

InDret

Respondeat Superior I

Pablo Salvador Coderch
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Carlos Ignacio Gómez Ligüerre
Facultad de Derecho
Universitat Internacional de Catalunya

Juan Antonio Ruiz Garcia
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Antoni Rubí Puig
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

José Piñeiro Salguero
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Barcelona, marzo 2002

www.indret.com

Sumario

1. La responsabilidad vicaria o por el hecho de otro y sus razones: solvencia, costes de información y grado de aversión al riesgo

1.1. Concepto de responsabilidad vicaria. La responsabilidad vicaria como modelo básico

1.2. Requisitos de la responsabilidad vicaria

1.3. Fundamento de la responsabilidad vicaria

2. La responsabilidad vicaria y los costes de agencia

3. El paradigma de la responsabilidad vicaria en el derecho español: la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Abstract

Las personas físicas responden por su propia conducta negligente y dañina. Pero, con frecuencia –con frecuencia mucho mayor– las personas físicas y jurídicas responden por el hecho de otro, es decir, por la conducta negligente y dañina de un tercero vinculado con el responsable por una relación de agencia, dependencia u otras similares determinadas por la ley o por el *case law*. Se habla entonces de responsabilidad vicaria o por el hecho de otro (*Respondeat Superior*). Las mayores solvencia y capacidad de afrontar los costes de transacción de quien ha de responder por el hecho ajeno justifican que lo haga antes que el causante del daño o en lugar suyo.

En el derecho español, coexisten con cierta dificultad tres sistemas de responsabilidad por el hecho de otro: uno, administrativo, para los daños causados por funcionarios y empleados públicos (arts. 145 y 146 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común); otro, civil, para los causados por particulares a otros particulares (Código Civil de 1889, últimamente modificado en 1991); y un tercero, también civil –pero aplicado por los tribunales penales–, para los daños causados por hechos tipificados como delito o falta por el Código Penal de 1995 y otras leyes penales (art. 120 CP).

En esta primera entrega, *Respondeat Superior I*, InDret analiza brevemente la regulación legal de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que es el paradigma de la responsabilidad vicaria en derecho español. Sin embargo, no es un sistema autocontenido, pues la corrección de su funcionamiento depende de la buena práctica de la gestión administrativa ordinaria, de la aplicación del régimen general de la función pública –y en particular, de su régimen disciplinario– y de la responsabilidad política de los cargos electos y gestores públicos.

En la segunda parte del trabajo, *Respondeat Superior II*, se analizarán los sistemas civiles de responsabilidad vicaria regulados por los Códigos Civil y Penal, así como por la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor.

1. La responsabilidad vicaria o por el hecho de otro y sus razones: solvencia, costes de información y grado de aversión al riesgo

1.1. Concepto de responsabilidad vicaria. La responsabilidad vicaria como modelo básico

En España hay tres sistemas de responsabilidad civil, por tanto, de responsabilidad vicaria:

- a) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, regulada en los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, que formalmente responsabilizan objetivamente a la Administración de que se trate por los daños causados por sus funcionarios y empleados públicos, aunque no hayan sido negligentes.
- b) La responsabilidad civil por hecho ajeno regulada en el art. 1903 del Código Civil de 1889 que, al menos originariamente, era una responsabilidad del principal por culpa presunta –o, más correctamente, con inversión de la carga de la prueba de la culpa- por los daños negligentemente causados por su dependiente.
- c) La responsabilidad civil subsidiaria del art. 120 del Código Penal, que combina supuestos de responsabilidad por culpa presunta con supuestos de responsabilidad objetiva por hechos cometidos por terceras personas tipificados como delito o falta.

En la responsabilidad vicaria regulada en el *Common Law*, en cambio, escribió John Fleming, una persona responde por el daño causado por otra, aunque no haya incurrido en ningún género de culpa o negligencia:

“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, pág. 409).

Parecidamente, Dan B. Dobbs escribe:

“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, pág. 905).

Las exposiciones canónicas del derecho de daños suelen partir del modelo de la responsabilidad por hecho propio y, sobre todo en el *Civil Law*, de la responsabilidad por negligencia. Ello es incorrecto, al menos, desde un punto de vista estadístico: la responsabilidad por hecho ajeno debería ser el punto de partida del análisis del derecho de daños moderno, porque, con diferencias de matiz, es común a todos los sistemas legales contemporáneos (Véanse WICKE (2000) y BARCELÓ (1995)) y sobre todo porque, en la práctica legal de todos ellos, hay muchos más casos de responsabilidad vicaria que de responsabilidad por hecho propio.

Así, de los 101 casos resueltos por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en el año 2000 sobre responsabilidad civil extracontractual, 61 son supuestos de responsabilidad vicaria. En 2001, de los 64 casos resueltos por la Sala 1ª hasta el 30 de septiembre, lo eran 41.

La regla de la responsabilidad vicaria, asociada históricamente en el *Common Law* y en el *Civil Law*, con las relaciones entre amo y criado y con las de dependencia familiar, aborda en la actualidad los problemas derivados del funcionamiento y gestión de organizaciones mucho más complejas que la casa y la familia en una economía caracterizada por el desarrollo progresivo de la división del trabajo.

1.2. Requisitos de la responsabilidad vicaria

Los requisitos de la responsabilidad vicaria son similares en los distintos ordenamientos jurídicos. Podemos resumirlos a partir de las presentaciones habituales de la vieja *Master-servant's rule* (*Restatement of the Law Second, Agency, § 219*; PROSSER/KEETON (1984), § 70, pág. 501 y ss. y § 123, pág. 912 y ss.; FLEMING (1998), Ch. 19, págs. 409-438; y DOBBS (2000), Ch. 22, págs. 905-940). En su virtud, una persona, el principal, responde por los daños causados por otra, el agente, si media entre ellos una relación que legitima al primero para controlar los actos del segundo y si el daño se ha causado en el curso y desarrollo de la actividad encomendada por el primero al segundo o con ocasión de ella:

- a) Se entiende que hay control si el principal tiene la última palabra en todo lo relativo al modo de llevar a cabo la actividad de que se trata.
- b) Para determinar si los daños han sido causados en el curso o con ocasión de la actividad encomendada (*scope of employment*), se tienen en cuenta:
 - La naturaleza de la conducta dañina, es decir, su grado de coincidencia o similitud con la naturaleza y características de la actividad encomendada.
 - Su previsibilidad, en caso de dolo.
 - Su ocurrencia en coordenadas espaciotemporales más o menos próximas a aquéllas en las que debe tener lugar la actividad encomendada.

El primer requisito (control) permite distinguir los supuestos de responsabilidad vicaria del principal de aquéllos en los cuales el causante del daño responde porque ha actuado por cuenta e interés propios. El segundo (*scope of employment*) lleva a imputar o poner a cargo del principal únicamente los daños causados en el desarrollo de las actividades que ha encomendado al agente, pero no cualesquiera daños en cuya causación haya intervenido este último.

La regla de responsabilidad por el hecho de otro se explica muy bien cuando el vínculo que une al responsable con el causante de los daños puede caracterizarse como una relación de

agencia, es decir, cuando responde el principal por lo hecho por su agente; así, un empresario por los daños causados por sus empleados o una Administración pública por los ocasionados por sus funcionarios, pues obedece a la necesidad de ofrecer a las víctimas potenciales de daños una protección eficaz en supuestos en que la insolvencia del agente causante de daños podría poner en peligro tanto la prevención de accidentes como su reparación, así como a la conveniencia de hacer responder a aquélla de las partes de la relación, normalmente el principal, que puede gestionar la información relevante a menor coste.

1.3. Fundamento de la responsabilidad vicaria

En los análisis doctrinales más conocidos (véase por todos DOBBS (2000) § 334, pág. 908), se ha justificado la responsabilidad vicaria en que:

- Permite encontrar a alguien solvente como responsable (*deep pocket approach*).
- Ante la alternativa de que una persona inocente –el empresario o la víctima– haya de soportar la pérdida, se prefiere que sea el empresario quien lo haga.
- El empresario se beneficia del trabajo de su empleado.
- La responsabilidad de empresa es eficiente.
- Lleva a contratar un seguro de responsabilidad civil a quien está en mejor condición de hacerlo.
- Los empleados son frecuentemente insolventes.
- Los riesgos característicos o propios de una empresa deben formar parte de sus propios costes, pues aquélla es quien mejor los internaliza, al realizarse de modo organizado y sistemático una actividad; a diferencia de lo que acontece con los riesgos generados al azar por actos ocasionales de individuos, en los que la responsabilidad se fundamenta en la negligencia.

En *Law & Economics*, el desarrollo clásico del fundamento analítico de la *Respondeat Superior* se encuentra en varios trabajos de Alan O. SYKES (1984, 1988, 1998) y Richard A. EPSTEIN (2000) que resumimos a continuación.

Supongamos un mundo imaginario, u_0 , en el que, como sucede en el nuestro, u_1 , los trabajadores o empleados de empresas privadas y funcionarios al servicio de administraciones públicas pueden causar daños a terceros en el curso de su actividad profesional, pero en el que además y a diferencia de lo que suele ocurrir en u_1 :

1. La víctima del daño puede identificar muy fácilmente al trabajador –o al empleado o funcionario público– que lo causó.

2. Los costes de contratación entre empresario y trabajador son bajos y, en particular, la ley permite que ambos puedan pactar libremente la asunción –por el uno o por el otro- y, consiguientemente, la exoneración –del otro o del uno- de toda posible responsabilidad por daños causados a terceros.
3. El empleado es neutral al riesgo –esto es, la utilidad esperada de su riqueza es la de su valor esperado- e ilimitadamente solvente –es decir, puede costear la reparación de cualesquiera daños que, en el desarrollo de su actividad profesional cause a terceros-.

En estas contrafácticas circunstancias, la regla de responsabilidad del empresario por los daños causados por sus empleados sería absolutamente innecesaria, pues bastaría con la regla general de responsabilidad por actos u omisiones propios y la libertad contractual de asumir responsabilidad por el hecho ajeno, pues, en ausencia de costes de transacción, la asignación legal de los recursos y de la responsabilidad por su uso es irrelevante según mostró Ronald Coase: si empresario y trabajador pactaron que éste habría de responder, el empleado pediría mayor sueldo por ello, pero si el pacto previó que el empresario asumiría la responsabilidad contraída por el trabajador, éste obtendrá menor sueldo de aquél. En ambos casos, la diferencia en más o en menos vendría a equivaler a los costes de la prima del correspondiente seguro de daños que contratarían, respectivamente, trabajador o empresario.

Sin embargo, el modelo anterior es, como decimos, contrafáctico, pues niega las realidades económicas de u_1 caracterizadas por la división del trabajo, la ignorancia racional y la confianza o, lo que es lo mismo, por el desarrollo continuado de los conocimientos científicos y tecnológicos y la consiguiente especialización:

1. La víctima no podrá identificar fácilmente al empleado causante directo del daño o, mejor dicho, lo normal será que le resulte más sencillo identificar a la empresa que al trabajador de la misma causante directo del daño. En ausencia de una regla de responsabilidad por el hecho de otro, el empresario podrá esconderse detrás de su anónimo empleado.
2. Los costes de transacción entre empresarios no suelen ser bajos, como tampoco lo son los de contratación de un seguro. Los primeros casi nunca lo son, pues las partes no suelen disponer de la misma información y cada una está expuesta a conductas oportunistas de la otra. La asimetría informativa y la exigencia de salvaguardias que aseguren el cumplimiento encarecen el proceso contractual.
3. Normalmente, el trabajador no será ilimitadamente solvente o no estará asegurado y no podrá afrontar todas las indemnizaciones debidas por los daños que cause. Pero si los trabajadores carecen de recursos suficientes para pagar una indemnización equivalente a los daños causados, tampoco tendrán incentivos para adoptar un nivel

óptimo de precauciones, sino otro inferior que estará precisamente en función del grado de limitación de su solvencia económica. Como no habrán de responder por todos los daños causados –carecen por hipótesis de recursos para ello- sus demandas salariales no reflejarán el importe de aquéllos, por lo que tampoco los empresarios serán racionalmente incentivados a adoptar las precauciones o las medidas de control óptimas. Por último, los empresarios se guardarán muy mucho de asumir las deudas de responsabilidad civil de sus empleados y tenderán a contratar empleados máximamente insolventes –y lo que es aún peor: con elevado grado de propensión al riesgo- para la realización de las tareas más peligrosas para terceros. La ausencia de una regla de responsabilidad vicaria supondría la desestimación del coste social de las actividades realizadas por delegación. En efecto, la regla hace recaer los costes del control, de la coordinación y del aseguramiento de esas actividades sobre quien percibirá los beneficios de su realización en vez de hacerlo sobre terceros, las víctimas. En ausencia de una regla de responsabilidad vicaria, la víctima resultaría infracompensada y el precio de las actividades potencialmente dañinas para ella no reflejaría todos los costes derivados de su realización y, naturalmente, como el principal no habría de responder por los daños de sus empleados tampoco contrataría jamás los seguros que podrían cubrir estas contingencias.

La responsabilidad vicaria o por hecho ajeno es una respuesta legal eficiente a los problemas planteados por las situaciones en que el causante potencial del daño desarrolla su actividad por cuenta de su principal, que será declarado directamente responsable. Éste, ante la tesitura de tener que responder por los daños de sus empleados, alineará las medidas de control sobre el trabajo de aquéllos con el grado razonable de precauciones exigibles y recurrirá a su experiencia profesional para hacerlo así. La responsabilidad vicaria se construye, de este modo, a partir de las inversiones en diligencia de principal y agente y obliga a ambos a coordinar sus actividades y observar los respectivos deberes de precaución.

Obsérvese, con todo, que el buen funcionamiento de la regla de responsabilidad vicaria presupone que el empresario está, efectivamente, mejor situado que los trabajadores para soportar y controlar los riesgos asociados a la actividad de estos últimos –o, en definitiva y como enseguida veremos, que está en mejores condiciones para controlar el funcionamiento de su propia empresa-. Ello requiere que el empresario, como *superior risk bearer*, pueda efectivamente *observar las precauciones* adoptadas por sus empleados en el desarrollo de su actividad y tomar, a su vez, las medidas de control *-ex ante* o *ex post*-conducentes a la actuación diligente de sus trabajadores.

En particular, el empresario deberá estar en condiciones de:

- a) Ajustar con sus trabajadores un salario que tenga en cuenta el riesgo histórico o previsiblemente asociado al desarrollo de la actividad profesional de cada grupo de estos últimos o, incluso, de cada uno de ellos individualmente considerado. En la misma línea actúan las cláusulas contractuales que asocian *incrementos o reducciones de salario* al historial profesional del empleado o, en el límite, la *extinción de la relación laboral o profesional*. Finalmente, la disponibilidad de una *acción de regreso o de repetición* contra el trabajador por el importe de las indemnizaciones pagadas por el empresario cumple idéntica función: en la relación interna entre empresario y trabajador, ambas medidas parecen intercambiables, pero, en la práctica, estamos ante instrumentos cuyo uso estará en función del coste real de su aplicación efectiva y, con frecuencia, las medidas salariales o las que inciden en la vigencia de la relación laboral serán más baratas de prever y de aplicar que las acciones individuales de regreso, que son de necesario ejercicio judicial, caso por caso. Además, es poco plausible creer que un empresario mantendrá intacta la relación laboral, pero que, al mismo tiempo, pleiteará civil y tranquilamente con su trabajador por hechos ocurridos precisamente en el marco de la relación laboral o con ocasión de ella.
- b) Orientar sus inversiones en equipo y capital de tal forma que el entorno de la actividad de su empleado minimice razonablemente los riesgos de daño a terceros: del mismo modo que el empresario puede tratar de hacer depender el salario de sus conductores del historial de cada uno de ellos, puede dotar a sus vehículos de los dispositivos de seguridad más razonables para evitar o minimizar los daños que pudieran producir. Obsérvese que ello implica que gran parte de los supuestos de responsabilidad vicaria sean casos de precaución conjunta (*joint care*).
- c) Adoptar las reglas de organización interna que contribuyan más razonablemente a la reducción de los costes de los accidentes. El empresario deberá impartir a sus empleados aquellas instrucciones que persigan, a un tiempo, la maximización de sus beneficios a largo plazo y la internalización de los costes externos de su actividad. De nuevo está claro que la responsabilidad vicaria implica en la práctica responsabilidad por precaución conjunta, es decir y al menos en parte, por hecho propio. Sobre ello habremos de volver.

La realidad de las sociedades de nuestra cultura refleja con bastante fidelidad estas condiciones: en u₁ los empresarios son más solventes y propensos al riesgo que sus trabajadores y están en mejores condiciones que éstos para organizar y controlar sus empresas y a quienes trabajan en ellas. De hecho cuando ello no sucede así, o bien la empresa acaba por cerrar y el empresario se retira, o pasa a ser un empleado más por cuenta ajena, o bien el trabajador deviene empresario. Si no fuera así, resultaría difícil explicar por qué hay empresarios y trabajadores.

2. La responsabilidad vicaria y los costes de agencia

Las condiciones a), b) y c) a las que acabamos de referirnos en el apartado anterior muestran claramente que, desde el punto de vista de la empresa, la responsabilidad vicaria es una herramienta pero sólo una más de entre las utilizables para abordar el problema de los *costes de agencia*. En una relación de agencia, el principal se beneficia de la actividad que desarrolla otra persona, su agente (véase generalmente, Eric A. POSNER (2000). También Bernard SALANIÉ (1997)). El problema económico básico de las relaciones de agencia consiste en alinear de la mejor manera posible los intereses del principal –que pretende maximizar los beneficios resultantes de la actividad de su agente- con los de éste –que quiere maximizar los de su propia actividad.

Entonces, el problema jurídico fundamental de las relaciones de agencia consiste en diseñar las reglas contractuales y legales de la relación entre principal y agente que mejor incentiven a una y a otra parte a alinear eficientemente sus intereses respectivos.

En u_1 , las reglas legales y contractuales en cuestión abordan simultáneamente varios problemas o costes de agencia y se dirigen a reducir las desviaciones del comportamiento del agente respecto de aquella conducta que mejor sirve a los intereses del principal:

- Los costes de **supervisión**, que recaen sobre el principal y cuya misión es asegurar que el agente actuará conforme a lo previsto. El principal puede observar y controlar el comportamiento del agente, pero sólo puede hacerlo dentro de unos límites y no, desde luego, hasta el punto en que le saldría más a cuenta realizar por sí mismo la actividad encomendada a su agente.
- Los costes de **garantía**, exigidos por el principal y cuya función es sufragar los gastos de la confianza que el primero ha de depositar en el segundo. El agente puede esforzarse más o menos en el desarrollo de su actividad, es decir, puede trabajar más o menos y puede hacerlo mejor o peor, esto es, su actividad está sujeta a un grado más o menos elevado de riesgo moral (*moral hazard*).
- Una cierta **pérdida residual**, consecuencia de que, incluso en los niveles óptimos de supervisión y garantía, suele ser preferible que persista cierta desviación en la conducta del agente respecto a la que sería óptima. El control total supone costes infinitos.

Además, el resultado de la actividad del agente no depende exclusivamente de la cantidad y calidad del esfuerzo que despliegue en su desarrollo: la actividad de terceros o el azar desempeñan un papel y el agente es más averso al riesgo que su principal.

Así las cosas, el agente tendería a querer un contrato en el que su retribución fuera independiente de los resultados de su gestión –por ej., uno tal que la retribución se estableciera en función de las horas trabajadas-, mientras que el principal querría un contrato de agencia según el cual el agente cobrara sólo en función de los resultados obtenidos con la gestión. Ni una ni otra solución suelen ser razonables: la primera porque conlleva una dosis elevada de *riesgo moral* para el agente, potencialmente letal para el principal, y la segunda porque penaliza al agente diligente en los casos en los que se malogran los resultados de su gestión por razones ajenas a la gestión misma y, además, porque favorece comportamientos muy agresivos y fijados en el corto plazo del propio agente en detrimento del beneficio a largo plazo del principal. Por ello, en la práctica real, los contratos de agencia y las reglas legales –imperativas (*mandatory rules*) y dispositivas (*default rules*) aplicables a ellos suelen situarse entre ambos extremos, son *mixed contracts*: incentivan al agente a actuar con esfuerzo y le aseguran, parcialmente, contra el riesgo de unos malos resultados de su gestión pese a la diligencia empleada en ella.

Las reglas de la responsabilidad vicaria son de dos tipos: unas –las que regulan la *relación externa* entre el principal y agente del daño, por un lado, y la víctima del daño, por el otro- pueden establecer que la víctima demande directamente al principal o a éste y al agente simultánea y solidariamente, etc.; otras –las que regulan la *relación interna* entre principal y agente- abordan directamente el problema de los costes de agencia: las dificultades de control del principal, el riesgo moral y aversión al riesgo del agente, la forma de pago del salario y las condiciones del trabajo, etc. Conforme a lo señalado hasta aquí, la regla básica de la relación externa debe prever la posibilidad de que la víctima reclame directamente al principal por el daño causado por la conducta negligente del agente. Sobre ello volveremos en el apartado siguiente de este trabajo. Baste aquí con indicar que la regulación legal de la responsabilidad vicaria o por el hecho de otro no puede analizarse con independencia del marco general de la regulación contractual y, en su caso, legal aplicable a la relación de agencia.

3. El paradigma de la responsabilidad vicaria en el derecho español: la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

En el derecho español, el paradigma de la responsabilidad vicaria o por hecho ajeno en el marco de las relaciones de agencia es la responsabilidad de las Administraciones Públicas por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, es decir, por las acciones y omisiones de los funcionarios y empleados de la Administración en la prestación de los servicios públicos. Así, según el art. 139 Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (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 **relación externa**, la responsabilidad del principal, es decir, de la Administración, se define por ser:

- a) **Directa:** la Administración responde en primer lugar, es decir, no lo hace subsidiariamente. Así lo prevé el artículo 145 de la LRJPAC:

1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, (la del artículo 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. (...)

Sin embargo, el art. 121 CP establece la responsabilidad subsidiaria de la Administración en los casos de delitos cometidos por funcionarios:

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) **Objetiva:** la responsabilidad de la Administración es independiente de las precauciones asumidas por ella en la organización y prestación del servicio donde se han originado los daños.

Desde 1954, con la promulgación de la Ley de Expropiación Forzosa, la doctrina administrativista y los tribunales españoles han sostenido que la responsabilidad objetiva lo es por mera causación (*cause in fact*) de daños y, al menos formalmente, no han tenido en cuenta la imputación y la culpa objetivas (*proximate causation*). Desde hace algunos años, esta formulación de la regla de la responsabilidad objetiva está en crisis y hoy es frecuente admitir que culpa e imputación objetiva

contribuyen claramente a delimitar la responsabilidad de las Administraciones Públicas (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 activamente para reclamar deberá dirigir su acción contra la Administración, pero, desde 1999, ya no puede hacerlo contra el funcionario que causó directamente el daño. Así lo disponen el ya transcrito art. 145 LRJPAC y, para los supuestos en que el daño lo sea como consecuencia de un hecho tipificado como delito o falta, el artículo 146.2 LRJPAC, ambos modificados por la Ley 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.

Como excepción, escribe recientemente ESPINOSA DE LOS MONTEROS Y HERRERO DE EGAÑA (2002), pág. 1394, “se mantiene la acción directa del perjudicado ... cuando se trate de responsabilidad civil derivada de delito”, art. 146.1 LRJPAC. Sin embargo, continúa el autor mencionado, la Ley desincentiva el ejercicio de la acción 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...*” Claramente se trata de evitar que el funcionario directamente causante del daño sea afectado por incentivos que no provengan de la propia Administración.

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas también es exclusiva en los Estados Unidos de América: desde la *Federal Employees Liability Reform and Tort Compensation Act* de 18 de noviembre de 1988 (Public Law 100-694), las víctimas de daños causados por funcionarios federales en el ejercicio de sus funciones sólo pueden dirigirse contra el Estado (28 USC Sec. 2679 b), y únicamente podrán hacerlo contra sus empleados en los casos de violación de la Constitución o de una Ley que prevea específicamente ese remedio. Así, los empleados federales no responden personalmente de los daños causados en el ejercicio de sus funciones y el Estado no tiene acción de regreso contra ellos.

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.*

En Alemania, el art. 34.2 de la Ley Fundamental de Bonn limita legalmente la posibilidad de establecer una acción de regreso a los casos de dolo (*Vorsatz*) y culpa grave (*grober Fahrlässigkeit*) y, en ese sentido, véase el § 46 de la ley marco del derecho de funcionarios (*Beamtenrechtsrahmengesetz*); véase OSSENBÜHL, *Staatshaftungsrecht* 5.Auflage, München Beck 1998. 2.VIII. pág. 118 y ss.

§ 46

(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 **relación interna** entre Administración y funcionario causante del daño, éste responderá siempre frente a aquélla si causó el daño intencionalmente –con dolo- o con culpa o negligencia graves. La acción de regreso de la Administración se caracteriza por dos rasgos singulares:

- a) Limitación de responsabilidad a los casos de **dolo o culpa grave** del funcionario: se excluye la negligencia simple.

El canon de diligencia establecido con carácter general por las leyes civiles es, en cambio, el de la negligencia simple. Si, como es común, se interpreta en términos económicos, este canon se infringe si el causante de daños no llevó su inversión en precauciones hasta el punto en que un euro adicional invertido en ellas evitaba justamente otro euro en costes de los accidentes. Si ello es así, es obvio que la regla administrativa infrapreviene daños cuando éstos son causados por funcionarios o empleados públicos: si ésta fuera la única regulación aplicable, los incentivos de la Administración (que son correctos) no estarían alineados con los de sus funcionarios (que resultan insuficientes).

- b) Exigencia **de oficio**: desde 1999, la Administración debe accionar de regreso contra el funcionario directamente causante del daño.

Con anterioridad a la Ley 4/1999, el artículo 145 de la LRJPAC permitía que la Administración optara por reclamar en vía de regreso al funcionario: “*podrá exigir*”, decía la Ley; ahora, en cambio, dice: “*La Administración ... exigirá de oficio*”. La desvinculación del perjudicado del funcionario que le dañó es total. Su posición, como dice Espinosa de los Monteros y Herrero de

Egaña, es la de un “tercero simple” que carece de la cualidad de parte; podrá denunciar los hechos, pero no podrá accionar contra el dañador directo (ESPINOSA DE LOS MONTEROS y HERRERO DE EGAÑA (2002), pág. 1392), como no sea en vía penal.

Naturalmente, la insuficiente prevención de daños que provocaría un régimen de responsabilidad personal limitado al dolo y a la culpa grave y que además margina a la víctima de su natural condición de parte en el pleito contra el funcionario que la perjudicó se compensa -en teoría- con otros instrumentos: la Administración dispone, entre otros, de los medios de control del comportamiento de sus funcionarios que le ofrece el régimen legal de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas respecto del personal a su servicio (Real Decreto 33/1986, de 10 de Enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, BOE 17.1.1986).

Sin embargo, el sistema legal descrito genera un obvio problema de agencia, pero esta vez, no entre la Administración, como principal, y el personal a su servicio, como agentes suyos, sino entre los ciudadanos, como principales que son de los cargos electos y funcionarios públicos que, respectivamente, les representan y sirven. En efecto, el sistema legal es casi totalmente hermético, pues el régimen de responsabilidad civil de los funcionarios ha ido siendo progresivamente aislado de los ciudadanos, quienes, como hemos dicho, pueden, a lo más, actuar como denunciadores, pero nunca accionar judicialmente contra los causantes directos del daño. Queda, ciertamente, una válvula de seguridad: la posibilidad de ejercitar la acción penal y, con ella, la consiguiente acción de responsabilidad civil derivada de delito, pero mírese como se mire, la responsabilidad penal es extraordinaria, no es -no debería ser- el primer recurso del sistema para tratar de prevenir y compensar daños personales y patrimoniales.

Se puede observar, con todo, que entre los ciudadanos y el colectivo de cargos y funcionarios que les prestan servicios está la Administración, que responde directa y objetivamente y que está legalmente obligada a accionar contra el funcionario que actuó dolosamente o con negligencia grave, así como a corregirle disciplinariamente, incluso por faltas leves.

El sistema legal de responsabilidad civil es legendariamente muy costoso de gestionar. Desde este punto de vista, llevar el sistema de incentivos desde los jueces a la organización administrativa del trabajo, de su remuneración y de la carrera funcional tiene pleno sentido. Más aún si, asumiendo que los funcionarios son aversos al riesgo y limitadamente solventes, es de esperar que prefieran mecanismos de control de las disfunciones del servicio que distribuyan sus costes a lo largo del tiempo, es decir, que permitan traducir la ejecutoria más o menos accidentada del trabajo cotidiano del funcionario de quien se trate en las vicisitudes de la carrera funcional y en el nivel de su retribución. De la misma manera que en el mundo de la empresa privada los mecanismos de control interno, salarial y, en el límite, disciplinarios que el empresario tiene a su disposición le permiten gestionar su empresa de mejor manera que lo haría si hubiera de recurrir a una acción judicial de responsabilidad civil por cada

accidente causado o cocausado por uno de sus trabajadores que diera lugar a responsabilidad civil, el sistema administrativo ahorra costes terciarios de gestión de los accidentes y de su reparación si recurre a los instrumentos que la legislación funcionarial pone a disposición de los gestores públicos.

Ahora bien, las empresas privadas generan los recursos que gastan o quiebran, pero las Administraciones Públicas no hacen ni una cosa ni la otra, pues gestionan recursos generados por terceros, los contribuyentes y, aunque materialmente pueden suspender pagos, jamás quiebran: a diferencia de las empresas, los países nunca cierran (aunque las culturas se extinguen). La idea entonces de que la propia Administración vela siempre y automáticamente por el interés del público, de la ciudadanía en general, y, específicamente, por la consecución de un nivel eficiente de precauciones en el actuar de sus servidores públicos incurre en la falacia del Nirvana, según la cual habría que suponer siempre y en todo caso el carácter benéfico y desinteresado de cualesquiera actuaciones de gestores, funcionarios y empleados públicos. Pero InDret no hace acepción de personas, sean éstas simples particulares o funcionarios públicos.

Además y como enseñó Guillermo de Ockham (1285-1347/49), *pluralitas non est ponenda sine necessitate* (*Plurality should not be assumed without necessity*) y, desde un punto de vista analítico, cabe hacer sendas concesiones a nominalistas y a individualistas metodológicos y preguntar: ¿Qué es la Administración, sino el conjunto organizado de sus gestores, cargos públicos, funcionarios y empleados, así como de los medios materiales puestos a su disposición? ¿Quién asegura que los agentes públicos gestionarán el servicio en beneficio de la colectividad? (*Quis custodiet ipsos Custodes*), es decir, ¿qué incentivos tendrá el funcionario para prevenir los daños ligados al servicio que gestiona si las consecuencias de su actuación no recaen sobre él sino sobre el erario público?

Si, por un momento, dejamos de lado el artificio jurídico de la Administración que se interpone entre el público y los servidores públicos, queda bien a las claras que la legislación vigente ha blindado a funcionarios y empleados públicos contra toda acción judicial no penal que pudiera pretender ejercitar un ciudadano: a éste sólo le queda la exigencia de responsabilidad política, mediante el ejercicio del derecho al voto, así como a otros medios de participación política y la solución extrema de la acción penal. En medio, el amplio territorio de la acción de responsabilidad civil y de la acción de responsabilidad patrimonial sólo puede dirigirse contra la Administración, contra una entelequia que enmascara la prosaica realidad de que los ciudadanos-víctimas de daños pueden reclamar una indemnización al erario público, es decir, a ciudadanos-contribuyentes. En medio, de nuevo, los cargos y funcionarios públicos gestionan internamente el sistema de reglas de la acción de regreso y de la potestad disciplinaria, pero, en la relación externa, el perjudicado, el ciudadano no tiene nada que decir, como no sea presentar una denuncia ante un funcionario. Desde un punto de vista exclusivamente legal, la conclusión es obvia: los guardianes no se custodian a sí mismos.

Dada entonces la excepcionalidad de la acción penal, el remedio genérico contra las posibles disfunciones del sistema legal de acciones judiciales de responsabilidad se encuentra mayormente en la acción política, que puede compensar las insuficiencias de la tutela judicial: la responsabilidad política de cargos electos y altos cargos permite soslayar el riesgo moral derivado de una posible colusión entre gestores y servidores de la cosa pública, entre políticos y funcionarios.

Queda a la investigación empírica mostrar si, dada la compensación que suponen el conjunto de controles administrativos internos y la responsabilidad política externa, el sistema vigente de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas infrapreviene accidentes o no, es decir, si un servicio público concreto prestado masivamente genera la misma siniestralidad que un servicio privado comparable: la experiencia en servicios públicos prestados tanto por organismos públicos como por entidades privadas (escuelas, hospitales, servicios de transporte) no parece mostrar diferencias significativas de siniestralidad.

En último término, el análisis del sistema de responsabilidad vicaria de las Administraciones Públicas muestra cómo los sistemas legales de responsabilidad, civil o penal, no son autocontenidos ni cabe analizarlos con provecho sin tener en cuenta que forman parte de sistemas más amplios que recurren a instrumentos de naturaleza legal, como el régimen disciplinario de la función pública, pero también extralegal, como lo es, primariamente, la responsabilidad 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 y 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 OSSENBÜHL, *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 y 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, págs. 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, págs. 673-677, voz “vicarious liability”.
- Harmut WICKE, *Respondeat Superior Haftung für Verrichtungsgehilfen im römischen, römisch-holländischen, englischen und südafrikanischen Recht*, Berlin, Duncker und Humblot, 2000.