

Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios *

Juan Luis de la Vallina Velarde
Catedrático de Derecho Administrativo

Sumario: I. DE LA IRRESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LA IRRESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO. La cobertura del daño por la Administración pública en la regulación vigente de la Ley 30/92, de 26 de noviembre. II. CARÁCTER DE LA NORMATIVA REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: TÍTULOS COMPETENCIALES DEL ESTADO RESPECTO A LOS CONTENIDOS DE LA LEY 30/92. III. RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A TERCEROS POR EL FUNCIONARIO. La línea divisoria entre la actuación del funcionario como tal y como persona privada: las *situaciones de riesgo* creadas por la Administración pública. La cuestión de la jurisdicción competente para conocer de las demandas de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Los supuestos de concurrencia de culpa de la Administración pública y de particulares. IV. RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL FUNCIONARIO: SU ADMISIÓN —NO QUERIDA— POR LA LEY 30/92. Normativa aplicable: alcance de la Ley de 5 de abril de 1904. Responsabilidad del funcionario derivada de delito o falta. Significación práctica de la vía de responsabilidad directa del funcionario frente a terceros. V. RESPONSABILIDAD INDIRECTA DEL FUNCIONARIO: LA ACCIÓN DE REGRESO COMO MECANISMO DE REINTEGRACIÓN: PRESUPUESTOS DE SU EJERCICIO. La discrecionalidad de las Administraciones públicas en la utilización de la acción de regreso: la conveniencia de su corrección. Los problemas de legitimación frente a la inhibición de la Administración pública en estos casos: la posible utilización de la acción vecinal sustitutoria en el ámbito local. Órganos competentes y plazo para el ejercicio de la acción de regreso. VI. RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO POR DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LA PROPIA ADMINISTRACIÓN. Vía penal y vía administrativa para exigir responsabilidad en estos supuestos. La responsabilidad *contable*: su regulación y diferencias de la responsabilidad ordinaria del funcionario. VII. RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO POR VÍA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO: SU CARÁCTER PURAMENTE NOMINAL.

I. DE LA IRRESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LA IRRESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO

En el ordenamiento jurídico español *la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas* se encuentra regulada en el Capítulo II, del Título X, de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régi-

* Ponencia III Coloquio Hispano-Luso de Derecho administrativo (Valladolid, octubre 1997).

men Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC, en adelante), desarrollado por el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad patrimonial aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Esta regulación debe estimarse como una etapa más dentro de un proceso que en materia de responsabilidad de las Administraciones públicas viene enmarcado por su carácter pendular. Punto de partida, dentro del Estado de Derecho, es el principio de irresponsabilidad de la Administración pública de conformidad a la regla clásica del Derecho anglosajón: *the king can do not wrong*, de plena aplicación a todo el mundo occidental¹; momento en que la única vía de que disponían los particulares por los daños causados por la actividad administrativa era dirigirse contra los funcionarios², haciéndoles responsables con arreglo a las normas de Derecho civil.

Este principio de irresponsabilidad de la Administración pública llegó a presentar tal arraigo en nuestro Derecho que forzó la interpretación de los preceptos del Código civil (arts. 1902 y ss.), entendiendo la jurisprudencia que conforme al artículo 1903, párrafo quinto (en su primitiva redacción), la Administración pública sólo sería responsable cuando actuase por medio de *agente especial*, pero no cuando lo hiciera por sus autoridades y funcionarios —supuesto de actuación normal de la Administración pública—, en cuyo caso responderían éstos personalmente³.

Por otra parte, la responsabilidad personal de autoridades y funcionarios presentaba fuertes restricciones, fundamentalmente de orden procesal a través de normas cautelares, tal como se refleja en la Ley de 5 de abril de 1904 con la exigencia de *previa reclamación*, cargada de requisitos en virtud de lo establecido por el Reglamento de 23 de septiembre de 1904, que dejó prácticamente

¹ Vid. por todos E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo II*, 4.ª ed. (Madrid, 1993), págs. 357 y ss.

² A efectos del régimen de responsabilidad el término funcionario no debe entenderse en sentido técnico formal determinado por la legislación funcionarial, sino en un sentido amplio comprendiendo todo supuesto de ejercicio de funciones públicas, alcanzando a autoridades, funcionarios *stricto sensu*, empleados y contratados, en sentido análogo a como se conceptúa en el artículo 24 del Código penal (art. 119 del anterior Código penal). En este concepto se utiliza en adelante el término. Queda excluido del concepto, a estos efectos, la actuación de contratistas y concesionarios cuya responsabilidad se regula por normas especiales, al margen de la Ley 30/92 (Leyes de Expropiación forzosa y de Contratos de las Administraciones públicas y sus reglamentos).

³ Sobre la forzada interpretación de los arts. 1902 y 1903 del Código civil, *cfr.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa* (Madrid, 1984, Reimp.), págs. 146-151. Sobre la interpretación jurisprudencial de dichos artículos del Código civil y el sentido que en la actualidad debe dárseles, *vid.* la Sentencia de la Sala 1.ª del TS de 24 de junio de 1997.

anulada la finalidad de la ley, tal como reconoció su inspirador desde el Gobierno D. Antonio Maura ⁴.

Del sistema de responsabilidad que queda indicado se ha pasado en la legislación vigente a la situación opuesta, al consagrar el principio de responsabilidad *objetiva* que hace que en la práctica tan sólo responda la Administración pública frente al particular perjudicado, con lo que la responsabilidad del funcionario puede considerarse inexistente, al menos *de facto*. En virtud de la cobertura del daño por parte de la Administración pública se ha producido una total transferencia de la responsabilidad desde el funcionario, autor de la actuación lesiva, a la Administración pública.

Etapa intermedia en este proceso puede considerarse la que es propia de la doctrina y jurisprudencia francesa distinguiendo entre falta *personal* y falta de *servicio*, para en este último supuesto dar entrada a la responsabilidad de la Administración pública, así como el sistema del *acusado nombrado (dummy)* propio del Derecho inglés, antes de la *Crown Proceedings Act* de 1947, para admitir la indemnización por parte de la Administración pública de los daños que no sean susceptibles de ser atribuidos a la actuación de un funcionario concreto (*daños anónimos*) y que de no acudir a esta ficción quedarían sin reparación ⁵. Fórmulas intermedias ⁶ que, en alguna medida, tuvieron su reflejo en nuestro Derecho en el ordenamiento local al distinguir entre responsabilidad subsidiaria y directa de la Entidad local, según exista o no culpa o negligencia grave de autoridades y funcionarios (arts. 406 y 409 de la Ley de Régimen local de 1950-1955) ⁷.

⁴ Cfr. A. GUAITA, «El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios administrativos» en *Anuario de Derecho civil*, enero-marzo, 1953, págs. 94 y ss.

⁵ Sobre la evolución de la responsabilidad de la Corona y sus Ministros en el Reino Unido, *vid.* I. DEL GUAYO CASTELLA, *Judicial review y justicia cautelar* (Madrid, 1997), especialmente págs. 114 y ss.

⁶ Asimismo, en cierto sentido, la doctrina alemana del fisco puede considerarse como etapa intermedia o de transición, hacia el actual sistema de responsabilidad de la Administración pública; así la califica F. GARRIDO FALLA, «Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa» en *Rev. Española de Derecho administrativo*, n.º 94, pág. 174.

⁷ Esta regulación encuentra su antecedente en la legislación de la II República: Base XXV de la Ley de 10 de julio de 1935 y arts. 209 y ss. de la Ley municipal de 31 de octubre de 1935. Con anterioridad en el ámbito de la Administración local tan sólo se admitía la responsabilidad *personal* de autoridades y funcionarios, reconocida por el Estatuto municipal de 1924 (art. 258) y Estatuto provincial de 1925 (art. 175), a través de los trámites de la Ley de 5 de abril de 1904. Quien quedaba al margen de responsabilidad era la Entidad, como, claramente, establecía el Estatuto provincial: «Cuando las Diputaciones o Comisiones provinciales incurran en responsabilidad se deberá exigir a los diputados a quienes sean imputables, por acción o por omisión, la infracción legal, la lesión de derecho o cualquier otra culpa o negligencia, sin que en caso alguno alcancen las aludidas responsabilidades a la provincia ni a los establecimientos que dependen de ella» (art. 175, párrafo segundo).

La situación vigente en nuestro Derecho hay que valorarla positivamente desde el punto de vista de las garantías del ciudadano frente a la actuación administrativa pero, sin embargo, —se puede ya adelantar— no resulta satisfactoria, presentando aspectos críticos, desde la perspectiva del interés general que debe presidir la correcta actuación de las Administraciones públicas, plenamente sometida a la ley y al Derecho, tal como establece nuestra Constitución (art. 103.1). Son ambas vertientes —la resarcitoria frente al particular lesionado y la de asegurar una actuación administrativa correcta que permita poner de manifiesto, en su caso, al autor causante del daño y que contribuya a evitar la repetición de actuaciones análogas— las que deben de estar presentes de forma equilibrada y ponderada en la regulación de la institución⁸. Equilibrio que no se da en la regulación vigente, ya que la debida garantía de los derechos e intereses del ciudadano no debe ser obstáculo a las exigencias debidas a la conducta de autoridades y funcionarios y a la consiguiente responsabilidad en su caso. Como dicen GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO⁹: «Si incuestionable es el derecho de todo ciudadano a obtener plena reparación del daño sufrido como consecuencia de los servicios públicos, no menos lo es el derecho de todos a no soportar los gastos ocasionados por la soberbia, obcecación, cuando no negligencia y falta de preparación de los rectores de las Administraciones públicas».

Ante esta situación más que de responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios podemos hablar de *irresponsabilidad* o impunidad, pues si bien es cierto que en un plano jurídico-formal existe una normativa administrativa reguladora de la responsabilidad civil del personal al servicio de las Administraciones públicas, en la realidad resulta puramente nominal, ya que su aplicación es prácticamente nula. Se puede decir que de hecho tan sólo nos encontramos con supuestos de responsabilidad patrimonial del personal al servicio de las Administraciones públicas por vía de ilícito penal, cuando la condena conlleva la reparación de los daños y perjuicios causados, o en casos de responsabilidad *contable* exigida ante el Tribunal de Cuentas.

Por todo ello, sería de desear que la actual regulación de la Ley 30/92 en este punto sea sólo una etapa breve, pues es evidente que no resulta satisfactoria desde el punto de vista del interés general. Puede afirmarse que también en orden a la responsabilidad de autoridades y funcionarios la LRJPAC luce, una

⁸ Acerca de las diversas vertientes del instituto jurídico de la responsabilidad de la Administración pública y cómo no debe fundamentarse en la estricta garantía de los derechos individuales, sino que debe responder también a los postulados que presiden la posición constitucional de la Administración pública, *vid.* L. MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España: estado de la cuestión, balance y reflexión crítica» en *Documentación Administrativa* n.ºs 237-238, pág. 25.

⁹ J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento Administrativo Común II*, (Madrid, 1997), pág. 2.144.

vez más, las graves deficiencias que en general la caracterizan y que han sido severamente denunciadas por la doctrina, hasta el punto de poder decir LÓPEZ RODÓ «que no recuerdo ninguna ley que haya tenido peor acogida que la malhadada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común»¹⁰.

II. CARÁCTER DE LA NORMATIVA REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: TÍTULOS COMPETENCIALES DEL ESTADO RESPECTO A LOS CONTENIDOS DE LA LEY 30/92

La LRJPAC, donde se contiene la regulación de la responsabilidad de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, es una ley básica con el sentido y alcance que presenta este tipo de normas en el Estado autonómico español¹¹. Quiere ello decir que se trata de una normativa dictada por el Estado en virtud de su competencia, como en este caso le atribuye el artículo 149.1.18 de la Constitución y de general aplicación a todas las Administraciones públicas. Nos encontramos, por consiguiente, con un producto normativo expresión de la competencia del Estado en un ámbito compartido con las Comunidades Autónomas, que viene a establecer los principios o criterios generales que en desarrollo de la Constitución han de presidir la regulación de la materia y que ha de ser común a todo el Estado, así como precisar los límites dentro de los que ha de desenvolverse la potestad normativa autonómica (*bases más desarrollo*). Este carácter básico de la Ley resulta indudable y así lo explicita su Exposición de Motivos, aunque ningún precepto concreto lo determine, como en principio viene exigido por el Tribunal Constitucional (Sentencia 69/88, de 19 de abril)¹².

Ahora bien, respecto a la regulación de la responsabilidad de las Administraciones públicas, su aplicación general y uniforme a todas ellas —reconocida expresamente en el artículo 142.2— no obedece al carácter básico de la Ley 30/92, ya que la regulación del régimen de responsabilidad es una «normativa

¹⁰ L. LÓPEZ RODÓ, «Un refrito jurídico» en ABC del 20 de septiembre de 1993. Una versión de las críticas a la Ley puede verse en R. PARADA, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común* (Madrid, 1993), págs. 10 y ss.

¹¹ El concepto de norma básica constituye una de las categorías jurídicas más delicadas por su imprecisión y dificultad de determinación práctica, sobre cuya configuración el Tribunal Constitucional ha tenido que formular más pronunciamientos a partir de su Sentencia de 28 de julio de 1981, sin que pueda afirmarse que haya llegado a una formulación definitiva ya que resulta «imposible de definición precisa y apriorística» (Sentencia TC 40/81, de 28 de julio).

¹² Cfr. F. GARRIDO FALLA y J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas. (Un estudio de la Ley 30/92)*, 2.ª ed. (Madrid, 1995), págs. 55 y ss.

plena y exclusiva del Estado», no compartida con las Comunidades Autónomas, sino que responde a otro título competencial también establecido en el artículo 149.1.18 de la Constitución, al atribuir al Estado competencia exclusiva sobre «el sistema de responsabilidad *de todas* las Administraciones públicas»¹³.

Es de indicar que esta regulación general y uniforme del sistema de responsabilidad para todas las Administraciones públicas no es algo novedoso en nuestro ordenamiento jurídico, ya que tuvo su implantación preconstitucional con la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. Esta Ley, que introduce en nuestro Derecho el criterio de responsabilidad objetiva de la Administración pública, presenta un carácter de normación horizontal aplicable a todas las esferas de la Administración pública, aunque ciertamente la del Estado va a presentar alguna peculiaridad en esta materia como consecuencia de la posterior Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 (arts. 40 y ss.)¹⁴.

III. RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A TERCEROS POR EL FUNCIONARIO

Partiendo del sistema de responsabilidad *objetiva* de la Administración pública introducido en nuestro Derecho por la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, consagrado por la Constitución de 1978 (art. 106.2) y desarrollado por la Ley vigente 30/92, de 26 de noviembre, esta última establece en su artículo 145.1 la responsabilidad *directa* de las Administraciones públicas por los «daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio». Por consiguiente, siempre que se den los requisitos del daño —que con carácter general establece el artículo 139.2 de la LRJPAC— o los elementos constitutivos de la responsabilidad, en expresión de la Sentencia de la Sala 3.^a del TS de 7 de julio de 1997, el perjudicado podrá dirigir su reclamación contra la Administración pública, al margen de que pueda existir una actuación irregular, dolosa o culpable del funcionario («funcionamiento anormal de los servicios públicos»), tramitándose de conformidad a lo dispuesto en los artículos 6 y siguientes del RD 429/93, de 26 de marzo. Se consagra así, externamente, el principio

¹³ Sobre los títulos constitucionales de la competencia estatal para regular las distintas materias contenidas en la Ley 30/92, *vid.* R. PARADA, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas...*, *op. cit.*, págs. 45 y ss.

¹⁴ Las peculiaridades que en materia de responsabilidad establece la Ley de Régimen Jurídico de 1957 para la Administración del Estado fueron con posterioridad aplicadas a otras Administraciones públicas a través de técnicas diversas, tal como sucedió con la Administración local en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, en un último momento.

de solidaridad de la Administración pública respecto al titular de la organización administrativa responsable.

En principio, —y sin perjuicio de lo que más adelante se indicará— la intención del legislador de 1992 es que el particular lesionado ¹⁵ por la actuación de la Administración pública se dirija necesariamente contra ésta, sin posibilidad de hacerlo contra la autoridad o funcionario causante del daño. Con ello se quiere modificar la situación legal anterior en la que por el juego de los artículos 42 y 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 el particular podía optar por dirigir su acción contra la Administración pública o frente al funcionario. Artículos 42 y 43 de la Ley de 1957 que se encuentran expresamente derogados por la LRJPAC (Disposición Adicional Segunda) ¹⁶.

La atribución de responsabilidad directa a la Administración pública por los daños causados por el funcionario hay que entenderla referida a la actuación de éste como propia del funcionamiento de los servicios públicos, utilizando la expresión de la Constitución (art. 106.2) y de la LRJPAC (art. 139.1). Quedan al margen, lógicamente, las actuaciones estrictamente personales del funcionario, desconectadas de la idea de servicio («con desconexión total del servicio» decía el Consejo de Estado en su dictamen de 11 de abril de 1962), a las que no puede alcanzar la cobertura de la Administración pública.

Evidentemente, no toda actuación lesiva de las autoridades y agentes al servicio de las Administraciones públicas debe llevar consigo la responsabilidad para éstas. La Administración deberá responder cuando la conducta del funcionario productora del evento dañoso sea manifestación del desempeño o ejercicio del cargo, del «giro o tráfico» propio de la Administración pública en expresión de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1972. Esta imputación a la Administración pública de la actuación de sus funcionarios puede resultar de diversos títulos ¹⁷, encontrándonos junto a supuestos claros y bien definidos con casos en que no resulta precisa la línea divisoria entre la ac-

¹⁵ Si bien existe una tradición normativa muy consolidada que utiliza la expresión *los particulares* —tal como dice la Sentencia del TS de 24 de febrero de 1994— (así, arts. 40 y ss. Ley de Régimen Jurídico de 1957, art. 121 LEF y la propia Ley 30/92), el término hay que entenderlo en sentido amplio comprendiendo tanto al ciudadano, como incluso al funcionario (como así lo entiende el TS —Sala 3.ª— Sentencia 10 de junio de 1997) y a todo tipo de entidad pública o privada (STS —Sala 3.ª— 14 de octubre de 1994).

¹⁶ El Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa de 26 de abril de 1957 (art. 135.2) expresamente señalaba que «los particulares lesionados podrán exigir la responsabilidad solidariamente de la Administración y de los funcionarios, regulándose esta última por la Ley de 5 de abril de 1904 y demás disposiciones aplicables».

¹⁷ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 387.

tuación del funcionario en su condición de tal o de simple persona privada desprovista de toda cualificación pública. Ello tiene lugar especialmente en las *situaciones de riesgo creado por la Administración* que están planteando una cuestión de hecho de difícil solución teórica apriorística, como ya apuntaba GARCÍA DE ENTERRÍA en 1954¹⁸. Así sucede en los supuestos de actuación del personal de la policía de seguridad, como la jurisprudencia acredita. En este tipo de actuaciones administrativas, partiendo del criterio de *servicio permanente o dedicación profesional* del que surge el deber de «intervenir siempre ... se hallaren o no de servicio, en defensa de la ley y de la seguridad ciudadana» (art. 5.4 de la Ley orgánica 2/86, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad)¹⁹, se plantean casos problemáticos de imputación a la Administración pública²⁰, dando lugar a una casuística jurisprudencial muy debatida y con clara tendencia, en estos momentos, a la ampliación de la cobertura de los daños por las Administraciones públicas.

Para la LRJPAC el conocimiento de la acción de responsabilidad directa contra la Administración pública corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo en todos los casos, independientemente de que se trate de actuación pública o privada. La reclamación del perjudicado da lugar al consiguiente procedimiento administrativo (arts. 4 y ss. del RD 429/1993) y su resolución pone fin a la vía administrativa, siendo susceptible únicamente de recurso contencioso-administrativo²¹.

Con anterioridad a la Ley 30/92 la determinación del orden jurisdiccional competente se presentaba como problemático. La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 había roto la unidad jurisdiccional o de fuero que perseguía establecer la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 primero, y más tarde la propia Ley jurisdiccional contencioso-administrativa de 1956 (art. 3.b)²².

¹⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva ley...*, op. cit., pág. 214.

¹⁹ Sobre el alcance y aplicación de dicha norma vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 234/91, de 10 de diciembre.

²⁰ Cfr. J. BARCELONA LLOP, «Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales», en *Documentación administrativa*, n.ºs 237-238, págs. 364 y ss.

²¹ Con ello, al mismo tiempo puede entenderse que se impide la acción *autónoma de responsabilidad*, que en base al art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado podía ejercitarse directamente ante la Jurisdicción, sin reclamación previa en vía administrativa.

²² Cfr. L. MARTÍN-RETORTILLO, «Responsabilidad patrimonial de la Administración y Jurisdicción» en *Rev. de administración Pública*, n.º 42, págs. 169 y ss. y M. F. CLAVERO ARÉVALO, «La quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad de la Administración» en *Rev. de Administración Pública*, n.º 66, págs. 87 y ss.

Aunque la nueva regulación en materia de responsabilidad de las Administraciones públicas, contenida en la Ley 30/92, no es clara y terminante en este punto, no dudo que su intención es atribuir a la Jurisdicción Contencioso-administrativa el conocimiento de las pretensiones de indemnización contra las Administraciones públicas, en todo supuesto. Así lo explicita el Reglamento de 26 de marzo de 1993, regulador de los Procedimientos en materia de Responsabilidad patrimonial, afirmando en su preámbulo que «la vía jurisdiccional contencioso-administrativa ... pasa a ser ... la única procedente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, tanto en relaciones de Derecho público como privado»; y ello así se refleja en la Disposición Transitoria Única y en la Disposición Adicional Primera. Igualmente así fue reconocido por el Consejo General del Poder Judicial en el trámite de informe del citado Reglamento.

La generalidad de la doctrina no duda en este punto ²³, considerando como un acierto la unidad de fuero conseguida ²⁴, al superar los problemas que suscitaba la existencia de un doble orden jurisdiccional según se trate de actuación sometida al Derecho administrativo o al privado. El propio Tribunal Supremo así lo entendió desde un principio en un importante auto de la Sala de Conflictos de 7 de julio de 1994 que intentó aclarar definitivamente la cuestión ²⁵. Después de este pronunciamiento del Tribunal Supremo —a pesar de que existía un significativo voto particular del magistrado de la Sala de lo Social D. Víctor Fuentes López— podía pensarse que el tema quedaba zanjado. Sin embargo, no ha sido así y pronto nos encontramos de nuevo con que otros ór-

²³ Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, op. cit., pág. 427; L. MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones...», op. cit., pág. 86. Así lo entiende también el Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1994-I*, págs. 451 y ss. En contra, aunque es de indicar que es antes de la aprobación del Reglamento de 26 de marzo de 1993, P. L. SERRERA CONTRERAS, «De la responsabilidad de las Administraciones públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio» en *Estudios y Comentarios de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento administrativo común*, vol. II (Madrid, 1993), págs. 106-107.

²⁴ Se entiende que la referencia es a la doctrina administrativista; vid. por todos J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la ley...*, II, op. cit., págs. 2.133 y ss., donde rechazan que la fórmula modifique lo dispuesto en la Ley orgánica del Poder Judicial y, por consiguiente, que no puede ser tachada de inconstitucionalidad en la línea establecida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 224/93, de 13 de julio. Desde otras perspectivas no siempre se acepta pacíficamente la atribución de competencia en favor del orden contencioso-administrativo; así, F. PANTALEÓN, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración* (Madrid, 1995) defiende la competencia del orden civil y también en «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la Jurisdicción competente», en *Rev. Española de Derecho administrativo*, n.º 91 (1996), págs. 403 y ss.

²⁵ Comentarios del auto de la Sala de Conflictos en B. NOGUERA, «La unidad jurisdiccional y la reclamación de indemnización por prestación defectuosa sanitaria de la Seguridad Social» en *Rev. Española de Derecho Administrativo*, n.º 88, págs. 598 y ss. y E. DESDENTADO, «La determinación del orden jurisdiccional competente para conocer las reclamaciones de indemnización por daños causados en la prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social» en *Rev. de Administración Pública*, n.º 136, págs. 309 y ss.

denes jurisdiccionales se vienen declarando competentes para conocer demandas de responsabilidad contra la Administración pública. Así sucedió con la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con sus sentencias, entre otras, de 23 de enero y 10 de julio, de 1995²⁶ y con la Sala 1.^a en la Sentencia de 6 de junio de 1997 (Ponente Sr. Sierra Gil de la Cuesta) con una sorprendente fundamentación jurídica de difícil aceptación²⁷.

La cuestión más espinosa se suscita en los supuestos de concurrencia de culpas de la Administración pública y de los particulares. Con anterioridad a la LRJPAC la jurisprudencia y la doctrina del Tribunal de Conflictos se inclinaban por considerar competente en estos casos a la jurisdicción civil, en virtud de la *vis atractiva* de ésta y del carácter *residual* que le otorga el artículo 9.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985²⁸. No obstante, la situación cambia después de la Ley 30/92; las Salas de lo civil de las Audiencias provinciales suelen acoger la excepción de incompetencia de este orden jurisdiccional para conocer de las demandas dirigidas contra las Administraciones públicas²⁹, con lo que el perjudicado tendrá que acudir a una doble vía: civil frente el particular y contencioso-administrativa contra la Administración pública, con todos los problemas de orden práctico que ello conlleva y que, ciertamente, es la peor de las soluciones. En estos casos se hace necesario resolver de forma clara y terminante la *única* Jurisdicción competente; bien la civil, según la doctrina tradicional, bien la contencioso-administrativa como defiende GONZÁLEZ PÉREZ³⁰ y

²⁶ Vid. A. DE PALMA, «El lamentable peregrinaje jurisdiccional entre el orden social y el contencioso-administrativo en materia de reclamaciones de indemnización por daños derivados de la deficiente atención sanitaria de la Seguridad Social» en *Rev. Española de Derecho Administrativo*, n.º 89, págs. 135 y ss.

²⁷ La Sala 1.^a del TS en esta Sentencia declara haber lugar al recurso interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia que declaraba la incompetencia de jurisdicción y casa y anula la sentencia recurrida que revoca, aun cuando no duda en afirmar que «a partir de la publicación de la Ley 30/92 ... se ha instaurado ... en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración el sistema de unidad jurisdiccional, en favor de la Jurisdicción contencioso-administrativa». No obstante ello, en base a «la evitación del peregrinaje procesal ... como razón única y suficiente» acepta la competencia del orden jurisdiccional civil, quebrando gravemente principios constitucionales fundamentales en relación al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Aparte de que sentencias de este tenor son las que dan lugar, precisamente, al lamentable *peregrinaje jurisdiccional* que pretende evitar la sentencia en cuestión.

²⁸ Vid. J. F. MESTRE DELGADO, «Crónica sobre jurisprudencia reciente del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción» en *Rev. de Administración pública*, n.º 138, págs. 343 y ss.

²⁹ Así, las Sentencias de la Audiencia provincial de Oviedo de 14 de febrero y 20 de abril de 1994 (Sección 6.ª); 2 de marzo de 1995 y 7 de febrero de 1997 (Sección 5.ª); 9 de noviembre de 1994 (Sección 1.ª) y 19 de junio de 1996 (Sección 4.ª). Jurisprudencia menor que se reitera en otros Tribunales Superiores de Justicia.

³⁰ J. GONZÁLEZ PÉREZ, «Orden jurisdiccional competente para conocer de las cuestiones de responsabilidad patrimonial en los supuestos de concurrencia de culpas de la Administración pública y del administrado» en *Rev. Española de Derecho administrativo*, n.º 89, págs. 93 y ss.

se pretende por los proyectos de ley de reforma de esta última Jurisdicción. Dados los problemas que presenta la determinación del orden jurisdiccional competente la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, de 18 de mayo de 1995, en su artículo 98, establece que los terceros perjudicados puedan dirigirse al órgano de contratación para que se pronuncie sobre cuál de las partes del contrato es responsable, oído el contratista, con interrupción del plazo de prescripción de la acción civil. Es decir, el perjudicado antes de ejercitar la acción de responsabilidad civil contra el contratista privado en vía civil o contra la Administración en vía contencioso-administrativa, puede solicitar del órgano de contratación que determine sobre quién considera responsable, para en función de ello acudir a una u otra Jurisdicción. Por ello, no comparto las consecuencias que de este precepto deduce PANTALEÓN a favor de sus tesis defensoras de la Jurisdicción civil³¹.

IV. RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL FUNCIONARIO: SU ADMISIÓN —NO QUERIDA— POR LA LEY 30/92

La falta de rigor y precisión del legislador de 1992 se pone de manifiesto —una vez más— en relación a la posible responsabilidad directa del funcionario, cuestión respecto de la que el propio texto de la LRJPAC se separa de las intenciones y planteamientos de sus autores para llegar a solución distinta de la efectivamente querida. La tramitación de la Ley 30/92 y los consiguientes debates parlamentarios lo ponen claramente de manifiesto. Se pretende que desaparezca la opción de poder dirigir la acción de responsabilidad contra la Administración pública o contra el funcionario, tal como permitía la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, para que el perjudicado tenga que dirigir necesariamente su acción resarcitoria contra la Administración. Prueba evidente de ello se pone de manifiesto en el hecho de que diferentes Grupos parlamentarios enmendaron el proyecto de ley queriendo mantener la *opción* y dichas enmiendas fueron rechazadas³².

El debate en este punto en el Senado resulta altamente expresivo. Al discutirse la enmienda 459 del Grupo parlamentario Popular el portavoz de la mayoría socialista justificaba su rechazo con las siguientes palabras:

«la responsabilidad de la Administración que estamos regulando aquí es de carácter objetivo ... por tanto, no puede darse la oportunidad de que el particular vaya contra el funcionario o contra la Administración. Ésta tiene responsabilidad objetiva, haya culpa o no; entonces se va contra la Administración y si existe esa

³¹ Vid. F. PANTALEÓN, «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas...», *op. cit.*, págs. 407-408.

³² Grupo parlamentario de IU-IC con su enmienda 144 y Grupo Parlamentario Popular con su enmienda 522 en el Congreso y 459 Senado.

culpa, la Administración, va contra los funcionarios o las autoridades que tengan alguna responsabilidad; por eso es por lo que *no consideramos que se deba optar...*».³³

A pesar de esta clara intención del legislador, el texto aprobado abre la posibilidad de que la opción siga ofreciéndose al particular perjudicado. En la publicación de los Ministerios de Justicia y Presidencia del Gobierno sobre la Ley³⁴, SERRERA CONTRERAS mantiene la opinión de que «dados sus términos imperativos (exigirán directamente) parece como si hubiera desaparecido la responsabilidad personal del funcionario. No es así, a nuestro juicio, porque con independencia de que aquella desaparición hubiera supuesto una irresponsabilidad inadmisibles, el posterior artículo 146 establece que la responsabilidad civil del personal al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo establecido en la legislación correspondiente»³⁵.

Todo esto hace que la doctrina en este punto se encuentre dividida, al interpretar tan caótica redacción legal. Algunos autores sostienen la opinión que el sistema vigente obliga *imperativamente* al particular a dirigir su reclamación a la Administración pública, impidiendo que la pueda dirigir «*ab initio* contra el agente causante del daño»³⁶. Por el contrario, otro sector doctrinal —que puede estimarse mayoritario— mantiene la postura contraria entendiendo —con matices y fundamentaciones diferentes— que la opción de dirigirse contra la Administración pública o el funcionario sigue vigente³⁷.

³³ Vid. Diario de Sesiones del Senado; sesión del Pleno de 29 de octubre de 1992, IV Legislatura, n.º 136, pág. 7.437.

³⁴ *Estudios y Comentarios de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común*, 2 vols. (Madrid, 1993).

³⁵ P. L. SERRERA CONTRERAS, «De la responsabilidad de las Administraciones...», *op. cit.*, pág. 112.

³⁶ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo, op. cit.*, II, pág. 415. De análoga opinión participa A. BLANCO ESTÉVEZ, en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común* (Madrid, 1993), págs. 442-443.

³⁷ Así lo entienden J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la ley...*, *op. cit.*, II, págs. 2.140 y ss.; R. PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y Procedimientos...*, *op. cit.*, pág. 454; J. LEGUINA VILLA, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común* (Madrid, 1993), pág. 407; R. FONSECA GONZÁLEZ, «La responsabilidad patrimonial por o con ocasión de asistencia sanitaria pública» en *Responsabilidad patrimonial de la Administración* (Colegio de Abogados de Oviedo-1996), págs. 28-30. J. PEMÁN GAVÍN, «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público» en *Documentación administrativa*, n.ºs 237-238, pág. 304. También puede incluirse dentro de esta postura a F. GARRIDO FALLA (F. GARRIDO FALLA y J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, págs. 391-392) que admite como *posible* que «el particular demande civilmente por responsabilidad a autoridades y funcionarios, aunque el reglamento no dedique ni un solo artículo a aclararnos el tema».

Y es que efectivamente el artículo 146 de la LRJPAC sirve de fundamento para la subsistencia de la *opción*, abriendo la posibilidad de que el perjudicado, sin perjuicio de la acción directa contra la Administración pública, pueda acudir a la vía civil contra el funcionario. Dicho precepto establece en su apartado primero:

«La responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente».

A la vista de esta redacción hay que convenir que este artículo 146.1 de la Ley 30/92, respecto a la responsabilidad civil, o bien carece de sentido dado lo que queda indicado en el artículo anterior («Los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente la indemnización...») o, por el contrario, viene a abrir la posibilidad de que el lesionado pueda optar por dirigirse contra el funcionario, tal como hemos visto entiende la mayoría de la doctrina y era la situación legal anterior. Posibilidad que, asimismo, se encuentra admitida en el ámbito del Poder Judicial: junto a la responsabilidad de jueces y magistrados (arts. 411-413 de la Ley orgánica del Poder judicial), cabe la responsabilidad del Estado, por el funcionamiento de la justicia (arts. 292 y ss. de la Ley orgánica del Poder judicial).

Ahora bien, admitida la opción, esto es, que el perjudicado pueda dirigirse contra la Administración pública o contra el funcionario, el artículo 146.1 —que como acabamos de ver es el que fundamenta tal posibilidad— no deja de suscitar serias dudas, que debieron ser aclaradas por el reglamento y que, sin embargo, no lo fueron ya que dicho artículo 146 de la Ley es como si no existiera para la norma reglamentaria.

En primer lugar, es de indicar que utiliza el término *Personal al servicio de las Administraciones públicas* cuando el artículo anterior y el propio enunciado del capítulo en que se encuentra el precepto se refiere a *autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas*. ¿Quiere ello significar que las autoridades quedan al margen de exigencia de responsabilidad en este precepto? ¿Ha sido consciente el legislador de tal exclusión? Podría ser que la exclusión fuera voluntaria y conscientemente querida, encontrándonos con una muestra más del intento de exonerar de responsabilidad a las *autoridades* o, al menos, de que los particulares no puedan accionar directamente contra ellas³⁸. Por otro lado, tal solución —aparte de otras consideraciones acerca del comportamiento del elemento político— desde una dimensión estrictamente jurídica de-

³⁸ Así parece entenderlo R. PARADA, *Derecho administrativo II*, 10.ª ed. (Madrid, 1996), pág. 489, al indicar que el precepto «pretende escamotear de esta responsabilidad a las autoridades que no se citan».

jaría sin sentido el contenido de los artículos 56.2 y 73.2.a) de la Ley orgánica del Poder judicial de 1985 que determinan los órganos judiciales competentes para conocer las demandas de responsabilidad civil contra autoridades aforadas ³⁹.

A esta acción de responsabilidad patrimonial autónoma contra el personal de las Administraciones públicas será de aplicación la *legislación correspondiente*, es decir, la normativa civil. Por ello, desde el punto de vista procesal puede entenderse aplicable la Ley de 5 de abril de 1904 y su Reglamento de 23 de septiembre de 1904 ⁴⁰. Bien entendido que la aplicación de esta normativa alcanzará exclusivamente a los aspectos procesales, ya que las cuestiones sustantivas, tales como los requisitos exigidos para la existencia de responsabilidad, hay que considerarlos derogados por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 ⁴¹. Por otro lado, hay que indicar que no parece necesario mantener la vigencia de la Ley de 1904 ⁴², por lo que sería oportuno derogar de una vez por todas esta reliquia normativa y, en todo caso, los aspectos procesales que siguen en vigor lo serán sin perjuicio de las modificaciones introducidas por normas posteriores, tal como sucede en orden a los Tribunales competentes en virtud de lo dispuesto en la Ley orgánica del Poder judicial ⁴³.

Asimismo, esta aplicación de la normativa civil plantea la cuestión referente al tipo de culpa o negligencia preciso para fundamentar la responsabilidad del funcionario. De conformidad al Código civil (arts. 1101 y 1902) bastará cualquier culpa o negligencia, mientras que la normativa administrativa exige la concurrencia de culpa o negligencia *graves*; así venía establecido en el artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de

³⁹ La determinación competencial de la Ley orgánica del Poder Judicial quedaría operativa, tan sólo, para el supuesto de que el Defensor del Pueblo hiciera uso de la potestad que le confiere su Ley privativa (art. 26 Ley orgánica 3/81, de 6 de abril) o para la responsabilidad civil en supuestos de delito o falta (art. 109.2 del C. penal).

⁴⁰ Así lo entienden J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la ley...*, *op. cit.*, II, págs. 2.151 y ss. También defiende análogo criterio P. L. SERRERA CONTRERAS, «De la responsabilidad...», *op. cit.*, págs. 118 y ss.

⁴¹ La derogación de los aspectos sustanciales de la Ley de 1904 por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado había sido ya señalado por J. A. MANZANEDO, «La responsabilidad civil de los funcionarios del Estado» en *Documentación administrativa*, n.º 82, págs. 46-48 y por J. L. GONZÁLEZ-BERENGUER, «Función pública y acciones de responsabilidad» en *Rev. de Administración pública*, n.º 39, pág. 215.

⁴² Sobre la Ley de 1904 y su reglamento, *vid.* A. GUAITA, «El proceso de responsabilidad civil...», *op. cit.*, págs. 94 y ss.

⁴³ Sobre los aspectos procesales de la responsabilidad civil del funcionario y las modificaciones producidas por la Ley orgánica del Poder Judicial en orden a los Tribunales competentes, *vid.* J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios...*, II, pág. 2.156.

1957 e igualmente se exige en el artículo 145.2 de la LRJPAC al regular la acción de regreso contra el funcionario. Al respecto comparto la tesis de GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO⁴⁴ cuando indican que «no tendría sentido que la responsabilidad resulte ampliada por el hecho de que el lesionado eligiera la vía procesal directa». Por tanto, la culpa leve no dará lugar a la responsabilidad del funcionario⁴⁵, siendo únicamente responsable la Administración pública, en su caso⁴⁶.

En el examen de la responsabilidad civil directa del funcionario hay que referirse a la derivada de condena penal (artículo 116 del Código penal) y la consiguiente responsabilidad patrimonial subsidiaria de la Administración pública (artículo 121 del Código penal), ante la insolvencia de aquél⁴⁷. En estos supuestos de responsabilidad civil por delitos o faltas el perjudicado puede optar por exigirla ante la jurisdicción civil (artículo 109.2 del Código penal) o en el propio proceso penal; en este último caso la pretensión debe dirigirse simultáneamente contra la Administración pública presuntamente responsable civil subsidiario (artículo 121 *in fine* del Código penal). Es también de indicar que la responsabilidad directa del funcionario por condena penal puede darse aun cuando no exista culpa o negligencia *graves*, encontrándonos con supuestos de responsabilidad patrimonial del funcionario por culpa *leve* en contra del sistema general que exonerará al funcionario de tal tipo de culpa⁴⁸, según se ha visto.

⁴⁴ J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios...*, II, pág. 2.159.

⁴⁵ La culpa leve es considerada como exoneración o franquicia para el funcionario. Cfr. P. L. SERRERA CONTRERAS, «De la responsabilidad...», *op. cit.*, pág. 112. Igual criterio mantenía, respecto de la normativa anterior a la LRJPAC, J. L. GONZÁLEZ-BERENGUER, «Función pública...», *op. cit.*, pág. 202. Crítica abiertamente tal exoneración respecto de los funcionarios admitiéndola, sin embargo, para las autoridades, J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, *El alcalde en la Administración española* (Sevilla, 1977), pág. 324.

⁴⁶ La situación es análoga a la que se daba respecto a la responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, en que el régimen general de la responsabilidad civil por culpa se modulaba exonerando los supuestos de culpa leve; situación modificada por la vigente Ley de Sociedades Anónimas de 1989, que somete la responsabilidad de los administradores al régimen general de la responsabilidad por culpa.

⁴⁷ Sabido es que en el nuevo Código penal la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración tan sólo tiene lugar en los supuestos de daños causados por delitos dolosos o culposos, quedando excluidos los daños derivados de conductas tipificadas como faltas (art. 121). Esto es lo que sirve para explicar alguno de los fundamentos jurídicos de la Sentencia del TS, Sala 2.ª, de 26 de septiembre de 1997 conocida como *sentencia de la colza*.

⁴⁸ P. L. SERRERA CONTRERAS, «De la responsabilidad...», *op. cit.*, pág. 115, considera que en tales supuestos debería arbitrase alguna medida legal o reglamentaria que permitiese asumir a la Administración la indemnización de forma principal, aunque es de indicar que escasos serán los supuestos en que por culpa o negligencia leve exista el deber de indemnizar, dada la acusada tendencia a la despenalización en materia de daños en el nuevo Código penal, donde quedan reducidos —prácticamente— a las faltas del artículo 621.

En la nueva regulación de la LRJPAC (artículo 146.2) el proceso penal no suspende el procedimiento administrativo de responsabilidad del personal al servicio de las Administraciones públicas, ni interrumpe el plazo de prescripción para iniciarlo, salvo que la determinación de los hechos en el orden penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial, todo ello en contra de la normativa anterior⁴⁹ y del sistema que rige con carácter general; así, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 111) establece que «...mientras estuviere pendiente la acción penal no se ejercerá la civil con separación hasta que aquella haya sido resuelta en sentencia firme». Asimismo, la suspensión del procedimiento administrativo ante el proceso penal se produce en los casos de responsabilidad disciplinaria (artículos 127 y ss. de la Ley 30/92 y artículo 7 del Reglamento aprobado por RD 1398/95, de 4 de agosto, de Procedimiento sancionador)⁵⁰.

El riesgo inherente a la posible responsabilidad del funcionario puede ser cubierto mediante contrato de seguro de responsabilidad, tal como expresamente establecían las leyes de Presupuestos Generales del Estado para 1990 (Ley 4/90, de 29 de junio, Disposición Adicional Tercera) y 1991 (Ley 31/90, de 27 de diciembre, Disposición Adicional Sexta)⁵¹. En tal supuesto, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 73 y ss. de la Ley 50/80, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, el tercero perjudicado podrá dirigirse directamente contra la Administración pública o bien ejercitar la acción en vía civil contra el asegurador, tal como determina su artículo 76, a cuyo efecto el asegurado (el funcionario) estará obligado a manifestar al perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido (artículo 76, *in fine*, Ley 50/80).

Como queda expuesto, debe entenderse que en nuestro ordenamiento jurídico sigue vigente la posibilidad de que el perjudicado por la actuación adminis-

⁴⁹ Vid. E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «¿Interrumpe el ejercicio de acciones penales el plazo de prescripción para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración? Sobre el artículo 146.2 de la Ley 30/92» en *Rev. de Administración pública*, n.º 141, págs. 265 y ss. La no suspensión del procedimiento administrativo de responsabilidad civil, en estos supuestos, puede encontrar su fundamento en que no tenga aplicación el principio *non bis in idem*.

⁵⁰ Vid. al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/83, de 3 de octubre.

⁵¹ «Se podrán concertar seguros que cubran la responsabilidad civil profesional del personal técnico al servicio de la Administración del Estado, de sus Organismos autónomos, de las Entidades Gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social, que desarrollen trabajos facultativos en proyectos y obras del Estado, en los que concurren circunstancias que hagan necesaria tal cobertura. La determinación de las funciones y contingencias concretas que se consideran incluidas en el ámbito del párrafo anterior corresponderá al titular del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente.» «(Disposición Adicional Tercera Ley 4/90; igual redacción se contiene en la Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/90, de 27 de diciembre)». La acusada tendencia a asegurar el riesgo se manifiesta en el supuesto del profesorado de enseñanza no superior, a partir de la reforma del Código civil efectuada por la Ley 1/91, de 8 de enero.

trativa pueda optar por accionar directamente contra la Administración pública o contra el funcionario causante del evento dañoso. Sin embargo, es evidente que en la práctica tal posibilidad carece de especial significado; admitida la responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas el perjudicado optará por dirigirse contra ellas, ya que la cobertura del Estado y demás entidades públicas siempre le supondrá mayor garantía. Ante una Administración pública con amplia presencia en todos los sectores de la vida social, con la consiguiente importancia cuantitativa de los daños que puede causar su actuación, los patrimonios personales de autoridades y funcionarios, autores materiales de los daños, pueden resultar insuficientes para cubrir la correspondiente indemnización. Por ello, desde el punto de vista del perjudicado la auténtica garantía la ofrece la Administración pública con el sistema de responsabilidad objetiva.

Por otro lado, cuando la acción se dirija contra la Administración pública el perjudicado no tendrá que demostrar la existencia de culpa o negligencia, como será preciso acreditar si acciona contra el funcionario, sino simplemente la existencia de la lesión antijurídica y su imputación al aparato administrativo. Como indica GONZÁLEZ-BERENGUER, «va un abismo de tener que probar la existencia de perjuicio antijurídico, a tener, además, que probar que se causó antijurídicamente»⁵². Es por eso que GUAITA⁵³ consideraba la acción de responsabilidad directa del funcionario como «jurídicamente antieconómica y superflua y quizá de vida limitada».

De optar por dirigir la acción contra el funcionario acudiendo a la vía civil, no podrá el perjudicado accionar solidariamente contra la Administración pública, como con anterioridad a la LRJPAC permitía el artículo 135.3 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa. Ya quedó indicado cómo, en la actualidad, toda reclamación de responsabilidad contra la Administración pública habrá de plantearse en vía administrativa y la resolución del correspondiente procedimiento será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁵⁴.

⁵² J. L. GONZÁLEZ-BERENGUER, «Función pública...», *op. cit.*, pág. 200.

⁵³ A. GUAITA, «El proceso de responsabilidad...», *op. cit.*, págs. 130-131. Como dicen E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, *op. cit.*, pág. 405, el reclamar contra la Administración pública resulta «más cómodo, supuesto que no era necesario probar la existencia de culpa y también más seguro ya que se evitaba el riesgo inherente a la insolvencia del autor material del daño». El tiempo del verbo utilizado por estos autores se debe a que —como hemos visto— para ellos la opción de dirigirse contra la Administración o el funcionario ha desaparecido del ordenamiento jurídico vigente.

⁵⁴ El sistema de responsabilidad solidaria de la Administración pública y del funcionario que descansa en el principio jurídico que se recoge en el artículo 1144 del Código civil («el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos») y que admitía el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (artículo 135.3), ha quedado excluido por razones de orden jurisdiccional en la regulación vigente contenida en la Ley 30/92. No obstante, la posibilidad de accionar contra el funcionario en vía civil nos enfrenta al supuesto de una reclamación paralela contra la Administración pública en

Esta situación es la que justifica que el anteproyecto de modificación de la Ley 30/92, del que se tiene noticia, recoja la reforma del artículo 146 suprimiendo del mismo toda referencia a la responsabilidad civil. Con ello desaparece *la opción*, es decir, la posibilidad de que el perjudicado accione en vía civil contra el funcionario, debiendo hacerlo exclusiva y necesariamente contra la Administración pública. Esta modificación de la Ley 30/92 deberá ir unida a la expresa derogación de la Ley de 5 de abril de 1904 y su Reglamento, en la línea mantenida con anterioridad.

V. RESPONSABILIDAD INDIRECTA DEL FUNCIONARIO: LA ACCIÓN DE REGRESO COMO MECANISMO DE REINTEGRACIÓN: PRESUPUESTOS DE SU EJERCICIO

Partiendo de la responsabilidad objetiva y directa de la Administración pública frente al perjudicado que, como venimos viendo, es el sistema consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, se hace preciso arbitrar el mecanismo jurídico de reintegración por medio del cual la Administración pública sea resarcida de la indemnización soportada por la Hacienda pública, en el supuesto de que el daño haya sido causado por culpa o negligencia del funcionario (*responsabilidad indirecta de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas*). Ello da lugar a la denominada *acción de regreso* institución esencial para cerrar de forma equilibrada un sistema de responsabilidad objetiva de la Administración pública. Este mecanismo jurídico de repetición encuentra su fundamento en un principio general de Derecho, tal como se puede ver recogido en el ámbito de las relaciones privadas en el artículo 1904, párrafo primero, del Código civil: «El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiere satisfecho».

La LRJPAC regula la acción de regreso o repetición en su artículo 145.2, en los términos siguientes:

«La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados podrá exigir de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

vía administrativa, con problemas de difícil armonización al conocer distintas jurisdicciones la indemnización por un mismo hecho: la civil, la acción contra el funcionario y la contencioso-administrativa contra la Administración pública. Puede considerarse que esta situación quería ser evitada por el legislador de la Ley 30/92 al utilizar la expresión *exigirá directamente a la Administración pública* (artículo 145.1), aunque sin conseguirlo tal como queda indicado en el texto.

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.»

Precepto que encuentra su desarrollo reglamentario en los artículos 19 y 21 del Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, de Procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial⁵⁵.

La regulación vigente tiene su antecedente en el artículo 410 de la Ley de Régimen Local de 1950-1955 y más directamente en el artículo 42.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y en el artículo 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa, desarrollado por el artículo 135 de su Reglamento. Considero que la Ley 30/92 en este punto no supone innovación alguna, siendo para GARRIDO FALLA incluso más clara la fórmula anterior, llegando a sostener este autor que sustituir tan claro precepto en la forma en que se ha hecho constituye una auténtica temeridad⁵⁶. Por ello, si la normativa anterior acreditó su falta de operatividad para hacer realidad el principio de justicia material en que se fundamenta este mecanismo de reintegración, no se deben esperar mejores resultados con la nueva Ley⁵⁷.

El ejercicio de la acción de regreso contra el funcionario exige la concurrencia de los presupuestos siguientes:

a) Indemnización previa por parte de la Administración pública (requisito objetivo). Es preciso que la Administración haya hecho efectiva la indemnización al perjudicado (*satisfecha la indemnización* es la expresión utilizada por el artículo 19 del Reglamento).

⁵⁵ F. GARRIDO FALLA y J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento...*, op. cit., pág. 391, consideran *superflua* esta reglamentación de los artículos 19 a 21 del Reglamento de 26 de marzo de 1993.

⁵⁶ F. GARRIDO FALLA y J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento...*, cit., pág. 391.

⁵⁷ L. MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas...», op. cit., pág. 32, considera la acción de regreso «hoy prácticamente inédita, al primar un sistema objetivo de responsabilidad que garantiza al dañado pero hace impune a la autoridad o funcionario». De forma análoga se pronuncia J. LEGUINA VILLA, «La responsabilidad patrimonial da la Administración y de sus autoridades y personal a su servicio», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común* (Madrid, 1993), pág. 408, indicando que «la inercia administrativa contraria a esta figura de responsabilidad indirecta de la autoridad o funcionario, las resistencias corporativas o sindicales y los altos costos políticos que, en algún caso, puede suponer la apertura de este procedimiento de repetición seguirá jugando a favor de la inmunidad patrimonial de los agentes públicos». La inoperancia de la acción de regreso ya estaba apuntada por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley...*, op. cit., pág. 223, en nota.

b) Existencia de dolo, culpa o negligencia grave del funcionario (requisito subjetivo). Es de indicar respecto a este último requisito que la normativa administrativa, en relación a la civil, es más exigente desde el punto de vista del mecanismo de reintegración o, si se quiere, más indulgente respecto a la responsabilidad del funcionario. Quiere ello decir que la normativa civil admite la responsabilidad por negligencia leve (artículos 1101 y 1902 del Código civil), supuesto del que queda exonerado el funcionario, tal como ya se ha visto.

El determinar cuándo exista dolo, culpa o negligencia grave no siempre resultará fácil de precisar⁵⁸. Ello habrá de ser una de las finalidades del expediente administrativo a tramitar que deberá resolverse, en este punto, de conformidad a los principios generales del Derecho común en materia de responsabilidad civil y a los criterios elaborados al respecto por la jurisprudencia civil y penal. No obstante, tratándose de la imputación de responsabilidad al funcionario, junto a los principios del Derecho común habrán de tenerse presentes los criterios propios de la actuación de las Administraciones públicas, así como la normativa procedimental correspondiente y también —en su caso— el principio de obediencia jerárquica, que puede contribuir a dificultar la determinación del funcionario singular responsable.

c) Tramitación del expediente administrativo en la forma prevista en el artículo 21 del reglamento.

Para la regulación vigente la exigencia de responsabilidad del funcionario por medio de la acción de regreso es facultad discrecional de la Administración pública. Discrecionalidad que se manifiesta tanto en relación a la iniciación del procedimiento como respecto a la decisión final resolutoria; potestad discrecional que puede ser admisible respecto a la decisión que ponga fin al expediente, pero que resulta abiertamente criticable en cuanto a su iniciación, al menos tal como su encuentra regulada en la LRJPRC y en su Reglamento⁵⁹.

En efecto, la Ley utiliza la expresión *podrá exigir* (artículo 145.2), lo que dio lugar en la tramitación parlamentaria a la correspondiente enmienda de modificación, solicitando la sustitución del término *podrá* por *deberá*, al entender que «en los casos de culpa o negligencia graves la exigencia de responsabi-

⁵⁸ E. RIVERO, «La responsabilidad civil del funcionario» en *Rev. de Estudios de la vida local*, n.º 177, págs. 21-22, ante esta dificultad llega a mantener que «para que la Administración pueda actuar en vía de regreso contra el funcionario, es necesario que previamente haya sido instruido un expediente disciplinario en el que se determine la comisión por el funcionario de una falta grave o muy grave generadora del daño». Evidentemente, no es ésta la forma de actuar en vía de regreso prevista en la Ley 30/92 y su Reglamento.

⁵⁹ La doctrina, en general, se muestra crítica con esta discrecionalidad; así, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, op. cit., págs. 405-406.

lidad no debe ser facultativa sino necesaria»⁶⁰. Lógicamente, al ser las propias autoridades o titulares de los órganos presuntamente responsables los que deben adoptar el acuerdo de iniciación del procedimiento no van a mostrarse favorables a tal decisión, tanto en el supuesto de Administraciones públicas estructuradas bajo criterios burocráticos como en el caso de Administraciones de carácter representativo; supuesto este último en que el grupo mayoritario se opondrá a la posible exigencia de responsabilidad por vía de regreso.

Abandonar la discrecionalidad de la Administración pública en este punto pudiera, ciertamente, conducir a un excesivo automatismo y rigidez que puede presentarse en ocasiones como perturbador. Pero sin llegar a tal extremo podría precisarse algo más de lo que hace la normativa vigente y establecer, al menos, algunos supuestos en que la iniciación del procedimiento resultase obligado, máxime cuando la acción de regreso supone la existencia de un procedimiento previo en vía administrativa y, en algunos casos, también en vía jurisdiccional, en el que quedó fijada la indemnización que la Administración deberá cubrir y en el que la situación fáctica habrá quedado perfectamente determinada; ello permitirá disponer de elementos de juicio que pueden condicionar la libertad de apreciación del órgano competente para acordar la iniciación del procedimiento. No cabe duda que en no pocos casos la no iniciación del expediente supondrá una manifiesta arbitrariedad por parte de la Administración pública. Así, cuando la previa indemnización venga motivada por una actuación dolosa o por conducta negligente grave apreciada por la propia Administración en vía administrativa o por los Tribunales; cuando los hechos hayan dado lugar a la apertura de expediente disciplinario; cuando la Administración haya sido condenada en costas⁶¹.

En todo supuesto debería ser obligado que la Administración pública llevase a efecto un trámite de información previa interno, a fin de determinar las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento, tal como con carácter general posibilita el artículo 69.2 de la LRJPAC y análogamente se establece respecto a la iniciación de un procedimiento disciplinario (artículo 28 del Real Decreto 33/86, de 10 de enero)⁶².

⁶⁰ Enmienda 145 del Grupo parlamentario IU-IC, que fue rechazada.

⁶¹ Vid. en sentido análogo, J. DE DIEGO, «La responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas» en *Responsabilidad patrimonial de la Administración* (Colegio de Abogados de Oviedo-1996), pág. 121. L. MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pág. 102, considera la acción de regreso como «posibilidad más teórica que real... conclusión inversa que habría que evitar».

⁶² El artículo 134 de la vieja Ley de Procedimiento administrativo de 1958 contemplaba tal posibilidad respecto a la iniciación de todo procedimiento sancionador, al establecer el trámite previo de *información reservada*. En el supuesto de la acción de regreso tal trámite con carácter preceptivo serviría, al menos, para que la Administración pública tenga que considerar el caso y pudiera servir de elemento de control.

Que la normativa vigente no resulta satisfactoria lo prueba el hecho de que en estos momentos se conoce la existencia de un anteproyecto de modificación de la Ley 30/92 que reforma el artículo 145.2, quedando redactado de forma imperativa al precisar que la Administración «cuando hubiere indemnizado a los lesionados *exigirá de oficio* de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieren incurrido por dolo, o culpa o negligencias graves...».

La Ley pretende modular la discrecionalidad de la Administración pública mediante una serie de criterios que enumera el párrafo segundo del artículo 145.2. Criterios de modulación que, si bien han merecido amplios reproches por parte de la doctrina⁶³, entiendo que pueden resultar oportunos y positivos para la toma de decisión por el órgano competente, fundamentalmente, respecto a la resolución del procedimiento. Y ello, aun cuando es cierto que no presentan mayor novedad respecto de los criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil en general y que están establecidos pensando, básicamente, en modular la indemnización para que por vía de regreso pueda ser inferior a la efectivamente abonada directamente por la Administración pública. Respecto a esta última cuestión, sabido es que el particular que sufre la lesión anti-jurídica se encuentra protegido por la garantía de la *reparación integral*, tal como tiene reconocido la jurisprudencia⁶⁴, que obliga a la Administración pública a compensarle con el alcance preciso para restaurar la integridad de su patrimonio; sin embargo, por vía de regreso estamos viendo que la indemnización puede ser inferior en virtud de los criterios de ponderación que se recogen en la propia Ley.

También es preciso indicar que esta amplia libertad de apreciación de que goza la Administración pública si bien puede ser objeto de control jurisdiccional a través de las técnicas que la jurisprudencia viene aplicando (principios generales, control de los hechos determinantes, desviación de poder)⁶⁵, en la práctica la dificultad surge por la falta de legitimación para recurrir en estos casos, ante los principios que rigen nuestro sistema de justicia administrativa⁶⁶.

⁶³ Así, R. PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de las administraciones públicas...*, op. cit., pág. 451.

⁶⁴ Cfr. J. L. GIL IBÁÑEZ, «La reparación del daño causado por el funcionamiento de los servicios públicos» en *Actualidad administrativa*, n.º 38 (14-20 de octubre de 1996), págs. 821 y ss. Vid. Sentencia de la Sala 3.ª del TS de 27 de junio de 1997 (Ponente Sr. González Rivas).

⁶⁵ El alcance del control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, en general, es objeto en los últimos tiempos de una fuerte polémica en nuestra doctrina. Vid. las tesis de T. R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la Administración* (Madrid, 1994), por una parte, y L. PAREJO, *Administrar y juzgar: dos funciones distintas y complementarias* (Madrid, 1994), M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial* (Madrid, 1994), por otra.

⁶⁶ No parece fácil apreciar en estos supuestos la existencia de un *interés legítimo* que permita impugnar

Ello resulta evidente en el caso de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas, y tampoco se ve factible en el ámbito de las entidades locales —en contra de lo que algún autor sostiene—⁶⁷ dar lugar a un acuerdo acerca de la iniciación del procedimiento que permita a los grupos municipales minoritarios estar legitimados para impugnarlo. La legitimación la otorga la Ley a los miembros de la Corporación que *hubieran votado en contra* (artículo 64.1.b. de la Ley 7/85, de 2 de abril) y precisamente ésta será la posición de quienes se opongan a la iniciación del expediente⁶⁸.

La vía que considero factible en el ámbito de los entes locales es la acción sustitutoria vecinal, prevista en el artículo 68 de la Ley 7/85 de Régimen local. Conforme a este precepto «las entidades locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos», como es el caso. Ante la falta de tal defensa —ante el no ejercicio de la acción de regreso— cualquier vecino, en pleno goce de sus derechos civiles y políticos, puede «requerir su ejercicio», que si no fuera acordado por la entidad permite al vecino ejercitarla «en interés de la entidad local».

Como queda indicado, el Reglamento en materia de Responsabilidad de las Administraciones públicas (RD 429/93, de 26 de marzo) regula el expediente administrativo para hacer efectiva la acción de regreso⁶⁹. Esta regulación no presenta aspectos especiales respecto a la regulación general de todo procedimiento en que existan terceros interesados; los problemas pueden plantearse *más por lo que no dice* que por lo que expresamente regula. Concretamente, no

la falta de iniciación del expediente o su resolución desestimatoria, aun partiendo de la amplitud con que la jurisprudencia viene interpretando el art. 28.1. de la Ley jurisdiccional a partir del contenido del art. 24 de la Constitución. El *interés directo* no llega hasta el extremo de que no se condicione en todo caso la legitimación a la existencia de un interés legal, de forma tal que de prosperar la acción pueda producir un efecto positivo en la esfera jurídica del recurrente o eliminar una carga o gravamen en esa esfera. Si bien el expediente podrá iniciarse mediante denuncia, en el supuesto de que la Administración pública no adopte el correspondiente acuerdo, el denunciante carecería de legitimación, según la actual posición de la jurisprudencia (*Vid.* Sentencia TS —Sala 3.ª— de 29 de junio de 1997, Ponente Goded Miranda, que niega legitimación al denunciante frente al archivo de la denuncia, efectuada ante el Consejo General del Poder Judicial en un caso de responsabilidad de un juez). Nos encontramos ante un obstáculo procesal que impide el cumplimiento de la legalidad.

⁶⁷ *Vid.* J. DE DIEGO, «La responsabilidad de autoridades...», *op. cit.*, pág. 122, que ve viable la legitimación de concejales minoritarios.

⁶⁸ Para legitimar a la *minoría* que votó a favor del acuerdo será preciso que la jurisprudencia interprete el precepto legal —que es muy preciso en su redacción— de forma diferente a su tenor literal.

⁶⁹ En su momento E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva ley...*, *op. cit.*, págs. 223 y ss., ante la falta de un procedimiento específico, por el silencio de la ley, entendió aplicable lo dispuesto en la entonces vigente Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública y los correspondientes preceptos de la Ley del Tribunal de Cuentas sobre reintegros a la Hacienda, «sin perjuicio de las especificaciones que la índole del objeto requiera».

se aclaran suficientemente ciertas cuestiones referentes a los órganos competentes para iniciar y resolver el procedimiento, así como otras relativas al plazo para ejercitar la acción.

En relación al órgano competente para acordar la iniciación del procedimiento, el artículo 3.1 del Reglamento establece que lo será el que resulte de las «normas que sobre atribución y ejercicio de competencias están establecidas en el Capítulo 1.º, del Título II de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común». Conforme a dicha remisión «se entenderá que la facultad de instruir... corresponde a los órganos inferiores competentes por razón de la materia y del territorio y, de existir varios de éstos, al superior jerárquico común» (artículo 12.3 de LRJPAC). Esta regla es de aplicación a la Administración del Estado y podrá serlo para las Comunidades Autónomas, pero respecto a las Administraciones locales habrá de acudir a la atribución de competencias establecida en su normativa propia contenida en la Ley básica de Régimen local. A la vista de esta regulación, en el ámbito local, se presenta una posible alternativa: o bien entender competente al Alcalde y al Presidente de la Diputación, dada la competencia residual que les es propia (artículos 21.1.m y 34.1.1 de la Ley y artículos 41.27 y 61.25 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen jurídico de las Entidades locales), ante la ausencia de una norma expresa que resuelva la cuestión, o considerar que se trata del ejercicio de una *acción* y que como tal es atribución del Pleno (artículos 21.2.j y 33.1 de de la Ley y 50.17 y 71.16 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico)⁷⁰. Por la significación y transcendencia que el acuerdo presenta me inclino por esta última solución, máxime cuando en gran número de supuestos será el propio Alcalde la autoridad implicada⁷¹.

En cuanto a la resolución del expediente el artículo 3.2 del Reglamento se remite a lo que determina el artículo 142.2 de la LRJPAC, que atribuye la competencia, tratándose de la Administración del Estado, al «Ministro respectivo o al Consejo de Ministros si una ley así lo dispone»; para las otras Administraciones públicas se estará a lo que determinen sus propias normas de organización. Esto último conduce a entender que en el ámbito autonómico la competencia corresponderá al Consejero respectivo, por analogía con la Administración del Estado, si no existe norma expresa en contrario y respecto a la Administración local la competencia debe corresponder al Pleno por tratarse del ejercicio de una *acción* (artículos 22.2.j y 33.2.j de la Ley 7/85, de 2 de abril).

⁷⁰ De *acción civil* la califica M. CARLÓN RUIZ, «La responsabilidad civil frente a las Administraciones públicas: la Administración como perjudicada» en *Rev. de Estudios de la Administración local y autonómica*, n.º 270, pág. 420.

⁷¹ En contra J. DE DIEGO, «La responsabilidad de autoridades...», *op. cit.*, pág. 123, que se inclina por atribuir la competencia al Alcalde.

Otra cuestión importante es la referente al plazo para el ejercicio de la acción de regreso, pues ni la LRJPAC ni su reglamento hacen referencia a la misma. Al respecto la alternativa se presenta entre optar por el plazo de un año, que la ley establece con carácter general para formular la reclamación resarcitoria (artículo 146 5) y que es el plazo de responsabilidad extra-contractual o aquiliana del Código civil, o bien defender el plazo de 5 años que la Ley General Presupuestaria establece de prescripción de los derechos de la Hacienda Pública (artículo 40.1), al entender que nos encontramos ante un verdadero derecho de crédito de la Administración pública directamente fundamentado en la ley. Dado este carácter que presenta la acción de regreso no veo inconveniente en que el plazo sea el segundo. En favor de esta tesis puede argumentarse que el plazo de un año está establecido para un supuesto diferente (el ejercicio de la acción de responsabilidad directa), así como que el plazo de 5 años facilita la acción de regreso, pues permitirá en muchos casos que sea ejercitada por autoridades distintas de aquellas que estarán implicadas.

Cualquiera que sea la solución que se adopte respecto al plazo para ejercer la acción (1 ó 5 años), queda por determinar el momento a partir del cual debe computarse (*dies a quo*). En principio puede pensarse que ésta debe ser la fecha de la sentencia que condene a la Administración pública a indemnizar o de la resolución administrativa que reconozca el derecho al perjudicado. Sin embargo, dado que en su momento quedó indicado que es presupuesto (requisito objetivo) de la acción de regreso que se haya efectuado el pago por parte de la Administración pública, éste debe ser el *dies a quo* para computar el plazo correspondiente ⁷².

VI. RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO POR DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LA PROPIA ADMINISTRACIÓN

Junto a la responsabilidad del funcionario por los daños causados a terceros y exigida por éstos directamente o por la Administración pública de forma indirecta a través de la acción de regreso, hay que distinguir la responsabilidad que las Administraciones públicas puedan exigir al personal a su servicio por los daños y perjuicios causados a sus bienes y derechos ⁷³. Esta responsabilidad puede exigirse en vía penal o administrativa ⁷⁴.

⁷² Ésta es también la opinión de J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, pág. 2.150.

⁷³ Se trata de un supuesto de responsabilidad en que la Administración pública ocupa la posición *pasiva* de sujeto perjudicado, estudiado por M. CARLÓN RUIZ, «La responsabilidad civil frente...», *op. cit.*, págs. 417 y ss.

⁷⁴ Lo que no parece posible es la intervención en estos supuestos de los Tribunales del orden civil, tal como entiende M. CARLÓN, «La responsabilidad...», *op. cit.*, pág. 422.

La vía penal, para exigir en estos casos responsabilidad patrimonial al funcionario, está contemplada en el artículo 20 del Reglamento al referirse no sólo al artículo 145 de la Ley, sino también al artículo 146 que se remite a la *legislación penal* correspondiente ⁷⁵. Cuando la conducta del funcionario causante del daño revista caracteres de delito o falta y la Administración pública acuda a la vía penal, la sentencia condenatoria conllevará la obligación de reparar los perjuicios causados (artículos 106 y 116 del Código penal). En estos supuestos se plantea la cuestión —a la que ya hemos aludido al tratar de la acción de regreso— de cómo la responsabilidad patrimonial puede alcanzar a supuestos de conductas por culpa o negligencia leve que, como se vio, es zona exonerada de responsabilidad del funcionario frente a la Administración. En estos casos, a la hora de ejecutar la sentencia condenatoria la Administración pública debería arbitrar el procedimiento adecuado para liberar de responsabilidad patrimonial al funcionario ⁷⁶.

En vía administrativa la responsabilidad del funcionario por los daños y perjuicios causados a los bienes y derechos de la Administración pública se exigirá, tal como determina el artículo 20.1 del Reglamento de 26 de marzo de 1993, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 21 del mismo. Se trata del mismo procedimiento aplicable a la acción de regreso y que en su momento ha quedado examinado.

Por tanto, las consideraciones efectuadas con anterioridad acerca de la acción de repetición son de plena aplicación a este supuesto, incluidas las referentes a la discrecionalidad de que goza la Administración pública para iniciar el procedimiento y las dificultades del control jurisdiccional de su postura inhibitoria. Esta situación sirve para poner de manifiesto, una vez más, que la nueva normativa en materia de responsabilidad del personal de las Administraciones públicas se inclina con exceso en favor del funcionario, con olvido de las exigencias que demandan los intereses generales y los postulados constitucionales en orden a la plena sumisión a la ley y al Derecho de la actuación administrativa.

La resolución del expediente administrativo abre, lógicamente, la vía contencioso-administrativa, única jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad patrimonial del funcionario frente a la Administración; por consiguiente, la remisión que hace el artículo 145.5 a los *Tribunales competen-*

⁷⁵ Posición contraria sostiene J. DE DIEGO, «La responsabilidad de autoridades...», *op. cit.*, págs. 126-127, que entiende que con esta referencia la norma reglamentaria estaría «eliminando la responsabilidad civil derivada de ilícito penal» para autoridades y funcionarios.

⁷⁶ *Vid.* P. L. SERRERA CONTRERAS, *De la responsabilidad...*, *op. cit.*, pág. 114, aunque resulta discutible jurídicamente la fórmula que defiende para eximir de responsabilidad al funcionario en estos casos.

tes para conocer del *tanto de culpa*, hay que entenderla referida al orden penal exclusivamente ⁷⁷.

Por último, en relación al procedimiento que ahora se considera, indicar que el plazo para exigir la responsabilidad al funcionario causante del daño antijurídico será el general de 1 año. Así como en el supuesto de la acción de regreso se defendió la tesis del plazo de 5 años, por entender que no se trataba propiamente de un supuesto de responsabilidad, sino que obedecía a un fundamento diferente, en este caso rige el plazo del año cuyo cómputo debe efectuarse, asimismo, con arreglo a los criterios generales que presiden la regulación de la responsabilidad de la Administración pública en la LRJPAC.

Modalidad específica de responsabilidad del funcionario por daños y perjuicios causados a la Administración pública es la *responsabilidad contable*. A ella se refiere expresamente el artículo 20 del Reglamento de Procedimientos en materia de responsabilidad administrativa.

La regulación de esta responsabilidad contable se efectúa al margen de la normativa general contenida en la LRJPAC y su Reglamento, para venir establecida en normas especiales concretadas, básicamente, en las disposiciones que disciplinan el comportamiento presupuestario de las entidades públicas y su control externo por parte del Tribunal de Cuentas.

En relación a la Administración del Estado la normativa aplicable se contiene en la Ley General Presupuestaria (Texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1091/88, de 23 de septiembre) y en la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas (Ley 2/1982, de 12 de mayo), juntamente con su Ley de Funcionamiento (Ley 5/1988, de 5 de abril) ⁷⁸.

Las Administraciones autonómicas presentan, normalmente, su propia normativa respecto a la responsabilidad por el manejo de caudales públicos y la Administración local encuentra preceptos de aplicación en este terreno en la regulación de las Haciendas locales, todo ello sin perjuicio de la competencia que corresponde al Tribunal de Cuentas para la fiscalización externa y el enjuiciamiento de la responsabilidad contable, tal como establecen los artículos 2 y 3 de la Ley orgánica 2/82. En todo caso la normativa estatal será de aplicación supletoria al resto de las entidades públicas.

⁷⁷ En contra M. CARLÓN, «La responsabilidad...», *op. cit.*, págs. 421-422, en nota, que entiende que el artículo 145.5 se refiere tanto a los Tribunales civiles como penales.

⁷⁸ La tramitación de los expedientes de responsabilidad contable en el ámbito interno de la Administración del Estado se regula en el Real Decreto 700/88, de 1 de julio, al que se refiere el artículo 20 (párrafo final del apartado segundo) del Reglamento de 26 de marzo de 1993.

Aunque el Reglamento de la LRJPAC al referirse a este tipo de responsabilidad utiliza el término *autoridades y funcionarios* cuando en el resto del articulado lo hace de *autoridades y demás personal*, hay que entender que la expresión funcionario está utilizada en sentido amplio —como en general ya indicamos sucede en materia de responsabilidad— desprovista de su significado técnico-formal, comprendiendo a todo sujeto que por el manejo de caudales o efectos públicos cause una lesión o perjuicio a la Administración pública, tal como resulta de la normativa aplicable contenida en la Ley General Presupuestaria⁷⁹ y en la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas⁸⁰.

La responsabilidad que venimos tratando exige diferenciarla de la responsabilidad ordinaria que la Administración pública puede exigir a su personal por los perjuicios causados a sus bienes y derechos, regulada en el artículo 145.3 de la LRJPAC y a la que se ha hecho referencia con anterioridad. La norma clave para establecer esta distinción se encuentra en el artículo 141.1 de la Ley General Presupuestaria al tipificar las conductas que motivan la responsabilidad contable. El determinar si una conducta del personal al servicio de las Administraciones públicas debe quedar sometida al régimen general de responsabilidad contenido en la LRJPAC y su Reglamento o a las normas propias de la responsabilidad contable resulta trascendente, ya que ambas regulaciones presentan diferencias notables, no sólo de procedimiento⁸¹ y revisión jurisdiccional, sino también sustanciales.

En primer término hay que precisar que frente a la discrecionalidad que hemos visto caracteriza la decisión de la Administración pública en el sistema ordinario, la normativa de la responsabilidad contable se inclina por la exigencia de tal responsabilidad, como se deduce de las terminantes expresiones utilizadas tanto por la Ley General Presupuestaria (artículos 140 y 141.1), como en la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas (artículo 38).

Asimismo, en cuanto a la cuantía del daño, mientras que el sistema general de la Ley 30/92 permite su modulación, pudiendo no alcanzar a la totalidad, según ha quedado indicado, en el supuesto de la responsabilidad contable la Ley

⁷⁹ El artículo 140 de la Ley General Presupuestaria se refiere a autoridades y funcionarios de *cualquier orden*.

⁸⁰ El artículo 38.1 utiliza la expresión genérica, sumamente amplia, de «*el que por acción u omisión contraria a la ley originase el menoscabo de los caudales o efectos públicos, quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados*».

⁸¹ El procedimiento para exigir la responsabilidad contable puede ser tramitado por el Tribunal de Cuentas (en el supuesto del apartado a) del artículo 141.1: *alcance o malversación*) o en vía administrativa regulada en el Real Decreto 700/88, de 1 de julio (restantes supuestos tipificados en el artículo 141.1 de la Ley General Presupuestaria).

del Tribunal de Cuentas es terminante (artículo 38.3), al establecer que comprenderá «*todos los perjuicios causados*».

Igualmente, existe una acusada diferencia en relación al control y legitimación para recurrir. Aparte de la intervención del Tribunal de Cuentas en sede de enjuiciamiento (artículo 41.2 de la Ley 2/82, de 12 de mayo), la responsabilidad contable admite una amplia legitimación al establecer el artículo 47.3 de la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas que «*será pública la acción*»; legitimación popular que es objeto de regulación en el artículo 56 de la Ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

VII. RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO POR VÍA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO: SU CARÁCTER PURAMENTE NOMINAL

El ordenamiento jurídico español conoce de otra posible vía para exigir responsabilidad directa a autoridades y funcionarios, aunque hasta el momento se haya revelado más retórica que efectiva. Se trata de la vía prevista en el artículo 26 de la Ley 3/81, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo. Este artículo establece:

«El Defensor del Pueblo podrá, de oficio, ejercitar la acción de responsabilidad contra todas las autoridades, funcionarios y agentes civiles del orden gubernativo o administrativo, incluso local, sin que sea necesaria en ningún caso la previa reclamación por escrito».

Se trata de legitimar a este órgano institucional del Estado para interponer acción de responsabilidad contra autoridades y funcionarios, tanto en vía civil como penal, con toda la amplitud que se recoge en el precepto.

Es una vía perfectamente compatible con la regulación general de la Ley 30/92, tal como se puso de manifiesto en el debate parlamentario de esta última norma⁸².

⁸² El Grupo Parlamentario Popular formuló una enmienda solicitando la expresa mención a «la responsabilidad que pueda ejercitar el Defensor del Pueblo». (Enmienda 524 en el Congreso de los Diputados). El portavoz socialista al rechazar la enmienda entendía que «es innecesario porque la forma en que aquí se regula no quiere decir que no permanezca esta responsabilidad en la que se habla, del Defensor del Pueblo, en la Ley que lo regula» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Régimen de las Administraciones públicas n.º 589. IV Legislatura, pág. 14.515). A pesar de la deficiente expresión que utiliza el portavoz socialista, según la transcripción del Diario de Sesiones del Congreso, resulta evidente su sentido.

Debe entenderse que cuando se trate de responsabilidad civil ante este orden jurisdiccional se ejercerá de conformidad al procedimiento establecido por la Ley de 1904, siendo de aplicación las consideraciones que en su momento quedaron efectuadas al tratar de la responsabilidad directa del funcionario frente a terceros.

Es preciso indicar que hasta el presente esta vía no ha sido operativa para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios, a pesar de las buenas intenciones con que está concebido el precepto. No se conoce que el Defensor del Pueblo haya utilizado la atribución que le confiere la Ley que ni siquiera es mencionada en los Informes anuales que eleva a las Cortes Generales.

Una vez más queda puesto de manifiesto la deficiente situación que la realidad ofrece en esta materia. A pesar de la normativa existente, razones de tipo diverso conducen de hecho a la impunidad patrimonial de autoridades y funcionarios, tanto respecto a terceros perjudicados como a la propia Administración pública. Y ya se ha visto cómo la vigente normativa no sólo no ha avanzado en esta exigencia de responsabilidad sino que ha contribuido a consagrar la inmunidad.