)*.

Fins que es van pronunciar les decisions de la Sala de Conflictes de Competència de desembre de 2001 i d'octubre de 2002 els problemes suscitats en relació amb l'assegurament de la responsabilitat patrimonial de l'Administració pública s'havien limitat a les conseqüències de l'exercici de l'acció directa de la víctima contra l'asseguradora. Els casos comentats plantegen ara un nou problema derivat de l'assegurament de la responsabilitat pel funcionament normal o anormal dels serveis públics. Quina jurisdicció és competent per conèixer la demanda conjunta enfront de l'Administració i la seva asseguradora?

La companyia d'assegurances no ha *concurrido a la causación del daño* i, per tant, la seva presència davant la jurisdicció contenciosa administrativa no sembla justificada amb base en l'article 9.4 LOPJ. D'una altra banda, la presència de l'Administració pública a la jurisdicció civil impedeix la possibilitat del preceptiu procediment administratiu previ de declaració de responsabilitat previst a la Llei de Règim Jurídic i regulat al RD 429/1993.

Les Interlocutòries comentades, davant de la impossibilitat d'aplicar la competència de la jurisdicció contenciosa administrativa, declaren la de la civil. De totes maneres, i tenint en compte els problemes pràctics que implica aquesta solució, potser els magistrats membres de la Sala de Conflictes podrien haver aplicat l'article 21 LJCA i reconèixer la competència de la jurisdicció contenciosa administrativa. L'article esmentat disposa, al seu apartat segon, que es considerarà part demandada als processos davant de la jurisdicció contenciosa administrativa a:

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

La presència d'una companyia asseguradora en els plets ocasionats pels danys causats pels serveis públics genera, com hem vist en els apartats precedents del treball, problemes de jurisdicció competent. El dret de danys vigent no resol davant de quina jurisdicció hauran de plantejar-se els plets derivats de l'exercici de l'acció directa o la demanda conjunta a l'Administració i a la seva asseguradora. La situació crea un espai d'inseguretat jurídica del qual la principal beneficiària sembla la companyia asseguradora. De totes maneres, i sense oblidar els problemes de jurisdicció competent, cal remarcar que l'assegurança de responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques planteja un altre grup de problemes relacionats amb els incentius a evitar danys. A aquests problemes dedicarem les línies que segueixen.

### ***3. L'assegurança de la responsabilitat patrimonial de l'Administració pública***

L'assegurança és un instrument econòmic que quantifica i gestiona l'aversion al risc dels individus. Les persones averses al risc estan disposades a pagar per evitar-lo. Mitjançant el mecanisme de l'assegurança, el patrimoni de l'assegurat és el mateix, succeeixi o no la catàstrofe assegurada. Així, qui preveu que l'incendi de casa seva pot arruïnar-li contracta una assegurança que cobreixi aquesta eventualitat i que, en cas de produir-se el desastre, posi a la seva disposició els mitjans econòmics necessaris per poder afrontar les conseqüències. De la mateixa manera, els individus que exerceixen activitats arriscades per a ells mateixos o per a tercers contracten assegurances que cobreixin les pèrdues econòmiques d'un accident o les indemnitzacions a les quals hauran de fer front. En altres casos, i amb independència del risc que una persona estigui disposada a assumir, la Llei obliga als participants en un sector del tràfic a contractar una assegurança per les pèrdues que puguin causar o en les quals puguin incórrer.

Així, des de l'òptica del dret de danys, l'assegurança de responsabilitat civil compleix tres funcions bàsiques:

1. Permet que les persones averses al risc puguin participar en activitats amb elevats nivells de sinistralitat.

2. Cobreix la insolvència del causant de danys, perquè assegura a les víctimes el cobrament de la indemnització amb independència de les limitacions patrimonials del responsable.
3. Hi ha una tercera funció de l'assegurança: l'especialització en la gestió de riscos. Les companyies asseguradores es converteixen en especialistes en la gestió de riscos, en la prevenció de danys i en la liquidació de responsabilitats.

L'assegurança, com a sistema de compensació de danys és sempre més eficient que la responsabilitat civil perquè és més barat de gestionar. L'assegurança millora la utilitat de l'assegurat que té aversió al risc, com poden ser-ho molts dels 5.783 municipis d'Espanya que tenen menys de 5.000 habitants. Encara que aquests, a diferència d'allò que passa amb els subjectes privats, responen de forma objectiva en tot cas, compten amb el suport de les arques de l'Estat i presten un servei sufragat amb les aportacions de tots els contribuents.

Tenint en compte les funcions de l'assegurança de responsabilitat civil, no sembla que la seva contractació sigui necessària per part de l'Administració titular d'un servei públic perquè:

1. L'Administració pública és, com totes les organitzacions, neutral al risc i, conseqüentment, indiferent entre una renda segura i una incerta amb idèntic valor esperat.
2. L'Administració pública és solvent, per definició. L'Estat no fa fallida, almenys en teoria, i la situació de monopoli que ostenta en la prestació i gestió dels serveis públics li permet fixar preus que incorporin la prima necessària per cobrir els danys, personals i materials, que pugui causar el funcionament normal o anormal del servei.
3. Sembla que l'Administració pública compta amb més mitjans que els individus per gestionar els riscos que genera. Disposa, a més a més, d'un procediment propi per a les reclamacions dels particulars i d'una jurisdicció exclusiva.

Per motius semblants, als quals es van sumar els problemes de jurisdicció competent, la Resolució de 26 de juny de 1993 de la *Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones* va desaconsellar a les companyies asseguradores oferir pòlisses d'assegurança que cobrissin la responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques.

Malgrat tot, l'assegurança privada suposa per a l'Administració pública un avantatge: permet preveure en els seus pressupostos la quantitat que destina a indemnitzar les conseqüències del funcionament normal o anormal dels serveis públics, circumstància que pot ser de gran utilitat per a petites Administracions municipals, amb un pressupost petit, però encarregades de la gestió d'un gran nombre de serveis públics. L'Administració s'aprofita així d'un dels efectes de l'assegurança: mantenir constant la renda de l'assegurat i evitar la desviació de la seva renda. Qui s'assegura manté constant la seva renda. Qui

decideix no fer-ho assumeix el risc de disposar de tot el seu patrimoni (perquè no ha de pagar cap prima) o de restar de la seva renda el valor de la pèrdua patida.

Suposem que el propietari d'un habitatge té un 10% de probabilitats de què li robin i patir una pèrdua de 10.000. Suposem, també, que la seva propietat té un valor de 50.000 i que ha de decidir entre contractar una assegurança que cobreixi les 10.000 que pot perdre en cas de robatori o assumir el risc d'un robatori no assegurat. La seva riquesa amb i sense assegurança és:

Assegurança	Robatori (p= 0,1)	No robatori (p= 0,9)	Riquesa esperada	Desviació típica
No	49.000	50.000	49.000	3.000
Sí	49.000	49.000	49.000	0

L'exemple, pres de Pindyck i Rubinfeld (2000), mostra com l'assegurança, encara que no variï la renda de l'assegurat, la manté constant. Disminueix, dit d'una altra manera, la desviació típica (la variació) de la seva renda i permet mantenir constant el consum. No obstant, no sembla que els efectes que pot tenir l'assegurança al balanç de les Administracions públiques justifiquin els problemes de competència de jurisdicció que suposa l'assegurança i, com veurem, les conseqüències perniciosos als incentius a evitar danys.

La disminució de la variació de la renda també pot aconseguir-se mitjançant altres mitjans amb menys implicacions en el dret aplicable i en la jurisdicció competent a la responsabilitat patrimonial de l'Administració pública. En efecte, l'Administració està, potser millor que cap altra organització, en condicions d'autoassegurar-se, de crear fons de previsió que cobreixin els riscos de la seva activitat, d'accedir al crèdit oficial, etc.

La situació sembla millor per a les companyies asseguradores i per a les víctimes potencials dels serveis públics. Per a les companyies d'assegurances, l'assegurament de la responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques és un negoci rodó. Les Administracions contracten l'assegurança privada sense cap tipus de privilegi, són un client solvent i responen objectivament de tots els danys que causin. L'increment de les pòlisses -i el seu cobrament- està assegurat. Per a les víctimes l'avantatge resideix en la possibilitat d'evitar el procés administratiu previst en la Llei de Regim Jurídic i en el RD. 429/1993. El particular víctima d'un servei públic del qual és titular una Administració pública assegurada i que no estigui disposat a sotmetre's a un procediment administratiu de responsabilitat patrimonial davant de l'òrgan que gestiona el servei públic causant del dany i l'acte resolutori del qual és revisable davant la jurisdicció contenciosa administrativa, únicament ha d'exercitar l'acció directa enfront de la companyia asseguradora. A més a més, a partir de les Interlocutòries de desembre de 2001 i d'octubre de 2002, la víctima que vulgui portar el cas a la jurisdicció civil pot demandar conjuntament davant d'aquesta jurisdicció a l'Administració i a la seva asseguradora.

Tenint en compte tot això i al marge de les facilitats pressupostàries que suposa la contractació d'una assegurança, què aconsella a les Administracions públiques del nostre país contractar assegurances privades que cobreixin la seva responsabilitat patrimonial?

El fenomen no és exclusiu de les Administracions públiques espanyoles. A la majoria de països del nostre entorn, les Administracions, sobretot les municipals, contracten assegurances que cobreixen la seva responsabilitat civil (vegeu HUERGO LORA, 2002). La diferència més rellevant resideix en els instruments triats per a l'assegurament: mentre que en altres països les Administracions han constituït mutualitats i consorcis, a Espanya els poders públics acudeixen al mercat d'assegurança al costat de les víctimes potencials dels serveis públics.

La solució és un terreny propici per a conflictes com el que resolen les Interlocutòries esmentades. La víctima, subjecte privat, pateix un dany causat per l'activitat d'una Administració pública i cobert per una companyia asseguradora que és, com la víctima, un subjecte privat. En un sistema com l'espanyol en el qual el dret aplicable i la jurisdicció competent en un plet de responsabilitat civil depenen de la natura jurídica –pública o privada- del responsable del dany, la presència d'una companyia asseguradora distorsiona la distribució de competència dissenyada per la Llei Orgànica del Poder Judicial i impedeix l'aplicació del procediment administratiu que permet corregir les deficiències en la prestació dels serveis públics.

#### *4. Els efectes en la prevenció*

L'explicació més senzilla de la responsabilitat objectiva és aquella que afirma que sota aquest règim el causant d'un dany respon amb independència del nivell de cura adoptat. A diferència d'allò que passa amb una regla de responsabilitat per culpa, l'agent sotmès a un estàndard de responsabilitat objectiva respon de tots els danys que siguin conseqüència de l'activitat de la qual és titular. Al responsable del dany no li servirà provar en el procés que va fer tot el que es pot fer per evitar el perjudici que pateix la víctima. Si el règim aplicable és el de responsabilitat objectiva, l'agent respondrà, en principi, en tot cas.

Així ho disposa l'article 139 LRJPAC quan responsabilitza a les Administracions públiques de tots els danys que siguin conseqüència de funcionament normal o anormal dels serveis públics, sense més limitacions que la força major i l'obligació legal de respondre del dany; causes d'exclusió de la responsabilitat a què caldrà sumar, malgrat el silenci legal, la culpa exclusiva de la víctima.

L'agent sotmès a un règim de responsabilitat objectiva no té més remei que traduir el seu nivell de cura en nivell (volum) d'activitat i, d'aquesta manera, actuar menys per respondre menys.



Amb independència del desercer que suposa imposar un règim de responsabilitat –la responsabilitat objectiva- que té com a única escapatòria controlar el nivell d'activitat d'una entitat –l'Administració pública- titular dels serveis públics, queda clar que els precursors del sistema van preferir la defensa de les víctimes a la qualitat del servei públic.

En el dret espanyol de la responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques, qui respon no és qui causa el dany. El funcionari o agent al servei de l'Administració no respon enfront de la víctima de les conseqüències del seu actuar negligent o dolós. La responsabilitat ha d'exigir-se sempre, de forma directa i exclusiva davant de l'Administració pública titular del servei com preveu l'article 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 causado por las autoridades y personal a su servicio.*

Si l'Administració pública respon en tot cas, actüi diligentment o negligentment, els incentius a evitar un dany decreixen a mesura que augmenta l'activitat. La reforma de la Llei de Règim Jurídic feta per la Llei 4/1999 va intentar corregir aquesta deficiència del sistema de responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques obligant, en tots els procediments de responsabilitat, a repetir contra el funcionari o agent que va causar danys de forma dolosa o greument negligent. Així ho disposa l'article 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. (...)*

Així, la responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques és el paradigma de la responsabilitat per fet aliè en el dret espanyol de danys. La Llei dissenya una relació externa enfront de la víctima en la qual l'única responsable és l'Administració titular del servei públic i una altra interna en la qual l'Administració exigeix del funcionari causant de danys les conseqüències del seu actuar descuidat.

Així es preveu a l'article 21 del RD 429/1993, que regula el procediment per a l'exigència de responsabilitat patrimonial a les autoritats i personal al servei de les Administracions públiques:

*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 procediment és un mecanisme de control i pretén evitar la impunitat dels funcionaris i agents que, per no respondre de forma personal dels danys que causen, poden obviar les mesures de precaució que redueixen els danys causats pel funcionament del servei públic on estan empleats. Bé o malament, així funciona el règim de responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques en el dret espanyol: indemnització a la víctima a càrrec de l'erari públic i repetició contra el funcionari causant de danys.

L'assegurança de la responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques distorsiona el funcionament del sistema i el limita al seu primer objectiu: la indemnització de la víctima. La presència d'una companyia asseguradora permet a la víctima d'un servei públic exercitar l'acció directa contra l'asseguradora o demandar-la conjuntament amb l'Administració titular del servei davant de la jurisdicció civil. Ambdues possibilitats permeten obviar el procediment administratiu de declaració de la responsabilitat patrimonial –i d'anàlisi de la diligència del funcionari causant– previ a la via jurisdiccional. Desapareixen, per tant, els incentius a evitar danys per part del funcionari o de la autoritat encarregats d'un servei públic.

Si, en el primer cas, la víctima exercita l'acció directa, l'asseguradora, constatada l'existència del dany i la seva connexió causal amb el servei públic assegurat pagarà la indemnització. Si, en el segon, la víctima demanda conjuntament a l'Administració i a la seva asseguradora davant de la jurisdicció civil, els jutges i els tribunals civils aplicaran la responsabilitat objectiva a la qual es sotmet l'activitat administrativa i, probablement, condemnin solidàriament a ambdós demandats a pagar la indemnització dels danys patits pel demandant. En ambdós casos, és previsible que la companyia asseguradora, que no respondrà més enllà de la quantitat prevista a la pòlissa i a qui no li interessa carregar amb excessius costos de gestió, buscarà, sempre que pugui, una transacció amb la víctima del dany. El procediment administratiu desapareix en tot cas.

Quan la víctima exerciti l'acció directa contra l'asseguradora de l'Administració, l'article 76 LCS preveu que l'asseguradora podrà repetir contra l'assegurat les quantitats pagades a la

víctima, però el mateix article limita aquesta possibilitat als casos de danys causats amb dol. No és possible la repetició en els supòsits en els quals el funcionari actuï de forma negligent. De la mateixa manera, l'article 43 LCS preveu 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*. Malgrat això, en ambdós supòsits, el de l'article 76 i el del 43 LCS, no sembla possible que la companyia asseguradora pugui iniciar un procediment administratiu contra el funcionari causant del dany.

El principal efecte, molt més greu que els problemes de jurisdicció competent, és la irresponsabilitat personal dels funcionaris i agents de l'Administració pública i, per tant, la pèrdua absoluta d'incentius a evitar danys i evitar el funcionament anormal dels serveis públics. El problema és una aplicació del genèricament denominat 'risc moral', present a totes les relacions d'agència i que, en el cas que examinem, es suma al ja generat per tot contracte d'assegurança. Hi ha risc moral quan:

- Les accions de l'agent afecten a la utilitat del principal.
- El principal només pot observar el resultat final de la feina de l'agent.

El contracte d'assegurança és l'arquetip del conflicte que genera el risc moral. Les companyies d'assegurances s'especialitzen en la gestió de riscos: mitjançant la convergència d'un nombre prou gran de riscos semblants, l'asseguradora pot afrontar la responsabilitat derivada de riscos individuals. No obstant això, i amb independència dels càlculs actuàrials, la magnitud del risc depèn de la conducta de l'assegurat. L'asseguradora voldria limitar al màxim els riscos que assumeixen els seus assegurats i aquests, que coneixen que la seva responsabilitat està coberta per la pòlissa perden interès en calibrar el seu comportament a la mesura de les normes de cura. Aquesta situació crea un problema d'incentius que limita el volum de risc que la companyia pot gestionar i fa necessari que l'assegurat assumeixi part de les conseqüències dels riscos que genera. Al conflicte que existeix entre l'Administració i la seva asseguradora respecte el control de l'activitat assegurada, es suma el que existeix entre l'Administració assegurada i el personal al seu servei.

Si assumim que la probabilitat d'accident és una funció decreixent  $p(a)$ , ja que quan major sigui la inversió en precaució ( $a$ ) menor serà la probabilitat d'un accident, la relació entre la riquesa inicial de l'assegurat,  $W$ , el preu de la prima,  $q$ , i la precaució adoptada és la següent:

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

Quant més baix és el primer terme de la suma, més gran és el segon i al resultat d'ambdós s'ha de restar ' $a$ ', que és la inversió en precaució de qui decideix contractar una assegurança. L'assegurat pot triar el nivell de cura que adopta. En el pitjor dels casos, si decideix no adoptar cap mena de cura, el primer terme de la suma serà igual al valor de la seva riquesa menys la quantitat pagada per la prima i el segon serà igual a zero. Com la precaució, ' $a$ ', és inexistent, no cal restar res a aquest resultat. En aquest cas, només compensa contractar una assegurança si la magnitud del dany que s'espera causar és superior al cost de la prima. Si el

reembossament,  $R$ , és igual a la magnitud del dany l'assegurat triarà sempre el nivell mínim de cura que serà, habitualment, inferior al desitjable per a les víctimes i, sobretot, per a les companyies asseguradores a les quals el benefici d'una de les seves pòlisses és:

$$q - p(a) R$$

Les asseguradores guanyen la diferència entre allò que s'ha cobrat dels causants de danys i allò que s'ha pagat a les víctimes. Quant menys hagin de pagar, més rendible serà el seu negoci i més i millors assegurances hi haurà per a tots, però, com hem vist, la probabilitat d'accident,  $p(a)$ , depèn de la inversió en precaució del causant potencial de danys a tercers. Si la inversió és zero, la probabilitat d'accident és 1, és a dir, es causen tots els accidents possibles, i les companyies han de cobrar primes que igualin els reembossaments pagats a les víctimes per a què el benefici no sigui negatiu. Aquesta és la situació, precisament, que incentiva als causants potencials a no invertir en precaució perquè totes les conseqüències de la seva actuació descuidada estan cobertes per l'assegurança que han contractat. L'equilibri no existeix perquè, com sembla raonable suposar, les companyies d'assegurances assumeixen també costos de gestió que disminueixen el seu benefici més enllà de les sumes d'indemnitzacions pagades.

La situació òptima implica que la companyia d'assegurances pot fer dependre el cost de la prima del comportament de l'assegurat. Degut a què controlar comportaments individuals és extraordinàriament costós i l'asseguradora només pot condicionar les accions (i omissions) de l'assegurat mitjançant la fixació de variables objectives. Comportaments i danys exclosos de la prima i quantitats màximes d'indemnització de les quals es farà càrrec la companyia, principalment. L'única solució al problema del risc moral és la *co-assegurança*: que l'assegurat assumeixi part dels danys que pot causar la seva conducta descuidada per evitar que l'existència de l'assegurança desincentivi les inversions en precaució. Per aquest motiu, la majoria de pòlisses a l'ús no tenen una cobertura il·limitada, exclouen el dol o la culpa greu, i procuren ajustar el reembossament per evitar que sigui superior al valor de la cosa assegurada o als beneficis d'una activitat descuidada. L'assegurança és òptima només quan l'asseguradora pot fer dependre el comportament de l'assegurat d'aquestes variables objectives.

El problema de l'assegurança de les Administracions públiques es localitza precisament en què les limitacions a les quals pot acollir-se la pòlissa són menors que els casos en els quals s'assegura a subjectes privats perquè l'Administració pública respon en tot cas de forma objectiva dels danys causats pels seus empleats i les seves inversions en precaució són irrellevants en un sistema en el qual l'Administració respon també pel funcionament normal dels serveis públics.

El problema és general per tots els sistemes en els quals a la responsabilitat objectiva del causant de danys s'afegeix l'obligació de contractar una assegurança. Així succeeix, concretament, amb l'assegurança obligatòria d'automòbils. Malgrat això, en aquest àmbit, les companyies d'assegurança gaudeixen dels límits indemnitzatoris legals per a danys personals

i materials i, sobretot, del càlcul d'acord als barems de l'Annex de la Disposició Addicional 8a de la Llei 30/1995, de 8 de novembre d'Ordenació i Supervisió de les Assegurances privades. No hi ha limitacions semblants per a l'assegurança de la responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques.

Juntament a aquest problema, annex al funcionament de l'assegurança, es sumen els derivats de la possibilitat d'obviar el procediment administratiu. Com hem vist, la presència d'una companyia asseguradora permet a la víctima que busca una indemnització ràpida dels danys causats per un servei públic accionar directament enfront de l'asseguradora o, després de les Interlocutòries de la Sala de Conflictes, demandar-la conjuntament amb l'Administració titular del servei davant de la jurisdicció civil. En l'un i l'altre cas, com hem vist, desapareix el procediment administratiu de reclamació interna de responsabilitat al funcionari que va actuar amb dol o negligència greu en l'exercici de les seves funcions. Si el funcionari no assumeix cap dels riscos que genera, no té incentius a evitar els danys que pot causar. Si la companyia d'assegurances no pot controlar el comportament de l'Administració pública, i aquesta no pot exigir responsabilitats als seus funcionaris, sembla que els efectes del risc moral augmentaran les probabilitats d'accidents causats per serveis públics. L'assegurança de la responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques augmenta els efectes del risc moral i, per tant, la probabilitat d'accidents causats pels serveis públics. Per quins motius haurà de ser previngut el funcionari encarregat de la prestació d'un servei públic si paga l'asseguradora de l'Administració i no s'instrueix procediment de cap responsabilitat?

### **5. La responsabilitat de la Red Nacional de Ferrocarriles (RENFE)**

Les Interlocutòries de desembre de 2001 i d'octubre de 2002 afirmen que s'apliquen a RENFE les normes de responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques però que, en els casos plantejats, no s'apliquen per la concurrència d'una companyia asseguradora. Analitzats els problemes de jurisdicció competent i els efectes del risc moral associat a l'assegurament de la responsabilitat patrimonial de l'Administració, cal tractar ara la pretesa natura pública de la responsabilitat de la *Red Nacional de Ferrocarriles*.

L'article 175 de la Llei 16/1987, de 30 de juliol, d'Ordenació dels Transports Terrestres, dedica el seu Capítol V a la *Red Nacional de Ferrocarriles Españoles*. El primer article del capítol, 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 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.*

L'article 1.2.d LJCA declara que, als efectes de la competència de la jurisdicció contenciosa administrativa, s'entendrà per Administracions públiques:

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

Sembla, per tant, que la nova afirmació de les Interlocutòries de la Sala de Conflictes disposa de cobertura legal i que, en contra d'allò que repetidament ha decidit la Sala Primera del Tribunal Suprem i, en general, tots els jutjats i tribunals de la jurisdicció civil, la competència per conèixer de les demandes contra RENFE correspon a la jurisdicció contenciosa administrativa.

Tot i això, l'afer requereix quelcom més que un parell d'Interlocutòries de la Sala de Conflictes de Competència del Tribunal Suprem. Al marge que pugui semblar discutible sotmetre al règim de dret públic la responsabilitat d'activitats regides pel dret privat, l'article 53.2 de la Llei 6/1997, de 14 d'abril, d'Organització i Funcionament de l'Administració General de l'Estat, 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.*

És difícil assumir que entitats, com RENFE, que actuen subjectes al Codi de Comerç i contracten amb sotmetiment al Dret Laboral, responguin, causat un accident, d'acord amb les normes de responsabilitat de les Administracions públiques. Alhora, no sembla gaire sensat afirmar que a Espanya les companyies aèries responen per culpa i davant de la jurisdicció civil, però que les companyies ferroviàries ho fan de forma objectiva i davant de la jurisdicció contenciosa administrativa. L'afirmació de les Interlocutòries és inquietant encara que a la pràctica, com hem vist i les pròpies Interlocutòries reconeixen, la víctima que vulgui portar l'afer a la jurisdicció civil no ha de fer res més que demandar conjuntament a l'Administració pública i a la seva companyia asseguradora.

## 6. Bibliografía

John G. FLEMING, *The Law of Torts*, 9<sup>th</sup> 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.

Oriol MIR PUIGPELAT, *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 i Daniel L. RUBINFELD, *Microeconomía*, 5<sup>a</sup> edició, 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, pàgs. 1609 a 1680.

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

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