

InDret

Respondeat Superior I

Pablo Salvador Coderch
Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

Carlos Ignacio Gómez Ligüerre
Facultat de Dret
Universitat Internacional de Catalunya

Juan Antonio Ruiz García
Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

Antoni Rubí i Puig
Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

José Piñeiro Salguero
Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

Barcelona, abril 2002

www.indret.com

Respondeat Superior I

1. La responsabilitat vicària o pel fet d'un altre i les seves raons: solvència, costos d'informació i grau d'aversió al risc

- 1.1. Concepte de responsabilitat vicària. La responsabilitat vicària com a model bàsic
- 1.2. Requisits de la responsabilitat vicària
- 1.3. Fonament de la responsabilitat vicària

2. La responsabilitat vicària i els costos d'agència

3. El paradigma de la responsabilitat vicària en el dret espanyol: la responsabilitat patrimonial de les Administracions Públiques.

Abstract

Les persones físiques responen per la seva pròpia conducta negligent i danyosa. Però, amb freqüència –amb freqüència molt major– les persones físiques i jurídiques responen pel fet d'un altre, és a dir, per la conducta negligent i danyosa d'un tercer vinculat amb el responsable per mitjà d'una relació d'agència, de dependència o altres de semblants determinades per la llei o pel *case law*. Es parla llavors de responsabilitat vicària o pel fet d'un altre (*Respondeat Superior*). Les majors solvència i capacitat d'afrontar els costos de transacció de qui ha de respondre pel fet aliè justifiquen que ho faci abans que el causant del dany o en el seu lloc.

En el dret espanyol, coexisteixen amb certa dificultat tres sistemes de responsabilitat pel fet d'un altre: un, administratiu, per als danys causats per funcionaris i treballadors públics (arts. 145 i 146 Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú); un altre, civil, per als causats per particulars a altres particulars (Codi Civil de 1889, últimament modificat el 1991); i un tercer, també civil –però aplicat pels tribunals penals–, per als danys causats per fets tipificats com a delictes o falta pel Codi Penal de 1995 i altres lleis penals (art. 120 CP).

En aquesta primera entrega, *Respondeat Superior I*, InDret analitza breument la regulació legal de la responsabilitat patrimonial de les Administracions Públiques, que és el paradigma de la responsabilitat vicària en dret espanyol. No obstant això, no és un sistema autocontingut, perquè la correcció del seu funcionament depèn de la bona pràctica de la gestió administrativa ordinària, de l'aplicació del règim general de la funció pública –i en particular, del seu règim disciplinari– i de la responsabilitat política dels càrrecs electes i gestors públics.

En la segona part del treball, *Respondeat Superior II*, s'analitzaran els sistemes civils de responsabilitat vicària regulats pels Codis Civil i Penal, així com per la Llei Orgànica de Responsabilitat Penal del Menor.

1. La responsabilitat vicària o pel fet d'un altre i les seves raons: solvència, costos d'informació i grau d'avversió al risc

1.1. Concepte de responsabilitat vicària. La responsabilitat vicària com a model bàsic

A Espanya hi ha tres sistemes de responsabilitat civil, per tant, de responsabilitat vicària:

- a) La responsabilitat patrimonial de les Administracions Públiques, regulada en els arts. 139 i ss. de la Llei 30/1992, que formalment responsabilitzen objectivament a una

Administració determinada pels danys causats pels seus funcionaris i treballadors públics, encara que no hagin estat negligents.

- b) La responsabilitat civil per fet aliè regulada a l'art. 1903 del Codi Civil de 1889 que, almenys originàriament, era una responsabilitat del principal per culpa presumpta –o, més correctament, amb inversió de la càrrega de la prova de la culpa– pels danys causats negligentment pel seu dependent.
- c) La responsabilitat civil subsidiària de l'art. 120 del Codi *Penal*, que combina supòsits de responsabilitat per culpa presumpta amb supòsits de responsabilitat objectiva per fets comesos per terceres persones tipificats com a delictes o falta.

En la responsabilitat vicària regulada en el *Common Law*, en canvi, va escriure John Fleming, una persona respon pel dany causat per una altra, encara que no hagi incorregut en cap gènere de culpa o negligència:

“We speak of vicarious liability when the law holds one person responsible for the misconduct of another, although he is himself free from personal blameworthiness or fault” (Fleming (1998), Ch. 19, p. 409).

Semblantment, Dan B. Dobbs escriu:

“Vicarious liability is liability for the tort of another person. (...) The most common kind of vicarious liability is based upon the principle of respondeat superior. Under that principle, private and public employers are generally jointly and severally liable along with the tortfeasor employee for the torts of employee committed within the *scope* of employment. (...) But respondeat superior may apply to impose liability upon the employer for contracts made by an agent within his authority and also for many kinds of torts, including fraud and other torts that do not entail physical harms” (Dobbs (2000), Ch. 22, § 333, p. 905).

Les exposicions canòniques del dret de danys solen partir del model de la responsabilitat per fet propi i, sobretot en el *Civil Law*, de la responsabilitat per negligència. Això és incorrecte, almenys, des d'un punt de vista estadístic: la responsabilitat per fet aliè hauria de ser el punt de partida de l'anàlisi del dret de danys modern, perquè, amb diferències de matís, és comú a tots els sistemes legals contemporanis (Vegeu Wicke (2000) i Barceló (1995)) i sobretot perquè, en la pràctica legal de tots ells, hi ha molts més casos de responsabilitat vicària que de responsabilitat per fet propi.

Així, dels 101 casos resolts per la Sala 1a del Tribunal Suprem l'any 2000 sobre responsabilitat civil extracontractual, 61 són supòsits de responsabilitat vicària. El 2001, dels 64 casos resolts per la Sala 1a fins al 30 de setembre, ho eren 41.

La regla de la responsabilitat vicària, associada històricament en el *Common Law* i en el *Civil Law*, amb les relacions entre amo i criat i amb les de dependència familiar, aborda en l'actualitat els problemes derivats del funcionament i gestió d'organitzacions molt més complexes que la casa i la família en una economia caracteritzada pel desenvolupament progressiu de la divisió del treball.

1.2. Requisites de la responsabilitat vicària

Els requisits de la responsabilitat vicària són semblants en els distints ordenaments jurídics. Podem resumir-los a partir de les presentacions habituals de la vella *Master-servant's rule* (*Restatement of the Law Second, Agency*, § 219; Prosser/Keeton (1984), § 70, p. 501 i ss. i § 123, p. 912 i ss.; Fleming (1998), Ch. 19, ps. 409-438; i Dobbs (2000), Ch. 22, ps. 905-940). En virtut d'això, una persona, el principal, respon pels danys causats per una altra, l'agent, si hi ha entre ells una relació que legitima el primer per a controlar els actes del segon i si el dany s'ha causat en el curs i exercici de l'activitat encomanada pel primer al segon o amb ocasió d'ella:

- a) S'entén que hi ha control si el principal té l'última paraula en tot el que es refereix al mode de dur a terme l'activitat de què es tracta.
- b) Per determinar si els danys han estat causats en el curs o amb ocasió de l'activitat encomanada (*scope of employment*), es tenen en compte:
 - La naturalesa de la conducta danyosa, és a dir, el seu grau de coincidència o similitud amb la naturalesa i característiques de l'activitat encomanada.
 - La seva previsibilitat, en cas de dol.
 - La seva idea en coordenades espai-temporals més o menys pròximes a aquelles en què ha de tenir lloc l'activitat encomanada.

El primer requisit (control) permet distingir els supòsits de responsabilitat vicària del principal d'aquells en els quals el causant del dany respon perquè ha actuat per compte i interès propis. El segon (*scope of employment*) implica imputar o posar a càrrec del principal únicament els danys causats en el desenvolupament de les activitats que ha encomanat a l'agent, però no qualssevol danys en la causació del qual hagi intervingut aquest últim.

La regla de responsabilitat pel fet d'un altre s'explica molt bé quan el vincle que uneix el responsable amb el causant dels danys pot caracteritzar-se com una relació d'agència, és a dir, quan respon el principal per allò que s'ha fet pel seu agent; així, un empresari pels danys causats pels seus empleats o una Administració pública pels ocasionats pels seus funcionaris, perquè obeeix a la necessitat d'oferir a les víctimes potencials de danys una protecció eficaç en supòsits en què la insolvència de l'agent causant de danys podria posar en perill tant la prevenció d'accidents com la seva reparació, i també perquè convé fer respondre a aquella de

les parts de la relació, normalment el principal, que pot gestionar la informació rellevant a menor cost.

1.3. Fonament de la responsabilitat vicària

En les anàlisis doctrinals més conegudes (vegeu per tots Dobbs (2000) § 334, p. 908), s'ha justificat la responsabilitat vicària en què:

- Permet trobar algú solvent com a responsable (*deep pocket approach*).
- Davant l'alternativa que una persona innocent –l'empresari o la víctima– hagi de suportar la pèrdua, es prefereix que sigui l'empresari qui ho faci.
- L'empresari es beneficia de la feina del seu treballador.
- La responsabilitat d'empresa és eficient.
- Porta a contractar una assegurança de responsabilitat civil a qui està en millor condició per a fer-ho.
- Els treballadors són freqüentment insolvents.
- Els riscos característics o propis d'una empresa han de formar part dels seus propis costos, perquè aquesta és qui millor els internalitza, en realitzar-se de manera organitzada i sistemàtica una activitat; a diferència del que succeeix amb els riscos generats a l'atzar per actes ocasionals d'individus, en els quals la responsabilitat es fonamenta en la negligència.

En *Law & Economics*, el desenvolupament clàssic del fonament analític de la *Respondeat Superior* es troba en diversos treballs d'Alan O. Sykes (1984, 1988, 1998) i Richard A. Epstein (2000) que resumim a continuació.

Suposem un món imaginari, u_0 , en el que, com succeeix en el nostre, u_1 , els treballadors d'empreses privades i funcionaris al servei d'administracions públiques poden causar danys a tercers en el curs de la seva activitat professional, però en què a més a més i a diferència del que sol ocórrer en u_1 :

1. La víctima del dany pot identificar molt fàcilment al treballador – o funcionari públic – que el va causar.
2. Els costos de contractació entre empresari i treballador són baixos i, en particular, la llei permet que ambdós puguin pactar lliurement l'assumpció –per l'un o per l'altre– i, consegüentment, l'exoneració –d'un dels dos– de tota possible responsabilitat per danys causats a tercers.
3. El treballador és neutral al risc –això és, la utilitat esperada de la seva riquesa és la del seu valor esperat– i il·limitadament solvent –és a dir, pot costejar la reparació de

qualsevol dany que, en el desenvolupament de la seva activitat professional causi a tercers-.

En aquestes contrafàctiques circumstàncies, la regla de responsabilitat de l'empresari pels danys causats pels seus treballadors seria absolutament innecessària, perquè bastaria amb la regla general de responsabilitat per actes o omissions propis i la llibertat contractual d'assumir responsabilitat pel fet aliè, perquè, en absència de costos de transacció, l'assignació legal dels recursos i de la responsabilitat pel seu ús és irrellevant segons va mostrar Ronald Coase: si empresari i treballador van pactar que aquest hauria de respondre, el treballador demanaria un major sou per això, però si el pacte va preveure que l'empresari assumiria la responsabilitat contreta pel treballador, aquest obtindrà un menor sou d'aquell. En ambdós casos, la diferència en més o en menys vindria a equivaler als costos de la prima de la corresponent assegurança de danys que contractarien, respectivament, treballador o empresari.

No obstant això, el model anterior és, com diem, contrafàctic, perquè nega les realitats econòmiques de u_1 caracteritzades per la divisió del treball, la ignorància racional i la confiança o, el que és el mateix, pel desenvolupament continuat dels coneixements científics i tecnològics i la consegüent especialització:

1. La víctima no podrà identificar fàcilment el treballador causant directe del dany o, millor dit, allò normal serà que li resulti més senzill identificar l'empresa que el treballador d'aquest causant directe del dany. En absència d'una regla de responsabilitat pel fet d'un altre, l'empresari podrà amagar-se darrere del seu anònim treballador.
2. Els costos de transacció entre empresaris no solen ser baixos, com tampoc no ho són els de contractació d'una assegurança. Els primers gairebé no ho són mai, perquè les parts no solen disposar de la mateixa informació i cadascuna està exposada a conductes oportunistes de l'altra. La asimetria informativa i l'exigència de salvaguardes que assegurin el compliment encareixen el procés contractual.
3. Normalment, el treballador no serà il·limitadament solvent o no estarà assegurat i no podrà afrontar totes les indemnitzacions degudes pels danys que causi. Però si els treballadors manquen de recursos suficients per pagar una indemnització equivalent als danys causats, tampoc tindran incentius per adoptar un nivell òptim de precaucions, sinó un altre d'inferior que estarà precisament en funció del grau de limitació de la seva solvència econòmica. Com que no hauran de respondre per tots els danys causats –manquen per hipòtesi de recursos per a això- les seves demandes salarials no reflectiran l'import d'aquells, per la qual cosa tampoc els empresaris no seran racionalment incentivats a adoptar les precaucions o les mesures de control òptimes. Per últim, els empresaris es guardaran prou d'assumir els deutes de

responsabilitat civil dels seus treballadors i tendiran a contractar treballadors màximament insolvents –i el que és encara pitjor: amb elevat grau de propensió al risc– per a la realització de les tasques més perilloses per a tercers. L'absència d'una regla de responsabilitat vicària suposaria la desestimació del cost social de les activitats realitzades per delegació. En efecte, la regla fa recaure els costos del control, de la coordinació i de l'assegurament d'aquestes activitats sobre qui percebrà els beneficis de la seva realització en comptes de fer-ho sobre tercers, les víctimes. En absència d'una regla de responsabilitat vicària, la víctima resultaria infracompensada i el preu de les activitats potencialment danyoses per a ella no reflectiria tots els costos derivats de la seva realització i, naturalment, com el principal no hauria de respondre pels danys dels seus treballadors tampoc no contractaria mai les assegurances que podrien cobrir aquestes contingències.

La responsabilitat vicària o per fet aliè és una resposta legal eficient als problemes plantejats per les situacions en què el causant potencial del dany desenvolupa la seva activitat per compte del seu principal, que serà declarat directament responsable. Aquest, davant la tessitura d'haver de respondre pels danys dels seus treballadors, alinearà les mesures de control sobre el treball d'aquells amb el grau raonable de precaucions exigibles i recorrerà a la seva experiència professional per fer-ho així. La responsabilitat vicària es construeix, d'aquesta manera, a partir de les inversions en diligència del principal i de l'agent i obliga a ambdós a coordinar les seves activitats i observar els respectius deures de precaució.

Observeu, amb tot, que el bon funcionament de la regla de responsabilitat vicària pressuposa que l'empresari està, efectivament, millor situat que els treballadors per suportar i controlar els riscos associats a l'activitat d'aquests últims –o, en definitiva i com de seguida veurem, que està en millors condicions per controlar el funcionament de la seva pròpia empresa-. Això requereix que l'empresari, com a *superior risk bearer*, pugui efectivament *observar les precaucions* adoptades pels seus treballadors en el desenvolupament de la seva activitat i prendre, al seu torn, les mesures de control -*ex ante* o *ex post*- tendents a l'actuació diligent dels seus treballadors.

En particular, l'empresari haurà d'estar en condicions de:

- a) Ajustar amb els seus treballadors un salari que tingui en compte el risc històric o previsiblement associat a l'exercici de l'activitat professional de cada grup d'aquests últims o, fins i tot, de cadascun d'ells considerat individualment. En la mateixa línia actuen les clàusules contractuals que associen *increments o reduccions de salari* a l'historial professional del treballador o, en el límit, l'*extinció de la relació laboral o professional*. Finalment, la disponibilitat d'una *acció de regrés o de repeticó* contra el treballador per l'import de les indemnitzacions pagades per l'empresari compleix una

funció idèntica: en la relació interna entre empresari i treballador, ambdues mesures semblen intercanviables, però, a la pràctica, som davant d'instruments l'ús dels quals estarà en funció del cost real de la seva aplicació efectiva i, amb freqüència, les mesures salarials o les que incideixen en la vigència de la relació laboral seran més barates de preveure i d'aplicar que les accions individuals de regrès, que requereixen un exercici judicial, cas per cas. A més a més, és poc plausible creure que un empresari mantindrà intacta la relació laboral, però que, alhora, plantejarà un pleit civil de forma tranquil·la contra el seu treballador per fets ocorreguts precisament en el marc de la relació laboral o amb ocasió d'aquesta.

- b) Orientar les seves inversions en equip i capital de forma que l'entorn de l'activitat del seu treballador minimitzi raonablement els riscos de dany a tercers: de la mateixa manera que l'empresari pot tractar de fer dependre el salari dels seus conductors de l'historial de cadascun d'ells, pot dotar els seus vehicles amb els dispositius de seguretat més raonables per evitar o minimitzar els danys que poguessin produir. Observem que això implica que gran part dels supòsits de responsabilitat vicària siguin casos de precaució conjunta (*joint care*).
- c) Adoptar les regles d'organització interna que contribueixin més raonablement a la reducció dels costos dels accidents. L'empresari haurà d'impartir als seus treballadors aquelles instruccions que persegueixin, a un temps, la maximització dels seus beneficis a llarg termini i la internalització dels costos externs de la seva activitat. Novament és clar que la responsabilitat vicària implica en la pràctica responsabilitat per precaució conjunta, és a dir i almenys en part, per fet propi. Haurem de tornar sobre això.

La realitat de les societats de la nostra cultura reflecteix amb força fidelitat aquestes condicions: en u_1 els empresaris són més solvents i propensos al risc que els seus treballadors i estan en millors condicions que aquests per organitzar i controlar les seves empreses i qui treballen en elles. De fet, quan això no succeeix així, o bé l'empresa acaba per tancar i l'empresari es retira, o passa a ser un treballador més per compte d'altri, o bé el treballador esdevé empresari. Si no fos així, resultaria difícil explicar per què hi ha empresaris i treballadors.

2. La responsabilitat vicària i els costos d'agència

Les condicions a), b) i c) a les quals acabem de referir-nos en l'apartat anterior mostren clarament que, des del punt de vista de l'empresa, la responsabilitat vicària és una eina però només una més d'entre les possibles per abordar el problema dels *costos d'agència*. En una relació d'agència, el principal es beneficia de l'activitat que exerceix una altra persona, el seu agent (vegeu generalment, Eric A. Posner (2000). També Bernard Salanié (1997)). El problema econòmic bàsic de les relacions d'agència consisteix en alinear de la millor manera possible els

interessos del principal –que pretén maximitzar els beneficis resultants de l'activitat del seu agent- amb els d'aquest –que vol maximitzar els de la seva pròpia activitat.

Llavors, el problema jurídic fonamental de les relacions d'agència consisteix a dissenyar les regles contractuals i legals de la relació entre principal i agent que incentivin millor una i altra part a alinear eficientment els seus interessos respectius.

En u_1 , les regles legals i contractuals en qüestió aborden simultàniament diversos problemes o costos d'agència i es dirigeixen a reduir les desviacions del comportament de l'agent respecte d'aquella conducta que millor serveix els interessos del principal:

- Els costos de **supervisió**, que recauen sobre el principal i la missió dels quals és assegurar que l'agent actuarà conforme a allò que prevegui. El principal pot observar i controlar el comportament de l'agent, però només pot fer-ho dins d'uns límits i no, per descomptat, fins al punt en què li sortiria més a compte realitzar per ell mateix l'activitat encomanada al seu agent.
- Els costos de **garantia**, exigits pel principal, la funció dels quals és sufragar les despeses de la confiança que el primer ha de dipositar en el segon. L'agent pot esforçar-se més o menys en el desenvolupament de la seva activitat, és a dir, pot treballar més o menys i pot fer-ho millor o pitjor, això és, la seva activitat està subjecta a un grau més o menys elevat de risc moral (*moral hazard*).
- Una certa **pèrdua residual**, derivat del fet que, fins i tot en els nivells òptims de supervisió i garantia, sol ser preferible que persisteixi certa desviació en la conducta de l'agent respecte aquella que seria òptima. El control total suposa costos infinits.

A més a més, el resultat de l'activitat de l'agent no depèn exclusivament de la quantitat i qualitat de l'esforç que desplega en el seu desenvolupament: l'activitat de tercers o l'atzar exerceixen un paper i l'agent és més avers al risc que el seu principal.

Així les coses, l'agent tendria a voler un contracte en què la seva retribució fora independent dels resultats de la seva gestió –per ex., un en què la retribució s'establís en funció de les hores treballades-, mentre que el principal voldria un contracte d'agència segons el qual l'agent cobrés només en funció dels resultats obtinguts amb la gestió. Ni l'una ni l'altra solució solen ser raonables: la primera perquè comporta una dosi elevada de *risc moral* per a l'agent, potencialment letal per al principal, i la segona perquè penalitza l'agent diligent en els casos en

què es malmeten els resultats de la seva gestió per raons alienes a la pròpia gestió i, a més a més, perquè afavoreix comportaments molt agressius i fixats en el curt termini del propi agent en detriment del benefici a llarg termini del principal. Per això, en la pràctica real, els contractes d'agència i les regles legals –imperatives (*mandatory rules*) i dispositives (*default rules*) que s'hi apliquen solen situar-se entre ambdós extrems, són *mixed contracts*: incentiven l'agent a actuar amb esforç i l'asseguren, parcialment, contra el risc d'uns resultats dolents en la seva gestió malgrat la diligència emprada.

Les regles de la responsabilitat vicària són de dos tipus: unes –aquelles que regulen la *relació externa* entre el principal i l'agent del dany, d'una banda, i la víctima del dany, per l'altra poden establir que la víctima demandi directament el principal o aquest i a l'agent simultàniament i solidàriament, etc.; altres –aquelles que regulen la *relació interna* entre principal i agent- aborden directament el problema dels costos d'agència: les dificultats de control del principal, el risc moral i l'aversion al risc de l'agent, la forma de pagament del salari i les condicions del treball, etc. D'acord amb tot allò que s'ha assenyalat fins ara, la regla bàsica de la relació externa ha de preveure la possibilitat que la víctima reclami directament al principal pel dany causat per la conducta negligent de l'agent. Tornarem sobre això tornarem en l'apartat següent d'aquest treball. Basta aquí indicar que la regulació legal de la responsabilitat vicària o pel fet d'un altre no pot analitzar-se amb independència del marc general de la regulació contractual i, si escau, legal aplicable a la relació d'agència.

3. El paradigma de la responsabilitat vicària en el dret espanyol: la responsabilitat patrimonial de les Administracions Públiques

En el dret espanyol, el paradigma de la responsabilitat vicària o per fet aliè en el marc de les relacions d'agència és la responsabilitat de les Administracions Públiques pel funcionament normal o anormal dels serveis públics, és a dir, per les accions i omissions dels funcionaris i treballadors de l'Administració en la prestació dels serveis públics. Així, segons l'art. 139 Llei 30/1992, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú, de 26 de novembre de 1992, modificada per la Llei 4/1999, de 13 de gener (LRJPAC):

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.

En la **relació externa**, la responsabilitat del principal, és a dir, de l'Administració, es defineix per ser:

- a) Directa:** l'Administració respon en primer lloc, és a dir, no ho fa subsidiàriament. Així ho preveu l'article 145 de la LRJPAC:

1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, (la de l'article 139) 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.

2. 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, culpa o negligencia grave, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso. (...)

No obstant això, l'art. 121 CP estableix la responsabilitat subsidiària de l'Administració en els casos de delictes comesos per funcionaris:

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 públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

- b) Objectiva:** la responsabilitat de l'Administració és independent de les precaucions que ha assumit en l'organització i la prestació del servei en què s'han originat els danys.

Des de 1954, amb la promulgació de la Llei d'Expropiació Forçosa, la doctrina administrativista i els tribunals espanyols han sostingut que la responsabilitat objectiva ho és per mera causació (*cause in fact*) de danys i, almenys formalment, no han tingut en compte la imputació i la culpa objectiva (*proximate causation*). Des de fa alguns anys, aquesta formulació de la regla de la responsabilitat objectiva és en crisi i avui és freqüent admetre que culpa i imputació objectiva contribueixen clarament a delimitar la responsabilitat de les Administracions Públiques (Salvador Coderch/Ruiz García (1999), Salvador Coderch (2000), Mir Puigpelat (2002), Salvador Coderch/Ruiz García (2002)).

- c) Exclusiva:** la víctima o, en general, la persona legitimada activament per a reclamar haurà de dirigir la seva acció contra l'Administració, però, des de 1999, ja no pot fer-ho contra el funcionari que va causar directament el dany. Així ho disposen el ja transcrit art. 145 LRJPAC i, per als supòsits en què el dany ho sigui com a conseqüència d'un fet tipificat com a delictes o falta, l'article 146.2 LRJPAC, ambdós modificats per la Llei 4/1999:

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 necesario para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

Com a excepció, escriu recentment Espinosa de los Monteros y Herrero de Egaña (2002), p. 1394, “se mantiene la acción directa del perjudicado... cuando se trate de responsabilidad civil derivada de delito”, art. 146.1 LRJPAC. No obstant això, continua l'autor esmentat, la Llei desincentiva l'exercici de l'acció civil: art. 146.2 “... no suspenderá...”; art. 121 CP: “sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos...” Clarament es tracta d'evitar que el funcionari directament causant del dany sigui afectat per incentius que no provinguin de la pròpia Administració.

La responsabilitat patrimonial de les Administracions Públiques també és exclusiva als Estats Units d'Amèrica: des de la *Federal Employees Liability Reform and Tort Compensation Act* de 18 de novembre de 1988 (Public Law 100-694), les víctimes de danys causats per funcionaris federals en l'exercici de les seves funcions només poden dirigir-se contra l'Estat (28 USC Sec. 2679 b), i únicament podran fer-ho contra els seus treballadors en els casos de violació de la Constitució o d'una Llei que prevegi específicament aquest remei. Així, els treballadors federals no responen personalment dels danys causats en l'exercici de les seves funcions i l'Estat no té acció de regress contra ells.

Sec. 2679 (b)

(1) The remedy against the United States provided by sections 1346(b) and 2672 of this title for injury or loss of property, or personal injury or death arising or resulting from the negligent or wrongful act or omission of any employee of the Government while acting within the scope of his office or employment is exclusive of any other civil action or proceeding for money damages by reason of the same subject matter against the employee whose act or omission gave rise to the claim or against the estate of such employee. Any other civil action or proceeding for money damages arising out of or relating to the same subject matter against the employee or the employee's estate is precluded without regard to when the act or omission occurred.

(2) Paragraph (1) does not extend or apply to a civil action against an employee of the Government:

(A) which is brought for a violation of the Constitution of the United States, or

(B) which is brought for a violation of a statute of the United States under which such action against an individual is otherwise authorized.

A Alemanya, l'art. 34.2 de la Llei Fonamental de Bonn limita legalment la possibilitat d'establir una acció de regress als casos de dol (*Vorsatz*) i culpa greu (*grober Fahrlässigkeit*) i, en aquest sentit, vegeu el § 46 de la llei marc del dret de funcionaris (*Beamtenrechtsrahmengesetz*); vegi's Ossenbühl, *Staatshaftungsrecht* 5.Auflage, München Beck 1998. 2.VIII. p. 118 i ss.

(1) Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder grob fahrlässig die ihm obliegenden Pflichten, so hat er dem Dienstherrn, dessen Aufgaben er wahrgenommen hat, den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Haben mehrere Beamte gemeinsam den Schaden verursacht, so haften sie als Gesamtschuldner.

(2) Ansprüche nach Absatz 1 verjähren in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Dienstherr von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt hat, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in zehn Jahren von der Begehung der Handlung an. Hat der Dienstherr einem Dritten Schadenersatz geleistet, so tritt an die Stelle des Zeitpunktes, in dem der Dienstherr von dem Schaden Kenntnis erlangt, der Zeitpunkt, in dem der Ersatzanspruch des Dritten diesem gegenüber vom Dienstherrn anerkannt oder dem Dienstherrn gegenüber rechtskräftig festgestellt wird.

(3) Leistet der Beamte dem Dienstherrn Ersatz und hat dieser einen Ersatzanspruch gegen einen Dritten, so geht der Ersatzanspruch auf den Beamten über.

En la **relació interna** entre Administració i funcionari causant del dany, aquest últim respondrà sempre enfront d'aquella si va causar el dany intencionalment –amb dol- o amb culpa o negligència greus. L'acció de regress de l'Administració es caracteritza per dos trets singulars:

- a) Limitació de responsabilitat als casos de **dol o culpa greu** del funcionari: s'exclou la negligència simple.

El cànon de diligència establert amb caràcter general per les lleis civils és, en canvi, el de la negligència simple. Si, com és comú, s'interpreta en termes econòmics, aquest cànon s'infringeix si el causant de danys no va portar la seva inversió en precaucions fins al punt en què un euro addicional invertit en elles evitava justament un altre euro en costos dels accidents. Si això és així, és obvi que la regla administrativa infraprevé danys quan aquests són causats per funcionaris o treballadors públics: si aquesta fora l'única regulació aplicable, els incentius de l'Administració (que són correctes) no estarien alineats amb els dels seus funcionaris (que resulten insuficients).

- b) Exigència **d'ofici**: des de 1999, l'Administració ha d'accionar de regress contra el funcionari directament causant del dany.

Amb anterioritat a la Llei 4/1999, l'article 145 de la LRJPAC permetia que l'Administració optés per reclamar en via de regress al funcionari: “podrà exigir”, deia la Llei; ara, en canvi, diu: “La Administración ... exigirá de oficio”. La desvinculació del perjudicat del funcionari que el va danyar és total. La seva posició, com diu Espinosa de los Monteros y Herrero de Egaña, és la d'un “tercer simple” que manca de la qualitat de part; podrà denunciar els fets, però no podrà accionar contra el causant directe (Espinosa de los Monteros y Herrero de Egaña (2002), p. 1392), com no sigui en via penal.

Naturalment, la insuficient prevenció de danys que provocaria un règim de responsabilitat personal limitat al dol i a la culpa greu i que, a més a més, margina la víctima de la seva condició natural de part en el plet contra el funcionari que la va perjudicar es compensa -en teoria- amb altres instruments: l'Administració disposa, entre d'altres, dels mitjans de control del comportament dels seus funcionaris que li

ofereix el règim legal de la potestat disciplinària de les Administracions Públiques respecte del personal al seu servei (Reial Decret 33/1986, de 10 de Gener, pel qual s'aprova el Reglament de Règim Disciplinari dels Funcionaris de l'Administració de l'Estat, BOE 17.1.1986).

No obstant això, el sistema legal descrit genera un problema d'agència obvi, però aquesta vegada, no entre l'Administració, com a principal, i el personal al seu servei, com a agents seus, sinó entre els ciutadans, com a principals que són dels càrrecs electes i funcionaris públics que, respectivament, els representen i els serveixen. En efecte, el sistema legal és gairebé totalment hermètic, perquè el règim de responsabilitat civil dels funcionaris ha anat aïllant-se progressivament dels ciutadans, qui, com hem dit, poden, a tot estirar, actuar com a denunciants, però mai accionar judicialment contra els causants directes del dany. Queda, certament, una vàlvula de seguretat: la possibilitat d'exercitar l'acció penal i, amb ella, la consegüent acció de responsabilitat civil derivada de delictes, però es miri com es miri, la responsabilitat penal és extraordinària, no és –no hauria de ser– el primer recurs del sistema per tractar de prevenir i compensar danys personals i patrimonials.

Es pot observar, amb tot, que entre els ciutadans i el col·lectiu de càrrecs i funcionaris que els presten serveis hi ha l'Administració, que respon directament i objectiva i que està legalment obligada a accionar contra el funcionari que va actuar fraudulentament o amb negligència greu, així com a corregir-lo disciplinàriament, fins i tot per faltes lleus.

El sistema legal de responsabilitat civil és llegendàriament molt costós de gestionar. Des d'aquest punt de vista, portar el sistema d'incentius des dels jutges a l'organització administrativa del treball, de la seva remuneració i de la carrera funcional té un ple sentit. Més encara si, assumint que els funcionaris són aversos al risc i limitadament solvents, és d'esperar que prefereixin mecanismes de control de les disfuncions del servei que distribueixin els seus costos al llarg del temps, és a dir, que permetin traduir l'executòria més o menys accidentada del treball quotidià del funcionari de què es tracti en les vicissituds de la carrera funcional i en el nivell de la seva retribució. De la mateixa manera que ocorre en el món de l'empresa privada on els mecanismes de control intern, salarial i, en el límit, disciplinaris que l'empresari té a la seva disposició li permeten gestionar la seva empresa de millor manera que ho faria si hagués de recórrer a una acció judicial de responsabilitat civil per cada accident causat o cocausat per un dels seus treballadors que donés lloc a responsabilitat civil, el sistema administratiu estalvia costos terciaris de gestió dels accidents i de la seva reparació si recorre als instruments que la legislació funcional posa a disposició dels gestors públics.

Ara bé, les empreses privades generen els recursos que gasten o fan fallida, però les Administracions Públiques no fan ni una cosa ni l'altra, perquè gestionen recursos generats per tercers, els contribuents i, encara que materialment poden suspendre pagaments, mai fan fallida: a diferència de les empreses, els països mai no tanquen (encara que les cultures

s'extingeixen). La idea de què la pròpia Administració vetlla sempre i automàticament per l'interès del públic, de la ciutadania en general, i, específicament, per la consecució d'un nivell eficient de precaucions en l'actuar dels seus servidors públics incorre en la fal·làcia del Nirvana, segons la qual caldria suposar sempre i en tot cas el caràcter benèfic i desinteressat de qualssevol actuacions de gestors, funcionaris i treballadors públics. Però InDret no fa accepció de persones, ja siguin aquestes simples particulars o funcionaris públics.

A més a més i com va ensenyar Guillem d'Ockham (1285-1347/49), *pluralitas non est ponenda sine necessitate* (*Plurality should not be assumed without necessity*) i, des d'un punt de vista analític, cal fer sengles concessions a nominalistes i a individualistes metodològics i preguntar: Què és l'Administració, sinó el conjunt organitzat dels seus gestors, càrrecs públics, funcionaris i treballadors, així com dels mitjans materials posats a la seva disposició? Qui assegura que els agents públics gestionaran el servei en benefici de la col·lectivitat? (*Quis custodiet ipsos Custodes*), és a dir, quins incentius tindrà el funcionari per prevenir els danys lligats al servei que gestiona si les conseqüències de la seva actuació no recauen sobre ell sinó sobre l'erari públic?

Si, per un moment, deixem de banda l'artifici jurídic de l'Administració que s'interposa entre el públic i els servidors públics, queda bé a les clares que la legislació vigent ha blindat a funcionaris i treballadors públics contra tota acció judicial no penal que pogués pretendre exercitar un ciutadà: a aquest només li queda l'exigència de responsabilitat política, mitjançant l'exercici del dret al vot, així com altres mitjans de participació política i la solució extrema de l'acció penal. Enmig, l'ampli territori de l'acció de responsabilitat civil i de l'acció de responsabilitat patrimonial només pot dirigir-se contra l'Administració, contra una entelèquia que emmascara la realitat prosaica que els ciutadans-víctimes de danys poden reclamar una indemnització a l'erari públic, és a dir, a ciutadans-contribuents. Enmig, novament, els càrrecs i funcionaris públics gestionen internament el sistema de regles de l'acció de regrés i de la potestat disciplinària, però, en la relació externa, el perjudicat, el ciutadà no hi té res a dir, com no sigui presentar una denúncia davant un funcionari. Des d'un punt de vista exclusivament legal, la conclusió és òbvia: els guardians no es custodien a ells mateixos.

Tenint present l'excepcionalitat de l'acció penal, el remei genèric contra les possibles disfuncions del sistema legal d'accions judicials de responsabilitat es troba majorment en l'acció política, que pot compensar les insuficiències de la tutela judicial: la responsabilitat política de càrrecs electes i alts càrrecs permet esquivar el risc moral derivat d'una possible colusió entre gestors i servidors de la cosa pública, entre polítics i funcionaris.

Queda a la investigació empírica mostrar si, tenint present la compensació que suposen el conjunt de controls administratius interns i la responsabilitat política externa, el sistema vigent de la responsabilitat patrimonial de les Administracions Públiques infraprevé accidents o no, és a dir, si un servei públic concret prestat massivament genera la mateixa sinistralitat que un

servei privat comparable: l'experiència en serveis públics prestats tant per organismes públics com per entitats privades (escoles, hospitals, serveis de transport) no sembla mostrar diferències significatives de sinistralitat.

En últim terme, l'anàlisi del sistema de responsabilitat vicària de les Administracions Públiques mostra com els sistemes legals de responsabilitat, civil o penal, no són autocontinguts ni cal analitzar-los amb profit sense tenir en compte que formen part de sistemes més amplis que recorren a instruments de naturalesa legal, com el règim disciplinari de la funció pública, però també extralegal, com ho és, primàriament, la responsabilitat política.

Bibliografía

- American Law Institute, *Restatement of the Law Second, Agency*, 1958.
- Javier BARCELÓ DOMÉNECH, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- Richard A. EPSTEIN, *Vicarious liability of health plans for medical injuries*, 34 Valparaiso Law Review 581, 2000.
- Juan Manuel ESPINOSA DE LOS MONTEROS Y HERRERO DE EGAÑA. *Comentarios a la legislación de contratos de las administraciones públicas*, Aranzadi, 2002.
- Daniel B. DOBBS, *Law of Torts*, West Group, St. Paul, 2000.
- John G. FLEMING, *The Law of Torts*, 9th. ed., Law Book Company, Sydney, 1998.
- Eric A. POSNER, *Agency Models in Law and Economics*, University of Chicago, Working Paper Series, 2000.
- William LLOYD PROSSER i W. PAGE KEETON, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th. ed., West Group, St. Paul, 1984.
- Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.
- Fritz OSSENBUHL, *Staatshaftungsrecht* 5.Auflage, München Beck, 1998.
- Bernard SALANIÉ, *The Economics of Contracts: A Primer*, MIT Press, 1997.
- Pablo SALVADOR CODERCH, *Causalidad y responsabilidad*, en InDret 1/2000, www.indret.com.
- Pablo SALVADOR CODERCH i Juan Antonio RUIZ GARCÍA, *Negligencia, causalidad y responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas: SSTs, 3a, 24.7.2001*, en InDret 1/2002, www.indret.com
 - *Problemas de la responsabilidad civil en Derecho Español*, Europa e Diritto Privato, 2, 1999, ps. 401-444.
- Alan O. SYKES, *The economics of vicarious liability*, 93 Yale Law Journal 1231, 1984.
 - *The Boundaries of vicarious liability: an economic analysis of the scope of employment rule and related legal doctrines*, 101 Harvard Law Review 563, 1988.

- *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law*, Stockton Press, New York, 1998, ed. Peter Newman, ps. 673-677, veu “vicarious liability”.

- Harmut WICKE, *Respondeat Superior Haftung für Verrichtungsgehilfen im römischen, römisch-holländischen, englischen und südafrikanischen Recht*. Berlin, Duncker und Humblot, 2000.