



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

FACULTAD DE DERECHO

**DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y
PROCESAL**

TESIS DOCTORAL

**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS AUTORIDADES
Y PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS**

Autora: Ana I. Fortes González

Director: Prof. Dr. D. Enrique Rivero Ysern

Salamanca, 2013



VNiVERSiDAD D SALAMANCA

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

FACULTAD DE DERECHO

**DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y
PROCESAL**

TESIS DOCTORAL

**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS AUTORIDADES
Y PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS**

Doctoranda:

Vº Bº Director:

Ana I. Fortes González

Prof. Dr. D. Enrique Rivero Ysern

Salamanca, 2013

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	Pág. 7
1.- Consideraciones previas y planteamiento del objeto de estudio.	7
2.- El principio de eficacia administrativa como fundamento último de la responsabilidad de las autoridades y demás personal al servicio de la Administración.	20
 CAPÍTULO I. EVOLUCION HISTÓRICA Y LEGISLATIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS AUTORIDADES Y EMPLEADOS PUBLICOS.	 30
1.-La responsabilidad civil de las autoridades y empleados públicos y su necesaria conexión con la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.	30
2.- Evolución normativa en España.	33
2.1. Antecedentes.	33
2.2. La responsabilidad civil de los funcionarios como primer estadio de la responsabilidad de la Administración. La Ley de 5 de abril de 1904 de responsabilidad civil de los funcionarios.	45
2.3. De un régimen de responsabilidad estrictamente personal de los funcionarios, hacia un régimen de responsabilidad patrimonial directa y objetiva de la Administración.	50
2.3.1 En el ámbito Local	53
2.3.2. Consolidación definitiva a nivel legislativo de un régimen general de responsabilidad directa y objetiva de la Administración: La Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.	59
2.3.3. La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957.	66
2.4. El enfoque constitucional. La Constitución española de 1978.	76
3.- Régimen jurídico vigente. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.	82

CAPÍTULO II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS AUTORIDADES Y EL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN. DELIMITACIÓN SUBJETIVA Y FUNDAMENTO. 105

1.- Los distintos tipos de responsabilidad en que pueden incurrir las autoridades y el personal al servicio de la Administración	105
1.1.- La responsabilidad penal.	107
1.2.- Responsabilidad disciplinaria.	114
1.3.- Responsabilidad patrimonial.	121
1.4.- La responsabilidad civil derivada del delito	124
2.- Imputación de la actuación del funcionario a la Administración pública	127
2.1.- La integración en la organización administrativa	128
2.2.- El ejercicio de funciones y servicios públicos como dato relevante.....	132
3.- El concepto de funcionario público a los efectos de la responsabilidad patrimonial.	137
3.1 El concepto legal de “autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”.	137
3.2. Personas que prestan sus servicios en entes de capital público que adoptan formas jurídico privadas (sector público económico).	145
3.3 Algunos supuestos controvertidos.	149
3.3.1. El funcionario de hecho.	149
3.3.2. Ejercicio por particulares de funciones públicas.	150
3.4. Notarios y Registradores.	154
3.5 Personal al servicio de la Administración de Justicia.	172
4.- Carácter subjetivo de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos. Fundamento de la misma	184

CAPÍTULO III. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS FRENTE A LA ADMINISTRACION POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LOS PARTICULARES. LA ACCIÓN DE REGRESO. 192

1.- La cobertura por la Administración pública de los daños y perjuicios causados por sus funcionarios.	192
--	-----

1.1. Justificación.....	192
1.2. Alcance y límites de la cobertura por la Administración	198
1.3. La cobertura subsidiaria de la Administración pública derivada de la responsabilidad civil <i>ex delicto</i> de las autoridades y personal a su servicio	202
1.4. Necesidad de que el particular dirija directamente su reclamación frente a la Administración pública cuyo funcionamiento ha causado el perjuicio	213
1.5. La contratación de seguros por parte de la Administración para cubrir la responsabilidad patrimonial de sus empleados.	218
2.- La acción de regreso.	226
2.1. Configuración legal y fundamento	226
2.2. Carácter obligatorio de la acción de regreso. El problema de la legitimación...	236
2.3. Consideraciones respecto a su virtualidad práctica.	249
3.- Requisitos para el ejercicio de la acción de regreso.	256
3.1. Identificación del autor material del daño.	257
3.2. El daño: concepto técnico-jurídico de lesión resarcible.	262
3.3. Daño indirecto al patrimonio administrativo: la indemnización previa.	268
3.4. Título de imputación.	272
3.5. Concepto de dolo, culpa y negligencia graves. Dificultades de su apreciación..	277
3.6. El nexo causal.	284
3.6.1. Problemas que plantea su determinación.	284
3.6.2. Varios sujetos productores del daño	285
3.6.3. El concurso de causas: la culpa de la víctima y el hecho de un tercero. ...	287
3.6.4. Culpa del funcionario en concurrencia con un funcionamiento anormal del servicio.	288
3.6.5 Ruptura del nexo causal.	289
4.- La indemnización.	292
4.1 Problemas que plantea su determinación.	292
4.2 Modulación de la indemnización.	294
4.3 Límite de la indemnización.	297
5.- Procedimiento administrativo en vía de regreso.	297

5.1. Plazo para el ejercicio de la acción de regreso.	299
5.2. Órganos competentes para iniciar, instruir y resolver el procedimiento.	305
5.3. Iniciación.	311
5.4. Instrucción del procedimiento.	314
a) Alegaciones del interesado	314
b) Informe preceptivo del servicio cuyo funcionamiento ha ocasionado el daño	315
c) La práctica de la prueba	317
d) Audiencia y vista del expediente	318
e) ¿Es necesario el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma?	319
5.5. Terminación del procedimiento.	322
CAPÍTULO IV. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS EN SUS BIENES Y DERECHOS	327
1.- Régimen Jurídico y consideraciones previas.	327
2.- Naturaleza jurídica y fundamento de la acción directa de responsabilidad por los daños causados a la propia Administración pública.	335
3.- Elementos de la responsabilidad patrimonial directa del funcionario frente a la Administración.	337
3.1. Elementos subjetivos	337
3.2. Daños a los bienes y derechos de la Administración.	339
3.2.1. El daño debe ser real y efectivo.	344
3.2.2. Evaluable económicamente.	344
3.2.3. Individualización del daño.	345
3.3.4. ¿Es necesaria la antijuridicidad del daño?	346
3.3. Imputación y nexo causal.	348
3.4. Necesidad de apreciar dolo, culpa o negligencia graves.	350
3.5. La indemnización.	357
4.- Procedimiento administrativo para depurar la responsabilidad por los daños y	

perjuicios causados a la propia Administración por las autoridades y personal a su servicio.	359
4.1. Introducción.	359
4.2. Plazo para el ejercicio de la acción.	361
4.3. Tramitación del procedimiento administrativo de exigencia de responsabilidad directa.	365
4.3.1. Iniciación	365
4.3.2. Instrucción	367
4.3.3. Resolución	368
5.- Conexión de la responsabilidad patrimonial con la responsabilidad disciplinaria y necesaria compatibilidad entre ambas.	371
6.- Compatibilidad entre la responsabilidad patrimonial y la responsabilidad penal. La responsabilidad civil <i>ex delicto</i>	378
CAPÍTULO V. LA RESPONSABILIDAD CONTABLE.	384
1.-Daños a la Administración y obligación de indemnizar derivada de la responsabilidad contable	384
1.1. Introducción.	384
1.2. Fundamento y finalidad de la responsabilidad contable	387
1.3. La determinación de la naturaleza jurídica de la responsabilidad contable. ...	390
2.- Concepto de responsabilidad contable.	399
3.- Supuestos constitutivos de responsabilidad: alcance, malversación y otros supuestos.	420
3.1. Los supuestos de alcance y malversación.	421
3.2. Infracciones administrativas constitutivas de responsabilidad contable	423
4.- Sujetos responsables.	426
4.1. Clases de responsabilidad contable: responsabilidad directa y responsabilidad subsidiaria.	426
4. 2. Causas de exención y atenuación de la responsabilidad.	434
5.- La indemnización.	435
6.- La prescripción de la responsabilidad contable.	438

7.- La exigencia de responsabilidad contable en vía administrativa.	441
7.1. Consideraciones previas.	441
7.2. La responsabilidad contable en vía administrativa: problemas que suscita. ...	445
7.3. Procedimiento administrativo de exigencia de responsabilidad contable.	453
7.3.1. Normativa aplicable.	453
7.3.2. Plazo de prescripción de la responsabilidad contable en vía administrativa	454
7.3.3. Tramitación del expediente administrativo de responsabilidad contable.	458
8.- La exigencia de responsabilidad contable en vía judicial	466
8.1. Delimitación del objeto de estudio	466
8.2. Las partes en el proceso judicial ante el Tribunal de Cuentas.	467
8.3. Las actuaciones previas: problemas que suscita su configuración legal.	472
8.4. El juicio de cuentas.	474
8.5. Procedimiento de reintegro por alcance.	478
9.- Compatibilidad entre la responsabilidad contable, la penal y la administrativa.	482
9.1. Compatibilidad entre la responsabilidad contable y la penal.	482
9.2. Compatibilidad entre responsabilidad contable y responsabilidad disciplinaria	490
10.- Reflexión sobre el régimen jurídico de la responsabilidad contable. Críticas y propuestas.	495
 CONCLUSIONES	 502
 BIBLIOGRAFÍA	 518

INTRODUCCIÓN

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS Y PLANTEAMIENTO DEL OBJETO DE ESTUDIO.

La actual configuración de nuestra Administración pública no es sino el fruto de una evolución histórica, cuyo hito fundamental es la proclamación del Estado social y democrático de Derecho en la Constitución de 1978, que la orienta indefectiblemente al servicio objetivo del interés general (art. 103.1)¹. Dicha evolución se constata en la profunda transformación que ha sufrido la Administración pública desde sus orígenes hasta nuestros días tanto en la organización administrativa, como en las funciones que ha ido asumiendo, así como en la propia forma de gestionar los servicios públicos².

En este contexto, la proclamación del Estado de Derecho se ha construido en torno a dos pilares básicos, el principio de legalidad y el principio de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, es por ello que no podemos resistirnos a citar la máxima ya clásica de HAURIOU cuando afirmaba que “hay dos correcciones de la prerrogativa de la Administración reclamados por el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al Poder público puede formularse en estos dos brocados: que haga pero que obedezca a la ley; que haga pero que pague el perjuicio”³. No cabe duda que estos dos principios lucen no sólo en preámbulo de nuestro Texto Constitucional (art. 9), sino que han sido ampliamente desarrollados y garantizados en nuestro ordenamiento jurídico.

¹ En este sentido, señala RODRÍGUEZ-ARANA, que “el Derecho Administrativo del Estado social y democrático de Derecho es un Derecho del poder público para la libertad, un Ordenamiento jurídico en el que las categorías e instituciones públicas han de estar orientadas al servicio objetivo del interés general, tal y como proclama solemnemente el art. 103 de la Constitución española de 1978”, en “El Derecho fundamental a la buena administración y la centralidad del ciudadano en el Derecho Administrativo”, SÁNCHEZ BLANCO, A., DOMÍNGUEZ-BERRUETA, M. y RIVERO YSERN, J. L. (Coords.): *El nuevo Derecho Administrativo. Libro Homenaje al Profesor Dr. Enrique Rivero Ysern*, Universidad de Salamanca, Ratio Legis, 2011, pág. 407.

² Para RODRÍGUEZ-ARANA son tres las modificaciones más importantes acontecidas en el ámbito de la propia Administración Pública: los cambios políticos, entre los que destaca la implantación generalizada de sistemas democráticos, los cambios económicos, principalmente la austeridad en el gasto público impuesta por la crisis fiscal del Estado Social, y los cambios en la forma de gestión del sector público, mediante la importación de técnicas desde el *management* privado y la devolución de actividades hasta ahora públicas a la sociedad civil; a ellos habría que añadir los cambios tecnológicos que han revolucionado los instrumentos de gestión. Todos estos cambios han influido sobre el funcionamiento de la Administración y sobre el comportamiento de los propios funcionarios, en “La caracterización constitucional de la ética pública: una aproximación positiva”, págs. 33 y 34, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *Códigos éticos: una apuesta concreta de gobernanza en positivo*, Netbiblio, Oleiros (La Coruña), 2009.

³ HAURIOU: *Précis de Droit Administratif*, 12ª ed. Paris, 1933.

Precisamente, el principio de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas se ha plasmado y aplicado de forma tan amplia en nuestro país, que parece quedar desvirtuada la finalidad intrínseca del mismo, convirtiendo a la Administración en una especie de aseguradora universal que responde por cualquier daño que su funcionamiento haya ocasionado a los ciudadanos. La protección de estos últimos se ha erigido como eje fundamental de la nueva orientación de las Administraciones públicas, hasta tal punto que la doctrina comienza a hablar de derecho fundamental a la buena administración⁴.

Sin embargo, estos mismos ciudadanos demandan no sólo un servicio objetivo y eficaz a los intereses públicos⁵, sino que exigen una Administración pública transparente en su actuación que justifique cómo y a qué destina los recursos públicos de los que dispone que, en definitiva, proceden de los propios ciudadanos⁶; y conscientes de que cualquier decisión sobre los mismos no es obra de un ente abstracto, sino de la voluntad de concretas personas físicas, reclaman igualmente, que se depure su responsabilidad personal cuando hayan incumplido sus obligaciones, pero no únicamente en el ámbito disciplinario o penal, mediante la aplicación de un régimen sancionador, sino que indemnicen los daños y perjuicios que su actuación ilegítima pueda ocasionar, esto es, que se exija su responsabilidad civil o patrimonial.

Respecto de esta última, y en el plano jurídico formal, nuestro Derecho Administrativo cumple sobradamente dichas expectativas desde principios del siglo pasado, en el que de forma específica se prevé un procedimiento para depurar la responsabilidad civil de los funcionarios y servidores públicos en la Ley de 5 de abril de 1904, de responsabilidad civil de los funcionarios públicos, hasta nuestros días, en que

⁴ TOMÁS MALLÉN, B.: *El derecho fundamental a una buena administración*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: "El derecho fundamental al buen gobierno a la buena administración de las instituciones públicas", *Revista de Estudios Locales. Cunal*, nº 100, 2007, y del mismo autor "El Derecho fundamental a la buena administración y la centralidad del ciudadano en el Derecho Administrativo", cit., y especialmente *El derecho a una buena Administración para los ciudadanos*, Netbiblio, INAP, 2013.

⁵ Señalado en el art. 103 de la Constitución. Precepto, según RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, cuya redacción "demuestra el profundo significado ético de la función y la esencia de la Administración Pública que no es otro que el servicio objetivo al interés general, al bienestar integral y permanente de los ciudadanos", en "La caracterización constitucional de la ética pública: una aproximación positiva", pág. 20, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *Códigos éticos: una apuesta concreta de gobernanza en positivo*, cit.

⁶ La vinculación entre eficacia y transparencia es esencial para poder conseguir una economía efectiva de los recursos y una mejora de los servicios, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: "La caracterización constitucional de la ética pública: una aproximación positiva", cit., págs. 36 y 37.

el art. 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, Ley 30/1992) dispone la obligación para las Administraciones públicas de exigir la responsabilidad de las autoridades y demás personal al servicio de las Administraciones públicas por los daños y perjuicios ocasionados en los bienes o derechos de los particulares o en los de la propia Administración, siempre que en su actuación pueda apreciarse la existencia de dolo, o culpa o negligencia graves.

A pesar de ello, es de sobra conocida la insatisfacción general de toda la doctrina y demás operadores jurídicos respecto de la aplicación práctica del régimen de responsabilidad patrimonial de las autoridades y demás empleados públicos en nuestro país pues, a excepción de la responsabilidad civil derivada del delito (cuya exigencia está sometida, con carácter general a la jurisdicción penal), y la responsabilidad contable (cuya exigencia se lleva a cabo por parte el Tribunal de Cuentas), la exigencia de la misma por parte de la Administración está prácticamente inédita a pesar de que, como hemos afirmado, desde principios del siglo pasado se han arbitrado distintos instrumentos legales que así lo permitían. De hecho, la exigencia de la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas, se ha considerado siempre una importante forma de control de la acción del Estado, además de cumplir la función propia de garantía patrimonial de la institución.

Esa función de control era destacada por GASCÓN Y MARÍN, quien afirmaba que la existencia de responsabilidad de los funcionarios es importantísima “para evitar el abuso del poder de la burocracia y asegurar garantías efectivas a los ciudadanos. No puede decirse que se viva en estado de derecho, si la responsabilidad del empleado no puede hacerse real. Precisa la existencia de leyes que la declaren y faciliten su exigencia y que la opinión pública reclame su efectividad”⁷. Estas palabras que se escribieron en el primer cuarto del siglo pasado fácilmente podrían trasladarse a nuestros días, y denotan la preocupación que en la época suscitaba el tema de la irresponsabilidad de los servidores públicos.

⁷ Vid. GASCÓN Y MARÍN, J.: *Derecho Administrativo*, 4ª ed., Madrid, 1929, pág. 317. El autor es consciente de que la Ley de 5 de abril de 1904 y el Reglamento de 23 de septiembre del mismo año, establecen una regulación que en absoluto facilita la exigencia de responsabilidad civil de las autoridades y funcionarios por parte de los ciudadanos lesionados, y ello porque, como veremos, los requisitos exigidos parecen establecidos precisamente para desincentivar cualquier intento.

Pero como es bien sabido, y a dar cuenta de ello dedicaremos el primer capítulo de este trabajo, desde finales del siglo XIX la creciente preocupación por garantizar la integridad patrimonial de los ciudadanos frente a la intervención del Estado hará escorar paulatinamente el peso de la institución, no ya hacia la actuación personal de las autoridades y empleados públicos, sino hacia el daño provocado por el funcionamiento de los servicios públicos, y por ende, por la propia Administración⁸; considerando, en un primer momento, responsable subsidiaria a la misma por los daños y perjuicios causados por sus funcionarios o agentes, para, hacia mediados del siglo pasado, consagrar la responsabilidad directa por los daños derivados del funcionamiento, ya sea normal o anormal, de los servicios públicos, objetivando de esta forma la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. De este modo, el particular lesionado no tendrá que identificar al funcionario o agente personalmente causante del daño, sino simplemente demostrar que se ha producido un perjuicio consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, evitando igualmente los inconvenientes de la posible insolvencia del presunto responsable, porque la Administración responderá (salvo que la responsabilidad derive del delito) de forma directa por los daños derivados de la actuación de su personal, sin perjuicio de que posteriormente pueda exigir dicha responsabilidad en vía de regreso .

Es innegable que en esta evolución histórica y legislativa, la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de la Administración ha discurrido en paralelo a la responsabilidad patrimonial de esta última, de tal forma que, si en un primer momento la irresponsabilidad del Estado por los daños causados a los ciudadanos se resolvía teóricamente en el reconocimiento legislativo de la exclusiva responsabilidad civil de sus funcionarios y agentes; la posterior consagración legislativa y constitucional (art. 106.2 de la Constitución española) de la responsabilidad patrimonial directa y objetiva de la Administración por los daños ocasionados a los particulares como consecuencia del desenvolvimiento de los servicios públicos, devino en el factor decisivo de la absoluta irresponsabilidad de hecho de los servidores públicos.

⁸ El mismo autor anteriormente citado, señalaba que “de nada serviría que el individuo pudiera recurrir contra las decisiones de la Administración, si el daño o perjuicio singular y anormal que éstas le ocasionan, no hubiera de ser indemnizado. La responsabilidad de la Administración es una de las condiciones esenciales del régimen administrativo, del Estado de Derecho, que aparece en nuestro tiempo como suprema garantía de los ciudadanos y complemento obligado de las garantías jurisdiccionales”, en GASCÓN Y MARÍN, J.: *Derecho Administrativo*, cit., pág. 537.

Por ello algunos autores se preguntan si no será ese, precisamente, el origen de la impunidad del personal al servicio de las Administraciones, es decir, el encuadre mismo de la responsabilidad personal de las autoridades y empleados públicos en el sistema general de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas cuando debiera formar parte del estatuto básico del empleado público⁹. No pensamos, sin embargo, que éste pueda ser el motivo de la irresponsabilidad patrimonial de los servidores públicos, ni tampoco que el encuadre de la misma en el régimen estatutario de los funcionarios públicos sea garantía de su exigencia, no ya por las dificultades que ofrece la inclusión en dicho régimen de las autoridades, sino porque cuando los daños se ocasionan a los particulares, se producen como consecuencia del desenvolvimiento de un servicio o actividad en el que, dada la complejidad organizativa de la Administración pública, raras veces podemos identificar la acción de una persona como único hecho generador del perjuicio. A mayor abundamiento, el posible daño ocasionado por un funcionario o agente de la Administración, desencadena la responsabilidad de esta última, por ello defendemos que la regulación de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y empleados públicos debe formar parte de la regulación del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, y por tanto de la competencia legislativa exclusiva del Estado (art. 149.1.18ª de la Constitución), y así lo ha entendido el legislador¹⁰.

Y es que no podemos pasar por alto que las Administraciones públicas en cuanto personas jurídicas se sirven de personas físicas que son las que adoptan las decisiones, las que las ejecutan, las que realizan la actividad material o técnica, en definitiva, las que actúan en nombre de y para la Administración en la que se integran o a la que sirven: son sus acciones o sus omisiones las potencialmente productoras de daños. Daños que, en aras de la protección que el ordenamiento jurídico dispensa a los ciudadanos y su garantía patrimonial, son asumidos por la Administración de forma tan amplia que ni siquiera se hace necesario demostrar una conducta irregular del causante de los mismos, pero, sin duda, su existencia no se puede obviar¹¹.

⁹ Es la tesis defendida por FREIRE AURICH, J. F.: *La responsabilidad personal de autoridades y funcionarios y el control de la Administración*, en la Universidad de Salamanca, 2005.

¹⁰ En idéntico sentido se pronuncia RIVERO YSERN, E.: “Notas sobre el sistema de responsabilidad patrimonial de las autoridades y funcionarios”, en DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. y JIMÉNEZ FRANCO, E. (Dirs.): *Los empleados públicos. Estudios*, Ratio Legis, Salamanca, 2006, pág. 315

¹¹ Coincidimos plenamente con las reflexiones de RODRÍGUEZ-ARANA cuando afirma que “la

Esa cobertura por parte de la Administración de los daños ocasionados a los particulares por los funcionarios y agentes públicos se ha extendido a determinados ámbitos en cierto modo cuestionables, como consecuencia de una interpretación expansiva del concepto “funcionamiento de los servicios públicos” efectuada tanto, por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como por la doctrina del Consejo de Estado, de tal forma que se hace preciso delimitar los títulos de imputación de la actividad dañosa del funcionario o agente a la Administración y en consecuencia al funcionamiento de los servicios públicos para, posteriormente, analizar el concepto de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas del art. 145 de la Ley 30/1992.

A ello destinamos el capítulo segundo, en el que además estudiaremos si esa extensión del concepto “funcionamiento de los servicios públicos” más allá del ámbito estrictamente administrativo, tiene su reflejo en la aplicación del régimen establecido en los arts. 145 y 146 de la Ley 30/1992 a otros funcionarios o empleados que prestan sus servicios en otro tipo de órganos, incluso a los llamados profesionales libres. Finalmente indagaremos en el fundamento subjetivo de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de la Administración, que es el que justifica su propia exigencia.

Quede dicho de antemano, que nuestro trabajo se circunscribe al estudio de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas en nuestro país tal y como aparece configurada en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo, es decir, de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios y agentes públicos frente a la propia Administración; pues como sabemos, la opción de la que anteriormente disponía el particular de dirigir su acción de resarcimiento frente al propio funcionario o agente, incluso de forma solidaria junto con la propia Administración ante la jurisdicción civil ha quedado definitivamente desechada tras la modificación de la Ley 30/1992, por la Ley 4/1999, de 13 de enero. De

Administración pública no es únicamente esa fría máquina de la que nos hablaba Max WEBER que ejecuta fríamente y neutralmente la ley; sino que la Administración pública está compuesta por personas que con defectos o virtudes procuran hacer lo mejor que pueden su trabajo y que a veces incurrir, en dolo, negligencia o culpa en su trabajo cotidiano. Supuestos en los que parece lógico que no responda única y exclusivamente la Administración, sino que, responda, porque es el causante del daño, el funcionario que actúa en determinado sentido y que provoca una determinada lesión o perjuicio en un derecho o en un bien de un ciudadano”, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: “Nuevas orientaciones sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública”, *Actualidad Administrativa*, nº 27, 2002, págs. 769 a 781.

manera que cuando los daños y perjuicios sean irrogados a los particulares, éstos ya no pueden dirigir su acción de resarcimiento directamente frente a la autoridad o funcionario presuntamente responsable de los mismos, sino que necesariamente habrán de ejercitar su reclamación frente a la Administración pública en la que se integra (art. 145.1 de la Ley 30/1992), y posteriormente, será la Administración la que deberá dirigirse en vía de regreso contra el responsable, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el art. 145.2 de la Ley 30/1992.

Para algunos autores este planteamiento constituye una de las causas de la irresponsabilidad de las autoridades y personal al servicio de la Administración, y es que la realidad corrobora que la Administración se muestra poco proclive a exigir la responsabilidad patrimonial en vía de regreso¹². La cobertura por la Administración de los daños ocasionados por su personal parece, efectivamente, la mejor solución desde el punto de vista del particular perjudicado, que no tendrá que identificar al presunto responsable, ni probar que su actuación ha sido dolosa o culposa grave, y evitará los inconvenientes que supone la posible insolvencia del mismo, lo que en principio resulta irreprochable. Lo que no es de recibo, y así lo estima la práctica totalidad de la doctrina, es que una vez que la Administración ha indemnizado al particular, ésta no ejercite la correspondiente acción de regreso que, si bien se había configurado desde mediados del pasado siglo con carácter potestativo, actualmente se establece como obligatoria, además de única vía de exigencia de la responsabilidad respecto de los daños irrogados a los particulares (al margen siempre de la responsabilidad civil derivada del delito), lo que para algunos autores, y para nosotros mismos, resulta absolutamente criticable.

Pero tampoco se ha exigido, con carácter general, la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de la Administración respecto de los daños causados en los bienes y derechos de la misma, lo que tradicionalmente se conoce como acción directa de la Administración frente al responsable salvo, una subespecie de la misma, la de responsabilidad contable, cuya regulación y exigencia –y esta puede ser la clave de su efectividad- queda al margen de la contenida en la Ley 30/1992, al estar caracterizada por derivar necesariamente de la responsabilidad específica que se predica de aquellos

¹² Así lo demuestra el estudio de la jurisprudencia al respecto en la que podemos encontrar alguna sentencia aislada procedente del Tribunal Supremo en la que se alude a la acción de regreso, y un puñado de ellas procedentes de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, e incluso, de algún Juzgado, en las que, por otro lado, se rechaza mayoritariamente la responsabilidad en vía de regreso por estimar que no se cumplen los requisitos exigidos legalmente para ello.

que manejen caudales o efectos públicos y por la necesidad de que incurran en infracción de la normativa presupuestaria o de la contable.

Al margen de la responsabilidad contable, la terca realidad revela la escasa o incluso nula operatividad de una regulación que cuenta con una cierta tradición, al menos en el plano jurídico-formal, en nuestro país, por ello se nos plantean una serie de interrogantes: ¿se trata como de una regulación que únicamente sirve para acallar conciencias, como sostienen algunos?, ¿cuáles son las causas de la no exigencia por parte de la Administración de la responsabilidad patrimonial que incumbe a funcionarios y agentes?, ¿resulta ésta la mejor solución para la propia Administración, como plantean otros autores?, ¿es soportable desde el punto de vista presupuestario un sistema de responsabilidad objetivo en el que los responsables personales de los daños no responden?, ¿esta irresponsabilidad *de facto* no redundaría en el incremento de las reclamaciones de responsabilidad por el anormal funcionamiento de los servicios públicos?

Por otro lado, la no exigencia de responsabilidades personales repercute necesariamente en el desprestigio de la propia Administración pública, la desconfianza de la opinión pública respecto de la actuación de los servidores públicos es cada vez más patente, y existe un soterrado convencimiento de que la responsabilidad patrimonial directa y objetiva de la Administración no ha hecho sino incrementar los supuestos de corrupción en nuestro país.

Desde luego, todo ello es indicador de algo que se nos antoja más que evidente y es que, en la práctica, nuestro actual sistema de responsabilidad patrimonial está desequilibrado, la garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos (a través de la responsabilidad patrimonial directa y objetiva de la Administración), no debe ser óbice para la exigencia, en su justa medida y con todas las garantías posibles, de la responsabilidad personal de quienes con su actuación han ocasionado daños o perjuicios mediante una conducta reprochable. Como afirmaba DE LA VALLINA (si bien se refería a la situación anterior a la modificación efectuada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, nos sirve igualmente para ilustrar esta reflexión), 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, sin embargo no resulta satisfactoria desde la perspectiva del interés general que debe presidir la correcta actuación de las

Administraciones públicas, plenamente sometida a la ley y al Derecho, “son las dos 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 estar presentes de forma equilibrada y ponderada en la regulación de la institución”, equilibrio que, en su opinión, no se daba en ese momento¹³. Aún después de la modificación de la Ley 30/1992, que ha reforzado legislativamente la obligación de la Administración de exigir la responsabilidad de su personal, no podemos afirmar que la situación haya cambiado sustancialmente¹⁴, resulta ostensible que algo falla en el engranaje jurídico de la institución.

Recordamos que la exigencia de responsabilidad patrimonial a las autoridades y personal al servicio de la Administración requería para GASCÓN Y MARÍN “leyes que la declaren y faciliten su exigencia, y que la opinión pública reclame su efectividad”. Es incuestionable que existen desde hace tiempo leyes que la declaran -aunque no lo es menos que no se aplican-, también lo es que en el momento actual la opinión pública reclama insistentemente su efectividad, por ello lo único que nos resta es preguntarnos si la regulación actual facilita su exigencia.

A ésta y a las cuestiones planteadas *up supra* nos proponemos dar respuesta en el presente trabajo, en la confianza de que el estudio de la regulación actual nos permitirá detectar dónde radican las deficiencias del sistema, a la vez que proponer soluciones que procuren una salida justa y equilibrada al problema de la irresponsabilidad de los funcionarios.

Somos conscientes de que la tradicional resistencia a exigir responsabilidades de nuestros servidores públicos pesa todavía muchísimo en nuestra práctica administrativa,

¹³ DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 274-275, mayo-diciembre, 1997, pág. 334.

¹⁴ Mucho más contundente se expresaba ARIAS SENOSEAÍN, M.: “Otra vez ¿el mayor peligro, el Estado? Reflexiones en torno a los orígenes y causas de las inmunidades del poder de las autoridades y funcionarios y a la técnica del “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica de la Administración Pública, como medio de defensa de los ciudadanos”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (Coord.): *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo I, Cívitas, Madrid, 1993, págs. 476 y 477, al afirmar que mientras no sea una “realidad real” la posibilidad de exigir una responsabilidad directa y personal, de manera eficaz, a las autoridades y funcionarios que por su dolo, culpa o negligencia grave o leve causen lesiones en los bienes y derechos que sufran los particulares, todo nuestro avanzado sistema de responsabilidad patrimonial estará viciado de origen, por la base.

y de que cualquier cambio es visto siempre con inquietud y desconfianza, fundamentalmente por parte de los funcionarios y empleados públicos, cuyas condiciones de trabajo, a veces, no son las más idóneas, ni en muchos casos se encuentran justamente remuneradas; falta fundamentalmente la conciencia de que los recursos públicos son de todos, y de que cuando una persona se pone al servicio de la Administración (ya sea como cargo público, autoridad o empleado público de cualquier tipo) adquiere unos derechos, pero también unos compromisos y unas obligaciones, de cuyo incumplimiento tendrá necesariamente que dar cuenta. Falta la conciencia de responsabilidad, de ello dependerá esencialmente el éxito de cualquier medida que se adopte al efecto¹⁵. Pero el problema práctico de base surge cuando las responsabilidades se tienen que depurar por los mismos responsables, en este caso, la Administración es juez y parte.

Como hemos avanzado, la metodología utilizada parte del análisis exhaustivo de la normativa vigente para buscar las posibles lagunas, deficiencias y disfunciones que dificultan la depuración real y efectiva de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de la Administración. En este sentido nos ha sido de gran ayuda las relativamente escasas, aunque importantísimas, aportaciones de la doctrina administrativista española, obstinada en buscar alguna explicación coherente que justifique la falta de exigencia por la Administración de dicha responsabilidad, pero también propuestas que traten de enmendar la situación de actual impunidad. Igual de valiosos, por escasos, son los pronunciamientos jurisprudenciales, cuyo minucioso estudio revela la falta de una línea jurisprudencial unánime, entre otras cosas, por la escasez de pronunciamientos al respecto del Tribunal Supremo. También nos hemos servido de la doctrina del Consejo de Estado y de la, mucho más abundante, doctrina del Tribunal de Cuentas

Los capítulos centrales de la tesis se dedican al estudio de las distintas clases de

¹⁵ Como atinadamente apuntan RIVERO ORTEGA, R. y MERINO ESTRADA, V., respecto de la percepción de la corrupción que se proyecta a nivel local, “para garantizar la integridad institucional las leyes por sí solas no bastan, se necesita algo más: un cambio de mentalidades”, de manera que “los cambios de mentalidades pueden ser favorecidos y propiciados por las leyes, pero no se producen si la disposición misma de las cosas no se orienta en tal propósito. Para que los responsables locales comiencen a variar malos hábitos y costumbres es preciso ensayar en la gestión municipal y provincial las propuestas formuladas desde la psicología cognitiva y la economía conductual, nuevas ciencias del comportamiento que últimamente también se proyectan sobre las políticas públicas y la reinención de las organizaciones”, en “Ejemplaridad pública, Nudgey Benchmarking local: herramientas del buen gobierno, la integridad institucional y la innovación democrática”, en *Revista Democracia y Gobierno Local*, nº 20, 2013, págs. 12 y 13.

responsabilidad patrimonial de las autoridades y demás empleados públicos frente a la Administración pública, en el entendimiento de que cada una presenta sus propias características y peculiaridades que exigen su análisis de forma independiente.

Comenzamos con la denominada acción de regreso contemplada en el art. 145.2 de la Ley 30/1992. En este sentido es imprescindible hacer alusión a los presupuestos para su ejercicio obligatorio por parte de la Administración pública, que nacen de la cobertura por la misma de los daños originados por sus funcionarios o agentes. Sin embargo, como veremos, el concepto que ofrece el art. 145.2 de la Ley 30/1992, no se corresponde exactamente con el mantenido por el Consejo de Estado, y con alguna sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa que consideran factible el ejercicio de la acción de regreso siempre que la Administración haya tenido que desembolsar una determinada cuantía o indemnización, al margen de cualquier procedimiento previo de responsabilidad patrimonial frente a la Administración. No es ésta, como expondremos, nuestra opinión al considerar que esa acción de regreso “impropia” es, en realidad, un supuesto de daños a los bienes y derechos de la Administración.

Por otro lado, si desde el punto de vista legislativo la acción de regreso frente a las autoridades y demás empleados públicos presupone siempre un procedimiento previo de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, no entendemos por qué no se les llama al proceso administrativo o contencioso-administrativo, en su caso, en cuanto titulares de derechos o intereses legítimos que pueden resultar afectados por la resolución que se dicte, ¿no facilitarían ello el posterior ejercicio de la acción de regreso? Pensamos que una de las causas de que la Administración no repita frente a su personal puede ser el enorme lapso de tiempo transcurrido, en la mayor parte de los supuestos, desde la comisión efectiva del hecho dañoso hasta la declaración judicial (que es donde termina normalmente la reclamación del particular) de la responsabilidad patrimonial de la Administración y su posterior pago por la misma. El transcurso del tiempo habrá supuesto irremediables cambios tanto en la jefatura como en la organización de las unidades administrativas, por lo que se pierde conexión con los que en origen eran superiores del empleado público; cuando no, y tratándose de autoridades, habrá supuesto en muchos casos la propia falta integración organización administrativa (un exalcalde, un exconsejero...). Si bien es cierto, que no se nos escapa el dato, de que ello podría

jugar a favor de la exigencia de dicha responsabilidad, por cuanto supone una mayor objetividad e imparcialidad por parte de quienes tienen la competencia para iniciar la acción de regreso. Por todo ello estimamos que se debería llamar al presunto responsable al procedimiento y mantener de esta forma la conexión que necesariamente existe entre ambas responsabilidades, además, por supuesto, de permitirle alegar lo que a su defensa estime oportuno.

Afirmábamos más arriba, que falta en la sociedad española la conciencia de responsabilidad, pero también falta un procedimiento específico que promueva y facilite su exigencia. La parquedad y las lagunas normativas que la actual regulación del art 21 del Real Decreto 429/1993 –regulador del procedimiento administrativo- presenta, han sido puestas de manifiesto no sólo por la doctrina que se ha ocupado del tema, sino también por la jurisprudencia que improvisa soluciones según los casos. Por ese motivo dedicamos buena parte del capítulo tercero a su estudio.

Nos parece esencial el establecimiento de un procedimiento en el que se determinen exactamente los órganos competentes para su iniciación y resolución más allá de las indeterminadas remisiones a las normas reguladoras de la distribución de competencias; que se determine igualmente el plazo de prescripción de la acción tanto en vía de regreso como de la acción directa, así como el *dies a quo* en cada caso y los posibles supuestos de suspensión del mismo; también es necesario que se aclare normativamente cuál es el plazo de duración del procedimiento, y por supuesto que se arbitren mecanismos suficientes que garanticen los derechos del presunto responsable en el mismo.

Procedimiento, por cierto, aplicable a la exigencia de responsabilidad por la Administración derivada de los daños causados en sus bienes o derechos y que tratamos en el siguiente capítulo. Al respecto debemos destacar que llama poderosamente la atención el escaso interés doctrinal que suscita la responsabilidad patrimonial de los funcionarios por los daños y perjuicios ocasionados en los bienes y derechos de la Administración¹⁶. Quizás la falta de tratamiento doctrinal venga propiciada por la remisión que el propio art. 145.3 de la Ley 30/1992 realiza al mismo procedimiento

¹⁶ Salvo destacadas excepciones entre las que se encuentra RIVERO YSERN, E. que dedicó dos trabajos a su estudio: “La responsabilidad civil frente a la Administración pública”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1973 y “La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, enero-febrero-marzo, nº 177, 1973.

previsto para el ejercicio de la acción de regreso, a cuyo estudio remiten igualmente los autores que tangencialmente la han tratado. Sin embargo, pensamos que entre una y otra existen importantes diferencias, incluso distinta finalidad, por lo que se hace preciso el análisis de todos y cada uno de sus elementos, remitiéndonos igualmente a los aspectos comunes del procedimiento administrativo en vía de regreso, pero haciendo hincapié en aquellos que son privativos de la acción directa de responsabilidad patrimonial y que le otorgan sustantividad propia.

En cuanto a su depuración y exigencia por la Administración, y a tenor de los supuestos que llegan a los tribunales, y que de alguna forma son orientativos de su aplicación real, se observa su efectividad precisamente en un ámbito en el que la disciplina y la responsabilidad son consustanciales al mismo –nos referimos a las Fuerzas Armadas e Institutos de naturaleza militar-, pero en el que se maneja una normativa específica, el todavía vigente Real Decreto 567/1979, de 22 de febrero, que regula el procedimiento a seguir en los expedientes administrativos que se sustancian para determinar la responsabilidad de esta naturaleza de los funcionarios encargados de la custodia, utilización y mantenimiento del material y efectos de los Ejércitos, que resulta aplicable también a los miembros de la Guardia Civil¹⁷, y cuya regulación difiere en el tratamiento de algunos de sus requisitos de la general establecida en el art. 145.3 de la Ley 30/1992, lo que plantea algunos problemas de índole interpretativa a la hora de su aplicación.

Además, nos interesa especialmente, en este capítulo cuarto, destacar la conexión existente entre esta responsabilidad patrimonial directa frente a la Administración y la responsabilidad disciplinaria en aquellos supuestos en los que causar daños forma parte del tipo de la infracción disciplinaria. Esta innegable conexión plantea algunas dificultades de orden práctico a las que aludiremos y nos sugiere algunas propuestas de *lege ferenda* que ayudarían a depurar ambas.

Finalmente, dedicamos el quinto y último capítulo al estudio de un supuesto específico de responsabilidad por daños y perjuicios a los bienes y derechos de la propia Administración pública, nos referimos a la responsabilidad contable en la que pueden incurrir aquellos que manejen caudales y efectos públicos.

¹⁷ De conformidad con lo establecido en el Real Decreto 485/1980 de 22 de febrero.

Como veremos la exigencia de responsabilidad contable está prevista específicamente desde principios del siglo veinte, siendo actualmente exigida y aplicada con relativo éxito por parte de un órgano constitucional *ad extra* de la Administración, el Tribunal de Cuentas, que cuenta con una regulación específica, excluyendo, por tanto, a la responsabilidad contable de la regulación general establecida en el art. 145 de la Ley 30/1992. Sin embargo, su tratamiento legal en distintas disposiciones, la propia determinación de los supuestos constitutivos de responsabilidad contable, así como la existencia de distintos cauces para su exigencia (jurisdiccional ante el Tribunal de Cuentas, que establece dos procesos, el juicio de cuentas y el procedimiento de reintegro por alcance, y administrativo ante la propia Administración) pone de manifiesto la existencia de una serie de problemas y disfunciones que hacen necesario un replanteamiento de su regulación e incluso de su propia configuración legal.

Sin embargo, nuestra intención no es tan pretenciosa, un estudio en profundidad de la responsabilidad contable podría justificar por sí mismo la elaboración de otro trabajo que la trate en exclusiva, por ello nos hemos centrado en el análisis del concepto de responsabilidad contable y su naturaleza jurídica, así como del procedimiento administrativo de responsabilidad contable regulado en el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, previsto para depurar determinados supuestos, fundamentalmente a los efectos de dilucidar si está justificada la regulación y exigencia de la responsabilidad contable al margen de la regulación general establecida en la Ley 30/1992, y el Real Decreto 429/1993.

2.- EL PRINCIPIO DE EFICACIA ADMINISTRATIVA COMO FUNDAMENTO ÚLTIMO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y DEMÁS PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

No queremos terminar esta introducción sin hacer referencia al que, pensamos, debe ser el fundamento último de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios y demás servidores públicos, es decir, el que justificaría por qué se debe exigir su responsabilidad patrimonial, el que explicaría por qué sí interesa que respondan.

Es evidente que el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración y el de sus funcionarios y agentes no es el mismo, mientras que la Administración responde cuando causa un daño o perjuicio antijurídico, estos últimos

responden cuando su conducta es antijurídica, entendida la antijuridicidad en sentido subjetivo como aquella conducta que provoca daños de forma intencionada, o de forma culposa o negligente grave. Sin embargo, aunque la existencia del dolo no plantea tantos problemas, no es fácil determinar cuando estamos en presencia de culpa o negligencia grave, por ello pensamos que el legislador debería dar algunas pautas que ayuden a su precisión desde los parámetros de las funciones y obligaciones que éstos asumen a partir del momento en que se ponen al servicio de la Administración, de tal forma que, si esas funciones y obligaciones se incumplen gravemente provocando daños a los particulares o a la propia Administración, deban responder por ello.

Pero esa exigencia de responsabilidad no responde únicamente a un principio de restitución patrimonial, sino que el instituto resarcitorio cumple además otras funciones. Funciones que han sido analizadas por algunos autores, entre los destaca el estudio llevado a cabo en su día por MIR PUIGPELAT, quien parte del análisis que la doctrina iusprivatista atribuye en general a la institución de la responsabilidad extracontractual¹⁸, para proponer su aplicación también a la responsabilidad de la Administración y, como veremos, también a la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos.

Por supuesto, la primera y principal función de la responsabilidad patrimonial de la Administración no puede ser otra que la *función reparadora* de los daños que ocasione el giro o tráfico administrativo, de hecho, se persigue la reparación integral del daño ocasionado, se trata de dejar indemne al lesionado¹⁹. Lo mismo podríamos decir de las dos acciones de responsabilidad previstas, respecto de los daños y perjuicios ocasionados por las autoridades y demás personal al servicio de la Administración, en el art. 145.2 y 3 de la Ley 39/1992 cuya finalidad es la obtención de una indemnización,

¹⁸ MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo enfoque*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, págs. 131a143, el autor hace un exhaustivo estudio de las funciones de la responsabilidad extracontractual en el ámbito civil, donde existe un general consenso entre los civilistas en señalar que la función primordial de la institución es la *reparatoria* o compensatoria, es decir, persigue la reparación de los daños producidos a las víctimas; una segunda función generalmente admitida es la *preventiva*, aunque en nuestro país con bastante resistencia por una parte de la doctrina civilista, cuyo principal exponente es PANTALEÓN PRIETO, F. (vid. nota al pie 221). Del resto de las funciones atribuidas a la institución, el autor, destaca dos: la función de *control social* de las actividades humanas; y la función *demarcatoria*, en la medida que delimita el área de las conductas y actividades a las que vincula el deber indemnizatorio, distinguiéndola de otra gran área contrapuesta, la de las conductas y actividades no generadoras de responsabilidad. Para finalizar, el autor no quiere dejar pasar por alto el enorme impacto que sobre dichas funciones ha tenido el fenómeno asegurativo y la progresiva extensión de la cobertura de la seguridad social.

¹⁹ Como señala MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo enfoque*, cit., pág. 144, el consenso en la doctrina administrativista es unánime.

por tanto, la reparación de un daño o perjuicio ocasionado, directa o indirectamente, a la propia Administración en cuya organización se inserta el responsable.

Sin embargo, en la acción de regreso el daño o perjuicio a reparar es indirecto, de forma que dicha responsabilidad sólo puede exigirse, cuando el particular lesionado ya ha sido indemnizado. Se trata, en definitiva de restituir a la Administración lo que ella previamente ha satisfecho. Pero a diferencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que persigue una reparación integral, la responsabilidad en vía de regreso puede modularse –y en consecuencia reducir la indemnización- en función de la aplicación distintos criterios²⁰, por lo resulta obvio que no se trata de hacer responder al funcionario o agente por el montante íntegro pagado por la Administración. En este sentido, no parece ésta la función esencial de la acción de regreso, entendiendo que el legislador al regular la acción de regreso, priorizó otras posibles funciones.

Por el contrario, los criterios anteriormente mencionados, no se aplican cuando de lo que se trata es de determinar la responsabilidad de las autoridades y funcionarios por los daños y perjuicios ocasionados en los bienes y derechos de la propia Administración en la que sirven (art. 145.2 de la Ley 30/1992) de lo que deducimos la obligación de reparación integral de los mismos, no podemos olvidar que, en definitiva, se trata de la función principal del instituto resarcitorio.

Pero también la responsabilidad patrimonial cumple y debe cumplir una *función preventiva*, tratando de evitar los daños causados por el poder público y sus agentes, mediante el incentivo que la eventualidad de tener que satisfacer una indemnización representa. Coincidimos con MIR PUIGPELAT cuando afirma que el “correcto y completo despliegue de esta función preventiva exige que la responsabilidad civil (y el estímulo que representa) alcance no sólo a la Administración, como organización, sino también a las concretas personas físicas que la integran y actúan a su servicio”²¹. Ese carácter preventivo se vio reforzado notablemente tras la reforma del art. 145.2 de la Ley 30/1992, por la Ley 4/1999, cuando estableció la obligatoriedad de la acción de

²⁰ La indemnización a satisfacer por el presunto responsable puede graduarse en función de una serie de criterios, entre otros: 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 (art. 145.2 de la Ley 30/1992).

²¹ MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo enfoque*, cit., pág. 145

regreso contra el agente causante del daño²².

La tercera función destacada por MIR PUIGPELAT y vinculada estrechamente a la anterior es la *función de control*, control del buen funcionamiento de los servicios públicos y que, como hemos visto, fue tempranamente apuntada por nuestros administrativistas²³, y a la que nosotros dedicaremos una especial atención, después de mencionar la última función que debe desempeñar el instituto de la responsabilidad de la Administración, esto es, la *función demarcatoria*. Para el autor, el conjunto normativo regulador de la responsabilidad de la Administración debe, configurarse como un sistema, que demarque y delimite con precisión y claridad las actuaciones que pueden generar responsabilidad y las que no²⁴.

La función de control es, asimismo, destacada por REBOLLO PUIG al considerar que el régimen general de la responsabilidad de la Administración, además de constituir una garantía esencial de los administrados, perspectiva desde la que la consagra la propia Constitución (art. 106.2), es un cauce capital del control del funcionamiento de los servicios públicos y, en definitiva, de la Administración y de sus autoridades y funcionarios²⁵. Por ello resulta ineludible conceder la importancia adecuada a las funciones de la responsabilidad, de tal forma que la responsabilidad debe configurarse de tal modo que cumpla todas y cada una de las funciones indicadas²⁶.

Esa función de control de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y empleados nos parece fundamental, pero debemos advertir que el hecho de que dicha responsabilidad se exija por la propia Administración lo convierte, en definitiva, en un tema interno de control del cumplimiento eficaz de sus obligaciones, y del buen

²² Si bien, esta función preventiva puede quedar cercenada o incluso eliminada, como el propio autor reconoce, por la incidencia del aseguramiento de la responsabilidad de los funcionarios por parte de la Administración, al pagar esta última las primas del seguro de responsabilidad civil de funcionarios y agentes, en MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo enfoque*, cit., págs.145 y 146.

²³ Entre ellos GASCÓN Y MARÍN, J.: *Derecho Administrativo*, cit., pág. 317, y más recientemente por GARCÍA DE ENTERRÍA.

²⁴ MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo enfoque*, cit., pág. 149, considera, además, que esta función se encuentra estrechamente vinculada a la necesidad de certeza del Derecho, expresada técnicamente a través del principio de seguridad jurídica, imprescindible tanto para el interés general como para el correcto funcionamiento de los servicios, como para los propios ciudadanos.

²⁵ REBOLLO PUIG, M.: “Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en SÁINZ MORENO, F. (Dir.): *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004, págs. 215 y 216

²⁶ MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo enfoque*, cit., pág. 353.

funcionamiento de los servicios públicos. Lo que conecta el tema de la responsabilidad patrimonial con el principio de eficacia. Principio de eficacia que debe presidir la actuación de las Administraciones públicas tal como ordena el art. 103.1 de la Constitución²⁷.

Tradicionalmente el tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración se ha abordado el punto de vista de las garantías individuales²⁸, que junto con el principio de legalidad y su garantía en el recurso contencioso-administrativo, constituyen los pilares fundamentales del Estado de Derecho y del propio Derecho Administrativo. Desde esta óptica, se viene destacando, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, la importancia de la consolidación en nuestro país del principio de responsabilidad patrimonial directa y objetiva de la Administración en detrimento de la responsabilidad civil del funcionario y personal al servicio de la misma²⁹.

Por ello nos interesa abordar el tema desde la perspectiva de la posición constitucional de las Administraciones públicas para, como señala MARTÍN REBOLLO, afirmar que la responsabilidad patrimonial está en el mismo centro de esa concepción como derivación esencial de la cláusula del Estado social y democrático³⁰ de

²⁷ Precepto constitucional que es de aplicación a todas las Administraciones públicas, como ha precisado el Tribunal Constitucional, entre otras, en la Sentencia 85/1983, de 25 de octubre.

²⁸ SANTAMARÍA PASTOR, L.A.: *Principios de Derecho Administrativo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pág. 63.

²⁹ Así lo pone de manifiesto BLANQUER CRIADO, D.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Ponencia especial de Estudios del Consejo de Estado*, Ministerio de Administraciones Públicas, Colección de Estudios, Madrid, 1997, pág. 104, cuando señala que “desde la perspectiva de la protección y satisfacción de los intereses públicos, el énfasis se pone en garantizar la eficacia administrativa mediante la exoneración de responsabilidad personal a los funcionarios y autoridades. Se dice que la exigencia de esa responsabilidad puede mermar la eficacia, ya que el temor a una eventual responsabilidad personal produce en el funcionario una tendencia abstencionista. Si la actividad puede ser fuente de responsabilidad personal, la inactividad puede ser la respuesta del funcionario temeroso, y esa inactividad termina perjudicando la eficacia administrativa y la recta satisfacción de los intereses generales”. Si bien para el autor esa concepción prescinde de la diferencia entre actividad técnica y jurídica de la Administración.

³⁰ La vinculación entre responsabilidad y democracia es analizada de manera excelente por BLANQUER CRIADO, D.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, cit., págs.104 y ss., al transcribir el Dictamen del Consejo de Estado nº 1136, de 20 de junio de 1996, que nos permitimos reproducir: “el principio constitucional de responsabilidad de los Poderes Públicos dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución no se agota con la responsabilidad personal de la Administración, sino que se extiende y proyecta sobre la responsabilidad personal de las autoridades y cargos públicos, no puede ignorarse que la responsabilidad de las autoridades es una consecuencia natural de un Estado democrático de Derecho. La democracia no se manifiesta sólo en la participación ciudadana en los asuntos públicos, sino también, y de forma igualmente capital, en la responsabilidad de quienes asumen la digna tarea de contribuir a la satisfacción de los intereses públicos. No cabe propugnar la responsabilidad formal del acto frente a la irresponsabilidad personal de las autoridades; democracia y responsabilidad son dos instituciones jurídicamente inseparables”. Afirma, además en la pág. 119 del mismo estudio que “la esencia democrática y por tanto responsable de las Administraciones públicas no

Derecho, que luce en el pórtico de nuestra Constitución³¹.

En este contexto, el autor considera que a las Administraciones públicas les corresponde, como afirma el artículo 103.1 de la Constitución “servir con objetividad los intereses generales” y actuar “de acuerdo con los principios de eficacia y sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”; dado que a la Administración le incumbe cumplir fielmente y hacer cumplir las leyes y actuar los fines constitucionales se requerirá a veces su abstención, pero en otras muchas ocasiones su intervención, su actividad, esto es su buen funcionamiento. Muchos de los preceptos constitucionales, efectivamente, precisan de la acción de la Administración. En definitiva, lo esencial es que la Administración sea efectivamente un instrumento al servicio de la sociedad, al servicio de los intereses generales, y no caiga en la permanente tentación de erigirse en un fin en sí misma”³².

Si es, por tanto, en la Administración pública, donde juega verdaderamente la efectividad de los postulados constitucionales, corresponderá al Derecho Administrativo, en su doble vertiente de instrumento garantizador de los ciudadanos y de herramienta del poder, esbozar las técnicas que tiendan a facilitar el cumplimiento de los fines constitucionales de aquellas. Esto es, potenciar la eficacia, lograr la correcta prestación de los servicios públicos que las Administraciones gestionan. Para el autor eficacia y control, son los dos pilares constitucionales del artículo 103.1 de la Constitución. La eficacia depende también de los sistemas de control, pues una vez sentado que lo decisivo es la calidad y el servicio, lo que después interesa es que la Administración esté controlada, que sea transparente y responsable de su actividad. Por

exige de forma ineludible que el lesionado tenga acción directa contra el funcionario o autoridad causante del daño. Lo que no consiente aquel rasgo democrático es que no haya ni acción directa contra el funcionario o autoridad, ni vía de regreso de la Administración contra el servidor público causante del daño. O hay acción directa contra el funcionario o autoridad o hay un obligatorio ejercicio de una efectiva vía de regreso. Lo que no cabe en un Estado social y democrático de Derecho es la consagración de la inmunidad de las autoridades y funcionarios públicos...”

³¹ MARTÍN REBOLLO, L.: “La responsabilidad patrimonial de la Administración Local”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal I*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 595 a 596, según el autor, a partir de este planteamiento, que no es incompatible, antes al contrario, con el punto de vista garantizador, se pueden abordar algunos de los problemas que, tanto desde el plano ideológico como técnico, plantea la teoría de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas; vid. también MARTÍN REBOLLO, L.: “Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, Vol. III, Civitas, 1991, pág. 2787.

³²MARTÍN REBOLLO, L.: “La responsabilidad patrimonial de la Administración Local”, cit., págs. 597 y 598; y en “Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas”, cit., pág. 2789.

ello para el autor la responsabilidad patrimonial y la justicia administrativa, son el reverso de la eficacia³³.

Pero, como el propio autor reconoce, la eficacia depende de factores, que en buena medida escapan al Derecho, aunque se relacionen con él y, en última instancia, depende de los empleados públicos y de una política de personal que por encima de espejismos simplistas o intereses privados, prime al competente y estimule el mérito y la capacidad³⁴.

Es desde esta perspectiva desde la que nos interesa abordar el principio de eficacia de la actuación administrativa, principio al que, por cierto, se recurre en los últimos años para justificar cualquier reforma administrativa, lo que permite hacernos una idea del peso del mismo en el ámbito jurídico-administrativo³⁵.

Sin embargo, debemos advertir que a pesar de su consagración a nivel constitucional, la doctrina se ha planteado, si tal principio es susceptible de desplegar efectos jurídicos específicos, o si por el contrario la eficacia es simplemente un mero valor o estado ideal que se predica de la actividad administrativa³⁶. En este punto la doctrina está dividida, pues mientras para algunos autores, dicho principio carece de consecuencias jurídicas prácticas³⁷, para otro sector doctrinal la inserción del principio en el Texto Constitucional es plenamente consciente, y por ello mismo capaz de desplegar los efectos jurídicos oportunos, en esta misma línea encontramos algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (Sentencias 178/1989, de 2 de noviembre, y 22/1984 de 17 de febrero) que vienen admitiendo sin ningún reparo la naturaleza jurídica del principio de eficacia.

³³De este modo propone adoptar la óptica de la gestión de los servicios, en la medida en que la teoría de la responsabilidad, en sus fundamentos constitucionales, contribuye a diseñar por reacción el modo concreto de gestión del servicio y en este sentido contribuye, al principio esencial y prioritario que es el de la eficacia, obligando a tener en cuenta las secuelas indemnizatorias como parte de las técnicas de gestión de aquel, en MARTÍN REBOLLO, L.: “Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas”, cit. pág. 2790.

³⁴ MARTÍN REBOLLO, L.: “La responsabilidad patrimonial de la Administración Local”, cit., pág. 598.

³⁵ Eficacia, pero también eficiencia del gasto público. Así, desde hace algunos años las reformas administrativas puestas en marcha se encaminaban en esta dirección, vid. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 25 y 26, y dada la situación económica actual se trata de una prioridad.

³⁶ ARROYO YANES, L. M.: *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Ed. Tirant Monografías, Valencia, 1994, pág. 126.

³⁷ BAENA DEL ALCAZAR, M.: “Comentarios a la Constitución Española de 1978”, en la obra colectiva *Comentarios a las Leyes Políticas*” dirigidos por Oscar Alzaga Villamil. Tomo VIII, pág. 272.

Siguiendo a PAREJO ALFONSO, de la consagración en el art. 103 CE del principio de eficacia de la actuación administrativa, se deduce la formalización por el principio de eficacia de un valor o bien jurídicamente protegido, consistente en la realización efectiva de los intereses generales (es decir, los servicios públicos *lato sensu*), tal como estos sean predeterminados y encomendados al poder público administrativo por el ordenamiento jurídico (la “ley y el Derecho”)³⁸.

Por ello, los autores que postulan la plena efectividad jurídica del principio de eficacia, consideran claro que dicho principio opera respecto de las relaciones *ad extra* de la Administración pública, pero también se plantean su aplicación en el ámbito de la organización,³⁹ y concretamente en materia de personal. Y ello es así en la medida que “el personal determina el rendimiento de cualquier organización. En este sentido decimos que las personas no son uno de los elementos que integran la organización, sino que las personas son la organización... La eficacia y la mayor productividad de cualquier organización se fundamenta en las capacidades y en las actitudes de los empleados”⁴⁰.

Por otro lado, el propio Tribunal Constitucional ha conectado (Sentencia 178/1989, 2 de noviembre) el principio de eficacia y el régimen jurídico de los empleados públicos por una razón lógica, la eficacia administrativa como resultado, depende en buena parte del principal medio de actuación con que cuenta la Administración para poder llevar a cabo sus fines: los empleados públicos⁴¹. Pero no sólo de ellos, sino fundamentalmente de las autoridades, de la clase política, de los que en última instancia procede la adopción de decisiones.

En definitiva, el que la Administración sea eficaz en su desenvolvimiento depende básicamente del factor humano, depende del actuar de personas físicas, que son las que toman las decisiones y las llevan a la práctica, son por tanto los servidores públicos quienes deben actuar con sometimiento a la ley y al derecho, quienes deben ser objetivos e imparciales. Eficacia no ya de la gestión de los servicios públicos, sino de

³⁸ El autor ha tratado el principio de eficacia en diferentes estudios, entre ellos, PAREJO ALFONSO, L.: *Eficacia y Administración: tres estudios*, Boletín Oficial del Estado, 1996; “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *Documentación Administrativa*, nº 218-219, 1989; y “El reto de la eficaz gestión de lo público”, *Revista de Ciencias Sociales*, nº 129, 1999.

³⁹ Al respecto puede consultarse, URANGA COGOLLOS, C.: “El principio de eficacia en la organización administrativa: hacia una Administración por sistemas”, *Documentación Administrativa*, nº 218-219, abril-septiembre, 1989.

⁴⁰ En *Modernización y cambio en las Administraciones públicas. La misión del INAP*, Documento Marco, Instituto Nacional de Administración Pública, 1996, pág. 16.

⁴¹ ARROYO YANES, L. M.: *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, cit., pág. 134.

los gestores y empleados de los servicios públicos⁴², de los que depende el funcionamiento de los mismos, a los que se les debe exigir responsabilidad, como parte del control⁴³.

Como certeramente apunta NEVADO-BATALLA, se trata de entroncar eficacia con responsabilidad, esto es, la imputación de responsabilidad como consecuencia de la ausencia de resultados que puedan calificar a una actuación como eficaz. En este sentido considera la regulación establecida en los arts. 139 a 146 de la Ley 30/1992 un importante instrumento de garantía y control de la vigencia del principio de eficacia en las Administraciones públicas, aunque reconoce su falta de aplicación práctica al igual, por cierto, que de los códigos de buena conducta o de buenas prácticas administrativas⁴⁴.

Precisamente, respecto de estos últimos, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de enero de 2005 (primer instrumento en el que, según RODRÍGUEZ-ARANA, se recoge entre nosotros el concepto del buen gobierno aplicado al ámbito público), dispone que los deberes en él incluidos serán exigibles jurídicamente en los términos previstos en el ordenamiento jurídico “lo que, sin embargo, como sabemos no implica que puedan sancionarse todos los incumplimientos de todos los deberes que se

⁴² Pero, como afirma RODRÍGUEZ-ARANA, para poder desempeñar su tarea con eficacia necesitan, además de los medios y condiciones de trabajo adecuados, un constante esfuerzo en su competencia profesional para consolidar una Administración que no es una entidad abstracta, sino en la que se integran personas tan reales como los ciudadanos a los que sirven, y ellos mismos ciudadanos también. Detrás de cada expediente están las aspiraciones de un ciudadano, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*, cit., pág. 26.

⁴³ En la misma línea BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 105, enero-marzo, 2000, pág. 40, al compartir el criterio de quienes estiman que la responsabilidad civil extracontractual de las Administraciones públicas no tiene una función exclusivamente resarcitoria, sino que se trata asimismo de un principio de orden de la propia Administración y que sirve al principio constitucional de eficacia. En consecuencia, afirma, “comparto también la idea de que si el sistema protege al ciudadano pero deja inmune al funcionario culpable, se perpetúan las condiciones que dieron origen a la responsabilidad”.

⁴⁴ NEVADO-BATALLA MORENO, P.T.: “Análisis jurídico del principio de eficacia en la actuación pública”, <http://www.acuentascanarias.org/Maspalomas2006/PonenciaPNevado.pdf>, pág. 11, ya que en su opinión, a pesar de que en los últimos tiempos ha surgido con fuerza el concepto de responsabilidad del gestor o directivo público, e incluso algunas leyes aluden a la responsabilidad por la gestión pública, una vez declarado el principio o el concepto de responsabilidad no se nos indica en qué se va a concretar esa responsabilidad, quién está legitimado para exigirla, ni el procedimiento a través del cual se debe encauzar la exigencia de responsabilidad. Por lo que a falta de normas específicas y entendiendo que estamos frente a una modalidad de responsabilidad patrimonial, la única vía jurídica abierta es la prevista en los artículos 139 a 146 de la Ley 30/92 y Reglamento de desarrollo. Igualmente del mismo autor se puede consultar “La materialización del principio de eficacia en el derecho español, ¿utopía o realidad?”, <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2003/16-tomo-1/16>.

establecen”⁴⁵.

Por ese motivo, coincidimos plenamente con NEVADO-BATALLA cuando afirma que, realmente, “la vía de la responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de la Administración, puede ser o de hecho es, en verdad, la salida para dotar de virtualidad al principio de responsabilidad por la ausencia de eficacia en la gestión pública, pero lo que está fuera de toda duda es que de continuar la impunidad en la realización de actuaciones que menoscaban el interés general tanto desde un plano patrimonial como de crédito frente a los ciudadanos –legitimidad por rendimiento–, la materialización del principio de eficacia o lo que es lo mismo, el cumplimiento de los mandatos normativos que así lo exigen, va a resultar todavía una meta muy lejana de alcanzar”⁴⁶.

⁴⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*, cit., pág. 88. En las siguientes páginas el autor hace un repaso de los principios básicos, éticos y de conducta que aparecen recogidos en el mencionado instrumento.

⁴⁶ NEVADO-BATALLA MORENO, P.T.: “Análisis jurídico del principio de eficacia en la actuación pública”, cit., pág. 11.

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y LEGISLATIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS AUTORIDADES Y EMPLEADOS PÚBLICOS

1.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS AUTORIDADES Y EMPLEADOS PÚBLICOS Y SU NECESARIA CONEXIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

La responsabilidad del personal al servicio de la Administración pública puede ser analizada desde ópticas diferentes, teniendo en cuenta las distintas situaciones de las que dicha responsabilidad puede surgir, sin embargo, cuando nos referimos a su responsabilidad civil o patrimonial su configuración jurídica se encuentra íntimamente relacionada con la propia evolución de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en España.

Actualmente, tanto la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, como la de las autoridades y demás personal a su servicio, se encuentran reguladas en el Título X, capítulos I y II respectivamente, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y desarrollada por el Reglamento regulador de los Procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Dicha Ley vino a confirmar el sistema de responsabilidad patrimonial directa y objetiva de la Administración pública que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, y que fue consagrado a nivel constitucional por el art. 106.2 de la Constitución española de 1978, según el cual “[l]os particulares, en los términos establecido por la ley, tendrán derecho a ser indemnizado por 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 de los servicios públicos”.

Ahora bien, la existencia de un sistema de responsabilidad patrimonial directa y objetiva de la Administración no significa, o al menos no debe significar la absoluta exoneración de la responsabilidad en que puedan incurrir las autoridades y demás personal a su servicio, sino que como hemos señalado dicha responsabilidad se establece en el capítulo II del mencionado Título X de la Ley 30/1992, concretamente

los arts. 145 y 146, que regulan respectivamente, la exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas y la responsabilidad penal, siendo el estudio de la primera la que centrará el objeto del presente trabajo.

La vigente configuración legal es consecuencia, como inmediatamente se expondrá, de la evolución histórica y legislativa del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en nuestro país, por este motivo, consideramos necesario hacer, siquiera, un breve recorrido histórico que nos dará las pautas para su correcta comprensión. Ello es así, en la medida que la responsabilidad civil de los funcionarios y autoridades al servicio de la Administración pública se configuró como el primer estadio de la responsabilidad de la Administración, pues hasta hace relativamente poco tiempo, la Administración era totalmente irresponsable de los daños causados a los particulares (salvo alguna referencia legislativa aislada, como veremos), con el argumento de que la idea de soberanía resultaba incompatible con toda idea de responsabilidad, la famosa regla del Derecho anglosajón *the king can do not wrong* se aplicaba igualmente en nuestro Derecho⁴⁷, de manera que la única vía al alcance de los particulares que habían sufrido un daño como consecuencia de la actividad administrativa era la de dirigir su acción indemnizatoria contra los funcionarios públicos personalmente responsables de la lesión ante la jurisdicción civil (cierto es que, como inmediatamente veremos, esta vía tampoco estaba exenta de trabas).

La legislación posterior introduce, primero de forma subsidiaria y, posteriormente, ya de forma directa, el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios ocasionados a los particulares como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, manteniendo la posibilidad de que el perjudicado pueda exigir directamente la responsabilidad civil de la autoridad o funcionario presuntamente responsable de los mismos ante la Jurisdicción civil.

La evolución ulterior, hace recaer todo el peso de la institución en el reforzamiento de las garantías del ciudadano, estableciendo un sistema amplio y generoso de responsabilidad patrimonial directa, objetiva y, podríamos añadir “exclusiva” frente al

⁴⁷GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 12ª ed., Civitas, Madrid, 2011, págs. 371 y 372.

lesionado⁴⁸, de la Administración pública por los daños y perjuicios irrogados a los particulares como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, y que lo convirtió, en palabras de la propia doctrina, en uno de los más completos y modernos de nuestro entorno⁴⁹.

Hoy en día, es tan amplio el reconocimiento de la responsabilidad directa y objetiva de la Administración que desde hace algunos años, empieza a ser cuestionado por la mayoría de la doctrina, aunque con enfoques y planteamientos diferentes⁵⁰. Amplitud de un sistema responsabilidad patrimonial que contrasta con la absoluta impunidad *de facto* de las autoridades y personal a su servicio, pues a medida que la Administración fue ampliando su responsabilidad patrimonial, no sólo ya de forma directa, sino de forma objetiva, esto es con independencia del elemento subjetivo de la culpa o negligencia, paradójicamente sus empleados se han visto en la práctica exonerados de la misma, lo que es, a todas luces, contrario a los principios constitucionales de legalidad y eficacia que debe presidir el funcionamiento de la Administración.

Nuestro sistema de responsabilidad patrimonial, tal y como aparece configurado hoy, requiere de la exigencia real y efectiva de responsabilidades a las autoridades y personal al servicio de la Administración, como contrapeso absolutamente necesario para que se equilibre y no corra el riesgo, bastante probable, de que acabe resquebrajándose. No podemos pasar por alto que la configuración actual de la responsabilidad directa y objetiva de aquella exige una Administración eficaz, cuyo presupuesto imprescindible es que el funcionario o agente actúe con profesionalidad y responsabilidad. Según GARCÍA MACHO esta idea ya fue percibida y plasmada por el

⁴⁸ DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coord.): *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, Dykinson, 2007, pág. 213.

⁴⁹ MARTÍN REBOLLO, L.: “La responsabilidad patrimonial de la Administración en el panorama europeo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 24, 1980, págs. 17 a 35

⁵⁰ Entre los primeros autores que comienzan a plantearse esta cuestión, PANTALEÓN PRIETO, F.: “Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, *Documentación Administrativa*, nº 237-238, 1994; GARRIDO FALLA, F.: “Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 94, abril-junio, 1997; MARTÍN REBOLLO, L.: “La responsabilidad de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica”, en *Documentación Administrativa*, nº 237-238, enero-junio, 1994, y del mismo autor, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: un balance y tres reflexiones”, *Revista de Administración Pública*, nº 91, enero-abril, 1999; posteriormente, por citar alguno, MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Hacia un nuevo sistema*, cit.; o REBOLLO PUIG, M.: “Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en SÁINZ MORENO, F. (Dir.): *Estudios para la reforma de la Administración pública*, cit.

legislador cuando establece la responsabilidad del funcionario por culpa o negligencia grave y por dolo⁵¹. A juicio del autor, el principio de responsabilidad por lesión puede agrietarse, si como contrapartida el funcionario en la práctica es irresponsable, es decir, “tiene que existir una conexión directa y necesaria entre ambas responsabilidades, pues en caso contrario no podrían aplicarse planamente las leyes sobre responsabilidad directa y objetiva de la Administración (inseguridad jurídica), so pena de un aumento sustancial del gasto público”. Precisamente, esto último es lo que ha ocurrido en nuestro país en los últimos años.

En definitiva, podemos concluir que la responsabilidad patrimonial de la Administración, y la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal a su servicio se encuentran necesariamente conectadas, no olvidemos que la Administración, en cuanto persona jurídica, actúa mediante personas físicas que son las que, en última instancia, adoptan las decisiones y actúan, siendo por tanto responsables de los daños que ocasionen. Ahora bien, la garantía de los derechos de los ciudadanos ha propiciado la cobertura de dicha responsabilidad por la persona jurídica, eximiendo de responsabilidad las actuaciones culposas o negligentes de su personal, y respondiendo únicamente frente a la propia Administración en la que se integran cuando su actuación es manifiestamente irregular o infringe de forma flagrante el ordenamiento jurídico (responsabilidad subjetiva, manifestada en la exigencia de dolo, culpa o negligencia graves), e indirectamente ante el particular lesionado por su actuación (que no puede reclamar directamente la responsabilidad de las autoridades y funcionarios en vía administrativa); o cuando los daños y perjuicios ocasionados lo son a los bienes y derechos de la propia Administración en la que sirven.

2.- EVOLUCIÓN NORMATIVA EN ESPAÑA.

2.1. Antecedentes.

Ya hemos expuesto que sobre la base del principio de irresponsabilidad del Estado surge la admisión de una responsabilidad personal de los funcionarios, si bien en todos los países dicha responsabilidad se matiza con distintas limitaciones (materializadas en

⁵¹ GARCÍA MACHO, R.: “Función pública y responsabilidad”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 15, 1986, pág. 102. Además, para el autor, las posibles negligencias de los funcionarios son pagadas por todos, lo cual infringe el principio establecido en el art. 31.2 de la Constitución española de que el gasto público se realice con un criterio de eficiencia y economía.

trabas procesales, necesidad de una autorización previa, etc.) que dificultaban en la práctica su depuración.

Pues bien, desde el mismo momento en que se pone de manifiesto la preocupación por la irresponsabilidad del Estado, ésta se resuelve en la responsabilidad personal de los funcionarios o agentes de la Administración. Posteriormente, ambas instituciones han evolucionado de forma paralela, supliendo una las deficiencias de la otra, por ello estimamos necesario un estudio conjunto de su evolución histórica. Efectivamente, creemos que no se trata de instituciones autónomas, si bien cada una de ellas presenta elementos y peculiaridades propias que iremos precisando.

El nacimiento de la responsabilidad patrimonial tal y como hoy podemos concebirla surge con el advenimiento del Estado de Derecho. En el Estado absoluto, se identificaban la persona del Príncipe y su familia, se independiza la actitud humana de la sobrenatural de la Teología, por el principio de considerar al hombre dueño de sus actos. Durante esta época impera la máxima de que “el Soberano al poderlo todo, puede realizar incluso lo injusto (sin responsabilidad)”. Esta doctrina de la irresponsabilidad, continúa durante los siglos XVII y casi todo el siglo XVIII. Será con la Revolución francesa cuando surge la responsabilidad de los órganos que ejercen el poder público⁵². Se separan en las relaciones de Derecho público, el Estado de sus agentes, siendo posible perseguir a estos últimos por una acción de responsabilidad pecuniaria.

Sin embargo, subsiste todavía la irresponsabilidad de la Administración, fundamentada en la teoría de la distinción entre los actos de *imperium* (donde la Administración actúa como poder) y los actos de gestión (donde la Administración actúa como persona privada). Cuando la Administración obraba como poder del Estado, no podía ser responsable, así, indicaba DUGUIT, las nociones de “soberanía” y “responsabilidad” son nociones que se excluyen; el que crea el Derecho no debe ser responsable de la violación del mismo, que no puede efectuarse por acto de la voluntad soberana, pues si los actos son conformes a la ley, no hay violación del derecho, base de

⁵² La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, que luego recogería la Constitución francesa de 1791 afirmaba en su artículo 2º que: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos del hombre naturales e imprescriptibles. Son estos derechos: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”; y el art. 17 disponía que: “Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie podrá ser privado de ella, a no ser cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija de forma evidente y bajo la condición de una justa y previa indemnización”.

la responsabilidad, si no lo son, es el órgano, es el agente público el que faltó y el que debe responder⁵³.

Sólo en los actos de gestión privada del Estado podría admitirse que éste pudiera responder como cualquier otra persona moral, aplicándole los principios del Derecho civil, así señala GASCÓN Y MARÍN que “la irresponsabilidad se ha defendido sosteniendo que la Administración, entidad abstracta, obra por sus funcionarios; si éstos se mantienen en la esfera de lo dispuesto, legalmente no debe existir responsabilidad; si faltan al Derecho, el hecho ilícito es un hecho personal, del que sólo ellos personalmente deben responder”⁵⁴.

De este modo, la responsabilidad civil del agente ha sido el primer estadio de la evolución de la institución que, para GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, supone una doctrina no madura, que siguiendo la formulación, ya clásica de LAFERRIÈRE, no cree compatible los conceptos de soberanía y responsabilidad, y que desconoce la teoría del órgano⁵⁵.

En este sentido podemos afirmar que el instituto resarcitorio en Derecho Administrativo hunde sus raíces en la ideología liberal, pues, es precisamente en esta etapa, cuando se dan los presupuestos que harán posible el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a mantener la integridad patrimonial frente a la creciente intervención del poder público en la sociedad.

Efectivamente, según pone de manifiesto TENA YBARRA, la idea moderna de responsabilidad se forja gracias a la formulación de dos principios en torno a los cuales se estructura en su nacimiento el Estado de Derecho: de un lado la personalidad del Estado, que hace posible concretar un centro de imputabilidad; y de otro, el principio de división de poderes cuyo significado de garantía orgánica de libertad individual, “implicaba al mismo tiempo la expresión racionalista de un criterio de diferenciación funcional en torno al cual se agrupaban idealmente todos los posibles supuestos de la actividad del Estado”⁵⁶. Sin embargo, como afirma el autor anteriormente citado, si el

⁵³ DUGUIT: *Les transformations du Droit Public*, Librairie Armand Colin, Paris, 1913, págs. 222 y ss. , citado por GASCÓN Y MARÍN, J.: *Derecho Administrativo*, cit., pág. 538.

⁵⁴ GASCÓN Y MARÍN, J.: *Derecho Administrativo*, cit., pág. 539.

⁵⁵ GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, J. L.: “Función pública y acciones de responsabilidad civil”, *Revista de Administración Pública*, nº 39, 1962, pág. 200.

⁵⁶ TENA YBARRA, J. I.: “Desarrollo y perspectivas del principio de responsabilidad civil de la

principio de garantía individual actuaba por sí solo en el funcionamiento del poder legislativo y del poder judicial, no ocurría lo mismo respecto del poder ejecutivo, donde los derechos de los ciudadanos comienzan a chocar con la ingente intervención del Estado, sobre todo en la actividad de policía, y en la cada vez más notoria intervención en materia de fomento y servicio público.

Pese a que los postulados del Estado de Derecho garantizan la libertad y la seguridad de los individuos, cuya manifestación por excelencia es la garantía de la propiedad privada, en la práctica se va a tropezar con un fuerte obstáculo, la incompatibilidad de la idea de soberanía con la de responsabilidad. Esta inmunidad patrimonial del soberano encontró su expresión en la famosa regla formulada por los juristas ingleses y que es trasladable a todos los sistemas de occidente, “*The king can do no wrong*” (el Rey no puede hacer ilícito). Se considera la soberanía como poder ilimitado⁵⁷, como consecuencia no se puede hacer responsable al Estado de los daños causados por sus propios actos.

Junto a ello se planteaba otro problema de orden jurídico, cual era la dificultad de imputar al poder público como instancia creadora del Derecho el elemento antijurídico de la culpa, el único admitido, por otro lado como fuente de responsabilidad, para lo cual se acudió a la distinción ya mencionada entre actos de *imperium* y actos de gestión, siendo únicamente estos últimos los generadores de una responsabilidad, que si bien se imputaba a los funcionarios o agentes, en virtud de los criterios de la culpa *in eligiendo* o *in vigilando*, sería asumida subsidiariamente por la Administración.

A medida que se incrementaba la acción estatal, también aumentan las fricciones con los particulares, todo lo cual evidenciaba las carencias de este sistema de responsabilidad asentado sobre la aplicación de criterios de derecho privado -solamente cubre las actuaciones contrarias a Derecho-, y sobre la responsabilidad personal de los funcionarios públicos. Estas insuficiencias fueron parcialmente corregidas por las doctrinas organicistas; pero aún quedaban fuera los supuestos de daños causados a los particulares por actuaciones perfectamente lícitas.

Administración”, en *Revista de Administración Pública*, nº 6, 1951, págs. 178 y ss.

⁵⁷ALESSI, RENATO: *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1951, pág. 141, donde señala que “a la soberanía le repugnan limitaciones externas provenientes de sujetos extraños al Estado, pero no le repugnan autolimitaciones de la misma soberanía”.

Será fundamentalmente a partir de este momento cuando los esquemas comienzan a cambiar, planteándose la necesidad de sustituir los criterios civilistas por otros de Derecho público. Esta es la pauta seguida por la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Sin embargo la generalización del principio de responsabilidad de la Administración se produce por vías diferentes. Mientras en los ordenamientos anglosajones tiene lugar por vía legislativa, en los ordenamientos continentales se debe fundamentalmente a la labor de la jurisprudencia, sin olvidar las importantes aportaciones doctrinales que contribuyen a romper, de forma decisiva, con la irresponsabilidad de la Administración pública.

En España, la aceptación del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración fue más bien tardía si tenemos en cuenta el entorno europeo, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1983 (RJ/ 1983/4498) *“la consagración y acogimiento de tal realidad no ha sido producto de un día sino de un largo peregrinar”*, peregrinar que se remonta a finales del siglo XIX donde, con carácter sectorial se declara la responsabilidad de determinados entes públicos.

Durante este lapso de tiempo, desde que se plantea la necesidad de cubrir los daños y perjuicios ocasionados por el desenvolvimiento de la actividad del Estado, hasta su pleno reconocimiento legislativo y constitucional, la responsabilidad civil de los funcionarios y agentes de la Administración jugó un importante papel, al menos en el plano teórico, aunque con distinta intensidad legislativa, como veremos, en función de los vaivenes políticos.

Podemos afirmar que hasta la entrada en vigor del Código civil de 1889, la única responsabilidad que se admite con carácter general es la penal, aunque dicha responsabilidad puede llevar aparejada la del resarcimiento de los perjuicios ocasionados. En este sentido podemos citar la Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812⁵⁸, que acogiendo los principios del liberalismo democrático, como el principio de división de poderes o el de la soberanía nacional y aunque establece la inmunidad del

⁵⁸ No es nuestra intención realizar un estudio pormenorizado de tan importante Norma Constitucional, a ello se dedican numerosos estudios en nuestra doctrina, sino únicamente nos interesa destacar la preocupación por la responsabilidad de las autoridades y funcionarios en dicho texto, así lo han estudiado LORENTE, M. y GARRIGA, C: “Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la Administración (1812-1845). Una propuesta de revisión”, en *Constitución en España: orígenes y destinos*, Ed. Iñurrategui, J. M. y Portillo, J. M., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

monarca (entendiendo que la persona del Rey es sagrada, art. 168) en varios de sus preceptos alude a la responsabilidad personal de autoridades y funcionarios, responsabilidad que las Cortes generales y extraordinarias regularon pormenorizadamente en el Decreto CCXLIV de 24 de marzo de 1813, de “Reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos”⁵⁹.

Dicho Decreto de 1813 regula la responsabilidad de los magistrados y jueces por un lado, y la de los demás empleados públicos por otro⁶⁰, estableciendo para estos últimos que “los empleados públicos de cualquier clase que, como tales y a sabiendas abusen de su oficio para perjudicar a la causa pública o a los particulares, son también prevaricadores y se les castigará con la destitución de su empleo, inhabilitación perpetua para obtener cargo alguno, y resarcimiento de todos los perjuicios, quedando además sujetos a otra pena mayor que les esté impuesta por las leyes especiales de su ramo” (art. I del Capítulo II). Respecto de los magistrados y jueces, el art. III del Capítulo I señalaba que “si el magistrado o juez juzgase contra derecho, a sabiendas, por soborno o por cohecho, esto es, porque a él o a su familia le hayan dado o prometido alguna cosa, sea dinero u otros efectos o esperanzas de mejor fortuna, sufrirá, además de las penas prescritas en el precedente artículo, la de ser declarado infame y pagar lo recibido, con el tres tanto para los establecimientos públicos de instrucción”, y el mismo castigo establece en el art. II del Capítulo respectivo para los empleados públicos que cometiesen prevaricación por soborno o cohecho.

Aunque, como hemos visto, los artículos mencionados mezclan los distintos tipos de responsabilidad, en opinión de RIVERO YSERN, y aunque se refiera básicamente a la responsabilidad penal, se atisban en esta norma aspectos de la responsabilidad civil de autoridades y funcionarios⁶¹, así el art. III del Capítulo relativo a los empleados públicos, regula la responsabilidad disciplinaria y civil señalando que, el que “por descuido o ineptitud use mal de su oficio, será privado de empleo y resarcirá los

⁵⁹ En Colección de los Decretos y Órdenes de las Cortes Generales y Extraordinarias, desde el 24 de febrero de 1813 hasta el 14 de septiembre de 1813, Tomo IV, Imprenta Nacional, Madrid, 1820.

⁶⁰ Establece distintas vías para la exigencia de la responsabilidad de los empleados públicos, siendo, en cualquier caso los Tribunales ordinarios los competentes. Así contempla la acción popular para actuar en contra de los empleados públicos por los delitos cometidos en el ejercicio de sus facultades (art. VI), además de otras vías ante las que pueden deducirse las distintas pretensiones, diferenciando ante quién pueden deducirse, a quién corresponde su calificación y los jueces y Tribunales competentes para conocer de los delitos en función de la categoría de los empleados públicos.

⁶¹ RIVERO YSERN, E.: “Notas sobre el sistema de responsabilidad patrimonial de las autoridades y funcionarios”, en DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. y JIMÉNEZ FRANCO, E. (Dirs.): *Los empleados públicos. Estudios*, cit., pág. 317.

perjuicios que haya causado, quedando además sujeto a las otras penas que les estén impuestas por las leyes de su ramo”.

Se trata por tanto de una norma importantísima en el sentido de ser la primera regulación unitaria de la responsabilidad de las autoridades y demás empleados públicos, sin embargo, dudamos de su aplicación por cuanto la Constitución de Cádiz fue abrogada por Fernando VII el 4 de mayo de 1814, declarando nulos los Decretos de las Cortes Generales y Extraordinarias, que sean depresivos de los derechos y prerrogativas de su soberanía. La restauración de la monarquía tradicional durante los seis años que siguientes suponen la absoluta irresponsabilidad de autoridades y funcionarios, pues no se consideraban sino representantes del Rey y por tanto inviolables.

La situación se mantiene hasta 1820 con el levantamiento del General Rafael del Riego. Los liberales restauran el régimen democrático constitucional de 1812, en el denominado trienio constitucional, pues se mantuvo hasta 1823. En lo que a responsabilidad de los funcionarios públicos se refiere es de destacar la promulgación de la Ley del Código Penal, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey y mandado promulgar en 9 de julio de 1822⁶². Dicha norma mantiene la regulación del Decreto de 24 de marzo de 1813, aunque precisa el concepto de empleado o funcionario público, y regula detalladamente los delitos y las culpas en que podían incurrir en el ejercicio de sus cargos, así como las respectivas sanciones.

A imitación de la Constitución francesa del año VIII, que en su art. 75 establecía la exigencia de una autorización previa para proceder judicialmente contra los órganos administrativos⁶³, la Constitución española de 1845, reconoció como principio la necesidad de esta autorización, que se desarrolló mediante reglamento de 25 de septiembre de 1863⁶⁴. Sin embargo, como consecuencia de las transformaciones sufridas por las instituciones a raíz de la revolución de 1868, la Constitución de 1869,

⁶² Colección de los Decretos y Órdenes Generales expedidos por las Cortes desde el 1 de marzo hasta el 30 de junio de 1822, Tomo IX, Imprenta Nacional, Madrid, 1822.

⁶³ Dicha autorización previa en Francia la tenía que otorgar el Consejo de Estado, en España se discutía si debía ser otorgada por un cuerpo consultivo, un tribunal de índole administrativo, o el superior jerárquico de aquel contra quien se dirige el proceso, en SANTAMARÍA DE PAREDES, V.: *Curso de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Establecimiento tipográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1888, pág. 118.

⁶⁴ Como señala POSADA, A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1897, pág. 349, en España la necesidad de autorización previa se aceptó como principio regulador de las relaciones entre los Tribunales y la Administración “para que no se destruya el de la recíproca independencia de los Poderes”.

en su art. 30, dispuso que no fuese necesaria la previa autorización para procesar ante los Tribunales ordinarios a los funcionarios públicos cualquiera que fuese el delito que cometieren⁶⁵.

Durante toda esta etapa aunque en los textos constitucionales se muestra una cierta preocupación por establecer la responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios como un modo de controlar la acción administrativa, lo cierto es que la realidad ponía de manifiesto la absoluta impunidad de los empleados públicos (algunas veces por la existencia de la autorización previa; otras, por cuanto se limitaba *de facto* el enjuiciamiento por la justicia de las actuaciones de los funcionario y autoridades), en una época de convulsiones políticas y de corruptelas en todos los ámbitos de la Administración⁶⁶.

No podemos, por lo tanto, hablar de reconocimiento y aplicación con carácter general, de la responsabilidad civil de funcionarios o autoridades, ni tampoco de responsabilidad patrimonial de la Administración, pero sí de una cierta preocupación por controlar el ejercicio del poder y de forma sectorial limitarlo a través de la mencionada exigencia de responsabilidad en vía penal.

Sí se regula de forma expresa la que hoy denominamos responsabilidad contable y que podemos considerar como una especialidad de responsabilidad directa de los funcionarios frente a la Administración, así tanto en la Ley de 25 de junio de 1870, que regula la jurisdicción del Tribunal de Cuentas del Reino, como en el Reglamento de 28 de noviembre de 1893, se hace referencia a la responsabilidad que contrae el funcionario respecto de la Administración en materia de rendición de cuentas y percepción de sueldos⁶⁷.

Por su parte el art. 14 de la Constitución española de 1876, se refiere a la responsabilidad civil y penal de los funcionarios cuando establece que “[l]as leyes

⁶⁵ POSADA, A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, cit., pág. 349.

⁶⁶ Así, reconocía SANTAMARÍA DE PAREDES, V.: *Curso de Derecho Administrativo*, cit., págs. 118 y 119, que si bien “la autorización previa formó parte de las medidas que en el año VIII hubieron de tomarse bajo el gobierno del primer Cónsul, para fortalecer el Poder administrativo en medio del desquiciamiento general de la época”; posteriormente, “la autorización previa ha degenerado a veces en égida protectora de la arbitrariedad administrativa para enervar la acción de la justicia y hacer ilusorio el principio de responsabilidad del Poder ejecutivo. Por eso se ha visto defendida y combatida sistemáticamente en las luchas políticas, para robustecer la acción de los Gobiernos o para impedir su arbitrariedad”.

⁶⁷ POSADA, A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, cit., pág. 348.

dictarán las reglas oportunas para asegurar a los españoles en el respeto recíproco de los derechos que este título les reconoce, sin menoscabo de los derechos de la Nación, ni de los atributos esenciales del poder público. Determinarán asimismo la responsabilidad civil y penal a que han de quedar sujetos según los casos, los Jueces, autoridades y funcionarios de todas las clases, que atenten a los derechos enumerados en este título”; y su art. 77 establecía que “una Ley especial determinará los casos en que haya de exigirse autorización previa para procesar ante los Tribunales ordinarios, a las autoridades y agentes”⁶⁸.

En la esfera local podemos encontrar referencias expresas a la responsabilidad civil que surge de los daños provocados por los agentes públicos, tanto a los particulares como a la propia Corporación, en la Ley Provincial de 29 de agosto de 1882⁶⁹, así el art. 90 señala que los “Gobernadores y Diputados provinciales son personalmente responsables, con arreglo a las leyes, de los daños y perjuicios que se originen por la ejecución ó suspensión de los acuerdos de las Diputaciones provinciales”, regulando el art. 130 los supuestos de responsabilidad de las mismas: 1º por infracción manifiesta de la ley en sus actos o acuerdos, 4º por negligencia u omisión de que resulte perjuicio á los intereses o servicios que les están encomendados, abuso o malversación en la administración de sus fondos; y estableciendo el art. 132 que “[l]a responsabilidad podrá exigirse a las Diputaciones o a los Diputados provinciales ante la Administración o ante los Tribunales de justicia. Ante la Administración, por hechos y omisiones culpables en el ejercicio de sus funciones cuando no llegan a constituir delito. Ante los Tribunales de justicia, por hechos u omisiones en el ejercicio de sus funciones cuando éstos constituyen delito según el Código. La responsabilidad sólo se exigirá a los Diputados que hubieren incurrido en la omisión o tomado parte en el acto o acuerdo que la motive”. Igualmente en la Ley Municipal de 2 de octubre de 1887, cuyo art. 180 establecía que los Ayuntamientos y concejales incurren en responsabilidad: 1º por infracción manifiesta de la Ley en sus actos y acuerdos, y 3º por negligencia u omisión

⁶⁸ Para GASCÓN Y MARÍN, J.: *Derecho Administrativo*, cit., págs. 321 y 322, puesto que tal ley no se había dictado, no era precisa la autorización previa, si bien la autoridad administrativa podía estimar que el conocimiento de ciertos hechos correspondía a su jurisdicción y suscitar cuestión de competencia a la autoridad judicial. El autor pone de manifiesto la polémica doctrinal sobre la exigencia de autorización previa para procesar judicialmente a los funcionarios, manifestándose Santamaría a favor de la misma, y en contra de su exigencia Posada y él mismo, al considerar que “las garantías de los funcionarios deben hallarse en el procedimiento judicial, en las mismas autoridades judiciales. Lo contrario, al admitir que la garantía administrativa sea necesaria, equivale a dudar del poder judicial y de su modo de enjuiciar”.

⁶⁹ VILA SERRA, J.: *Ley Provincial*, Valencia, Imprenta del autor, Biblioteca Jurídica de los Ayuntamientos y Juzgados Municipales, 1906.

de que pueda resultar perjuicio a los intereses o servicios que están bajo su custodia; por su parte el art. 181 señalaba que dicha responsabilidad sería exigible a los concejales ante la Administración o ante los Tribunales, según la naturaleza de la acción u omisión que la motive y sólo será extensible a los vocales que hubieran tomado parte en ella. Previamente, el art. 178 señalaba que los “Gobernadores, los alcaldes y los vocales de los ayuntamientos son personalmente responsables de los daños y perjuicios indebidamente originados por la ejecución o suspensión de los acuerdos de las corporaciones municipales”.

Respecto de la responsabilidad patrimonial de Administración del Estado, si bien, hay antecedentes normativos que la declaran con anterioridad al Código civil, no se hace referencia a la responsabilidad de los funcionarios, de la que el Código civil va, por primera vez, a hablar con carácter general⁷⁰.

Nuestro Código Civil de 1889, que contó con el precedente del Código francés de Napoleón de 1808, planteaba los términos de la responsabilidad civil en general configurando un sistema subjetivo basado en la culpa o negligencia del sujeto causante del daño.

Efectivamente, el art. 1902 del Código civil establecía “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. A su vez el art. 1903 en su párrafo quinto, que regulaba la responsabilidad por hecho de tercero, señalaba que “el Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior”.

Una interpretación correcta del artículo 1902 y concordantes del Código civil habría posibilitado, según GARCÍA DE ENTERRÍA establecer tempranamente un sistema de responsabilidad de la Administración⁷¹; sin embargo, tanto la Jurisprudencia

⁷⁰ GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, J. L.: “Función pública y acciones de responsabilidad civil”, cit., pág. 192.

⁷¹Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, págs. 146 y ss. Según el autor cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, deberá responder la Administración “no por la teoría de la responsabilidad por hecho de tercero, sino por el principio de responsabilidad por hechos propios, dado que el funcionario es un órgano de la Administración y a su través es ésta verdaderamente quien actúa”; por su parte, la Administración a tenor del art. 1904 del

como la mayor parte de la doctrina, interpretaron que la Administración únicamente podía responder cuando obraba a través de un agente especial⁷², ya que es el único supuesto en el que cabe presumir en ella la culpa *in vigilando* o *in eligiendo*; en los demás casos, dado que la Administración actúa normalmente a través de sus funcionarios, serán éstos los que respondan con su propio patrimonio por los posibles daños y perjuicios que pudieran ocasionar. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de enero de 1898 (desarrollada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1904), que señala al respecto que el Estado sólo era responsable cuando obrara a través de un agente especial, “*sin duda porque sólo en este caso cabe presumir la culpa o negligencia que es la base generadora de esta clase de obligaciones*”, pero no cuando la actuación era la de un funcionario en el desempeño de las funciones propias de su cargo, en cuyo supuesto el responsable es el propio funcionario “*pues no cabe suponer de parte del Estado culpa, ni siquiera negligencia, en la organización de los servicios públicos y en la designación de sus agentes, sino, por el contrario, la previsión humanamente posible*”⁷³.

Para la doctrina administrativista española de la época la Administración debía ser responsable, sin embargo, señala POSADA, el carácter colectivo de la Administración, ya en sí, ya en sus corporaciones autónomas, y la consideración de la misma como autoridad, complicaba la teoría de su responsabilidad. No obstante, el autor diferencia tres modos en que debía responder la Administración: a) la Administración debía ser responsable civilmente ante el Poder judicial de las consecuencias perjudiciales de la

Código civil podría repetir contra sus funcionarios. Esta interpretación fue la seguida de forma aislada en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1892; aunque posteriormente GARCÍA DE ENTERRÍA pondría de manifiesto que un estudio más detenido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo revelaba otros pronunciamientos en los cuales se reconocía que el Estado debía responder no ya sólo como “responsable subsidiariamente de actos realizados u comisiones de agente ninguno especial, sino en concepto de responsabilidad directa de los daños invocando al efecto el art. 1902 Cc.”; así las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1899 y 10 de mayo de 1963, vid. “La responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en Derecho español”, *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, nº 7, 1964, pág. 10.

⁷²El concepto de agente especial fue determinado por diversas sentencias del Tribunal Supremo, así las de 8 de julio de 1911 y 18 de febrero de 1914, entre otras, señalan que el agente especial es aquel “*que recibe un mandato o comisión concreta y determinada ajena al ejercicio de su cargo*”; en consecuencia no se podía considerar al agente especial como órgano de la Administración.

⁷³Con carácter general el Tribunal Supremo dio una interpretación tan restrictiva del art. 1903 del Código civil, que según ROYO VILLANOVA “bien puede afirmarse que en nuestro país no existía la responsabilidad civil de la Administración por razón de los daños causados por culpa de los funcionarios en el funcionamiento de los servicios públicos”, así cita, además de la sentencia de 18 de mayo de 1904, las sentencias de 11 de julio de 1911, de 18 de febrero de 1914, o 30 de diciembre de 1914, en ROYO VILLANOVA, A.: *Elementos de Derecho administrativo*, 14ª edición, Imprenta Castellana, Valladolid, 1934, págs. 147 y 148.

gestión administrativa; b) la Administración, como entidad colectiva, no debe ser responsable de las consecuencias criminosas de los actos de sus representantes; y c) la Administración debía ser responsable subsidiariamente de los daños ocasionados por faltas, delitos o errores cometidos por sus funcionarios en el desempeño de sus funciones, cuando éstos han procedido como sus representantes. En su opinión, además, la responsabilidad es consecuencia de la personalidad que tiene la Administración, que como tal, obra por medio de sus representantes, por lo que es preciso distinguir la responsabilidad directa de la Administración como entidad colectiva y la responsabilidad directa del funcionario⁷⁴.

Sin embargo, por el momento, los únicos declarados legalmente como responsables “personal y principalmente” de los daños y perjuicios ocasionados en el ejercicio de su funciones serán los funcionarios y agentes públicos.

Por otro lado, existe un ámbito específico en el que sí podemos encontrar referencias expresas a la responsabilidad civil de los funcionarios por los daños causados al Estado, nos referimos a la Administración militar que, como señala RIVERO YSERN, tiene minuciosamente regulados los procedimientos resarcitorios por los daños ocasionados al patrimonio castrense⁷⁵. Así, el Real Decreto de 6 de septiembre de 1882, que aprobó el Reglamento de Expedientes administrativos del Ramo de Guerra, declaraba en su art. 6 que “cuando las cosas o efectos destinados al servicio militar fuesen propiedad del Estado, las colectividades o personas a cuyo cargo estén con aquel fin, son responsables de su custodia y conservación por valor del importe de aquellos, en los términos que prevenga la legislación vigente”. Dicha regulación se fue completando posteriormente mediante la aprobación de distintas disposiciones que precisaban fundamentalmente aspectos procedimentales⁷⁶.

⁷⁴ POSADA, A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, cit., págs. 268-269.

⁷⁵ RIVERO YSERN, E.: “La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración”, cit. pág. 13.

⁷⁶ Vid. QUIROGA DE ABARCA, J. M^a: *La Administración militar y su responsabilidad patrimonial*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1988, pág. 477, entre las que cita el Decreto del Ministerio del Ejército de 25 de febrero de 1944, que establecía que el expediente se tramitará por personal perteneciente a arma o cuerpo distinto del que tuviera a su cargo los efectos, y algunos aspectos procedimentales. Este Decreto se complementó con una Orden Ministerial, de 26 de junio de 1944, y otra de 8 de agosto de 1946, sobre plazos, testimonios y trámites de la instrucción. La Orden de Ministerial de 11 de febrero de 1952, señala la autoridad competente para resolver los expedientes, y la Orden Ministerial de 11 de mayo de 1957, regulaba la declaración de inutilidad de material y efectos, propiedad de la Administración militar, para evitar falsas imputaciones de responsabilidad.

2.2. La responsabilidad civil de los funcionarios como primer estadio de la responsabilidad de la Administración. La Ley de 5 de abril de 1904 de responsabilidad civil de los funcionarios.

Para poder hacer efectiva la única responsabilidad que se reconoce, esto es, la personal del funcionario, se promulga la Ley de 5 de abril de 1904, de responsabilidad civil de los funcionarios públicos, desarrollada por el Reglamento de 23 de septiembre del mismo año, desarrollo reglamentario que viene a frustrar buena parte de los objetivos pretendidos por el inspirador de la Ley, Antonio Maura.

Se trata de una norma de suma importancia por cuanto, por primera vez, regula la responsabilidad civil de los funcionarios públicos de manera unitaria y general previendo una acción directa de los particulares ante la jurisdicción ordinaria. Si bien, más que una finalidad propiamente resarcitoria, parece que lo que pretendía era aportar un elemento de control de la actividad administrativa, fundamentalmente de la actividad jurídica, a través del control de la actividad de los funcionarios⁷⁷.

La Ley de 5 de abril de 1904 es esencialmente procesal, pues configura un proceso civil especial para la exigencia de responsabilidad civil en que pudieran incurrir los funcionarios civiles del orden gubernativo (con exclusión, por tanto, de los jueces, magistrados y funcionarios militares), cualquiera que sea su clase o categoría dimanante de una infracción imputable a ellos. Hay que reseñar que el concepto de funcionario manejado por la Ley es muy amplio, pues abarca “desde el Ministro de la Corona hasta el agente de la autoridad”, así como, a quienes ejerzan funciones en la Administración municipal o provincial designados por el Gobierno, por el ministerio de la Ley o por elección popular (Art. 1º de la Ley)⁷⁸.

La responsabilidad en que pueden incurrir los funcionarios deriva de la infracción, en el ejercicio de sus cargos, con actos u omisiones de algún precepto cuya infracción les haya sido reclamada por escrito, quedando obligados a resarcir al reclamante

⁷⁷ Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, en QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.) *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 550.

⁷⁸ Un estudio pormenorizado de este proceso de responsabilidad civil de los funcionarios puede consultarse en GUAITA, A.: “El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios administrativos”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. VI, 1953; en concreto el autor señala respecto del concepto de funcionario que la amplitud del mismo es equiparable al adoptado por el ya derogado Código Penal en su artículo 119, pág. 106.

agraviado los daños y perjuicios causados por tal infracción legal (art. 1º de la Ley). Es evidente que se trata de una responsabilidad personal del funcionario infractor del precepto legal, no obstante, conforme al artículo 2º de la Ley, responderán igualmente sus herederos, y el superior jerárquico que apruebe expresamente al acto u omisión, exonerando a los inferiores. La Administración no responde ni siquiera de forma subsidiaria⁷⁹.

Es preciso insistir en que el desarrollo reglamentario restringía considerablemente las posibilidades de acción de los particulares lesionados al limitar la responsabilidad de los funcionarios al resarcimiento de los daños y perjuicios que con sus actos u omisiones “voluntarios” causen en el desempeño de sus cargos (art. 1º del Reglamento), teniendo en cuenta que el supuesto que da origen a la responsabilidad es la infracción de un precepto legal expreso con agravio de un derecho definido por acción u omisión del funcionario⁸⁰, y la inobservancia de trámite o diligencia prevenidos por ley o reglamento vigentes (art. 2º del Reglamento)⁸¹.

Para que el presunto lesionado pueda ejercitar su acción de responsabilidad civil frente al funcionario, la Ley exige una previa reclamación por escrito deducida ante el funcionario, concretando el Reglamento en su artículo 11, que deberá tener lugar en el curso del asunto y en tiempo hábil para prevenir o remediar la infracción, exigiendo que en el escrito se consigne clara y concretamente el precepto legal o reglamentario, cuya aplicación se pida, se enumeren los hechos o los fundamentos de derecho en que el reclamante apoye su pretensión y se exprese la fórmula en preparación de demanda de

⁷⁹ Como advierte DOMÉNECH PASCUAL, G.: “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, *Revista de Administración Pública*, nº 180, septiembre-diciembre, 2009, pág. 107, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley (Gaceta de Madrid, nº 153, de 2 de junio de 1903, pág. 833) se dice que “se ha sustraído al Estado, la Provincia y el Municipio de las indemnizaciones subsidiarias en el caso de insolvencia de sus agentes, como era lógico exigirlo ante el bien justificado temor de abusos graves que pudieran herir de muerte el buen propósito del legislador”.

⁸⁰ Por tanto el funcionario era irresponsable en todos aquellos supuestos en que por culpa o negligencia causa un daño, siempre que no exista infracción clara del ordenamiento, cuyo cumplimiento sea además reclamado por escrito por el particular, vid. MANZANEDO MATEOS, J. A.: “La responsabilidad civil de los funcionarios del Estado”, en *Documentación Administrativa*, nº 82, 1964, pág. 39. Es evidente que quedan fuera los daños causados por actuaciones meramente materiales.

⁸¹ Según GUAITA la infracción ha de ser manifiesta, en cuanto imputable al funcionario y grave, al exigir culpa o negligencia en la conducta, sin que baste, según el citado autor, “el mero error proveniente de ordinario de una distinta interpretación de los preceptos legales”. Por otro lado, la exigencia del art. 1º del Reglamento de que la infracción ha de derivar de un acto u omisión voluntario, debe ser interpretado en el sentido de acto libre, sin que sea preciso que el funcionario haya incurrido en dolo, así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1946 citada por el autor, en “El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios administrativos”, cit., págs. 109 y 110.

responsabilidad. Finalmente se señala que, en ningún caso dará origen a acción de responsabilidad la reclamación que no esté formulada precisamente en los términos que quedan prevenidos.

Pero, como reconocía la doctrina, este requisito denominado “recordatorio previo” era, por descuido o desconocimiento, sistemáticamente incumplido por los presuntos lesionados⁸². A ello se añadían los problemas de interpretación respecto del plazo, ya que este escrito previo tenía que presentarse en tiempo oportuno, es decir, no sólo antes de la demanda de responsabilidad civil, sino dentro del plazo para interponer ésta que, según el artículo 11 de la Ley, se trataba de un plazo de prescripción de un año desde el día que pueda ejercitarse⁸³.

La cuestión se complicaba procesalmente, además, por la necesidad de que el daño proviniese de una infracción legal, lo cual suponía que tenía que acreditarse de alguna forma esa infracción legal. Es evidente que los tribunales civiles, que son los competentes para conocer de este tipo de acciones de responsabilidad civil de los funcionarios no pueden, sin embargo, enjuiciar la actividad de la Administración, que es competencia exclusiva de los Tribunales contencioso-administrativos. De forma que, como señala GUAITA, “a todo proceso civil de responsabilidad de un funcionario, forzosamente ha de preceder un proceso administrativo (“contencioso-administrativo”), y además un proceso que se resuelva en un sentido determinado, es decir, en cuya

⁸²Para FÁBREGAS DEL PILAR, J. M^a.: “La responsabilidad del Estado y de sus autoridades y funcionarios”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 6, junio de 1957, págs. 720 y ss.; el fracaso de la Ley, es decir el hecho de la absoluta o por lo menos muy limitada aplicación de sus disposiciones, se encuentra en las condiciones que impuso, pues además del hecho de la advertencia previa, ya señalada, se añaden otras tres: por una parte, la simultaneidad de este acto preparatorio de la demanda para hacer efectiva la responsabilidad civil con la utilización de recursos gubernativos que posibilita el párrafo segundo del artículo 1º, que faculta para plantear las mismas cuestiones desde puntos de vista diferentes con el consiguiente riesgo de obstruir con el procedimiento gubernativo la vía por la que ha de discurrir el procedimiento judicial para exigir responsabilidad civil; por otro lado, la obligación que impone al demandante el artículo 16 del Reglamento de justificar dentro del término que se otorgue para la prueba, el hecho de haber sufrido el perjuicio cuya indemnización reclama, la cuantía del mismo y que dimana directamente del agravio inferido a su derecho por la acción u omisión del funcionario contra quien dirige la acción; y finalmente, la condena en costas, que según el artículo 13 de la Ley se ha de imponer al demandante siempre que se absuelva al funcionario demandado.

⁸³Vid. al respecto GUAITA, A.: “El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios administrativos”, cit., pág. 117, quien tras un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, señala que muchas sentencias dan base para creer que el tiempo hábil es cualquiera anterior a la demanda de responsabilidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1920); sin embargo, otras estiman que, como hemos señalado, la reclamación debe hacerse dentro del plazo para interponer la acción de responsabilidad (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1916 y 9 de abril de 1932); destaca, por último, la jurisprudencia según la cual con el recurso de reposición ante el funcionario competente se cumple con la previa reclamación por escrito exigida por la Ley.

sentencia se proclame la infracción legal que será base y fundamento de la subsiguiente demanda de responsabilidad civil ante los tribunales “ordinarios”. El demandante en un proceso de responsabilidad civil, ha de haber sido con anterioridad litigante victorioso en un proceso administrativo en el que se haya reconocido un derecho o se haya anulado el acto impugnado”⁸⁴.

Respecto del órgano competente, la Ley de 5 de abril de 1904 y el Reglamento de desarrollo de la misma, distinguen en función de la categoría: si el demandado lo es en concepto de Ministro de la Corona, conoce de la demanda el Senado⁸⁵, si es el Jefe Superior o Jefe de Administración de primera, la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, y en los demás casos la sala de lo civil de la Audiencia Territorial (arts. 4, 5 y 6 de la Ley de 5 de abril de 1904 y art. 10 del Reglamento)⁸⁶.

Finalmente, cabe señalar que conforme al artículo 3º de la Ley de 5 de abril de 1904, la demanda se sustanciará en única instancia por los trámites que la Ley de Enjuiciamiento civil establece para los incidentes, sin embargo, el reglamento recargó de trámites procesales esta remisión en los arts. 14, 15 y 19 y arts. 27 a 30.

A todos estos requisitos procedimentales, se añadía en contra de la verdadera aplicabilidad de la Ley de 5 de abril de 1904, la condena en costas establecida en su art. 13 que había de imponerse al demandante cuando se absuelva al funcionario demandado.

⁸⁴Vid. GUAITA, A.: “El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios administrativos”, cit., págs. 118 y 119, si bien, de la jurisprudencia examinada por el autor se deduce que, a veces, se prescinde de este presupuesto (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1921 y 9 de junio de 1933); mientras que en otras ocasiones, cuando el Tribunal Supremo lo ha abordado, lo ha resuelto en el sentido propugnado por el autor (Sentencias de 26 de enero de 1929, 30 noviembre de 1921, 1 de julio de 1922, 28 de marzo de 1935, 19 de mayo de 1943).

⁸⁵Hay que tener en cuenta que posteriormente el Real Decreto de 18 de enero de 1924, transfirió la competencia del Senado al Tribunal Supremo en pleno, constituido en Sala de justicia.

⁸⁶El artículo 6.2 de la Ley de 5 de abril 1904, señala que cuando entre los comprendidos en una misma demanda no exista diferencia de categoría, será competente, a elección del demandante, cualquiera de las Audiencias territoriales en cuyas demarcaciones hayan ejercido aquellos las funciones públicas que den lugar al juicio. Pero aparte de este supuesto, basta que uno solo de los demandados lo sea por actos u omisiones en el ejercicio del cargo de Ministro para que el conocimiento de la demanda íntegra corresponda al Tribunal Supremo en pleno, igualmente que, el hecho de que uno de los demandados lo sea por actos u omisiones en el ejercicio de cargo propio o sustituido que corresponda a la categoría de Jefe Superior de Administración o Jefe de Administración de primera clase o categoría equivalente, supone que el conocimiento íntegro de la demanda corresponda a la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, vid, GUAITA, A.: “El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios administrativos”, cit. págs. 101 y 102; y también GASCÓN Y MARÍN, J.; *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 11ª ed., Bermejo Impresor, Madrid, 1950, pág. 312.

Por supuesto la Ley de 5 de abril de 1904 afecta a las autoridades locales, en concreto establece su aplicación a los Alcaldes, Concejales y funcionarios municipales la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1924, pero la apreciación de esta responsabilidad es confusa a consecuencia de contradictorias resoluciones del Tribunal Supremo respecto del requisito de la infracción legal, de forma que la Sala de lo civil de 20 de mayo de 1946 aprecia su existencia por el mero hecho de haberse omitido unos trámites mandados observar por la Ley, mientras que la Sentencia de 7 de julio de 1933 apunta como requisitos integrantes de la responsabilidad civil la ignorancia inexcusable, el error manifiesto, la injusticia notoria o la falta de celo⁸⁷.

Ante las dificultades reales para ejercitar la acción de responsabilidad civil de los funcionarios derivadas, fundamentalmente, de la exigencia de la previa reclamación por escrito al funcionario, recargada, como hemos expuesto, de requisitos y trámites, llevaron al legislador a suprimirla en determinados sectores de nuestro ordenamiento. Así, el Estatuto Municipal de 8 de marzo 1924 cuyo artículo 258 señalaba que para exigir la responsabilidad de Alcaldes, Autoridades, Concejales y funcionarios municipales no se exige el previo recordatorio⁸⁸; y el Estatuto Provincial de 20 de marzo 1925 en su artículo 177, que disponía igual previsión respecto de la exigencia de responsabilidad civil al Gobernador, Presidente de la Diputación, Diputados y funcionarios provinciales⁸⁹.

⁸⁷ RODRÍGUEZ MAS, A.: “La actuación de los órganos municipales a través de la Jurisprudencia”; en *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 59, 1951, págs. 733 a 735, señalando que la jurisprudencia tiene declarado que los órganos municipales no son responsables de los daños y perjuicios que ocasionen con su actividad administrativa, si previamente no se ha declarado por la jurisdicción contenciosa la infracción de las disposiciones administrativas (Sentencias de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1930 y 28 de marzo de 1935); señalando la Sentencia de 26 de enero de 1929 que “la responsabilidad civil de los funcionarios públicos no es exigible mientras no se revoque la orden lesiva que ha causado los perjuicios” y la de 22 de octubre del mismo año, que no puede una Corporación declarar la responsabilidad de otra anterior, sino que para exigirla debe seguir los trámites de la Ley de 5 de abril de 1904.

⁸⁸ En aplicación del Estatuto Municipal (art. 238) y de la Ley de 5 de abril de 1904, podemos encontrar supuestos en la jurisprudencia en los que el Ayuntamiento se dirige frente a determinados exalcaldes y exconcejales reclamándoles el reembolso de las indemnizaciones pagadas a varios funcionarios locales que habían sido destituidos ilegalmente, así las Sentencias de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1933, 30 de octubre de 1933 y 29 de marzo de 1947. Incluso se pueden encontrar supuestos en la jurisprudencia en los que el Tribunal Supremo (contencioso-administrativo) en Sentencias de 30 de marzo de 1912 y 30 de septiembre de 1919, reconoce la potestad de los Ayuntamientos para declarar la responsabilidad solidaria de varios concejales por los gastos pagados por pleitos sostenidos y perdidos por las Corporaciones, vid. DOMÉNECH PASCUAL, G.: “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., págs. 113 y 114.

⁸⁹ Vid. ROYO VILLANOVA, A.: *Elementos de Derecho administrativo*, 14ª edición, cit., pág. 115.

No podemos concluir esta primera etapa sin citar la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911 (artículos 82 a 87), que impone a todo funcionario que contraríe lo en ella establecido, para que no se menoscaben los intereses públicos, la obligación de indemnizar los perjuicios que sean consecuencia de sus actos. Esta Ley además tiene su importancia por cuanto viene a admitir la posibilidad de reclamaciones al Estado⁹⁰.

2.3. De un régimen de responsabilidad estrictamente personal de los funcionarios hacia un régimen de responsabilidad patrimonial directa y objetiva de la Administración.

Evidentemente, este régimen de responsabilidad personal de los funcionarios y autoridades suponía una absoluta desprotección de los particulares lesionados en sus bienes o derechos por la cada vez más ingente acción administrativa: en un primer momento por la necesidad del llamado recordatorio previo, al que se añaden las dificultades de probar, en muchas ocasiones, la culpa o negligencia grave, y subsiguientemente y en el mejor de los casos, si se establecía la responsabilidad civil, podían toparse con la insolvencia del funcionario⁹¹. Será a partir de este momento cuando comienza en España la reivindicación, principalmente por parte de la doctrina administrativista, de un reconocimiento legislativo expreso de la responsabilidad

⁹⁰Según GARRIDO FALLA, F.: “Constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en *Estudios en homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Ed. Civitas, 1991, pág. 2843; en virtud de esta Ley la posibilidad de reclamaciones indemnizatorias no estaba totalmente negada a los particulares al establecer el art. 24 de la misma que “ninguna reclamación contra el Estado a título de daños y perjuicios o a título de equidad será admitida gubernativamente pasado un año desde el hecho que se funde el reclamante, quedando a éste únicamente durante otro año, el recurso que corresponda ante los Tribunales ordinarios competentes, a que hubiere lugar en su caso, como si hubiera sido denegada por el Gobierno”. El autor destaca la importancia del precepto en tres cuestiones: 1) que dicho precepto establece la posibilidad de reclamaciones contra el Estado a título de daños y perjuicios o a título de equidad; 2) establece la competencia de los Tribunales ordinarios, en el caso de que la reclamación no sea admitida en vía gubernativa y 3) establece desde el punto de vista procedimental el plazo de prescripción de un año.

⁹¹ Aún así, como pone de manifiesto DOMÉNECH PASCUAL, G.: “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., pág. 108, la Sala Civil del Tribunal Supremo establece la indemnización de los particulares lesionados en algunos de sus pronunciamientos, citando expresamente las Sentencias de 2 de marzo de 1915, 17 de abril de 1915, 22 de marzo de 1921, 19 de abril de 1927, 26 de enero de 1929, 30 de octubre de 1931, 26 de octubre de 1933, 9 de junio de 1933, 8 de abril de 1935, 12 de marzo de 1936, 4 de julio de 1941, 19 de febrero de 1943, 1 de junio de 1943, 20 de marzo de 1946, 27 de marzo de 1947 y 26 de junio de 1959. El autor cita otras sentencias en las que deniega la indemnización.

patrimonial de la Administración pública⁹², que hasta entonces había tenido lugar en unas cuantas referencias normativas, siempre con carácter sectorial.

Entre estas últimas podemos recordar la Ley de 9 de abril de 1842 que estableció la indemnización de los daños materiales sufridos en la primera guerra carlista, y en la que muchos autores sitúan los antecedentes de la responsabilidad del Estado, pues en ella se reconoce como una obligación de la Nación indemnizar los daños materiales causados, tanto en el ataque como en la defensa de las plazas, pueblos, edificios de la propiedad de los pueblos o particulares (art. 1º). Según el art. 6º “cuando los daños causados en las expresadas tres clases de bienes hayan procedido por delación o culpabilidad de algunos que sean responsables según las leyes y órdenes vigentes, o contra quienes pueda intentarse la acción de daños, deberán los que hayan sufrido reclamar la indemnización de los culpables, y sólo en el caso que estos no tuvieran con qué satisfacer, podrán aplicárseles los medios de reintegro que se determinan en esta ley”⁹³. Igualmente la Ley de Policía de Ferrocarriles de 1877 que tuvo su aplicación respecto de los daños y expropiaciones en la creación, aplicación y desarrollo de este servicio, en el territorio nacional, de forma que el art. 14 establecía que “los concesionarios o arrendatarios de los ferrocarriles responderán al Estado y a los particulares de los daños y perjuicios causados por los administradores y demás empleados de explotación del camino y del telégrafo. Si el ferrocarril se explota por cuenta del Estado, estará sujeto a la misma responsabilidad respecto de los particulares. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la responsabilidad individual en que los directores, administradores, ingenieros o empleados de cualquier clase puedan haber incurrido y de las facultades discrecionales que en caso de huelgas, subversión del orden público y composiciones corresponden al Gobierno”⁹⁴.

⁹² Para GASCÓN Y MARÍN, J: *Derecho Administrativo*, cit., pág. 537, “de nada serviría que el individuo pudiera recurrir contra las decisiones de la Administración, si el daño, si el perjuicio singular y anormal que éstas le ocasionaran, no hubiera de ser indemnizado. La responsabilidad de la Administración es una de las condiciones esenciales del régimen administrativo, del Estado de derecho, que aparece en nuestro tiempo como suprema garantía de los ciudadanos y complemento obligado de la existencia de garantías jurisdiccionales”.

⁹³ MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración Española*, Tomo V, 2ª ed., Imprenta de A. Peñuelas, Madrid, 1868.

⁹⁴ VILLAR EZCURRA, J. L.: *La responsabilidad en materia de servicios públicos*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1981, pág. 51.

Como señala GASCÓN Y MARÍN⁹⁵, son varias las disposiciones en las que se reconoce la responsabilidad de la Administración, aún sin falta, admitiendo el principio de la igualdad de cargas y llevando a cargo del presupuesto, la indemnización del daño que ocasione a un particular la realización de un servicio público. Entre ellas se puede citar la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 cuyo art. 56 autoriza, para precaver inundaciones o contener las inminentes, a practicar, en caso de urgencia, obras provisionales o destruir las existentes en toda clase de predios, sentando el principio de indemnización por pérdidas y perjuicios, indemnización que correría a cargo del Estado, Ayuntamiento o particulares a quienes pertenezcan los objetos amenazados por la inundación; la Instrucción de Sanidad de 12 de enero de 1904, cuyo art. 132 autoriza la destrucción o deterioro de objetos cuando lo exija la garantía de la desinfección, estableciendo la obligación del Ayuntamiento de indemnizar al dueño⁹⁶. También el Reglamento de epizootias, de 4 de junio de 1915 (Ley de 18 de diciembre 1914) establece el principio de indemnización a los particulares, a los que se le impongan medidas que causen perjuicios económicos (casos de reses muertas sometidas a vacunación preventiva obligatoria, o a consecuencia de ella, sacrificio obligatorio de animales atacados o sospechosos de enfermedad infecto-contagiosa).

Sin embargo, va ser la Constitución de 9 de diciembre de 1931, la que, por vez primera, consagra en un texto constitucional, la responsabilidad subsidiaria de la Administración en el art. 41 al establecer que “si el funcionario público en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero, el Estado o la Corporación a quien sirva serán subsidiariamente responsables de los daños o perjuicios consiguientes, conforme determine la ley”⁹⁷.

⁹⁵ GASCÓN Y MARÍN, J.: *Derecho Administrativo*, cit., págs. 547 y ss.

⁹⁶ Respecto de la responsabilidad de las autoridades y funcionarios en aplicación del art. 106 de esta norma (que señalaba al efecto que “siempre que por fallo favorable al facultativo resulte éste perjudicado, será indemnizado por el Ayuntamiento, cuando menos por el importe de la asignación que corresponda al tiempo en que hubiera estado privado injustamente de su percepción”), el Tribunal Supremo (contencioso-administrativo) en Sentencia de 7 de febrero de 1930, entendió que un Ayuntamiento podía exigir por su propia autoridad el reintegro de las cantidades pagadas sin necesidad de acudir a la vía civil, citada por DOMÉNECH PASCUAL, G.: “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., pág. 113.

⁹⁷ Como afirma ROYO VILLANOVA, A.: *Elementos de Derecho administrativo*, 14ª edición, cit., pág. 148, parafraseando a Pérez Serrano, este apartado ponía de manifiesto un gran propósito y una gran torpeza: “las dificultades que en la práctica producen los artículos 1902 y siguientes del nuestro Código civil en su aplicación a los daños causados por entidades públicas, determinó al profesor Royo a presentar una enmienda en que se daba acogida a modernas corrientes y se declaraba el principio de responsabilidad de las corporaciones públicas por los quebrantos que sus funcionarios ocasionasen. Los razonamientos con que el referido diputado apoyó su iniciativa merecieron que la enmienda fuese tomada

Otro posible precedente que con carácter general, aunque reducido a un ámbito sectorial, consagra en la década de los años cincuenta la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, es la Ley 31 de diciembre de 1945, sobre indemnización por muerte o incapacidad causada por las fuerzas militares o de orden público con sus armas⁹⁸, aunque en la práctica la indemnización estaba sometida a unos requisitos que, en lo esencial, limitaban el alcance legal⁹⁹.

Pues bien, ya hemos visto que a nivel constitucional es el art. 41 de la Constitución republicana de 1931 el que establece con carácter general la responsabilidad subsidiaria de la Administración “conforme determine la Ley”, ley que nunca llegó a dictarse, pero que sentó el precedente para su desarrollo en el ámbito local.

2.3.1 En el ámbito Local.

La Ley Municipal de 31 de octubre de 1935¹⁰⁰, tras señalar en su art. 208 que las autoridades y funcionarios municipales estarán sujetos a responsabilidad civil, penal y administrativa en el ejercicio de sus funciones, consagra en su art. 209 la responsabilidad civil de las Entidades municipales por los daños y perjuicios que al derecho de los particulares irroge la actuación de sus órganos de gobierno, o la de sus funcionarios en la esfera de sus atribuciones respectivas, distinguiendo una responsabilidad directa o subsidiaria según los casos¹⁰¹. El párrafo segundo del citado artículo 209 concretaba que la responsabilidad civil será exigida conforme a los preceptos de la Ley de 5 de abril de 1904¹⁰².

Como ha señalado reiteradamente la doctrina, el antecedente de este precepto se encuentra en el espíritu que introdujo el citado art. 41.3 de la Constitución republicana

en consideración. Pero una sugestión poco afortunada, y una prematura conformidad prestada a ella por la Comisión parlamentaria, dejaron sin eficacia el acuerdo, pues se hizo constar que esa responsabilidad se contraería *subsidiariamente* y con ello hemos vuelto casi por completo, al estado anterior”.

⁹⁸ El art. 1 establecía que cuando las fuerzas militares o de orden público “con ocasión del uso reglamentario de las armas en actos propios del servicio produjese la muerte o incapacidad permanente para el trabajo de alguna persona, podrá acordarse, con las condiciones y requisitos que establece esta Ley, indemnizar con pensión anual a la víctima o a su familia”.

⁹⁹ Vid. PÉREZ CONEJO, L.: “El uso de armas de fuego por los agentes públicos: articulación de responsabilidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 38, 1994, págs. 161 y 162.

¹⁰⁰ Gaceta de Madrid, nº 305, 1 de noviembre de 1935, págs. 898 y ss.

¹⁰¹ Según RODRÍGUEZ MAS, A.: “La actuación de los órganos municipales a través de la Jurisprudencia”, cit., pág. 732, se desconoce la existencia de ninguna resolución del Tribunal Supremo en torno al art. 209 de esta Ley que supone para el autor, una exposición imprecisa de la responsabilidad.

¹⁰² Ello suponía, según GUAITA, una vuelta tácita al sistema de la Ley de 5 de abril de 1904, en concreto a la exigencia de la reclamación previa suprimida anteriormente por los Estatutos Municipal y Provincial, vid. “El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios administrativos”, cit., pág. 114.

de 1931¹⁰³, la enmienda que formulo en las Cortes el Profesor Royo Villanova, precepto constitucional supone el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por los daños y perjuicios ocasionados por sus funcionarios¹⁰⁴, y no sólo cuando el Estado obrare por mediación de un agente especial, como establecía el Código civil.

La Constitución republicana establece la responsabilidad patrimonial directa del funcionario por los perjuicios que cause a terceros la infracción de sus deberes en el ejercicio de su cargo, pero también la de las autoridades y miembros del Gobierno, así su art. 84 señala que, los Ministros que refrenden actos o mandatos del Presidente de la república asumen la plena responsabilidad política y civil y participan de la criminal que de ellos pueda derivarse. A su vez el art. 92 señalaba que el Presidente del Consejo y los Ministros son, también, individualmente responsables, en el orden civil y en el criminal, por las infracciones de la Constitución y de las leyes¹⁰⁵. De tal forma que este principio de responsabilidad de quienes participan del poder público constituye, para muchos autores, uno de los contrapesos al abuso de poder que imperaba en aquella época.

Sin embargo, tanto el texto legal de 1935 como la Constitución de 1931 perdieron su vigencia al término de la guerra civil de 1939, pero marcaron el camino que en el futuro habría de seguirse en esta materia¹⁰⁶.

Por otro lado, el Proyecto de Código de Gobierno de la Administración Local de 1941 intenta actualizar en España una doctrina de la responsabilidad más amplia que la hasta entonces en vigor; así el art. 1087 regulaba, por un lado, la responsabilidad directa de las Entidades locales por los daños ocasionados como consecuencia de una “falta de servicio”, y por otro lado, la responsabilidad subsidiaria de las Entidades locales que

¹⁰³ Sobre la Constitución de 9 de diciembre de 1931 pueden consultarse, entre otros, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Proceso Histórico de la Constitución de la Republica Española*, Ed. Reus, Madrid, 1932, ROYO VILLANOVA, A.: *La Constitución española de 9 de diciembre de 1931 con glosas jurídicas y apostillas políticas*, Imprenta Castellana, 1934.

¹⁰⁴ Precepto constitucional que es invocado expresamente en la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1936 condenando al Ayuntamiento de Madrid a indemnizar a la familia de una niña que falleció como consecuencia de haber sido atropellada por un carro de riego conducido por un empleado del Ayuntamiento.

¹⁰⁵ Es de destacar igualmente la regulación que efectúa de la responsabilidad de jueces, magistrados y fiscales, de forma que el art. 99 enuncia que “la responsabilidad civil y criminal en que pueden incurrir los jueces, magistrado y fiscales en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será exigible ante el Tribunal Supremo, con intervención de un jurado especial...”; y el art. 106 que “todo español tiene derecho a ser indemnizado de los perjuicios que se le irroguen por error judicial o delito de los funcionarios judiciales en el ejercicio de sus cargos conforme determinen las leyes. El Estado será subsidiariamente responsable de estas indemnizaciones”.

¹⁰⁶ QUIROGA DE ABARCA, J. M^a: *La Administración militar y su responsabilidad patrimonial*, cit., pág. 100.

nace de la culpa o hecho personal de sus funcionarios¹⁰⁷. El Proyecto establecía los caracteres del daño, que debería ser cierto, directamente consecuencia de la falta administrativa, material y a la vez especial, en el sentido de que no produzca perjuicios a la generalidad, sino sólo a determinadas personas físicas o jurídicas, y requería que no hubiese culpa por parte del perjudicado.

El Proyecto de 1941 admite, además de la falta de servicio como fundamento de la responsabilidad municipal, la responsabilidad por riesgo al señalar que “[t]ambién responderá el patrimonio de la Administración de la que sea consecuencia, del riesgo excepcional creado por ella, como caso de responsabilidad extraordinaria, al lado de la corriente, fundada en la falta de servicio público”.

Cuatro años más tarde, se publica la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945, que dio lugar al Texto articulado de la Ley de Régimen Local, aprobado por Decreto de 16 de diciembre de 1950 y que, además de conseguir la unidad de la ordenación de la vida local, supuso una trascendental reforma en materia de responsabilidad¹⁰⁸.

El art. 405 que desarrolla la base 62, y reproduce en líneas generales la anterior regulación de 1935 que fue su inspiradora, generaliza el principio de responsabilidad civil para todas las Entidades Locales en los siguientes términos: “1. Las Entidades Locales responderán civilmente, en forma directa o subsidiaria, según se especifica en el artículo siguiente, de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroge la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios o agentes, en la esfera de sus atribuciones respectivas”. Ahora bien, para que la responsabilidad civil pudiera hacerse efectiva se precisaba que el daño inferido a los particulares reuniese una serie de requisitos, en todo caso, habría de ser efectivo, material e individualizado¹⁰⁹.

En el artículo siguiente se especificaba que la responsabilidad sería directa en materia contractual, y cuando los daños hayan sido producidos con ocasión del

¹⁰⁷ El artículo 1087 distingue el hecho personal como el “separable de la falta de servicio” y define la falta de servicio como la procedente de una mala organización, de un defectuoso funcionamiento en los servicios y que no sean imputables a la falta de una Autoridad, funcionario o agente determinado. Además para dar lugar a la indemnización el carácter de la falta de servicio deberá ser grave.

¹⁰⁸ Ley de Régimen Local, Texto Refundido aprobada por Decreto de 24 de junio de 1955.

¹⁰⁹ Un análisis pormenorizado del precepto es llevado a cabo por GONZÁLEZ NIETO, E.: “Responsabilidad de las Entidades Locales”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 62, 1952, págs. 219 a 223.

funcionamiento de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la Entidad Local, sin culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus autoridades, funcionarios o agentes¹¹⁰. Esta responsabilidad directa de la Administración se justificaba fundamentalmente en la teoría de la igualdad de las cargas públicas, es decir, unos individuos no deben soportar más que otros las cargas impuestas en interés de todos. El apartado 2º del art. 406 señala que cuando las Corporaciones locales actúen como personas jurídicas de derecho privado, serán aplicables los artículos 1902 y siguientes del Código civil¹¹¹.

Por otro lado, se admite la responsabilidad subsidiaria de las Entidades locales cuando los daños hayan sido causados por culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus autoridades, funcionarios o agentes en el ejercicio de sus cargos (art. 409.1 de la Ley de Régimen Local)¹¹²; en estos casos el daño no dimana de una actuación legal de la Administración, sino de la impericia o negligencia, de la conducta irregular del agente público¹¹³. El apartado 2º del citado precepto dispone que para ejercer en este caso la acción de daños y perjuicios será necesario que la infracción

¹¹⁰ Junto a estos supuestos, el art. 408 de la Ley de Régimen Local regula un tipo “especial” de responsabilidad directa de las Corporaciones Locales en el caso de destitución indebida, declarada por sentencia firme, de un funcionario; así como en el supuesto de que por resolución firme se declare el derecho a un cargo, ascenso o categoría superior. En ambos casos, como ya avanzamos, la responsabilidad es directa de la Entidad, debiendo pagar en el primero de los supuestos citados los haberes y remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha del cese; o la cantidad que corresponda al tiempo transcurrido desde la fecha en que debió tomarse el acuerdo y la toma de posesión, en el segundo supuesto. La peculiaridad de esta responsabilidad radica, según GONZÁLEZ NIETO, en que siendo generalmente atribuible con carácter solidario a los miembros de la Entidad, se exige, en primer término a ésta y no subsidiariamente como sería lo normal, en “Responsabilidad de las Entidades Locales”, cit., pág. 218.

¹¹¹ No obstante, un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo revela la aplicación de los arts. 1902 y siguientes del Código civil a las Corporaciones Locales aunque dichas entidades no actuaran como personas jurídicas de Derecho privado, en este sentido las Sentencias de 7 de julio de 1882 y de 17 de diciembre de 1902, vid. PI SUÑER, J. M.: “La responsabilidad de los órganos y funcionarios de la Administración Local”; *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 55, 1951, págs. 40 a 43.

¹¹² Si bien, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, en relación con la penal de las autoridades o agentes, se reconoció en principio en el art. 78, número 3, Código penal de 1928 que, en defecto de quienes lo fueren criminalmente, declaró la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, Provincia o Municipio cuando obran como persona jurídica o en servicios organizados y administrados directamente, pudiendo moderar la cuantía los Tribunales; vid. GASCÓN Y MARÍN, J. M.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, cit., págs. 557 y 558.

¹¹³ El fundamento en este supuesto de la responsabilidad de la Administración descansa para GONZÁLEZ NIETO, E., no en la culpa “*in comittendo*” o “*in omittendo*”, ni tampoco en la culpa “*in eligendo*” o “*in vigilando*”, todas ellas de fundamentos civilistas, sino que, “aplicando los principios del derecho público, se acoge a la idea de causalidad, a la de responsabilidad objetiva, y expresa que entre la Administración y sus funcionarios existe identificación, de suerte que aquella debe responder de los actos de éstos, incluso de los ilegítimos, con tal de que a pesar de la ilegitimidad, puedan considerarse como actos de la Administración, y sin perjuicio de la facultad de ésta para repetir contra el funcionario”, en “Responsabilidad de las Entidades Locales”, cit., págs. 215 y 216.

legal, culpa o negligencia del responsable directo, haya sido declarada previamente en sentencia firme¹¹⁴. El artículo 377.2 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de mayo de 1952, reiteraba lo establecido en la Ley de Régimen Local, si bien concretando el párrafo tercero lo que haya de entenderse por culpa, o negligencia graves, así “[s]e entenderá que existe culpa y negligencia graves cuando la resolución administrativa de la que dimanen los daños implique infracción manifiesta de las leyes”. Por su parte el artículo 378.3 del citado Reglamento articulaba la subsidiariedad prevista en la Ley en los términos siguientes: “Si, después de ejecutar la Sentencia, el particular no hubiere obtenido completo resarcimiento, podrá solicitar del Tribunal que se haga efectiva la responsabilidad subsidiaria de la Administración”¹¹⁵.

Respecto del ejercicio de la acción de responsabilidad hay que tener en cuenta el art. 407 de la Ley de Régimen Local que, en orden a la determinación de la jurisdicción competente para conocer de este tipo de acciones, distinguía entre la vulneración de derechos administrativos, cuya competencia corresponde a la jurisdicción contenciosa, y la vulneración de derechos civiles, en cuyo caso la competencia es de la jurisdicción ordinaria¹¹⁶. De forma que, como afirma MARTÍN RETORTILLO, se entraba “en un callejón sin salida por las dificultades teóricas, sin duda, pero también prácticas, de considerar tan simplistamente a un determinado derecho como derecho civil o derecho administrativo”¹¹⁷.

¹¹⁴ Según ROYO VILLANOVA, S.: “La responsabilidad de la Administración pública”, *Revista de Administración Pública*, nº 19, enero-abril, 1956, pág. 47, este artículo únicamente se referirá a los daños causados derivados de una infracción legal, pero no a los hechos materiales culposos

¹¹⁵Vid. MARTÍN REBOLLO, L.: “La responsabilidad patrimonial de la Administración Local”, en *Tratado de Derecho Municipal*, vol. I, dirigido por MUÑOZ MACHADO, Civitas, Madrid, 1988, pág. 585. Para un estudio jurisprudencial al respecto puede consultarse RIVERO YSERN, E.: “La responsabilidad patrimonial de las Corporaciones Locales (tendencias jurisprudenciales)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 11, 1976.

¹¹⁶ Hasta la entrada en vigor de la Ley de Régimen Local todas las demandas de responsabilidad civil se tramitaban ante la jurisdicción ordinaria con arreglo al especial procedimiento de la Ley de 5 de abril de 1904. Ahora hay que distinguir según el tipo de derecho vulnerado, en todo caso, son condiciones previas a la interposición de las demandas cuando se ventilen en vía contenciosa, la interposición del recurso de reposición contra el acuerdo lesivo; si la demanda se ejercita en vía civil, es necesario que sea precedida de la oportuna reclamación ante la Entidad local, según el art. 376 de la Ley de Régimen Local. Sobre la dualidad de jurisdicciones establecida en la Ley de Régimen Local, vid. PANTALEÓN PRIETO, F.; *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 42 y ss.

¹¹⁷ Para el autor, sin embargo, el verdadero problema no es la existencia de dos órdenes jurisdiccionales, el civil y el administrativo, si no que un derecho subjetivo se califique como civil o administrativo. No obstante, como el propio MARTÍN-RETORTILLO señala el problema resultaba muy aminorado por la moderación que introducía el artículo 379 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen

Una de las novedades destacables de la Ley es la referencia explícita a la responsabilidad de las autoridades, funcionarios o agentes de las Corporaciones locales, cuando mediando culpa o negligencia graves, éstos hubieren causado daños y perjuicios a la propia Corporación, o a terceros siempre que éstos hubieren sido indemnizados por la Corporación (es decir, en vía de regreso), responsabilidad civil que podrá hacerse efectiva mediante la instrucción del correspondiente expediente (art. 410.1 Ley de Régimen Local). Si bien contra el acuerdo declaratorio de responsabilidad los interesados podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal provincial (art. 410.2). Precisamente, en relación a la regulación de responsabilidad directa por los daños ocasionados a la propia Corporación, recuerda RIVERO YSERN que es necesario esperar hasta el art. 410 de dicha Ley de Régimen Local, ya que no existen precedentes de este tipo de responsabilidad ni en el Real Decreto de 14 de septiembre de 1872, ni en el de 7 de septiembre de 1918, ni en la Ley de 5 de abril de 1904¹¹⁸.

El art. 412 de la Ley de Régimen Local señalaba que “las autoridades y funcionarios de las Entidades Locales estarán sujetos a responsabilidad civil, penal y administrativa por los actos u omisiones en el ejercicio de su función”, concretando, el artículo art. 413.1 de la Ley de Régimen Local, que la responsabilidad por los acuerdos de las Corporaciones corresponde a quienes los hubieren votado, señalando en su apartado 2º que “el Secretario y el Interventor, dentro de sus respectivas esferas de acción, incurrirán en responsabilidad si no advierten a la Corporación las manifiestas infracciones legales en que puedan incurrir con sus acuerdos”¹¹⁹.

Jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1952 al disponer que “cuando la Entidad local explote una industria o empresa como persona jurídica de derecho privado, le serán aplicables las disposiciones del Código civil sobre responsabilidad por daños y perjuicios”. “En tales casos asumirá respecto a los actos ejecutados por los empleados en dicha explotación, la calidad de dueño o patrono de la empresa, a efectos de la responsabilidad que pudiera contraer por hechos ilícitos de sus agentes, constitutivos de daños a las personas, a los bienes o a los derechos de tercero”; en “Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción”, en *Revista de Administración Pública*, nº 42, 1963, pág. 174.

¹¹⁸ RIVERO YSERN, E.: “La responsabilidad civil de los funcionarios públicos frente a la Administración”, cit., pág. 25.

¹¹⁹ Sin embargo, parece que la responsabilidad de estos funcionarios de las Corporaciones Locales, en este supuesto concreto, es de naturaleza administrativa en contra de lo que algunos autores opinan, en este sentido se pronuncia ALBI CHOLVI, F.: “El deber de advertencia de ilegalidad de secretarios e interventores, según el artículo 413 de la Ley de Régimen Local y concordantes”, *Boletín del colegio Nacional de Secretarios Interventores y Depositarios de Administración Local*, nº 204, 1961. Sobre el tipo de responsabilidad en que podían incurrir los Secretarios e Interventores cuando no advirtiesen la ilegalidad de un acuerdo, vid. igualmente ALBI CHOLVI, F. y RIBES PUIG, F.: *El deber de advertencia*

Al margen de los supuestos en los que las autoridades y funcionarios locales responden frente a la propia Corporación mediante la instrucción del correspondiente expediente, cuando los daños o perjuicios se hubieren irrogado a los particulares, mediando culpa o negligencia graves imputables personalmente a ellos, el art. 414 de la Ley de Régimen Local establece que la responsabilidad civil será exigible ante la Sala de lo Civil de la Audiencia territorial correspondiente, con arreglo a los trámites establecidos en la Ley de 5 de abril de 1904 y su Reglamento, pero sin que sea necesaria la previa reclamación por escrito a que se refieren el artículo 1º de la Ley y 11 del Reglamento referidos. El mencionado artículo suponía una abierta contradicción, sin embargo, con el artículo 378.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales cuando establece que “[e]l Tribunal que hubiere conocido en primera instancia del recurso interpuesto contra el acto o acuerdo declarado ilegal, será también competente para entender de la demanda de indemnización, y el particular lesionado podrá pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al impugnar la ilegalidad de dicho acuerdo”.

Como conclusión podemos señalar que la Ley de Régimen Local respondía a un planteamiento de simple cobertura por la Administración de los daños causados por la actuación de sus agentes, pero no suponía aún un sistema de garantía total de los ciudadanos, que era lo que en ese momento reclamaba la doctrina, que propugnaba la cobertura por parte de la Administración de todos los daños ocasionados por la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, independientemente de la gravedad de la culpa o negligencia, es decir, la responsabilidad directa y no subsidiaria de la Administración.

2.3.2. Consolidación definitiva a nivel legislativo de un régimen general de responsabilidad directa y objetiva de la Administración: La Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

Puesto que la regulación contenida en la Ley de Régimen Local era, lógicamente, aplicable a las Corporaciones Locales, respecto de la responsabilidad civil del Estado resultaba que, sólo en caso de que los daños y perjuicios fueran ocasionados por un agente especial procedía la obligación de resarcir a los perjudicados pues, como sabemos, si el causante del daño era el funcionario a quien propiamente corresponda la

de ilegalidad en la Administración Local, Temas de Administración Local, nº 1, 1980.

gestión practicada, existía únicamente la responsabilidad de aquél -salvo alguna ley que, como hemos apuntado y con carácter sectorial, reconocía la responsabilidad del Estado - responsabilidad exigible por la Ley de 5 de abril de 1904.

Resultaba más que patente, por tanto, el desfase que se producía en la materia con respecto a la legislación local. Tan notorio era que, de forma un tanto sorprendente, la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954¹²⁰, va a dedicar los artículos 121 y siguientes a la regulación del régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas. Regulación, absolutamente novedosa en nuestro país, que supone un hito trascendental en el tardío y lento recorrido hacia el establecimiento de la responsabilidad directa y objetiva de la Administración pública.

Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA¹²¹, las razones que indujeron al legislador a incluir un capítulo sobre responsabilidad en una Ley de este tipo no fueron sólo, aunque también, según la propia Exposición de Motivos razones de oportunismo derivado de la “necesidad de poner remedio a una de las más graves deficiencias de nuestro régimen jurídico administrativo, cual es la ausencia de una pauta legal idónea que permita hacer efectiva la responsabilidad por los daños causados por la Administración”; sino que además existía un fundamento teórico sólido, cual es que ambas instituciones - responsabilidad y expropiación- tienen en común la referencia a la lesión patrimonial de un administrado producida por una actuación administrativa, si bien la forma de producirse difiere en ambos casos¹²². La Exposición de Motivos va a enfatizar, de este modo, frente a la legislación anterior, la garantía de los administrados, considerando totalmente injusto que “los resultados de la actividad administrativa, que lleva consigo una inevitable secuela incidental de daños residuales, reviertan al azar sobre un patrimonio particular”.

¹²⁰ Sobre la legislación histórica del régimen de la expropiación se puede consultar FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: “Expropiación Forzosa y obras públicas de carreteras: legislación histórica y régimen vigente”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 37, 2010.

¹²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*; cit., págs. 163 y 164.

¹²² La actividad administrativa en la expropiación se presenta como negocio jurídico dirigido directamente al despojo patrimonial, mientras que en la responsabilidad se presenta como hecho jurídico incidental por relación de la posición del administrado, que ocasiona un daño no directa e inmediatamente procurado. Por otro lado, el régimen es también diferente, en la responsabilidad surge como consecuencia de la lesión un deber de reparación; en la expropiación forzosa, se trata de una carga preventiva de indemnización que condiciona la posibilidad misma del despojo, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, cit., pág. 174.

Desde este punto de vista, el principal objetivo de la ley es la inclusión del régimen de la responsabilidad patrimonial, inaugurado por la legislación local, en el ámbito estatal que, hasta el momento, y con carácter general, se encontraba anclado en los principios dominantes del Derecho privado. Sin embargo, la Ley de Expropiación Forzosa, no conformándose con ello, se presenta con un ánimo unificador, pretendiendo su vigencia para todas las Administraciones públicas. Este carácter totalizador que se desprende implícitamente de la Ley es confirmado después por el Reglamento que la desarrolla, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957, cuyo artículo 133.2 establece: “Las Corporaciones locales y Entidades institucionales quedan sujetas también a la responsabilidad que regula este capítulo”.

La inclusión de dicho artículo en el Reglamento de Expropiación Forzosa vino a zanjar definitivamente las dudas que se plantearon sobre cuál era la legislación preferente aplicable a las Corporaciones locales, pues las diferencias entre la regulación sustantiva e incluso procesal entre ambas leyes eran notorias. Muy pronto la doctrina se inclina por la vigencia de la Ley de Expropiación Forzosa, y también mayoritariamente los tribunales, aunque con algunas vacilaciones¹²³. Dudas que, como hemos señalado, despejó con buen criterio, el Reglamento de Expropiación Forzosa.

Además de extender la responsabilidad patrimonial al Estado, la Ley de Expropiación Forzosa supone la consagración definitiva del sistema de responsabilidad patrimonial como instrumento de garantía de los administrados, y no ya como simple cobertura por la Administración de los daños causados por sus funcionarios o agentes. El artículo 121 de la misma instaura un régimen de responsabilidad directa y objetiva de la Administración, superando la dicotomía de la Ley de Régimen Local, entre responsabilidad directa y subsidiaria de la Administración, al señalar que “[d]ará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo”.

¹²³GUAITA MARTORELL, A.: “Control judicial y responsabilidad de la Administración“, en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española*, dirigidos por O. ALZAGA, Vol. VIII, EDERSA, Madrid, 1985, pág. 364.

La Ley de Expropiación Forzosa admite las dos hipótesis de que la conducta dañosa tenga su origen en una actuación bien lícita, bien ilícita expresada en la fórmula “consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”, pero, en cualquier caso, la responsabilidad va a ser directa, sin perjuicio de que, posteriormente pueda la Administración exigir la responsabilidad en vía de regreso a sus funcionarios.

El art. 122.1 de la Ley de Expropiación Forzosa exige que, “en todo caso, el daño habrá de ser efectivo, evaluado económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas”.

A pesar de lo avanzado de la fórmula, la propia dicción del art. 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa y la redacción de la Exposición de Motivos, planteaban una fuerte restricción con relación a los bienes lesionados y por tanto susceptibles de ser indemnizados, ello es así en la medida que el art. 121 limitaba su aplicación a los “bienes y derechos a que esta Ley se refiere”, es decir, bienes y derechos objeto de expropiación, lo cual excluía la responsabilidad por lesiones a otro tipo de bienes como la pérdida de la vida, lesiones corporales o incluso daños morales. Muy tempranamente GARCÍA DE ENTERRÍA entendió que esa limitación habría de ser superada proponiendo una interpretación más amplia, con la esperanza que el futuro Reglamento ejecutivo de la Ley “salvara el grave equívoco a que la redacción actual mueve”¹²⁴. Efectivamente así ocurrió, estableciendo el artículo 133.1 del Reglamento de Expropiación, el derecho a la indemnización por “toda lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos siempre que sean susceptibles de ser evaluados económicamente”, característica ésta predicable tanto de los daños corporales como, aunque con algunas dificultades añadidas, de los daños morales.

El Reglamento de Expropiación Forzosa desarrolla los requisitos que deberá reunir la acción de reclamación de los daños y perjuicios, así como el plazo y órganos a los que deberá dirigirse, exigiendo, en caso de reclamaciones dirigidas frente a la Administración del Estado, el dictamen del Consejo de Estado (artículo 134 Reglamento de Expropiación). Cuando la responsabilidad se exigiera a una Corporación

¹²⁴De forma que, para GARCÍA DE ENTERRÍA, la expresión “bienes y derechos a que esta Ley se refiere” incluye genéricamente la propiedad privada y los derechos o intereses patrimoniales legítimos, “términos en los cuales cabe comprender, tanto la presencia de una persona para sus familiares inmediatos como la propia integridad de los derechos de la personalidad, que indubitadamente -los dos casos- se traducen, al menos, en verdaderos intereses patrimoniales legítimos”, en *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, cit., págs. 180 y ss.

Local o Entidad institucional, serán sus propios órganos quienes tramiten, informen y resuelvan la reclamación.

En definitiva, la Ley de Expropiación Forzosa consagra frente al administrado la responsabilidad patrimonial directa y objetiva de la Administración, es decir, respondiendo siempre directamente, incluso de los daños cometidos por el personal a su servicio mediando culpa o negligencia grave, extremo no reconocido en la Legislación local, que contemplaba para este supuesto la responsabilidad subsidiaria de la Entidad local. Y responde directamente de los daños ocasionados a los particulares con total independencia del elemento subjetivo de la culpa. De este sistema objetivo se van a derivar unas condiciones de existencia, un tratamiento de la antijuridicidad y unos criterios de imputación jurídica del hecho lesivo a la Administración muy diferentes a los del sistema que coloca el acento en la licitud o ilicitud de la actividad administrativa¹²⁵.

Ello supone un cambio en la fundamentación jurídica del instituto de la responsabilidad patrimonial, ya que en sus orígenes y como consecuencia del traslado al Derecho público de los principios reguladores de la responsabilidad del derecho común, esto es, la responsabilidad *aquiliana*, el peso de la institución recae sobre la culpa del autor del daño. Un análisis detenido de las teorías elaboradas por la doctrina, fundamentalmente la italiana, al tratar de explicar el título jurídico en virtud del cual responde la Administración pública, pone de manifiesto este hecho al comprobar que, como indica LEGUINA VILLA, nos encontramos en presencia de criterios subjetivistas o comportamientos del fenómeno jurídico de la responsabilidad, que proyecta el análisis de esta sobre el comportamiento productor del daño. Ello hacía absolutamente necesario examinar previamente qué tipo de relación existía entre el ente y su agente, así como el tipo de actividad ejercitada por éste al causar el daño, a fin de poder atribuir al ente la sanción de su resarcimiento a título directo o indirecto¹²⁶.

¹²⁵Vid. por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, cit., págs. 142 a 236, donde el autor realiza un brillante estudio del nuevo régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración, analizando pormenorizadamente todos y cada uno de sus elementos.

¹²⁶ LEGUINA VILLA, J.: *La responsabilidad civil de la Administración pública*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1980; vid. igualmente sobre el estado de la cuestión en el Derecho comparado “El fundamento de la responsabilidad de la Administración”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 23, 1979, págs. 523 a 526.

La función de la responsabilidad era la sanción a una conducta reprochable, el sistema se construyó en orden a la conducta del autor del hecho lesivo, dando prioridad a la culpa. Sin embargo estos planteamientos fueron sustituidos en la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos por criterios tendentes a la objetivación del instituto resarcitorio¹²⁷. Las razones eran más que suficientes: así, la imposibilidad en un gran número de supuestos de probar la culpa del autor del daño; la insolvencia del mismo cuando de sumas importantes se trataba; o el notable incremento de los daños anónimos como consecuencia del cada vez más importante desarrollo tecnológico.

Esta tendencia hacía la utilización de criterios objetivos tiene lugar en nuestro país, como acabamos de señalar, con la Ley de Expropiación Forzosa, de forma que GARCÍA DE ENTERRÍA va a proponer enseguida la búsqueda de algún elemento sobre el que apoyar la institución de la responsabilidad en Derecho público, una vez eliminada la consideración de los elementos de la ilicitud y la culpa; y lo va a encontrar en el concepto de lesión. Pero lesión como perjuicio antijurídico que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportar. Ciertamente, la función actual del sistema de responsabilidad de la Administración no es ya sancionadora de una conducta reprochable, sino de garantía de la integridad patrimonial de los particulares; en palabras del autor, se ha producido un desplazamiento de la nota de la antijuridicidad “desde la conducta subjetiva del agente, donde lo situaba la doctrina tradicional, al dato objetivo del patrimonio dañado”¹²⁸. Lo decisivo ahora, es la causación de un daño antijurídico y la necesidad de su reparación, no importando tanto quién sea el autor material del daño -suponiendo en el mejor de los casos que sea posible su identificación-, sino que el ordenamiento jurídico imputa el hecho dañoso a un ente público. Por lo tanto el fundamento es la causación de un daño que el particular no tiene el deber jurídico de soportar.

Otro cambio significativo respecto de la legislación precedente, es la jurisdicción competente para conocer de este tipo de acciones. El artículo 128 de la Ley de Expropiación Forzosa establece la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, al manifestarse en los siguientes términos: “En todos aquellos casos en

¹²⁷ MARTÍN REBOLLO, L.: “La responsabilidad patrimonial de la Administración en el panorama europeo”, cit., págs. 17 a 35.

¹²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, cit., págs. 175 y ss.

que, con arreglo a esta Ley, la Administración esté obligada a indemnizar daños y perjuicios, la jurisdicción competente será la contencioso-administrativa”¹²⁹.

La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, vino a confirmar lo señalado en el artículo anteriormente citado, estableciendo en su artículo 3º apartado b), que dicha Jurisdicción conocerá de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública¹³⁰.

Una vez analizado de forma muy sintética el nuevo régimen de responsabilidad directa y objetiva de la Administración instaurado por la Ley de Expropiación Forzosa, es preciso centrar el estudio de dicha legislación, sin perjuicio de destacar nuevamente la importancia del reconocimiento positivo de la responsabilidad de la Administración pública, en el tema que nos ocupa, esto es, la responsabilidad civil de las autoridades y personal a su servicio.

Como hemos expuesto, el nuevo régimen de responsabilidad supone la cobertura por la Administración de todos los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, incluidos los causados por las autoridades y personal a su servicio (art. 121.1 Ley de Expropiación Forzosa). No obstante, el propio artículo citado señala *in fine* “sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo”. Es decir, supuesto que el daño o perjuicio ocasionado a un particular fuera personalmente imputable a un funcionario, la Administración que previamente indemnizó al particular puede ejercitar una acción de regreso frente al funcionario para resarcirse de lo anteriormente pagado. En el mismo sentido el artículo 135. 1 y 2 del Reglamento de Expropiación Forzosa que exige al efecto la tramitación de un expediente en el que, en todo caso, deberá darse audiencia a los interesados y aportarse

¹²⁹Lo cual hace suponer que se consagra la unidad jurisdiccional frente a la dualidad de jurisdicciones de la anterior regulación de la Ley de Régimen Local. No obstante MARTÍN REBOLLO matiza que la expresión “con arreglo a esta Ley” del artículo 128, daba lugar a la dualidad jurisdiccional al corresponder a la jurisdicción civil los daños que no hubieran sido causados por la Administración en cuanto regulada por el Derecho Administrativo, en “La responsabilidad patrimonial de la Administración Local”, cit., pág. 615.

¹³⁰Sobre los problemas planteados respecto de la jurisdicción competente para conocer de este tipo de acciones de responsabilidad como consecuencia de la nueva regulación, vid. MARTÍN-RETORTILLO, L.; “Responsabilidad patrimonial de la Administración y Jurisdicción”, cit., en especial las págs. 169 a 182.

cuantas pruebas conduzcan a la ponderación de la responsabilidad del funcionario¹³¹. Ello supone que, frente a la regulación de la Ley de 5 de abril de 1904 que exigía la infracción de preceptos legales y reglamentarios, la nueva regulación establece como criterio de imputación el dolo o culpa grave en la actuación del funcionario, de tal forma que la Administración no podrá repetir contra el funcionario o agente cuando los daños hayan sido ocasionados por una actuación negligente leve.

Pero hay que tener en cuenta que la cobertura por la Administración de los daños y perjuicios ocasionados por sus funcionarios no es ilimitada ni absoluta, y por tanto no puede extenderse a cubrir daños derivados de actos puramente personales de sus funcionarios, sino que únicamente podrá cubrir aquellos daños ocasionados como consecuencia del ejercicio del cargo.

Junto con la exigencia de responsabilidad por parte de la propia Administración, el Reglamento de Expropiación forzosa mantiene la posibilidad del lesionado de accionar directamente frente al funcionario o agente causante del daño. En este sentido el art. 135 señala que “en estos supuestos, 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”. Esta previsión ampliaba, sin duda alguna, las garantías de los particulares que podrían dirigir su acción bien frente a la Administración, bien frente al funcionario, o simultáneamente frente a ambos¹³².

2.3.3. La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957.

No obstante la existencia de un régimen común de responsabilidad para todas las Administraciones públicas instaurado por la Ley de Expropiación Forzosa que, además, garantizaba de forma extraordinariamente amplia la esfera patrimonial de los

¹³¹ El art. 135 del Reglamento de Expropiación Forzosa se manifestaba en los siguientes términos: “1. Cuando los daños sean producidos por dolo o culpa grave del funcionario o funcionarios encargados del servicio, la Administración podrá repetir contra los mismos, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados, sin perjuicio y con independencia de la responsabilidad penal en que hubieren podido incurrir los culpables. 2. Dicha responsabilidad se exigirá unilateralmente por la Administración a través del Ministro o de los organismos competentes en las Corporaciones Locales o Entidades institucionales, que harán la declaración de su derecho y su valoración económica, previo expediente en el que deberá darse audiencia a los interesados y aportarse cuantas pruebas conduzcan a la ponderación de la responsabilidad del funcionario”.

¹³² GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, cit., págs. 121 y 122.

administrados, el legislador se plantea la necesidad de incluirla en una ley de carácter sectorial que no deroga ni sustituye a la anterior, sino que simplemente la reiteraba y precisaba para una esfera concreta, la Administración del Estado¹³³; de manera que la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (Texto Refundido aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957), va a dedicar el Título IV a la regulación de la responsabilidad del Estado y de sus autoridades y funcionarios (arts. 40 a 49).

En términos generales la nueva Ley no establece grandes innovaciones respecto de la vigente Ley de Expropiación Forzosa, sin embargo, las pretensiones señaladas por la Exposición de Motivos eran de perfeccionamiento de la precedente: “no obstante el gran avance que supone la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, parece oportuno consignarla en términos más generales a fin de cubrir todos los riesgos que para los particulares pueda entrañar la actividad del Estado”. Ciertamente, la Ley de Expropiación Forzosa es mejorada en algunos aspectos, fundamentalmente sustantivos, pero en el plano procesal viene a incidir, según el criterio de muchos autores, de una forma realmente desafortunada, en cuestiones que, además, habían sido resueltas muy recientemente.

El art. 40.1 regulador de la responsabilidad del Estado disponía que “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa”.

Por un lado, y esto puede destacarse como algo positivo, supera con rango de ley la conocida limitación planteada por la Ley de Expropiación Forzosa al señalar que son objeto de indemnización por el Estado toda lesión que los particulares sufran en cualquiera de sus bienes o derechos. Y por otro lado, incluye la referencia expresa a la fuerza mayor como causa de exoneración de la responsabilidad. Debe valorarse positivamente la alusión expresa a la responsabilidad que emana de los actos administrativos en su art. 40.2, ya que aunque implícitamente se deducía de la amplia fórmula “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”, en realidad la Ley de Expropiación Forzosa únicamente hacía mención a los hechos.

¹³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; “La responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en Derecho Español”, cit., pág. 15.

Sin embargo, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, va a suponer un retroceso respecto de la anterior regulación, en el sentido que el art. 41 viene a romper la unidad jurisdiccional tan recientemente consagrada por el art. 3º de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, precepto que, de un modo absolutamente intencionado¹³⁴, establece: “Cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado responderá directamente de los daños y perjuicios causado por sus funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. La responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios”.

Ello supuso la vuelta a la dualidad jurisdiccional, con la diferencia de que en la Ley de Régimen Local estaba en función del derecho vulnerado, y ahora, depende de la naturaleza de la relación jurídica, que por otro lado, tampoco es tan sencilla de determinar. Esta regla propició, además de duras críticas por parte de la doctrina, multitud de conflictos de competencia entre jurisdicciones, e incluso abdicaciones de los Tribunales contencioso-administrativos para conocer de determinados pleitos¹³⁵.

No obstante, en opinión de PANTALEÓN PRIETO, dado que la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, sólo era aplicable a la Administración del Estado, para las Administraciones Locales seguía vigente, en teoría, la unidad de jurisdicción. Sin embargo, y en la práctica, los tribunales civiles conocían de las pretensiones dirigidas contra los Entes locales¹³⁶.

Por lo que respecta a la responsabilidad civil de las autoridades y personal al servicio de la Administración, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, frente a la regulación de la Ley de Expropiación Forzosa que únicamente contemplaba la responsabilidad de la Administración y la de los funcionarios en vía de regreso, le dedica el capítulo II del título IV, si bien, circunscrito únicamente a la responsabilidad de autoridades y funcionarios del Estado.

¹³⁴Pues, como afirma MARTÍN-RETORTILLO, L.: “Responsabilidad patrimonial de la Administración y Jurisdicción”, cit., pág. 183, el resultado que ofrece el texto no es fortuito o impensado, sino consecuentemente querido por el legislador, por cuanto el Anteproyecto de la Ley presentaba una solución totalmente distinta, cuyo artículo 32 señalaba que “[c]uando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado, la responsabilidad podrá exigirse ante los tribunales ordinarios”.

¹³⁵ Vid. MARTÍN RETORTILLO, L.: “Unidad de jurisdicción para la Administración Pública”, *Revista de Administración Pública*, nº 49, 1966.

¹³⁶ PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 52.

El artículo 42 en su apartado primero prevé la ya conocida acción de regreso (art. 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa y art. 131.1 y 2 del Reglamento de Expropiación Forzosa) frente a los funcionarios al preceptuar que “[s]in perjuicio de que el Estado indemnice a los terceros lesionados, en los casos a que se refiere el capítulo anterior, podrá la Administración exigir de sus autoridades y funcionarios o agentes, la responsabilidad en que hubieran incurrido por culpa o negligencia graves, previa la instrucción del expediente oportuno con audiencia del interesado”.

El ejercicio de la acción de regreso por parte de la Administración estaba condicionado a la previa indemnización por ésta al particular lesionado¹³⁷, y la necesidad de probar la existencia de culpa o negligencia graves en la conducta del funcionario, requisitos exigidos en términos similares, aunque no iguales, por el art. 135.1 del Reglamento de Expropiación Forzosa (este último habla de dolo o culpa grave)¹³⁸. Para ello se prevé la instrucción de un expediente administrativo en el que necesariamente habrá de darse audiencia al interesado¹³⁹. Por su parte el funcionario declarado responsable por la Administración podrá interponer recurso contencioso-administrativo (art. 42.3 Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado).

Debemos hacer notar, no obstante, que pese a esta previsión de exigencia de responsabilidad por parte de la Administración al propio funcionario, la acción de regreso es configurada por la legislación con carácter facultativo, al señalar el correspondiente artículo 42.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que “podrá la Administración exigir...”, previsión ésta que, como tendremos ocasión de comprobar, es de importantes consecuencias prácticas.

¹³⁷ Según MANZANEDO MATEOS, J. A: “La responsabilidad civil de los funcionarios del Estado”, cit., pág. 44, en cuanto al importe de la indemnización, parece lógico pensar que vendría limitada por la indemnización entregada al particular previamente por la Administración, con carácter de máximo, por lo que la Administración podría repetir por cualquier cantidad, siempre que sea inferior a dicho límite; igualmente RIVERO YSERN, E.: “La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración”, cit., pág. 24.

¹³⁸ La dificultad de la determinación de la culpa o negligencia graves, llevó en principio a algún autor a proponer la sustitución de estos conceptos por otros incrustados en la relación de servicio, de manera que la Administración podría regresar contra el funcionario cuando éste hubiera cometido una infracción tipificada de grave o muy grave en las disposiciones de carácter disciplinario, así RIVERO YSERN, E.: “La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración”, cit., págs. 21 y 22.

¹³⁹ Como apunta RIVERO YSERN, E.: “La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración”, cit., pág. 19, la exigibilidad de la responsabilidad al funcionario se realiza a través de un procedimiento administrativo específico, previsto en los arts. 410 de la Ley de Régimen Local, 383 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, 135 del Reglamento de Expropiación Forzosa y 42.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en el que la Administración actúa unilateralmente, por vía ejecutiva y ejecutoria, aunque por supuesto dando audiencia en el expediente al funcionario interesado.

Al margen de que el particular lesionado dirija su acción frente a la Administración del Estado cuyo funcionamiento ocasionó el perjuicio indemnizable, subsiste igualmente la acción directa del particular presuntamente lesionado frente a las autoridades y funcionarios, de conformidad con el art. 43 “los particulares podrán también exigir a las autoridades y funcionarios civiles, cualquiera que sea su clase y categoría, el resarcimiento de los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan irrogado por culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos”, responsabilidad que se ventilará ante la jurisdicción ordinaria.

Por su parte el artículo 45 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado señala el órgano competente para conocer de este tipo de acciones, dependiendo de la clase y categoría del presunto responsable. La responsabilidad de los Ministros se exigirá ante el Tribunal Supremo en Pleno, la de autoridades y funcionarios con categoría igual o superior a Jefes Superiores de la Administración, ante la Sala Primera de dicho Tribunal, la de las demás autoridades y funcionarios ante la Audiencia Territorial respectiva.

Esta nueva regulación de la responsabilidad civil de los funcionarios de la Administración del Estado va a plantear enormes problemas en orden a establecer el procedimiento para la exigencia de esta responsabilidad directamente por los particulares lesionados frente al autor de los daños. El principal escollo estriba en determinar si se puede entender vigente la Ley de 5 de abril de 1904, o por el contrario cabe entender derogada de forma implícita, como consecuencia de las dificultades de armonizar dicha ley con las prescripciones de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

La vigencia de la Ley de 5 de abril 1904 tras la Ley de Expropiación Forzosa era innegable, pues una y otra regulan una responsabilidad diferente¹⁴⁰, pero tras la promulgación de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado la cuestión se complica. Así respecto de la responsabilidad de autoridades y funcionarios

¹⁴⁰ Ya que la Ley de Expropiación Forzosa sólo se ocupa de la responsabilidad de la Administración frente al administrado, aludiendo sólo al agente al consagrar frente a él una acción de regreso, vid., GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, J. L.: “Función pública y acciones de responsabilidad civil”, cit., pág. 201. Pero además, como hemos expuesto, el Reglamento de Expropiación Forzosa vino a confirmar la vigencia de la Ley de 5 de abril de 1904 remitiéndose a ella para exigir la responsabilidad de los funcionarios en el artículo 135 apartado 3 que señalaba al efecto que “los particulares lesionados podrán exigir 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”.

de la Administración del Estado estamos en presencia de una Ley que no deroga a la Ley de 5 de abril de 1904, pero que ofrece una regulación sustantivamente distinta: se hace innecesaria la previa reclamación que la nueva Ley no exige -y que para los funcionarios de la Administración local se había suprimido ya por el artículo 414, *in fine* de la Ley de Régimen Local-, pero además ha variado el supuesto de hecho, es decir, ya no se trata de la infracción de preceptos legales, sino de una lesión interviniendo culpa o negligencia graves, de todo lo cual cabría deducir una derogación implícita en este sentido¹⁴¹. Pero, supuesto que la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado no es aplicable a la esfera local e institucional, la vigencia de la Ley de 1904 en estos ámbitos parece igualmente incuestionable con las mismas precisiones anteriormente señaladas¹⁴².

Sin embargo, la doctrina, especialmente los autores que han profundizado en el tema se plantearon enormes dudas a la hora de aplicar la Ley de 5 de abril de 1904. Para GONZÁLEZ-BERENGUER, el problema surgía por la necesidad declarada por el Tribunal Supremo de que al juicio de responsabilidad del agente le preceda una declaración contenciosa sobre la irregularidad del acto; siendo ahora posible exigir a aquel esta responsabilidad simultáneamente con la petición de dicha irregularidad en vía contenciosa, la conclusión del autor es que la aplicabilidad de la Ley de 1904 es absolutamente nula¹⁴³.

La argumentación del autor es la siguiente, con la Ley de 5 de abril de 1904, parecía posible pedir simultáneamente la declaración de la existencia de la infracción y la declaración del derecho a ser indemnizado, pero como hemos señalado la Jurisprudencia entendió en repetidas ocasiones que la primera declaración no puede hacerla un Tribunal civil, pues éste carece de jurisdicción para examinar la actuación administrativa, “al Tribunal civil hay que darle resuelto este aspecto del problema. Y la

¹⁴¹Así lo entiende GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, J. L.: “Función pública y acciones de responsabilidad civil”, cit. pág. 202; para quien, sin embargo, hay que entender vigente lo relativo a la sucesión en la obligación de indemnizar, bien por ratificación del superior, bien por muerte del obligado. Por el contrario no tiene sentido la acción directa de responsabilidad frente al agente en los casos de culpa leve.

¹⁴² GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, J. L.: “Función pública y acciones de responsabilidad civil”, cit., págs. 202 a 204, el autor realiza un estudio de la responsabilidad de los funcionarios y autoridades locales, diferenciando la responsabilidad de los miembros con voto, la responsabilidad de los ejecutores de los acuerdos y la del resto de los funcionarios.

¹⁴³GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, J. L.: “Función pública y acciones de responsabilidad civil”, cit., pág. 205.

manera de hacerlo es una declaración, en este sentido, de los Tribunales contenciosos, o acaso... el fallo de un expediente gubernativo de responsabilidad administrativa seguido al agente”¹⁴⁴. Posteriormente el artículo 378 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales señalaba que el Tribunal que entiende de la declaración de no conformidad del acto con el Derecho, entiende también de la declaración de responsabilidad civil, pudiendo dirigir ésta contra la Administración o contra el agente; por otra parte la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa declara sometidas a ella las cuestiones sobre responsabilidad civil de la Administración. De todo ello deduce GONZÁLEZ-BERENGUER la posibilidad de exigir la responsabilidad civil del funcionario a través de dos vías: la de la Ley de 5 de abril de 1904 (a la cual precederá una declaración que normalmente será una sentencia contenciosa) y la de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, es decir la petición en vía contencioso-administrativa simultáneamente de la declaración de no conformidad del acto lesivo con el derecho y la existencia de la lesión, dirigiéndose la acción para reparar le lesión, bien contra la Administración bien contra el funcionario.

Otro de los autores que se han ocupado del tema, MANZANEDO MATEOS¹⁴⁵, llega a la conclusión de la derogación parcial de la Ley de 5 de abril de 1904, pero el razonamiento es otro, teniendo en cuenta que únicamente se refiere a la responsabilidad de los funcionarios civiles del Estado. Para el autor el tema de la responsabilidad civil de los funcionarios encuentra su regulación en el nuevo texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, Decreto 315/1964, de 7 de febrero (BOE de 15 de febrero), cuyo artículo 81 señala que, “la responsabilidad civil y penal se hará efectiva en la forma que determina la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado”. Pues bien, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado habría derogado a la Ley de 1904 en su disposición final tercera al establecer la derogación de “cuantas disposiciones se opongán a lo establecido en la presente Ley”; puesto que los requisitos exigidos en la misma son totalmente distintos de los señalados en la Ley de 5 de abril de 1904, en este sentido hay que entenderlos derogados¹⁴⁶.

¹⁴⁴GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, J. L.: “Función pública y acciones de responsabilidad civil”, cit., págs. 214 y ss.

¹⁴⁵MANZANEDO MATEOS, J. A: “La responsabilidad civil de los funcionarios del Estado”, cit.

¹⁴⁶MANZANEDO MATEOS, J. A: “La responsabilidad civil de los funcionarios del Estado”, cit., págs. 46 a 48.

Sin embargo, quedarían vigentes, según el autor, los aspectos procesales de la Ley de 5 de abril de 1904, los cuales constituyen junto con el artículo 45 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado toda la regulación procedimental de las acciones de responsabilidad civil de los funcionarios ante la jurisdicción ordinaria¹⁴⁷.

A la vista de lo anteriormente señalado y lo confuso del tema se hace preciso un ejercicio de concreción respecto de la legislación vigente durante este período en la materia. Dos conclusiones interesa extraer por el momento, veamos.

Supuesto que la Ley de Expropiación Forzosa tenía aplicación general para todas las Administraciones públicas, la doctrina entendió que en consecuencia había quedado derogado todo el régimen de responsabilidad civil de la Administración Local establecido en los artículos 405 y siguientes de la Ley de Régimen Local (concretamente los artículos 405, 406.1.2º, 407 y 409) y concordantes del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales, a pesar de lo cual, el Reglamento de Expropiación Forzosa estimó oportuno confirmarlo expresamente¹⁴⁸.

Pero puesto que la Ley de Expropiación Forzosa no se ocupó de regular la responsabilidad civil de las autoridades y funcionarios, continuaría vigente para la Administración local el artículo 414, que señala que dicha responsabilidad se exigirá con arreglo a los trámites establecidos en la Ley de 5 de abril de 1904 y su Reglamento. Por lo tanto la remisión era simplemente a la tramitación del procedimiento de

¹⁴⁷Según el autor hay que entender vigentes el artículo 3º de la Ley de 1904 y 14 del Reglamento en cuanto disponen que la tramitación se ajustará a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento civil para los incidentes, el artículo 6º en relación con el artículo 45.4 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; igualmente los artículos 7º (sobre los recursos procedentes); 8º, sobre publicación de sentencias; 9º, sobre la ejecución de las mismas; 10, sobre requerimiento de inhibición; 12, sobre representación de las partes, y 13, sobre pronunciamiento en costas; en MANZANEDO MATEOS, J. A: “La responsabilidad civil de los funcionarios del Estado”, cit., pág. 48.

¹⁴⁸Vid. PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, cit., pág. 43. Concretamente, recordamos que el apartado segundo del artículo 133 del Reglamento de Expropiación Forzosa señala que “las Corporaciones Locales y Entidades institucionales quedan sujetas también a la responsabilidad que regula este capítulo”. En el mismo sentido se pronuncia GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 141; quien destaca que no obstante la jurisprudencia no sentó una doctrina clara y uniforme. Existían sentencias que aplicaban la Ley de Régimen Local (así, las Sentencias de 17 de noviembre de 1973 y de 18 de abril de 1974) y hasta la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado en la esfera local (así, Sentencias de 25 de junio de 1973 y 10 de junio de 1975), al lado de la doctrina jurisprudencial correcta que consideraba que la normativa contenida en la Ley de Expropiación y en el Reglamento de Expropiación sustituyó la contenida en la Ley de Régimen Local y el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales; en este sentido las Sentencias de 8 de febrero de 1973 y 11 de diciembre de 1974.

exigencia de la responsabilidad civil (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1963¹⁴⁹)

No obstante, el Reglamento de Expropiación Forzosa considera necesario incluir la regulación de la responsabilidad civil de las autoridades y funcionarios, precisamente porque los presupuestos anteriores de la Ley de Régimen Local habían cambiado con la nueva Ley. De forma que el artículo 135 del Reglamento de Expropiación Forzosa después de dedicar los párrafos 1º y 2º a la regulación de la acción de regreso, señala en su apartado tercero que “en estos supuestos - daños producidos por dolo o culpa grave del funcionario o funcionarios encargados del servicio-, los particulares lesionados podrán exigir la responsabilidad solidariamente de la Administración y de los funcionarios, regulándose ésta última por la Ley de 5 de abril de 1904 y demás disposiciones aplicables”. Pero, resulta claro, que lo dispuesto en un Reglamento no puede ir en contra de lo establecido en una ley, en este caso el art. 414 de la Ley de Régimen Local que, como hemos señalado no puede entenderse derogado ni expresa ni tácitamente por la Ley de Expropiación Forzosa. Por lo que la Ley de 5 de abril de 1904 se aplicaría en cuanto a la tramitación.

Por su parte la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, cuyas pretensiones ya reseñadas eran de perfeccionamiento de la precedente, prevé la posibilidad de acción directa frente a autoridades y funcionarios por los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan irrogado por culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos, lo cual incluye tanto actuaciones jurídicas como materiales ya sea por acción u omisión señalando los órganos competentes de la Jurisdicción civil. Se comprenderá que sustantivamente ya no hay dudas de la derogación de la Ley de 5 de abril de 1904 por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado en cuanto se opone a lo en ella establecido, por lo tanto la conclusión es la misma.

El hecho de la exigencia por parte de la jurisprudencia de que con anterioridad a la demanda civil, se haya obtenido una declaración de la extralimitación gubernativa imputable al funcionario contra el que la reclamación se dirige, que es competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa, obedecía a la anterior regulación sustantiva de la responsabilidad civil que exigía siempre un acto jurídico

¹⁴⁹Citada por PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, cit., pág. 100.

productor del perjuicio pero no contemplaba la posibilidad de daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de actuaciones materiales en cuyo caso evidentemente no se requiere reclamación previa alguna¹⁵⁰.

Pero además, los autores se plantearon la duda de si los particulares podrían demandar simultáneamente a la Administración y al funcionario personalmente responsable, pues siendo la jurisdicción ordinaria la única competente para conocer de las acciones de responsabilidad civil de los particulares frente a las autoridades y funcionarios, y puesto que la acción frente a la Administración debía ejercerse en vía administrativa o, en su caso, ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, esta posibilidad parecía inviable, sin embargo, los tribunales civiles acabarían conociendo de acciones de responsabilidad civil planteadas por los particulares lesionados frente al funcionario o agente solidariamente con la Administración, apelando a la *vis atractiva* de la jurisdicción civil y a la no ruptura de la continencia de la causa.

Frente a la Ley de Expropiación Forzosa, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado se va a ocupar también de regular la responsabilidad derivada de los daños y perjuicios que las autoridades, funcionarios o agentes ocasionen, mediando culpa o negligencia graves, en los bienes y derechos de la propia Administración (responsabilidad que ya contemplaba en su respectivo ámbito el artículo 410 de la Ley de Régimen Local). El artículo 42. 2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado establece que “podrá la Administración instruir igual expediente a las autoridades, funcionarios o agentes que por culpa o negligencia graves hubieran causado daño o perjuicio en los bienes y derechos del Estado”. Es decir, dicha responsabilidad se determinará mediante la instrucción de un expediente administrativo, en el que necesariamente habrá de otorgarse la audiencia del interesado, que en todo caso ostenta la garantía del recurso contencioso-administrativo (artículo 42.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado)¹⁵¹.

¹⁵⁰ En cualquier caso, la polémica respecto de la vigencia de la Ley de 5 de abril de 1904, continuaría aún después de la promulgación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y será en 1999 cuando su modificación por la Ley 4 /1999 de 13 de enero, zanje definitivamente cualquier discusión al derogarla de forma expresa, al respecto puede consultarse, FORTES GONZÁLEZ, A. I.: “La responsabilidad civil de los funcionarios públicos frente a los particulares: sobre la vigencia de la Ley de 5 de abril de 1904”, en SOSA WARGNER, F. (Coord.): *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

¹⁵¹ Según RIVERO YSERN, E.: “La responsabilidad civil del funcionario público frente a la

Lamentablemente, a pesar de que la responsabilidad patrimonial de las autoridades y demás empleados puede exigirse a través de distintas vías, la práctica jurisprudencial constata que la Administración nunca exige esta responsabilidad de su personal, a pesar de que en determinadas Sentencias que declaran la responsabilidad de la Administración se menciona expresamente la actuación irregular del funcionario o agente como determinante del daño y que habrían posibilitado el ejercicio de la acción de regreso¹⁵².

2.4. El enfoque constitucional. La Constitución española de 1978.

La promulgación Constitución española de 1978 no supone ninguna innovación respecto del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que ya estaba definitivamente configurado en la Ley de Expropiación Forzosa y en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Lo que hace el constituyente es constitucionalizar los resultados alcanzados a nivel de ley ordinaria, en un texto que en su artículo 1º proclama que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”¹⁵³.

Evidentemente, dentro de los postulados constitucionales se encuentra la garantía y el respeto de todos los ciudadanos, a los cuales se les reconoce el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en defensa de sus derechos e intereses legítimos (art. 24.1 del texto Constitucional), reconocimiento y respeto que no sería absoluto si se privara a los ciudadanos del derecho de exigir responsabilidades a los poderes públicos por los perjuicios que en sus bienes y derechos pudiere causar el desenvolvimiento de la actividad de aquellos¹⁵⁴. No olvidemos que la preocupación fundamental de la doctrina era la protección de los derechos de los ciudadanos, de tal forma todos los esfuerzos se dirigen a consagrar, a nivel constitucional, la responsabilidad directa y objetiva de la Administración.

Administración”, cit., pág. 26, la naturaleza de esta acción es de carácter jurídico-administrativo, siendo el procedimiento a seguir el mismo que cuando se exige la responsabilidad indirecta.

¹⁵² Así lo destaca, entre otros autores, GARCÍA MACHO, R.: “Función pública y responsabilidad”, cit., pág. 95.

¹⁵³ Sobre la trascendencia jurídica de estos postulados constitucionales puede consultarse, entre otros, PAREJO ALFONSO, L.: *Constitución y valores del ordenamiento*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Cívitas, Madrid, 1981.

¹⁵⁴ GUAITA MARTORELL, A.: “Control judicial y responsabilidad de la Administración”, cit., pág. 353.

En primer lugar, nuestra Constitución parte de un principio general de responsabilidad consagrado en su Título Preliminar, concretamente en el art. 9.3, cuando afirma que la Constitución garantiza “la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Es indudable que el empleo aquí de la palabra responsabilidad tiene un valor genérico, además se refiere a todos los poderes públicos, sin especificar ninguno en concreto, pues todos ellos son responsables de la acción llamada a desarrollar por el propio texto constitucional. Entendemos que en esta referencia general se incluye tanto la expropiación como la responsabilidad patrimonial, ya que ambas gozan de la nota común de asegurar la integridad patrimonial de los administrados frente a la acción pública¹⁵⁵. No obstante, el texto constitucional dedica un artículo expreso a cada una de ellas, mientras la referencia constitucional de la expropiación se halla en el artículo 33, la responsabilidad patrimonial de la Administración se regula en el artículo 106.2.

El artículo 106.2 encuadrado en el Título IV de la Constitución desarrolla la previsión genérica de responsabilidad de todos los poderes públicos, referida a una esfera concreta, la Administración pública, señalando que “[l]os particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Fórmula que, como hemos adelantado, no añade nada nuevo respecto del régimen vigente, pero sí el reconocimiento a nivel constitucional de uno de los pilares fundamentales en un Estado de Derecho, esto es, el sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas. Llama la atención el hecho de que el Anteproyecto de Constitución publicado en el Boletín Oficial de las Cortes el 5 de enero de 1978, no contenía ninguna alusión al tema, más que la genérica del artículo 9.3, a pesar de que existían antecedentes constitucionales¹⁵⁶. Advertida esta omisión, el Grupo socialista y

¹⁵⁵ En este sentido, GARRIDO FALLA, F.: “El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad”, en *Revista de Administración Pública*, nº 91, 1976, distingue ambas instituciones en función del distinto fundamento jurídico que las origina, con una peculiar visión a lo que a la responsabilidad patrimonial se refiere. También puede consultarse del mismo autor, ya con expresas referencias al texto constitucional, “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, *Revista de Administración Pública*, nº 119, mayo-agosto, 1980 y en *Estudios en homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, cit..

¹⁵⁶El artículo 41 de la Constitución de 1931al que ya hemos hecho referencia, e incluso en la Ley Orgánica del Estado de 1967, el artículo 42 regulaba la responsabilidad de la Administración y de sus autoridades, funcionarios y agentes, remitiéndose a lo que “las leyes determinen”, es decir la Ley de

la Unión de Centro Democrático presentan sendas enmiendas, siendo la del segundo grupo citado la que, finalmente, se convirtió en el actual número 2 del artículo 106. La redacción sólo sufrió un pequeño cambio, sin entidad sustantiva, se sustituyó la expresión “aquella lesión” por “la lesión”.

La Constitución prescinde, según AURELIO GUAITA acertadamente¹⁵⁷, de los calificativos de “anormal y normal” funcionamiento de los servicios públicos pues, que la causa de la lesión sea un funcionamiento anormal de un servicio no exonera a la Administración de su responsabilidad directa y objetiva, aunque luego repita contra sus funcionarios. Sin embargo, estimamos que, el hecho de que la Constitución prescinda de los calificativos “normal o anormal” respecto del funcionamiento de los servicios públicos, no puede interpretarse en el sentido de que, de este modo, el constituyente quiso constitucionalizar la responsabilidad objetiva, reforzando y consolidando este sistema global y objetivo de responsabilidad de la Administración. En este sentido estamos de acuerdo con todos los autores que rechazan el que el art. 106.2 de la Constitución imponga la responsabilidad objetiva global de la Administración¹⁵⁸, y entendemos que el constituyente prefirió dejar la naturaleza objetiva o no en manos del legislador, permitiendo un “régimen dinámico, variable a lo largo del tiempo, que debe adaptarse a las cambiantes circunstancias sociales, ideológicas y, por supuesto, económico-presupuestarias. Su configuración, por ello no debe quedar petrificada en la Constitución, de reforma tan compleja y esencialmente excepcional, sino que debe ser confiada al legislador, capaz (encargado, en realidad) de llevar a cabo esa necesaria tarea de adaptación y permanente actualización”¹⁵⁹.

Expropiación Forzosa y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

¹⁵⁷ GUAITA, A.: “Control judicial y responsabilidad de la Administración”, cit., pág. 370.

¹⁵⁸ Los autores que se han manifestado en contra de que el art. 106.2 de la Constitución imponga un sistema de responsabilidad objetiva son citados por MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, cit., pág. 216, en nota al pie, a los que el propio autor se adhiere, y ello por dos razones: en primer lugar, porque estima que si el constituyente hubiera decidido mantener la fórmula tradicional hubiera hecho referencia al funcionamiento normal de los servicios públicos; y en segundo lugar, porque el art. 106.2 de la Constitución española al ocuparse de la responsabilidad civil de la Administración lleva a cabo una muy amplia remisión a la Ley, dicha amplitud impide, para el autor, considerar que dicho precepto constitucional esté optando por un régimen concreto de responsabilidad administrativa, sino que al aludir simplemente al “funcionamiento de los servicios”, el constituyente, sencillamente no ha querido decantarse por ninguna de las dos grandes alternativas que ofrece la responsabilidad civil (la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa) y ha preferido que sea el legislador quien decida, en cada momento el alcance que presentará la responsabilidad de la Administración, op. cit. págs. 216 a 220.

¹⁵⁹ MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, cit., pág. 220. En el mismo sentido, se manifiestan otros autores, para quienes la fórmula constitucional

Prescindiendo de la polémica de si el mencionado precepto configura o no un sistema de responsabilidad objetiva de la Administración, lo que sí es cierto es que el artículo 106.2 de la Constitución viene a configurar un verdadero derecho subjetivo de los ciudadanos al resarcimiento por los daños producidos como consecuencia del actuar administrativo¹⁶⁰.

Pero ésta no es la única mención expresa a la responsabilidad, sino que la Constitución española se refiere también a la responsabilidad del Estado en otro precepto, el artículo 121, si bien, en este caso, la responsabilidad deriva de los errores judiciales y del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, así establece que “[l]os daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley”. La ley a la que remite la Constitución es, actualmente, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que dedica los artículos 292 a 297 a la regulación de dicha responsabilidad. Llama la atención que, a diferencia de lo que ocurre con la regulación de la responsabilidad de la Administración, el Texto constitucional sí hace referencia a la que corresponde a los Jueces y Magistrados, cuando en el art. 117.1 señala no sólo su independencia e inamovilidad, sino su responsabilidad¹⁶¹, desarrollada, en lo que a responsabilidad civil atañe, en los artículos 411 a 413 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a ella volveremos más adelante.

“funcionamiento de los servicios públicos”, no supone que la Constitución haya prescrito dicha índole objetiva, haciéndola indisponible para el legislador, sino que el contraste de dicha fórmula con la utilizada en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (funcionamiento normal o anormal de los mismos), “en la que muchos autores vieron la consagración de un sistema de responsabilidad objetiva, indica que el constituyente no quiso aquí optar por uno u otro régimen, sino que prefirió dejar abierta esta cuestión para que el legislador la regulara. Esa conclusión viene corroborada por el hecho de que el mismo artículo 106.2 se haya remitido explícitamente a la ley para regular los términos en los que debe responder el Estado”, vid. DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?”, *Revista de Administración Pública*, nº 183, septiembre-diciembre, 2010, pág. 204.

¹⁶⁰ MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, cit., págs. 221 y 222, para el autor, no hay ninguna duda de que el constituyente, quiso con el art. 106.2, establecer la garantía institucional de la responsabilidad civil de la Administración española. El legislador podría modificar el régimen vigente de responsabilidad objetiva global y optar por uno más limitado, pero no podría eliminar la responsabilidad civil de la Administración, ni tampoco hacerlo en sectores aislados de la actuación administrativa, y es que “el principal efecto del art. 106.2 CE –y su principal mérito– es el de vincular la propia *concepción constitucional* de la Administración pública española al sometimiento a responsabilidad extracontractual: la Administración española, en su configuración constitucional, es una Administración *responsable*. Ello en virtud de la garantía institucional del art. 106.2 CE, no puede ser olvidado por el legislador” (la cursiva es del propio autor).

¹⁶¹ Concretamente el art. 117.1 de la Constitución establece: “La justicia emana del Pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

La última referencia constitucional expresa a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas se encuentra en el artículo 149.1.18ª que enumera las competencias exclusivas del Estado. Dicho precepto trata de establecer y garantizar un tratamiento igualitario de los derechos constitucionales en todo el territorio español, cuya interpretación en general ha suscitado todo tipo de conflictos, al señalar como competencia exclusiva del Estado la regulación de “[l]as bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”.

El objetivo del presente artículo, en lo que a nosotros concretamente interesa, es el establecimiento de un sistema de responsabilidad que sea único y general, es decir aplicable a todas las Administraciones públicas. En el mismo sentido se expresa el artículo 12.2 de la Ley del Proceso Autonómico de 14 de octubre de 1983: “También será de aplicación a la Administración de las Comunidades Autónomas la legislación sobre expropiación forzosa y sobre el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración”. Destaca, por consiguiente, la pretensión de tratamiento igualitario de las garantías individuales de los ciudadanos, por ello el precepto constitucional configura la regulación del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas como competencia exclusiva del Estado.

Pero hay algo en estas previsiones constitucionales que no podemos pasar por alto y que también ha sido advertido por nuestra doctrina administrativista y es que, a diferencia de otros países, e incluso a diferencia de la regulación establecida en el art. 117.1 anteriormente citado relativo a la responsabilidad de Jueces y Magistrados, nuestra Constitución no alude a la responsabilidad de los empleados públicos, cuya exigencia y determinación ha dejado en manos del legislador estatal, por lo que se hace necesario precisar el título competencial que habilita al legislador estatal para regular la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas.

En este sentido, para MIR PUIGPELAT el régimen de responsabilidad civil de los trabajadores públicos queda totalmente en manos del legislador estatal, en cuanto competente para regular las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios, de tal forma que, para el autor, “una ley que exonere totalmente de responsabilidad civil a la Administración sería inconstitucional, no lo sería en cambio, la ley que exonere a los funcionarios y agentes públicos”¹⁶².

Sin embargo, no pensamos que sean esos los títulos competenciales (bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y régimen estatutario de los funcionarios) que habilitan al legislador estatal a regular el régimen de responsabilidad de los funcionarios, así en opinión de GAMERO CASADO, la regulación por parte del Derecho Administrativo de un sistema de responsabilidad aplicable a los funcionarios públicos deriva del régimen constitucional, que extiende la competencia del legislador estatal en la materia a todo supuesto de responsabilidad derivada del funcionamiento de los servicios públicos. La Administración en tanto que persona jurídica, ha de actuar siempre a través de concretos sujetos físicos, que actúan por cuenta de la misma, por lo que la actuación de los mismos se encuentra en el ejercicio de los servicios públicos a que hace referencia el texto constitucional, y por ello el legislador estatal puede establecer el régimen de responsabilidad que les resulte aplicable¹⁶³.

También es ésta nuestra opinión, es decir, el legislador estatal tiene la competencia exclusiva para regular el sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas por los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, esto es, como consecuencia de la acción u omisión de las personas que actúan en su nombre, por lo que la competencia se extiende no sólo a la regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, sino también a la regulación de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y demás personal a su servicio, pues ya hemos adelantado que, aunque ambas instituciones presenten elementos y peculiaridades propias, no son independientes. En el mismo sentido

¹⁶² MIR PUIGPELAT, O: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2002, pág. 92.

¹⁶³ GAMERO CASADO, E.: “Las transformaciones del sistema de la responsabilidad administrativa extracontractual”, Separata, en AA.VV.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado. III Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía (noviembre de 1997)*, Comares, Granada, 2000, págs. 9 y 10.

RIVERO YSERN estima que “la responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios encuentra su encaje institucional en el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, no pudiendo articularse este sistema prescindiendo del papel que asumen en el mismo las autoridades y funcionarios, en consecuencia “es una materia de la disponibilidad estatal, puesto que el art. 149.1.18ª de la Constitución señala como competencia exclusiva del Estado *el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas*”¹⁶⁴.

Pues bien, dando cumplimiento al mandato constitucional del artículo 149.1.18ª se acomete la penúltima reforma del sistema de responsabilidad patrimonial mediante la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo logro ha sido establecer en un sólo texto legislativo un sistema unitario de responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones públicas, incluida, como no podía ser de otro modo, la responsabilidad patrimonial de las autoridades y demás personal a su servicio.

3.- RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE. LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN.

La promulgación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, supuso un hito fundamental en la trayectoria jurídico administrativa, al sustituir dos leyes esenciales en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. La propia Exposición de Motivos, por cierto, bastante parca, justifica la necesidad de la reforma en la precisa adaptación del régimen jurídico de todas las Administraciones públicas al marco constitucional, tanto a la satisfacción de las exigencias del artículo 149.1.18ª -resultado de la propia configuración descentralizada del Estado-, como de las derivadas de los principios contenidos en el Título IV, concretamente los artículos 103, 105 y 106.2 de la Norma

¹⁶⁴ RIVERO YSERN, E.: “Notas sobre el sistema de responsabilidad patrimonial de las autoridades y funcionarios”, en DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. y JIMÉNEZ FRANCO, E. (Dirs.): *Los empleados públicos. Estudios*, cit., pág. 315, señalando que así lo ha entendido igualmente la Ley 30/1992 y la legislación en materia de empleo público, al excluir de su regulación la responsabilidad patrimonial de las autoridades y empleados públicos.

Fundamental. Puesto que la Constitución “garantiza el sometimiento de las Administraciones Públicas al principio de legalidad, tanto con respecto a las normas que rigen su propia organización, como al régimen jurídico, el procedimiento administrativo y el sistema de responsabilidad”, se regula en una sola Ley estos tres temas fundamentales del Derecho Administrativo¹⁶⁵.

La importancia de la Ley 30/1992 queda patente en los numerosos comentarios y monografías dedicadas al estudio de sus principales aportaciones, si bien es cierto que, en la mayoría de los casos, con más críticas que elogios¹⁶⁶. En lo que a nosotros concierne, la Ley es fundamental en la medida que su Título X está dedicado a la regulación del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, y de las autoridades y demás personal a su servicio (artículos 139 a 146). Al efecto, la Exposición de Motivos señala que la Ley “incorpora la regulación de una materia estrechamente unida a la actuación administrativa y que constituye, junto con el principio de legalidad uno de los grandes soportes del sistema. Se hace así realidad la previsión contenida en el artículo 149.1.18ª de la Constitución sobre el establecimiento de un sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas”. Dicha regulación es completada por el Reglamento regulador de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que viene a cerrar definitivamente el sistema de responsabilidad aplicable a todas las Administraciones públicas¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Sobre la tramitación parlamentaria de la misma, pueden consultarse ABAJO QUINTANA, J. J.: *La tramitación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Aspectos administrativos y parlamentarios*. BOE, Madrid, 1994; concretamente sobre el Título X, LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, J.: “Responsabilidad de las Administraciones públicas (exégesis de la elaboración de la Ley)”, en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Vol. II Ministerio de Justicia-BOE, Madrid, 1993.

¹⁶⁶ Desde los primeros comentarios de GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92, 26 de noviembre)*, Civitas, Madrid, 1993; hasta los más recientes de GALLARDO CASTILLO, Mª J.: *Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común. Comentario sistemático a la Ley 30/92, de 26 de noviembre*, Tecnos, Madrid, 2010.

¹⁶⁷ Hay que tener en cuenta, respecto de la legislación vigente en ese momento, que la Disposición Derogatoria de la Ley 30/1992, en su apartado 2º, deroga de forma expresa los artículos 40 a 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, así como todas las demás normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en la Ley (apartado 1º). Por su parte el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad, en su disposición derogatoria única, apartado 1º, establece la derogación del capítulo II del Título IV del Reglamento de Expropiación Forzosa. Posteriormente, la nueva regulación llevada a cabo respecto de la Administración del Estado por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (BOE de 15 de abril de 1997), deroga de forma expresa la Ley de Régimen Jurídico de la

En cuanto la Ley 30/1992 pretende dar cumplimiento a la previsión contenida en el artículo 149.1.18ª de la Constitución¹⁶⁸, nos interesa especialmente comprobar la adecuación a la misma del título competencial en ella establecido respecto del tema que estamos abordando.

El citado artículo 149.1.18ª dispone la regulación de tres conceptos capitales del ordenamiento administrativo, en los que la competencia es exclusiva del Estado: a) las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas; b) el procedimiento administrativo común; y c) el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas. No son pocos los problemas que ha planteado, tanto a la doctrina como al Tribunal Constitucional¹⁶⁹, la determinación del alcance de este precepto, que ha merecido la calificación por parte de algún autor de “paradigma de “norma revoltijo” (entendido este término en su acepción de “conjunto o compuesto de muchas cosas sin orden ni método...”)¹⁷⁰. Sin embargo, sólo nos vamos a centrar en el análisis del último título competencial citado, esto es, la competencia exclusiva del Estado sobre el sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas¹⁷¹.

Si bien en un principio pudiera parecer que la delimitación de este título competencial no suscita ningún problema en cuanto a su conceptualización y contenido, el empleo por el texto constitucional del término “sistema” presenta algunas dificultades a

Administración del Estado.

¹⁶⁸ La Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, señala en su punto II: “El artículo 149.1.18ª de la Constitución distingue entre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, que habrán de garantizar al administrado un trato común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.

La delimitación del régimen jurídico de las Administraciones públicas se engloba en el esquema “bases más desarrollo” que permite a las comunidades Autónomas dictar sus propias normas siempre que se ajusten a las bases estatales. Sin embargo, respecto al procedimiento administrativo común y al sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas, aunque su formulación jurídica sea la manifestación expresa y la traducción práctica para los ciudadanos de la aplicación regular del propio régimen jurídico, la Constitución las contempla como una competencia normativa plena y exclusiva del Estado”.

¹⁶⁹ En el sentido de que, ni siquiera, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es lo suficientemente esclarecedora. Se pueden consultar, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 32/1981 de 28 de julio, 76/1983 de 5 de agosto, 227/1988 de 29 de noviembre, 214/1989 de 21 de diciembre, 23/1993 de 21 de enero.

¹⁷⁰ DIEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las adaptaciones de la Legislación Local a la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común”; en la *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 260, octubre-diciembre, 1993, pág. 785.

¹⁷¹ Lo cual no significa obviar que, como hemos señalado y la propia Exposición de Motivos de la Ley 30/1992 reconoce, la formulación jurídica del sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas sea la manifestación expresa y la traducción práctica para los ciudadanos de la aplicación regular del propio régimen jurídico, que la Constitución la contempla como competencia normativa plena y exclusiva del Estado.

las que inmediatamente aludiremos. Para su precisión habremos de partir del objetivo o finalidad perseguida por el artículo 149.1.18ª *in fine*, que no es otro sino garantizar el establecimiento de una regulación uniforme en todo el territorio del Estado, para su consecución el citado precepto dispone la competencia normativa plena y exclusiva del Estado, por ello la utilización del concepto “sistema” no es gratuita, sino absolutamente deliberada.

La aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial a todas las Administraciones públicas, es evidente y, como dice BLANQUER CRIADO, no trae causa de esa eventual interpretación del término “sistema”, ya que en su tenor literal el propio art. 149.1.18ª aclara expresamente que se refiere el sistema de *todas* las Administraciones públicas¹⁷². Por ello, para el autor, cuando la Constitución española no alude “al régimen de responsabilidad” sino que opta por la expresión “sistema de responsabilidad”, esa opción encierra la negación de un único régimen de cobertura de daños y perjuicios, por ello entiende que el “sistema” se refiere a una pluralidad o diversidad de elementos que se agrupan en un todo unitario (en el cual se integran a través de reglas de articulación y coherencia)¹⁷³.

Con independencia de la existencia de distintos regímenes, ese todo unitario lo que pretende es garantizar un tratamiento común de los particulares, por ello estimamos que, sin duda alguna dentro del sistema de responsabilidad, se configura como pieza esencial el procedimiento, en la medida que la plena efectividad del régimen jurídico viene determinada por los cauces procedimentales adecuados a su consecución, por lo tanto, no sólo la regulación del régimen jurídico es competencia plena del Estado, sino también la regulación misma del procedimiento.

Sin embargo, el Reglamento que establece la regulación de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial no parece entenderlo así, por cuanto prevé la

¹⁷² BLANQUER CRIADO, D.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Ponencia Especial de Estudios del Consejo de Estado*, cit., págs. 79 y 80.

¹⁷³ Para el autor, el reconocimiento sin vacilaciones de una pluralidad de regímenes de cobertura de daños y perjuicios no es en sí mismo contrario a la idea de “sistema” dispuesta en el art. 149.1.18 de la Constitución, pero ello sólo es así en la medida en que se dispongan medidas de coherencia y criterios de articulación entre los distintos regímenes de cobertura. Para entender dichas afirmaciones, el autor estudia los problemas que plantea el aseguramiento de la responsabilidad de los servidores públicos. También señala la necesidad de que la diversidad de regímenes deben compartir la regulación de algunos extremos del sistema de cobertura de daños y perjuicios, BLANQUER CRIADO, D.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Ponencia Especial de Estudios del Consejo de Estado*, cit., págs. 86 y ss.

posibilidad de establecer peculiaridades procedimentales por parte de las Comunidades Autónomas en su artículo 1.2 al enunciar que “[l]as disposiciones de este Reglamento son de aplicación a los procedimientos que se inicien, instruyan y resuelvan todas las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial por su actuación en relaciones de Derecho público o derecho privado. Ello sin perjuicio de las especialidades procedimentales que, con respecto a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y a este Reglamento, establezcan las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias normativas en materia de responsabilidad”.

Este precepto parece apoyarse en el criterio del Consejo de Estado que dictaminó el Proyecto del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial¹⁷⁴ (Dictamen núm. 3/93, de 11 de febrero de 1993), estableciendo una serie de reservas respecto de la imposibilidad de desarrollo normativo por parte de las Comunidades Autónomas, parecer de dicho órgano que estimamos oportuno transcribir íntegramente:

“El texto consultado parte de una concepción competencial de la potestad normativa (ley y reglamento), en materia de responsabilidad, que asigna al Estado la competencia exclusiva y excluyente y que, por tanto, veda a las Comunidades Autónomas de todo ámbito competencial en su regulación, incluido lo que hace referencia al régimen de los procedimientos previstos para su exigibilidad. Así se refleja en el párrafo segundo del Preámbulo del texto objeto de la consulta, se proyecta normativamente en el art. 1º.1 del Reglamento y se argumenta en el documento reseñado en antecedentes (tercero A). Partiendo de lo que dispone el art. 149.1.18ª de la Constitución (al referirse al sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas) y de un análisis de la Ley 30/1992 (en su Exposición de Motivos y en su articulado), considera el informe incluido en el indicado documento que el procedimiento es pieza esencial del sistema y está, por ello, sujeto al régimen contenido en la Ley y también en el Reglamento, no quedando a las Comunidades Autónomas otro ámbito que el referido a la determinación de los órganos competentes, las especialidades organizativas y aquellos aspectos de la materia que no afecten a su virtualidad garantizadora.

¹⁷⁴ En este sentido FERNANDO PABLO, M. M.: *La Ley común de Procedimiento Administrativo. Antecedentes, principios y aspectos generales de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Colex, Madrid, 1993, pág. 85.

Sin embargo, esta concepción que reserva al Estado, incluso mediante los instrumentos normativos de desarrollo, todo el conjunto de la potestad normativa en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no se adecua a lo que previenen algunos Estatutos de Autonomía (arts. 11º del País Vasco, 10 de Cataluña, 15.1 de Andalucía y 32 de la Comunidad Valenciana, por referirse a las Comunidades que han formulado oposición a aquella concepción), en los que con fórmulas afines se definen, en favor de la Comunidad Autónoma competencias de desarrollo legislativo de y ejecución en la materia de responsabilidad patrimonial a que alude el artículo 149.1.18º de la Constitución.

Los Estatutos de Autonomía se integran en el “bloque de constitucionalidad”, según expresión acuñada por el Tribunal Constitucional, para referirse a los Textos normativos que, con la Constitución, es preciso tener en cuenta para delimitar el régimen competencial. Para determinar si una materia compete al Estado o a la Comunidad Autónoma, (o régimen que exista al respecto), es, en principio, pieza necesaria el Estatuto, aunque, obviamente es la Constitución el marco de referencia más general y permanente. Ello supone, entre otras posibles consecuencias, que el Estatuto de Autonomía, al igual que el resto del ordenamiento jurídico, debe ser interpretado siempre de conformidad con la Constitución, pero también que los Estatutos de Autonomía son piezas básicas, integradas en el bloque de constitucionalidad, a la hora de conferir las competencias, de modo que no pueden ser quebrantados por el Legislador estatal y que, en el ejercicio de la potestad reglamentaria, que es de lo que se trata en el presente dictamen, el mandato del legislador se ha de interpretar en el sentido más conforme para respetar el bloque de constitucionalidad.

El art. 149.1.18ª de la Constitución, al referirse al sistema de responsabilidad, está propugnando, y atribuyendo a la competencia del Estado, el establecimiento de un sistema común de responsabilidad de todas las Administraciones públicas, esto es, la estatal, la autonómica y la local. El Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre contiene las previsiones definidoras y reguladoras de ese sistema y que, por ende, la regulación del procedimiento que se contiene en la indicada Ley, es también parte integrante del sistema común, vinculante por tanto para todas las Administraciones Públicas, y entre ellas de las comunidades Autónomas, no puede empero llevar tal grado de agotamiento en la materia que excluya todo ámbito competencial de dichas

Comunidades, claro es, que quede preservado el contenido de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

Sin embargo, estimamos que las únicas especialidades procedimentales que podrán establecer las Comunidades Autónomas son las derivadas de su organización, de lo contrario podría vulnerarse la pretensión constitucional de un tratamiento igualitario. Ésta es, por otro lado, la postura mantenida por un buen número de autores. Así DIEZ SÁNCHEZ, para quien en lo referente “al sistema de responsabilidad, cabe apreciar, sin embargo, que la reserva al Estado de la competencia es, en efecto, íntegra, lo que conlleva impedir a las Comunidades Autónomas ostentar facultades de carácter sustantivo, quedando limitadas pues a adecuaciones de tipo organizativo”¹⁷⁵. Asimismo GARCÍA-ÁLVAREZ se refiere a las a las especialidades procedimentales “que desde luego podrán consistir en la determinación del órgano competente para resolver (art. 142.2 LAP) o para instruir el procedimiento... o para informar. Fuera de estos supuestos, no se sabe muy bien qué otras especialidades podrán introducir las Comunidades Autónomas que no afectasen a la igualdad de trato a que están constitucionalmente obligadas las Administraciones públicas”¹⁷⁶.

Desde otra perspectiva, también GONZÁLEZ PÉREZ estima que no tiene sentido la referencia que hace el artículo 1.2 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial a las “especialidades procedimentales” que establezcan las Comunidades Autónomas. Para el autor “uno de los procedimientos administrativos que con mayor razón puede calificarse de “común” es el que tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas... y la regulación del “procedimiento administrativo común” es otra de las materias que el artículo 149.1.18ª de la Constitución atribuye a la competencia exclusiva del Estado, “sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas”¹⁷⁷.

En definitiva dentro de la expresión “sistema” de responsabilidad, y por tanto, dentro de la competencia exclusiva del Estado, hay que incluir, no solamente el régimen

¹⁷⁵ DIEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las adaptaciones de la Legislación Local a la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 795.

¹⁷⁶ Vid. BERMEJO VERA, J. (Dir.): *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Cívitas, 1994, pág. 946.

¹⁷⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, cit., pág. 226. Respecto de la significación de la expresión “sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas”, vid. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *Derecho Administrativo Español*, Tomo II, Oleiros (La Coruña) Netbiblio, 2009, págs. 150 a 152.

jurídico sustantivo de la responsabilidad, sino el procedimiento de determinación de la misma, como garantía para los administrados de un tratamiento igualitario frente a todas las Administraciones públicas¹⁷⁸.

Bien es cierto que, como señala REBOLLO PUIG, “esto podría haberse interpretado en un sentido distinto que no excluyera por completo la competencia normativa autonómica respecto al procedimiento de responsabilidad y, de hecho, en la nueva hornada de Estatutos hay, incluso, alguna referencia específica a ello”¹⁷⁹. Desde luego, de admitirse alguna “especialidad procedimental”, ésta no podría contradecir los principios que fundamentan el actual régimen de responsabilidad patrimonial ni, por supuesto, suponer una merma de las garantías procedimentales reconocidas legalmente, aunque no vemos inconveniente en que, ya que no lo hace el legislador estatal, el legislador autonómico subsanase algunas de las deficiencias de que adolece la regulación del Real Decreto 429/1993, fundamentalmente respecto del procedimiento de exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas.

Por lo que respecta al régimen jurídico, la Exposición de Motivos pretendía resaltar el contenido innovador de la Ley vinculado al desarrollo constitucional, sin embargo, no es tan innovador como pretende. Se destaca el contenido garantista de la institución del artículo 106.2 CE, pero, se silencian otros postulados constitucionales como el principio de eficacia y el control de las Administraciones públicas¹⁸⁰.

Sin perjuicio del posterior desarrollo de los temas que nos interesan, podemos señalar que el “nuevo” sistema de responsabilidad establecido en la Ley 30/1992 no incluía tantas mejoras, sino que vino a positivizar principios de gran arraigo en nuestra

¹⁷⁸ Así parece deducirse del pronunciamiento de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, Auto de 7 de julio de 1994 respecto de la regulación contenida en la Ley 30/1992 cuando menciona “*la unidad procedimental*, jurisdiccional y de régimen jurídico... consecuencia lógica del sistema único, directo y objetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración”, (la cursiva es nuestra)

¹⁷⁹ REBOLLO PUIG, M.: “La reclamación de la indemnización”, en QUINTANA LÓPEZ, M. (Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 93, que cita como ejemplo el art. 47.4 del Estatuto andaluz, en el que se dice que “[c]orresponde a la Junta de Andalucía, en materia de responsabilidad patrimonial, la competencia compartida para determinar el procedimiento y establecer los supuestos que pueden originar responsabilidad con relación a las reclamaciones dirigidas a ella, de acuerdo con el sistema general de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”.

¹⁸⁰ PARADA VÁZQUEZ, R. en la conferencia pronunciada en las Jornadas sobre “La Administración y el ciudadano en la Ley de Régimen Jurídico”, celebradas en Salamanca durante los días 4 y 5 de mayo de 1993, organizadas por la Junta de Castilla y León, Diputación de Salamanca y la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca.

jurisprudencia, como el concepto técnico de lesión antijurídica, la indemnización de los daños morales, o el establecimiento definitivo del plazo de reclamación como plazo de prescripción; también, aunque de un modo bastante confuso, pretendía el establecimiento de la unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad, y la incorporación de la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas. Novedosa fue, realmente, la previsión legislativa de un procedimiento abreviado para la determinación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas cuando sean inequívocos todos sus elementos.

Sin embargo, la Ley no se enfrenta realmente a otros temas esenciales, como el establecimiento de criterios concluyentes para la determinación de la cuantía de la indemnización, o respecto de la necesaria relación de causalidad entre el daño inferido y el funcionamiento de los servicios públicos, por citar sólo algún ejemplo. Por otro lado, la confusa regulación, en los arts. 145 y 146, de la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones va a alentar una áspera discusión respecto de la pervivencia o no de la acción de responsabilidad directa de los particulares frente al funcionario presuntamente culpable del daño o perjuicio (prevista anteriormente en el artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado).

Efectivamente, el art. 145.1 de la Ley 30/1992 mantiene la acción directa de la víctima frente a la Administración, señalando en su apartado 1º que “para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”. El carácter imperativo del precepto conduce a pensar que, para el particular, ésta era la única posibilidad si quería ser indemnizado, es decir, dirigir su reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, cuyo funcionamiento hubiera ocasionado la presunta lesión indemnizable. Sin embargo, lo preceptuado en dicho artículo se contradecía con lo dispuesto en el artículo siguiente, el art. 146, que bajo la rúbrica “Responsabilidad civil y penal” señalaba que “la responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente”¹⁸¹.

¹⁸¹ Como demuestra DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit., págs. 341 y 342, el propio texto de la Ley 30/1992 se separa de las intenciones y

La mención expresa a la responsabilidad civil y la remisión para su exigencia a lo previsto en la legislación correspondiente, va a desatar la polémica sobre la posible pervivencia de la acción directa del particular lesionado contra el autor material del daño, que tendría que ventilarse con arreglo a la legislación civil, por lo que se plantea vigencia o no de la Ley de 5 de abril de 1904¹⁸². Las consecuencias de tal opción no serían únicamente procesales, sino que si se aceptaba la supresión del derecho de opción, y la víctima por tanto sólo puede dirigirse contra la Administración correspondiente, el personal al servicio de la misma sólo respondería ante ésta en vía de

planteamientos de sus autores para llegar a solución distinta de la efectivamente querida, su tramitación parlamentaria y los consiguientes debates parlamentarios así lo ponen claramente de manifiesto.

¹⁸² Así para un sector doctrinal encabezado por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho administrativo*, Vol. II, Civitas, Madrid, en la edición de 1993, pág. 405, se habría puesto fin al derecho de opción de la víctima, teniendo en cuenta la dicción literal del art. 145.1 y el hecho de que la Ley 30/1992 hubiese derogado expresamente el art. 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; igualmente podemos citar, entre otros, a BLASCO ESTEVE, A.: “La responsabilidad de la Administración”, en *Comentarios sistemáticos a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Camperi, Madrid, 1993, pág. 435; GARCÍA ALVAREZ, G. en BERMEJO VERA, J. (Dir.): *Derecho Administrativo. Parte especial*, cit, pág. 928; DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit., pág. 342; GALLARDO CASTILLO, M^a J.: “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 1, n^o 2, 1999, pág. 59. Un segundo sector doctrinal, consideró que la aprobación de la Ley 30/1992, no suprimió tal derecho ya que el art. 146.1 remitía a la legislación correspondiente la exigencia no sólo de la responsabilidad penal, sino también de la responsabilidad civil (extracontractual, tanto derivada como no derivada del delito) del personal al servicio de las Administraciones Públicas, esto es, el Código Civil (art. 1902), entre ellos, LEGUINA VILLA, J.: “La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y demás personal a su servicio”, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M.: *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 407; GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO F.: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92, 26 de noviembre)*, cit., pág. 1393; PARADA VÁZQUEZ, R.: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 454.

Tampoco faltaron autores que formulaban una interpretación conciliadora de ambos precepto, así CUETO PÉREZ, M.: *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 398 y 399, proponía dos interpretaciones alternativas, en primer lugar, entender que la responsabilidad civil a la que alude el art. 146 se refiere a la responsabilidad del propio personal frente a la Administración, lo que sería una reiteración innecesaria, o entender, en segundo lugar, que el art. 146, alude a las posibles responsabilidades en que puede incurrir el personal cuando actúa con total y absoluta desconexión del servicio público, “en estos casos no estamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, aunque sí de un caso de responsabilidad de un agente de la Administración, siendo así, no habría inconveniente en admitir la responsabilidad del mismo a través de la vía jurisdiccional civil y con aplicación de la normativa del mismo carácter”. También CASINO RUBIO explica la posible interpretación conciliadora del art. 146.1 con el nuevo régimen de responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de la Administración, entendiendo que dicho precepto se refería solamente a las conductas privadas del personal al servicio de las Administraciones públicas, por completo ajenas al ejercicio del cargo o función, vid. CASINO RUBIO, M.: “La responsabilidad civil del profesional sanitario al servicio de las Administraciones Públicas: régimen jurídico y jurisdicción competente”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.): *Manual jurídico de la profesión médica*, Dykinson, Madrid, 1998, págs. 1169 y ss., y CASINO RUBIO, M.: “El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración”, *Documentación Administrativa*, n^o 254-255 (mayo-diciembre) 1999, págs. 369 y ss.

regreso, y siempre que en su conducta pudiera apreciarse la concurrencia de dolo, culpa o negligencia grave. Si por el contrario se admitiese la acción directa del particular lesionado frente al funcionario, éste respondería también por culpa leve, ya que el art. 1902 del Código civil no exige la gravedad de la culpa (y el art. 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que establecía la necesidad de culpa o negligencia graves, había sido expresamente derogado).

Además, el hecho de considerar suprimida la acción directa del particular lesionado frente a la autoridad o funcionario presuntamente culpable fue duramente criticado por la mayor parte de la doctrina, al entender que se producía una merma de las garantías reales del particular¹⁸³.

El apartado 2 del art. 145 mantenía, por supuesto, la acción de regreso que la Administración podía ejercer frente a las autoridades y personal a su servicio, señalando que “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”¹⁸⁴. La dicción del precepto, mantuvo el escepticismo de la doctrina sobre la aplicación en la práctica de la acción de regreso, en parte por la propia fórmula legal al referirse a que la Administración “podrá exigir”, lo que parecía configurarse como una potestad

¹⁸³ Si bien, no todos los autores se manifestaron en ese sentido, así ALONSO COLOMER, F.: “La responsabilidad patrimonial de los empleados públicos en el marco estatutario”, en *Revista Gallega de Administración Pública*, nº 5, 1993, pág. 133, considera, ante la polémica generada en torno al mantenimiento o no de la acción directa del particular, totalmente inconveniente admitir la responsabilidad del empleado público en vía civil –salvo que se derivara de un comportamiento ajeno al servicio– por los siguientes motivos: a) porque la tutela del lesionado la hace innecesaria al haberse identificado un “patrimonio” de imputación de responsabilidad suficiente como es el del Estado; b) porque la articulación de una garantía solidaria es más teórica que real, ante la eventual insolvencia del empleado público y la carga suplementaria de la prueba que pesaría sobre el demandante, frente a la responsabilidad directa de la Administración siempre solvente; c) porque la responsabilidad última del empleado público, si existe, será siempre exigible a través de la acción de regreso que ejerza la Administración; y d) porque resulta impracticable el recorrido del complicado laberinto procesal que la opción de la Ley parece abrir sin clara conciencia de ello.

¹⁸⁴ Señalaba al respecto GARRIDO FALLA, que la redacción de este párrafo tampoco es feliz, pues “la hipótesis que contempla es la que con dicción más elegante –y sobre todo más clara– regulaba el antiguo artículo 42 de la LRJ: la acción de repetición del Estado contra sus autoridades, funcionarios o agentes cuando hubieran incurrido en culpa o negligencia graves, para resarcirse de la indemnización abonada a los particulares. Sustituir tan claro precepto en la forma que se ha hecho constituye una auténtica temeridad”, en GARRIDO FALLA, F. y FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.: *Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 357.

discrecional y no reglada¹⁸⁵. Las críticas al mantenimiento de esta potestad discrecional de la Administración no se hicieron esperar postulando algunos autores la obligatoriedad de la misma, es decir, el cambio de la expresión “podrá exigir”, por la de “deberá exigir”¹⁸⁶.

Se establece como novedad respecto de la regulación precedente la inclusión del elemento subjetivo del dolo¹⁸⁷, junto con la culpa y negligencia grave, al igual que respecto de la responsabilidad regulada en el art. 145.3 de la ley 30/1992, por los daños y perjuicios causados por las autoridades y demás personal en los bienes y derechos de las Administraciones públicas, cuya determinación remite a los mismos criterios que se prevén para la acción de regreso.

Las reiteradas críticas vertidas por parte de la doctrina a estos y otros aspectos contenidos en la Ley 30/1992 propiciaron su temprana reforma mediante la Ley 4/1999, de 13 de enero¹⁸⁸, que modifica buena parte del Título X, tanto en lo que respecta a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, como de las autoridades y personal a su servicio, añadiendo, además, una nueva disposición adicional (duodécima) referida a la responsabilidad en materia de asistencia sanitaria¹⁸⁹. A pesar de ello, la reforma se limita a incorporar reglas que ya estaban en la jurisprudencia

¹⁸⁵ Vid. al respecto BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 45.

¹⁸⁶ En este sentido, LEGUINA VILLA, J.: “La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y demás personal a su servicio”, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M.: *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, cit., pág. 408, para quien la Ley debería haber obligado a la Administración a iniciar de oficio el procedimiento de repetición en los casos, al menos, en que el daño ya indemnizado a terceros haya tenido su origen en una conducta penalmente culpable del agente declarada en sentencia firme.

¹⁸⁷ Para ALONSO COLOMER, F.: “La responsabilidad patrimonial de los empleados públicos en el marco estatutario”, cit., pág. 130, la acertada introducción del dolo resulta coherente, ya que admitida la concurrencia de la culpa y negligencia graves, como determinantes de los supuestos de responsabilidad, el silencio del dolo no se justificaba formalmente. De modo que para el autor el texto ha ganado en claridad haciendo innecesario cualquier esfuerzo interpretativo.

¹⁸⁸ Un repaso general a las principales innovaciones puede consultarse en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: “Principios generales de la Ley 4/1999, de 13 de enero de modificación de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *Actualidad Administrativa*, nº 27, 1999, págs. 769 a 781.

¹⁸⁹ En ella se establece que: “La responsabilidad patrimonial de las entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la responsabilidad sanitaria y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso”. Al margen queda, por supuesto, la asistencia sanitaria desempeñada Entidades aseguradoras, sobre su regulación vid. NÚÑEZ LOZANO, M^a C.: *Las aseguradoras de asistencia sanitaria. Intervención y liberalización*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

administrativa, o simples mejoras técnicas, dejando frustradas las expectativas generadas sobre la necesidad de precisar los límites del sistema de responsabilidad patrimonial¹⁹⁰.

En palabras de CASINO RUBIO, sólo en un extremo el legislador demuestra mayor determinación, así, de la reforma destaca la preocupación por “cerrar definitivamente cualquier resquicio de entrada a la competencia del resto de jurisdicciones y a la aplicación de otro sistema de responsabilidad que no sea justamente el diseñado en la propia Ley 30/1992”. El impulso en favor de la unidad (procedimental, jurisdiccional y sustantiva) es congruente además con lo dispuesto en los artículos 2 e) de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la nueva redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio¹⁹¹.

Ciñéndonos al tema objeto de nuestro estudio, la Ley 4/1999 acaba con la antedicha polémica al modificar el art. 146.1 de la Ley 30/1992 que ahora sólo regula la “Responsabilidad penal”, estableciendo que “la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente”. Además, para que no cupiese duda alguna, su Disposición Derogatoria deroga expresamente la Ley de 5 de abril de 1904 y su Reglamento de 23 de septiembre, “clarificando –según reza su exposición de motivos- el régimen sustantivo instaurado por la Ley 30/1992 de exigencia directa de responsabilidad a la Administración”¹⁹².

Desaparece la acción directa del particular contra el funcionario ante el orden civil ya augurada en su día por GUAITA¹⁹³, y que posteriormente confirmaría la Sala 1ª del

¹⁹⁰ CASINO RUBIO, M.: “El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración”, cit., pág. 345.

¹⁹¹ CASINO RUBIO, M.: “El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración”, cit., pág. 346 y 347, desde ese punto de vista, señala el autor, la reforma parecía justificada y su contenido razonable, sin embargo, las modificaciones introducidas se quedan a medio camino de cumplir ese objetivo; así deja fuera de la unidad jurisdiccional y del régimen sustantivo a la responsabilidad civil (subsidiaria) de la Administración derivada de delito de sus funcionarios y agentes.

¹⁹² Vid. MIR PUIGPELAT, O: “Sin opción. Comentario a la STS 17.2.2006, por la que se niega el derecho de opción de las víctimas de exigir responsabilidad civil a los funcionarios públicos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 3/2006, pág. 4, con lo que, para el autor, el legislador refrendaba la interpretación doctrinal que entendía que la redacción originaria de la Ley 30/1992, acababa con el derecho de opción del particular.

¹⁹³ GUAITA, A.: “El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios administrativos”, cit., págs. 130 y 131, al considerarla “jurídicamente antieconómica y superflua, y quizá de vida limitada”.

Tribunal Supremo en la comentada Sentencia de 17 de febrero de 2006 (RJ/2006/889)¹⁹⁴, de manera que el lesionado debe dirigir su acción de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, siendo ésta la que, posteriormente y una vez indemnizado al lesionado, “exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca”. La nueva redacción del art. 145.2 de la Ley 30/1992 establece la obligatoriedad de la acción de regreso¹⁹⁵, frente al carácter potestativo que tenía hasta el momento¹⁹⁶, de modo que, en palabras del Consejo de Estado (Dictamen nº 5356/97, de 22 de enero de

¹⁹⁴ Vid. entre otros, MIR PUIGPELAT, O: “Sin opción. Comentario a la STS 17.2.2006, por la que se niega el derecho de opción de las víctimas de exigir responsabilidad civil a los funcionarios públicos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria”, cit.; BELLO JANEIRO, D.: “Sentencia de 17 de febrero de 2006”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, nº 73, 2007.

Dicha sentencia señala en su Fundamento Jurídico noveno que *“este sistema de opción desapareció a partir de la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992, pues esta Ley estableció expresamente en su artículo 145 que para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración “los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”, con lo cual se impide al perjudicado dirigir su reclamación inicialmente contra el agente causante del daño, de tal suerte que la responsabilidad del funcionario queda limitada a la vía de regreso a la que se facultaba (y hoy se obliga) a la Administración para los casos en que mediase dolo, culpa o negligencia grave por parte del funcionario, mediante el procedimiento previsto legalmente”*; entendiendo el Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico décimo que *“la referencia que se mantenía en la redacción originaria del artículo 146 de la Ley 30/1992 a la responsabilidad civil de los funcionarios, exigible por las normas correspondientes, no comportaba el mantenimiento del derecho de opción por la vía civil contra el funcionario. La interpretación contraria mantenida, ciertamente por un sector de la doctrina, no puede aceptarse ante la contundencia y especificidad del mandato establecido en el artículo 145 de la Ley 30/1992 que no deja duda alguna sobre la voluntad legis en unión de los demás argumentos de tipo sistemático que se han expuesto. La posible existencia de una responsabilidad civil del funcionario exigible ante la jurisdicción civil sólo podía referirse a los actos puramente personales del mismo en cuanto realizados con desconexión total del servicio, los cuales ajenos propiamente al régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, siempre han dado lugar –y siguen dándolo en la actualidad, como no podía ser menos de ser- a posible responsabilidad civil ante los tribunales de este orden jurisdiccional, según acepto desde el primer momento un viejo dictamen del Consejo de Estado (11 de abril de 1962), ya a la vista del nuevo sistema introducido por la Ley de Expropiación Forzosa”*; de manera que, continúa la Sentencia, *“no es aplicable la doctrina que resulta de las sentencias de esta Sala (SSTS 23 de octubre de 2000, 18 de diciembre de 2000 y 26 de marzo de 2001, entre otras) que reconocen la competencia del orden jurisdiccional civil, para conocer de las reclamaciones, especialmente en materia de responsabilidad médica, entabladas conjuntamente contra servicios sanitarios y profesionales médicos en el período comprendido entre la entrada en vigor de la Ley 30/1992 en su primera redacción y la modificación introducida por la Ley 4/1999”*.

¹⁹⁵ Dando cumplimiento a las aspiraciones del grupo parlamentario de Izquierda Unida. BOCG, nº 240, de 18 de mayo de 1999, en el que se recoge la intervención del representante de dicho grupo, que pone de manifiesto que en la memoria de actividades de un cuerpo tan prestigioso como es el de los servicios jurídicos del Estado, no se recoja ninguna referencia al ejercicio de ninguna acción de regreso para tratar de resarcir al Estado de los daños causados por falta de cuidado, voluntaria o involuntaria, de algunos de sus servidores públicos, vid. DÍEZ SANCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coord.): *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., pág. 218.

¹⁹⁶ Además, la reforma de este precepto hace desaparecer el término “directamente” referido a la indemnización satisfecha por la administración a los particulares lesionados, y mejora técnicamente la redacción anterior al predicar el calificativo “graves”, tanto de la culpa como de la negligencia.

1998) “la reforma pretende dar efectividad a una previsión legal que prácticamente no se ha aplicado”, por cuanto “la Ley 4/1999 trata de establecer un mejor equilibrio entre la responsabilidad directa y la responsabilidad personal del funcionario provocador directo del daño, para suprimir la inmunidad actual de hecho de las autoridades o funcionarios cuando su grave conducta ilícita ha producido daños a terceros que han de ser resarcidos por la Administración. También aquí se abre una nueva y delicada dinámica sobre el uso medido y adecuado de esta acción de regreso”¹⁹⁷.

A pesar de esta previsión, en los casi tres lustros de andadura de la Ley 30/1992 en su versión de 1999 lo cierto es que, como veremos, la acción de regreso no se ejercita por parte de las Administraciones públicas, en parte, por falta de tradición en nuestra trayectoria jurídico administrativa que no ha exigido la responsabilidad patrimonial del personal al servicio de la Administración¹⁹⁸, ya nos hemos referido a que falta en nuestra sociedad la conciencia de responsabilidad, y pensamos que, en parte también, por la indeterminación de algunos aspectos de su regulación legal y reglamentaria que no facilita su depuración.

Por otro lado, la desaparición de la acción directa del particular lesionado frente al funcionario o agente en vía civil no ha sido tan grave como habían pronosticado algunos autores, de hecho, pensamos que actualmente su admisión no supondría una mayor garantía para la víctima, teniendo en cuenta la complejidad que el desenvolvimiento de los servicios públicos y la actividad jurídico-administrativa presenta en nuestros días¹⁹⁹. En primer lugar, por la escasa operatividad práctica del sistema de exigencia de responsabilidad directa al funcionario²⁰⁰, pero es que, además, en muchos supuestos, dicha acción no garantizaría el derecho a la indemnización por todos los daños y

¹⁹⁷ Memoria del Consejo de Estado del año 1999.

¹⁹⁸ BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 45, señala que la experiencia sobre el particular sirve para predecir que lo que hasta ahora no ha funcionado va a seguir sin hacerlo.

¹⁹⁹ Radicalmente en contra se manifiesta PARADA VÁZQUEZ, J.: “Justicia administrativa e irresponsabilidad de los servidores públicos”, *Revista de Administración Pública*, nº 153, septiembrediciembre, 2000, pág. 89, al señalar que “se impone abrir de nuevo la acción directa de responsabilidad frente a las autoridades y funcionarios ante la justicia civil en los casos de dolo y negligencia y prescribir que en los procesos en reclamación por daños contra la Administración el juez se pronuncie sobre la eventual falta personal de las autoridades y funcionarios (algo que en Francia es misión que cumple el Tribunal de Conflictos y de lo que aquí nadie se ocupa) y, si la apreciare, condene a su autor y sólo de forma subsidiaria a la Administración, como es regla en materia penal”

²⁰⁰ En este sentido RIVERO YSERN, E.: “Notas sobre el sistema de responsabilidad patrimonial de las autoridades y funcionarios”, en DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. y JIMÉNEZ FRANCO, E. (Dirs.): *Los empleados públicos. Estudios*, cit., págs. 318 y 319.

perjuicios sufridos por los particulares, en el sentido de que, como tendremos ocasión de comprobar, los daños pueden no ser consecuencia exclusiva de la acción u omisión de la autoridad o empleado público, sino que a la causación de los mismos han podido contribuir otros factores o causas, de modo, que la exigencia de la responsabilidad personal del funcionario o agente no dejaría totalmente indemne a la víctima, pues es evidente que no puede se le puede hacer responder de daños que no le son directamente imputables. El hecho de dirigir su reclamación frente a la Administración le ofrece más garantías en este sentido, ahora bien, una vez que la Administración ha indemnizado debe exigir la responsabilidad correspondiente mediante el ejercicio de la acción de regreso.

Sin embargo, en palabras de RIVERO ORTEGA, la regulación actual “blinda en exceso a autoridades y funcionarios incluso cuando cometen irregularidades graves, no compaginándose fácilmente con el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos cuando se relacionan con la Administración. Como tampoco está en sintonía con las nuevas tendencias de la gestión pública, que ponen especial énfasis en el principio de responsabilidad”, aún así considera que “pese a tan graves limitaciones prácticas aplicativas del artículo 145 de la Ley 30/92, somos de la opinión de que puede encontrarse un equilibrio entre el correcto funcionamiento de la Administración pública y lo que podríamos definir como una tranquila y responsable actuación al servicio de la Administración, combinando adecuadamente el principio de eficacia, la buena administración y el derecho de los ciudadanos a exigir responsabilidades al personal a su servicio cuando su comportamiento les haya ocasionado un daño grave”²⁰¹.

Respecto de la llamada acción directa por los daños y perjuicios causados en los bienes o derechos de la Administración, la modificación operada en el art. 145.3 de la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, establece idéntica obligación al disponer que la Administración “instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo o culpa o negligencia graves”²⁰², equiparando de este modo el

²⁰¹ RIVERO ORTEGA, R.: “Los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración en España”, *Revista de Derecho*, nº 60-61, 2005-2006, pág. 323, para lo cual propone, como veremos más adelante, que el perjudicado pueda poner en marcha el procedimiento.

²⁰² Como señala HUESCA BOADILLA, R.: “Artículo 145. Exigencia de responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, en *VVAA: Comentarios a la Reforma de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Estudio de la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Aranzadi, Navarra, 1999, pág. 228, la

régimen jurídico de ambas²⁰³, pero con alguna diferencia de orden sustantivo. Se corrige igualmente la referencia a la gravedad de la conducta que ahora se predica tanto de la culpa como de la negligencia, y algo que para algunos autores ha pasado desapercibido, desaparece la remisión a los mismos criterios previstos en la determinación de la responsabilidad señalados en el párrafo segundo del art. 145.2. Sin embargo, a pesar de la obligatoriedad de la misma, tampoco observamos que se haya producido un incremento de su ejercicio por parte de la Administración, sino que los pocos asuntos que llegan a los tribunales se generan, como expondremos, en ámbitos muy específicos.

De forma muy sintética, éste es el régimen jurídico vigente de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de la Administración pública, a cuyo estudio vamos a dedicar el presente trabajo. Sin embargo, la preocupación normativa sobre la responsabilidad personal de las autoridades y empleados públicos al servicio de las Administraciones públicas, queda patente, no sólo en la Ley 30/1992, sino en numerosas normas administrativas que incluyen referencias legales explícitas sobre el tema.

En primer lugar, debemos hacer referencia a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público que, con carácter básico, da cumplimiento al mandato constitucional del art. 149.1.18^a y del art. 103.3 de la Constitución²⁰⁴, y que extiende su ámbito de aplicación no sólo a los funcionarios públicos en sentido estricto, sino que muchos de sus preceptos se aplican igualmente al personal laboral de la Administración del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, las Universidades Públicas y los organismos autónomos, Agencias y demás entidades de Derecho Público (art. 2). Esta norma somete al régimen disciplinario regulado en ella tanto a los funcionarios públicos como al personal laboral, señalando en su art. 94 que “las Administraciones Públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio señalado en el artículo

obligatoriedad se establece tras aceptarse una Enmienda, la número 120 del Grupo Socialista en el Congreso, ya que en el proyecto de ley presentado a las Cortes se mantenía el texto original y por tanto, se seguía concibiendo con carácter facultativo. La motivación de la enmienda era garantizar la efectividad de la exigencia de responsabilidad a autoridades y demás personal, en coherencia con la modificación del proyecto de ley al apartado 2º del art. 145, que la concibe con carácter obligatorio.

²⁰³ Vid. GARCÍA-ALVAREZ, G: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., págs. 559 y 560.

²⁰⁴ Que señala: “la Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

anterior cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones”. Ya hemos expuesto que la responsabilidad patrimonial de los empleados públicos forma parte del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones, y que como tal, es competencia exclusiva del Estado, por lo que la legislación en materia de función pública directamente la excluye su regulación, remitiendo su exigencia a la normativa general.

En este sentido, la mayor parte de las Leyes de Función Pública de las Comunidades Autónomas que aluden expresamente al tema, han adaptado la regulación de la responsabilidad patrimonial del personal a su servicio, a las prescripciones de la Ley 30/1992, estableciendo el carácter obligatorio de la acción de regreso, cuando la Administración haya indemnizado los daños ocasionados a particulares, si en la conducta se aprecia dolo, culpa o negligencias graves, mediante la instrucción del correspondiente procedimiento administrativo (así el art. 126 de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de Función Pública de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, y el art. 81 del Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Función Pública de la Región de Murcia²⁰⁵), y estableciendo igual procedimiento en vía administrativa cuando los daños irrogados por los funcionarios públicos, mediando dolo, culpa o negligencia graves, lo sean a bienes y derechos de la propia Administración autonómica (art. 127 de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de Función Pública de Islas Baleares y art. 82 del Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero²⁰⁶); o directamente remitiendo a la regulación de la Ley 30/1992, (así el art 90 de la Ley

²⁰⁵ Que señalan respectivamente: “Sin perjuicio de la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos regulada en el artículo 106.2 de la Constitución y del deber de resarcir los daños causados a las personas particulares, la administración autonómica, una vez que las haya indemnizado, se dirigirá de oficio contra el funcionario o la funcionaria causante de los daños por dolo, culpa o negligencia graves, en acción de regreso, mediante la instrucción del procedimiento correspondiente” (art. 126 de la Ley 3/2007); y “Sin perjuicio de la responsabilidad regulada en el artículo 106.2 de la Constitución, la Administración Pública de la Región de Murcia se dirigirá contra el funcionario causante de daños por dolo, culpa o negligencia graves para la exigencia de responsabilidad o resarcimiento por los daños causados, mediante la instrucción del correspondiente expediente con audiencia del interesado” (el art. 81 del Decreto Legislativo 1/2001).

²⁰⁶ El artículo 127 establece que “La Administración autonómica se dirigirá contra el funcionario o la funcionaria que por dolo, culpa o negligencia graves produzca daños o perjuicios a los bienes o derechos de la comunidad autónoma”; y el art. 82 que “La Administración Pública de la Región de Murcia se dirigirá contra el funcionario que por dolo, culpa o negligencia graves produzca daños o perjuicios en los bienes o derechos de la Comunidad Autónoma”.

10/2010, de 9 julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana²⁰⁷).

De dudosa legalidad es, sin embargo, la regulación contenida al respecto en el art. 80.1 de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid, al señalar que “sin perjuicio de su propia responsabilidad, en los términos del artículo 106.2 de la Constitución, la Administración podrá dirigirse, mediante la instrucción del correspondiente expediente, contra el funcionario que hubiere causado daños a los administrados o a los bienes y derechos de la Administración, por culpa grave o ignorancia inexcusable, con el fin de resarcirse de los daños causados”, o el art. 76 de la Ley 6 /1989, de 6 de julio de la Función Pública Vasca²⁰⁸; así como en el artículo 110 del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Función Pública de Cataluña, cuando regula igualmente la acción de regreso con carácter potestativo al señalar que “la Administración de la Generalidad podrá dirigirse contra el funcionario que resulte causante de aquellos (daños), en el ámbito de la presente Ley, por culpa grave o ignorancia inexcusable mediante la instrucción del correspondiente expediente, con audiencia del interesado”, el mismo procedimiento se prevé en el párrafo segundo “si por falta grave o ignorancia inexcusable se produjeran daños o perjuicios a los bienes o derechos de la Generalidad”. Pues bien, en ambos casos podemos entender que esta regulación va en contra de lo establecido en la Ley 30/1992, y que por lo tanto debe prevalecer el carácter obligatorio del ejercicio de la acción de regreso, así como los requisitos previstos para su exigencia.

Sin embargo, no podemos entender el mantenimiento de los artículos 111 de la Ley de la Función Pública de Cataluña y 80.2 de la Ley de Función Pública de la Comunidad de Madrid que regulan el resarcimiento de los daños ocasionados a

²⁰⁷ Que establece: “Sin perjuicio de su responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos regulada en el artículo 106.2 de la Constitución, y del deber de resarcir los daños causados, la Administración exigirá del personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, mediante la instrucción del correspondiente expediente con audiencia de la persona interesada y de acuerdo con lo establecido en el artículo 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común”

²⁰⁸ Que se expresa en los mismos términos, al establecer que “[s]in perjuicio de su responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos y del deber de resarcir los daños causados, las Administraciones Públicas vascas podrán dirigirse contra el funcionario que hubiese causado daños a los administrados o a los bienes y derechos de la Administración, por culpa grave o ignorancia inexcusable, mediante la instrucción del correspondiente expediente, y previa audiencia del interesado”.

particulares, señalando, el primero, que éstos “podrán exigir al personal a que se refiere la presente Ley, mediante el procedimiento declarativo correspondiente, el resarcimiento de los daños causados en sus personas o bienes, si se hubieran producido por culpa grave o ignorancia inexcusable”; y estableciendo, el segundo, que “los particulares podrán exigir al personal de la Administración de la Comunidad de Madrid, mediante el proceso declarativo correspondiente, la indemnización de los daños causados en su persona o bienes cuando se haya producido por culpa grave o ignorancia inexcusable”. Y ello, porque, como ya hemos expuesto, aunque la posibilidad de la acción directa del particular en vía civil frente al funcionario podía entenderse vigente por la regulación originaria del art. 146 de la Ley 30/1992, tras la modificación de la misma por la Ley 4/1999, de 13 de enero, las dudas quedaron totalmente despejadas en el sentido de que dicha posibilidad está completamente descartada en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que, en cualquier caso, debe prevalecer la legislación estatal²⁰⁹.

Con carácter general, las referencias expresas al sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas, así como a la de las autoridades y personal a su servicio se efectúan en las leyes de Gobierno y Administración de las Comunidades Autónomas que, o bien se limitan a remitir a la legislación general, especificando algunos aspectos procedimentales (fundamentalmente en lo que respecta al órgano competente para resolver, así, Extremadura, arts.133 a 136; Castilla y León, arts. 81 y 82; Cantabria, art. 140; Aragón art. 65; Illes Balears, art. 68); o bien la desarrollan en los términos de la legislación estatal, así la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra que dedica el Título VI, arts. 76 a 86, a su regulación, concretamente, el último precepto citado está destinado a la regulación del procedimiento administrativo para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las autoridades y personal a su servicio.

Sin embargo, se mantienen referencias a la responsabilidad civil en determinadas leyes que contradicen la legislación estatal y aunque muchas de ellas son anteriores a la Ley 30/1992, todas se han ido modificando posteriormente por lo que su permanencia carece de sentido, así la Ley 5/1983, de 30 de diciembre del Consell valenciano, cuyo

²⁰⁹ En el mismo sentido se pronuncia, respecto de la normativa catalana MIR PUIGPELAT, O: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., págs. 93 y 94.

art. 77 dispone que “[l]a responsabilidad penal y civil del President de la Generalitat y de los miembros del Consell se exigirá ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana o, en su caso, ante el Tribunal Supremo”²¹⁰, y el art. 78 que “[l]as responsabilidades de orden penal y civil de las autoridades y funcionarios de la Generalitat serán exigidas de acuerdo con lo previsto en las disposiciones generales del Estado en la materia, con la salvedad de que las referencias al Tribunal Supremo se entenderán hechas al Tribunal Superior de Justicia Valenciano”; igualmente el art.56 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid alude a las responsabilidades de orden penal y civil de las autoridades y funcionarios de la Comunidad Autónoma que “serán exigidas de acuerdo con lo previsto en las disposiciones generales del Estado en la materia, con la salvedad de que las referencias al Tribunal Supremo de la Nación se entenderán hechas al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, con las excepciones señaladas en el artículo 24 del Estatuto de Autonomía”, y en el mismo sentido el art. 62 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias dispone que “[l]as responsabilidades de orden penal y civil de las autoridades y funcionarios de la Comunidad Autónoma serán exigidas de acuerdo con lo previsto en las disposiciones generales del Estado en la materia, con la salvedad de que las referencias al Tribunal Supremo de la Nación se entenderán hechas al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma”. Para armonizar las citadas previsiones legales con la regulación actual del régimen de responsabilidad de las autoridades y funcionarios, cabrían dos interpretaciones, en primer lugar, entender que se refiere a la responsabilidad penal y civil de dichas personas al margen del funcionamiento de los servicios públicos, es decir, en su vida privada o, en segundo lugar, entender que se refiere la responsabilidad penal y a la civil que emana del delito, inclinándonos por esta última interpretación, pues ya hemos advertido que tras la Ley 30/1992 los particulares no pueden ejercer una acción de responsabilidad civil directamente frente a la autoridad o funcionario por los daños y perjuicios que le hayan sido irrogados en sus bienes o derechos.

En el mismo sentido cabría interpretar el art. 78.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando señala que “los miembros de las

²¹⁰ Artículo 77 redactado y renumerado por el artículo 1.XIV y la disposición adicional de la Ley 12/2007, 20 marzo, de modificación de la Ley 5/1983, de 30 de diciembre, de Gobierno Valenciano.

Corporaciones Locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo. Las responsabilidades se exigirán ante los Tribunales de Justicia competentes y se tramitarán por el procedimiento ordinario aplicable”.

Por su parte el apartado 3º del citado precepto regula la responsabilidad frente a la propia Corporación señalando que “las Corporaciones Locales podrán exigir la responsabilidad de sus miembros cuando por dolo o culpa grave, hayan causado daños y perjuicios a la Corporación o a terceros, si éstos hubiesen sido indemnizados por aquella”²¹¹, y la misma previsión se establece en el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, del Reglamento de Organización y Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, cuyo Capítulo IV del Título VI (arts. 223 a 225) está dedicado a la “Responsabilidad de las Entidades Locales”, que remite a la legislación general, previendo la responsabilidad que las Corporaciones locales pueden exigir de las autoridades y demás personal a su servicio, al determinar que éstas “podrán instruir expediente, con audiencia del interesado, para declarar la responsabilidad civil de sus autoridades, miembros, funcionarios y dependientes, que por dolo, culpa o negligencia graves, hubieran causado daños y perjuicios a la Administración o a terceros, si éstos hubieran sido indemnizados por aquella” (art. 225). En ambos casos, debe prevalecer la legislación estatal²¹², que establece la obligatoriedad para la Administración del ejercicio de la acción de regreso o de la acción de responsabilidad por los daños ocasionados a la propia Corporación.

Para finalizar con algunas de las referencias legales explícitas a la responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios, debemos destacar el loable propósito de

²¹¹ Teniendo en cuenta que el art. 54 de la misma Ley establece la responsabilidad directa de las Entidades Locales por “los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa”.

²¹² Esta es igualmente la opinión de DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las adaptaciones de la Legislación Local a la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común”, cit., págs. 816 y 823, y “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, en MORENO MARTÍNEZ J. A. (coord.) *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., pág. 211; y también de GARCÍA ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, en QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.) *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I, pág. 557, al afirmar que, a pesar de la dualidad de regímenes previstos en el art. 78 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, puede mantenerse la existencia de un único régimen de responsabilidad de la Administración, objetiva, directa y exclusivamente exigible a la propia Administración.

alguna Comunidad Autónoma que va más allá en su pretensión de que la legislación estatal no quede en una simple declaración de intenciones, estableciendo la legitimación del particular lesionado para iniciar el procedimiento de exigencia de responsabilidad en vía de regreso. Así, el artículo 26 de la Ley 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y de la Gestión Pública²¹³, rubricado “Exigencia de responsabilidad a autoridades y empleados públicos”, establece la posibilidad de que el particular lesionado, que deberá haber dirigido su reclamación frente a la Administración autonómica, tal y como señala el apartado primero²¹⁴, solicite de la Administración autonómica el ejercicio de la acción de regreso, así dispone en su apartado 2º, que “los ciudadanos indemnizados como consecuencia de responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica podrán solicitar que se exija a las autoridades o empleados públicos la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave. Ello sin perjuicio de la obligación de la Administración de exigir de oficio dicha responsabilidad”²¹⁵. Del alcance y la virtualidad de este precepto nos ocuparemos más adelante.

²¹³ Un estudio de la misma puede verse en RIVERO YSERN, E. y RIVERO ORTEGA, R.: “La nueva Ley de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración autonómica de Castilla y León”, LÓPEZ MENUENDO, F. (Coord.): *Derechos y garantías del ciudadano: estudio en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*, Iustel, Madrid, 2011; y ÁVILA RODRÍGUEZ, C.: “Aires de modernización e innovación en los derechos de los ciudadanos frente a la Administración de la Comunidad de Castilla y León: la aprobación de la Ley 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de Gestión Pública”, en SÁNCHEZ BLANCO, A., DOMÍNGUEZ-BERRUETA, M. y RIVERO YSERN, J. L. (Coords.): *El nuevo Derecho Administrativo. Libro Homenaje al Profesor Dr. Enrique Rivero Ysern*, Universidad de Salamanca, Ratio Legis, 2011, págs. 68 a 84.

²¹⁴ El art. 26.1 de la Ley 2/2010, de 11 de marzo establece concretamente que “para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, los ciudadanos se dirigirán directamente a la Administración autonómica en reclamación de las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por sus autoridades y empleados públicos, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal”.

²¹⁵ Cuyo inspirador, el Profesor Dr. Enrique Rivero Ysern, ha manifestado hace muchos años su preocupación por la falta de exigencia de responsabilidad a las autoridades y demás empleados públicos, siendo uno de los primeros autores en ocuparse del tema, en su , ya clásico trabajo “La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración”, cit.

CAPÍTULO II

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN. DELIMITACIÓN SUBJETIVA Y FUNDAMENTO

1.- LOS DISTINTOS TIPOS DE RESPONSABILIDAD EN QUE PUEDEN INCURRIR LAS AUTORIDADES Y EL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

Los empleados públicos pueden, al igual, por cierto, que cualquier otra persona, incurrir en distintos tipos de responsabilidad en función del comportamiento realizado y de la naturaleza del perjuicio producido. Ello denota que, en una primera aproximación, el término “responsabilidad” no tiene un significado unívoco, por ello nos interesa precisar lo que deba entenderse por responsabilidad a los efectos aquí estudiados.

La primera acepción del término responsabilidad hay que buscarla en su significado común, esto es el que establece el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, que define el término como “*deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal*”, aunque también se refiere a la responsabilidad como “*cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado*”.

Se trata de una concepción en sentido amplio según la cual, responsabilidad viene a significar la obligación de responder por algo, realizar alguna prestación, ejecutar un acto, soportar alguna carga o, en fin, la obligación de satisfacer alguna deuda. Pero con el significado con el que normalmente identificamos el término responsabilidad, es el de “reparación” de un daño o perjuicio, es decir, la indemnización del mismo.

Desde el punto de vista jurídico, tampoco el concepto de responsabilidad tiene un único significado, ya que ésta varía en función del tipo de conducta cometida, de quién la realice y en función de los bienes lesionados y, por tanto, son distintas también las

consecuencias jurídicas que derivan de cada una de ellas. De forma que, ajustándonos al ámbito de nuestro estudio, el de la Administración pública, el incumplimiento de las obligaciones inherentes a las funciones o cargos de las autoridades y personal a su servicio puede originar tres tipos de responsabilidad: la responsabilidad civil o patrimonial –donde incluimos una subespecie de la misma, la llamada responsabilidad contable–, la responsabilidad disciplinaria y la penal²¹⁶. Cada uno de ellos tiene una naturaleza y un fundamento diferente, de manera que son perfectamente compatibles y pueden depurarse en sus respectivos ámbitos, sin que ello suponga una violación del principio general del “*non bis in idem*”²¹⁷.

Desde el punto de vista legislativo, esta compatibilidad entre los distintos tipos de responsabilidad queda patente en numerosos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico. Así en el ámbito del personal al servicio de la Administración, el art. 94.1 del Estatuto Básico del Empleado Público señala que “[l]as Administraciones Públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio señalado en el artículo anterior cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones”; también el apartado quinto del art. 145 de la Ley 30/1992, tras regular la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de la Administración, dispone que la misma “se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes”; o respecto de la concreta responsabilidad contable, el art. 18.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas señala que “la jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal” y en el mismo sentido el art. 176 de la Ley General Presupuestaria preceptúa que “las autoridades y demás personal al servicio de las entidades contempladas en el artículo 2 de esta ley que por dolo o culpa graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de esta ley, estarán obligados a indemnizar a la Hacienda

²¹⁶ En realidad podríamos añadir un cuarto tipo de responsabilidad, la responsabilidad política, aunque a ella no nos vamos a referir.

²¹⁷ Así lo ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosos pronunciamientos, entre otras, las Sentencias de 7 de noviembre de 1984, de 30 de mayo y 20 de diciembre de 2000, de 27 de noviembre de 2001, 20 de mayo de 2002. También el Tribunal Constitucional en Sentencias de 234/1991, de 10 de diciembre, o 180/2004, de 2 de noviembre, establece la compatibilidad teniendo en cuenta que el interés jurídico protegido es distinto en cada caso. Un estudio crítico sobre este principio puede consultarse en GALLARDO CASTILLO, M^a J.: “El principio “*non bis in idem*”: ¿realidad o ficción?, *Foro galego: revista xurídica*, nº 201, 2011.

Pública estatal o, en su caso, a la respectiva entidad los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquellos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder”; igualmente dicha compatibilidad se infiere de los arts. 30 apartados 6,7 y 8 y 31.1 del importante Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno²¹⁸.

1.1. La responsabilidad penal de los funcionarios públicos.

Como no podía ser de otra forma, las autoridades y demás personal al servicio de la Administración están sometidas a la responsabilidad penal que surge por la comisión de alguno de los tipos delictivos tipificados en el Código Penal. Sin embargo, el hecho de que se integren en la organización administrativa o cometan dichas infracciones penales en el ejercicio de su cargo o función, aparte de consecuencias directas sobre la conducta criminal, conlleva otro tipo de consecuencias jurídicas muy importantes a los efectos de este estudio. Precisamente, a diferencia de la responsabilidad disciplinaria que estudiaremos a continuación, cuando se da un grave incumplimiento de determinados deberes de los funcionarios, el ordenamiento jurídico considera que estamos en presencia de una infracción penal, por cuanto se trata de conductas que trascienden el círculo del interés puramente interno o doméstico de la organización para alcanzar un relieve más general²¹⁹.

Pues bien, el art. 146.1 de la Ley 30/1992, señala que “la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente”, es decir, remite, no podría ser de otra manera, para la exigencia de responsabilidad penal a lo dispuesto en el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (B.O.E. de 24 de noviembre de 1995) cuestión distinta es, como posteriormente expondremos, la remisión al mismo de la responsabilidad civil derivada del delito.

Ya advertimos en el capítulo anterior que el precepto citado no es el que acogió la redacción originaria de la Ley 30/1992, que propició opiniones encontradas sobre la posibilidad de que se mantuviese la acción directa de los particulares frente a los funcionarios y que finalmente fue desechada por la reforma operada mediante la Ley

²¹⁸ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, nº 236, de 20 de septiembre de 2013.

²¹⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, pág. 316.

4/1999, de 13 de enero. Sin embargo, tampoco el precepto en su redacción actual se libra de polémica. En primer lugar, omite cualquier referencia a las autoridades, omisión de la que no puede interpretarse que las mismas puedan estar exentas de responsabilidad penal, ello sería un dislate; o que la responsabilidad civil derivada del delito pueda ejercitarse directamente frente a ellas, planteando la existencia de dos regímenes diferentes, uno para el personal al servicio de la Administración y otro para las autoridades²²⁰. Además, cuando habla de responsabilidad civil, únicamente se refiere a la responsabilidad civil nacida del delito sin mención a las faltas, lo que ha provocado diversas interpretaciones tanto doctrinales, como jurisprudenciales, a las que después nos referiremos.

El hecho de que la Ley 30/1992 dedique este precepto a la regulación de la responsabilidad penal y a la civil derivada del delito, remitiéndola a la legislación correspondiente debe interpretarse en el sentido de que se trata de una responsabilidad derivada de la conducta delictiva del funcionario en el ejercicio de sus funciones o cargo, quedando al margen los delitos que puedan cometer los funcionarios con desconexión del servicio, esto es, en su vida privada.

En este sentido, es importante fijar el concepto de funcionario manejado por la legislación a los efectos de una posible exigencia de las responsabilidades penales. Dicho concepto viene determinado por el artículo 24 del Código penal que establece en el primer apartado el concepto de autoridad, entendiéndolo como tal “al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal”; por su parte, el apartado segundo del mencionado precepto señala que “[s]e considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”²²¹.

²²⁰ MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I.: “Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en VVAA: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 1070.

²²¹ El mismo concepto señalado por el artículo 119 del anterior Código penal y que, en opinión de SÁNCHEZ MORÓN, debería haberse actualizado, para incluir también de forma expresa a quienes participan del ejercicio de funciones públicas en virtud de un contrato laboral de prestación de servicios,

Se trata, como puede comprobarse, de un concepto en sentido amplio o material, en el que el dato esencial en orden a determinar el concepto de funcionario público a efectos penales, es su participación en el ejercicio de funciones públicas, con abstracción de sus condiciones personales o subjetivas. Así lo ha habido entendido el Consejo de Estado en numerosos dictámenes, para quien el artículo 119 del anterior Código Penal “concibe a sus efectos, al funcionario desde una perspectiva acentuadamente objetiva, de modo que es más el ejercicio de una función pública que la índole de la relación, duradera o eventual, temporal u ocasional, la nota capital de la definición” (Dictamen del Consejo de Estado, nº 51.454, de 24 de noviembre de 1988).

En todo caso la responsabilidad penal de los funcionarios públicos deriva de la realización de una acción u omisión constitutiva de un ilícito penal, ya se trate de delitos o faltas comunes, agravados si son cometidos en el ejercicio de sus funciones, según se deduce del artículo 22 del Código Penal que en su disposición 7ª considera como circunstancia agravante el “*prevalerse del carácter público que tenga el culpable*”²²²; bien, de delitos tipificados para autoridades y funcionarios públicos en general, o para determinadas categorías de funcionarios, como los Jueces, Magistrados, Secretarios de la Administración de Justicia, Fiscales, militares o funcionarios de instituciones penitenciarias, que se encuentran repartidos a lo largo de todo el Código Penal²²³. Así, el Título XIX rubricado “Delitos contra la Administración Pública”, en el que se regulan los delitos de prevaricación, abandono del destino y de la omisión del deber de perseguir delitos, la desobediencia y denegación de auxilio, la infidelidad en la custodia de documentos y la violación de secretos, el cohecho y tráfico de influencias, la malversación, la falsificación de la contabilidad, documentos o información que deban reflejar la situación económica de las Administraciones, cuando ello se lleve a cabo de

es decir, a todo empleado público. Considera que, aunque la definición del Código pueda extenderse a éstos por la vía interpretativa, hubiera sido mejor despejar cualquier duda, SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, cit., pág. 349.

²²² Es el caso de las detenciones ilegales y secuestros (art. 167), de los delitos relativos a la prostitución (arts. 187 y 188), del descubrimiento y revelación de secretos de particulares (art. 198), del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público (art. 204), de la receptación y otras conductas afines (art. 303), de los delitos contra la salud pública (arts. 369.1 y 372), de la estafa y apropiación indebida con abuso del cargo (art. 438) de la incomparecencia ante una comisión parlamentaria de investigación (art. 502.1) y de la discriminación delictiva (art. 511.3).

²²³ Sobre la responsabilidad penal de los funcionarios públicos en general, se pueden consultar los numerosos comentarios al Código Penal, por citar alguno: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.): *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, CGPJ, Madrid, 1996; CATALÁN SENDER, J.: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios en el nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*, Bayer, Barcelona, 1999; ALONSO PÉREZ, F.: *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código penal: legislación, comentarios, jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000. Además, existe una abundante bibliografía dedicada a los distintos tipos delictivos.

un modo idóneo para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa²²⁴, los fraudes y exacciones ilegales, de las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función. También en el Título XXI se contienen delitos que pueden ser cometidos por autoridades y funcionarios, concretamente el Capítulo V denominado “Los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra garantías constitucionales”²²⁵, regula los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual, los cometidos contra la inviolabilidad domiciliaria (arts. 534 a 536²²⁶) y demás garantías de la intimidad, o contra los derechos individuales²²⁷.

Al margen de la regulación propia del Código Penal determinadas leyes especiales contemplan algunos delitos específicos de los funcionarios públicos como los regulados en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, en los que el concepto de funcionario a los efectos penales se amplía a aquellos que desempeñen alguna función pública relacionada con las elecciones²²⁸.

Para que pueda determinarse la responsabilidad penal es necesario que el funcionario haya actuado de forma dolosa o al menos imprudente, el art. 5 del Código Penal así lo exige cuando señala que no hay pena, sin dolo o imprudencia. Pero nótese que para que nazca la responsabilidad penal únicamente se exige culpa, y no cómo exige la responsabilidad civil no derivada del delito, que siempre requiere como mínimo culpa grave²²⁹. Lo importante, en cualquier caso es la tipificación, de ahí la necesidad de distinguir la culpa civil de la culpa penal²³⁰.

²²⁴ Concretamente este tipo delictivo (art. 433 bis) ha sido adicionado por la Ley Orgánica 7/2012 de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social (BOE de 28 de diciembre de 2012), además, el apartado tercero del precepto señala que “si se llegare a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses”.

²²⁵ Al respecto, vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: “Delitos cometidos por los funcionarios contra las garantías constitucionales”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 14, 2000.

²²⁶ Vid. CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La investigación policial sin control judicial como integrante de la expresión “mediando causa por delito” (arts. 534 a 536 del Código Penal)”, *Revista Penal*, nº 24, julio 2009.

²²⁷ PORTERO GARCÍA, L.: “Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías individuales”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 2, 1996, *Ejemplar dedicado a: Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial)* / MANZANARES SAMANIEGO, J. L. y VIVES ANTON, T. S. (Dirs.).

²²⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, cit., pág. 350.

²²⁹ MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., págs. 115

²³⁰ Vid. al respecto QUIROGA DE ABARCA, J. M^a: *La Administración militar y su responsabilidad*

Es evidente que el análisis de la responsabilidad penal excede del ámbito objetivo planteado en este trabajo, sin embargo, no podemos obviar su importancia a los mismos efectos por cuanto que, a través de esta vía se ha conseguido declarar la responsabilidad patrimonial subsidiaria de la Administración en casos tan destacados como el de la intoxicación masiva por aceite de colza²³¹ o la rotura de la presa de Tous²³² mediante la, en ocasiones, forzada imputación penal de funcionarios públicos y, por otro lado, y lo que es más importante en lo que a nosotros interesa, se trata del único cauce por el que *de facto* (junto con la responsabilidad contable exigida por el Tribunal de Cuentas) las autoridades y funcionarios responden civil o patrimonialmente por los daños y perjuicios que su actuación haya podido ocasionar, tanto a los particulares, como a los bienes y derechos de la propia Administración.

La exigencia de responsabilidad penal puede venir por parte de la víctima de la infracción penal, mediante denuncia o querrela del particular contra el empleado público o, siendo el perjudicado la propia Administración, es ésta la que puede iniciar el proceso penal mediante denuncia o querrela, o mostrarse parte en un procedimiento ya iniciado.

Como ya avanzamos, la responsabilidad penal es compatible respecto de unos mismos hechos con la responsabilidad disciplinaria, así lo viene reconociendo tanto la jurisprudencia como el propio ordenamiento jurídico²³³, ello es así en la medida que el interés jurídico protegido en cada caso es diferente, según ha declarado el propio Tribunal Constitucional²³⁴. En este sentido, el art. 23 del Real Decreto 33/1986, de 10

patrimonial, cit., págs. 483 a 486.

²³¹ Recordamos la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 23 de abril de 1992, en la que, entre otros, se condena a un funcionario de aduanas, a través del cual se establece la responsabilidad subsidiaria del Estado (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª), de 26 de septiembre de 1997), que ha suscitado una abundante bibliografía desde distintos ámbitos, entre otros, puede verse PAREDES CASTAÑÓN, J. M. y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *El caso de la colza. Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Tirant lo Blanch, 1995; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: “El caso de la colza: la responsabilidad patrimonial de la Administración (comentario a la STS de 26 de septiembre de 1997)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 3, 1999; DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Dir.): *Manual de responsabilidad pública. Homenaje a Pedro González Gutiérrez-Barquín*. Ed. Ministerio de Economía y Hacienda y Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, págs. 744y ss.; JIMÉNEZ APARICIO, E.: “La ejecución de la sentencia de la colza I”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 1/2003.

²³² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 15 de abril de 1997, comentada en DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Dir.): *Manual de responsabilidad pública. Homenaje a Pedro González Gutiérrez-Barquín*, cit., págs. 742 y ss.

²³³ Vid. NISTAL BURÓN, J.: “El interés jurídicamente protegido en los delitos cometidos por los funcionarios públicos: la posibilidad de aplicar una doble sanción, penal y disciplinaria”, *Actualidad Administrativa*, nº 16, 2011.

²³⁴ Así en la Sentencia 234/1991, de 10 de diciembre de 1991, el Tribunal Constitucional ha declarado que “*para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de*

de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, permitía seguir con la tramitación del expediente disciplinario hasta su resolución, salvo que se tratase de delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes, y los delitos cometidos por funcionarios contra las garantías constitucionales, en cuyo caso deberá suspenderse la tramitación del expediente disciplinario en tanto recaiga resolución judicial.

Sin embargo, el art. 94.3 del Estatuto Básico del Empleado Público opta definitivamente por la suspensión al enunciar que “cuando de la instrucción de un procedimiento disciplinario resulte la existencia de indicios fundados de criminalidad, se suspenderá su tramitación poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal”, ello es así en la medida, que como afirma SÁNCHEZ MORÓN el incumplimiento de algunos deberes de los funcionarios se consideran, al mismo tiempo, con unos u otros matices, constitutivos de delito por el Código Penal, dada la trascendencia externa que dichos delitos tienen, al igual que determinadas infracciones disciplinarias que tienen como finalidad garantizar el respeto por parte de los funcionarios el ejercicio de derechos fundamentales y el principio de no discriminación, la misma finalidad que persiguen los tipos penales que castigan los delitos de los funcionarios contra el ejercicio de los derechos de la persona. Es claro, pues, que en estos supuestos puede darse la triple identidad de sujeto, objeto y fundamento necesaria y suficiente para la aplicación de la regla *non bis in idem*.²³⁵

En cualquier caso, la compatibilidad entre el procedimiento disciplinario y el penal cuando sea posible, tiene como límite la declaración de existencia de los hechos por los tribunales penales (el citado art. 94.3 *in fine* del Estatuto Básico del Empleado Público dispone que “los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a la Administración”), de tal forma que si éstos declaran la inexistencia de los hechos tal declaración impide que en el expediente disciplinario se llegue a la solución

un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado... Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección”.

²³⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función pública*, cit., págs. 322 y 323, que cita las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 1989, 13 de marzo de 1991, 13 de octubre de 1992, 12 de junio de 1998, 27 de noviembre de 2001, entre otras.

contraria²³⁶. Pero si los tribunales penales declaran que los hechos existen, los mismos pueden ser objeto de valoración con consecuencias disciplinarias²³⁷.

La compatibilidad entre la responsabilidad penal y la contable está expresamente admitida en el art. 18 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas cuando establece que “la jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal”, si bien, la responsabilidad civil o patrimonial derivada de la actuación delictiva no puede determinarse en vía penal a tenor de lo dispuesto en el apartado segundo, ya que “cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia”.

Finalmente, según el art. 145.5 de la Ley 30/1992, la responsabilidad patrimonial de las autoridades y demás personal al servicio de la Administración “se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede el tanto de culpa a los Tribunales competentes”, de manera que son compatibles los procedimientos de responsabilidad patrimonial con los penales. Así el art. 146.2 establece que “la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial”, por ello, no hay obstáculo para que puedan simultanearse un procedimiento administrativo, iniciado de oficio o a instancia del perjudicado, y otro de índole penal por los mismos hechos, no suspendiéndose aquel, salvo que la determinación de los hechos sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial²³⁸.

²³⁶ Como declaró el Tribunal Constitucional, en Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, unos mismos hechos no pueden existir y no existir para distintos órganos del Estado, de donde se deduce la prevalencia absoluta de la declaración de hechos probados de la sentencia penal.

²³⁷ MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I.: “Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en VVAA: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, cit., pág. 1075.

²³⁸ MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I.: “Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en VVAA: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, cit., pág. 1076.

1.2. La responsabilidad disciplinaria.

Además de la responsabilidad penal, los funcionarios y personal al servicio de las Administraciones públicas pueden incurrir en responsabilidad administrativa o disciplinaria²³⁹.

La responsabilidad disciplinaria es la consecuencia del poder disciplinario que ejerce el Estado y cuya función es asegurar el correcto cumplimiento de la función pública. Su régimen está dirigido a reprimir aquellas conductas desordenadas que perturban el orden interno, y atentan gravemente la ética pública o no se corresponde con un desempeño normal en las funciones que le están encomendadas a los servidores públicos²⁴⁰.

Esta potestad ejercida por la Administración pública persigue con carácter general el mantenimiento del orden y la eficacia de su organización, es decir, el mantenimiento de su disciplina interna²⁴¹, si bien, las definiciones que sobre dicha potestad han vertido los diversos autores que se han ocupado del tema ponen el acento en alguno de los distintos elementos que la integran.

GARCÍA DE ENTERRÍA defiende desde hace años esta potestad disciplinaria como potestad de “autoprotección”, en cuanto entiende que las sanciones administrativas comprenden dos grupos: las sanciones administrativas de

²³⁹ Sobre la responsabilidad disciplinaria, pueden consultarse entre otras, las siguientes monografías: CASTILLO BLANCO, F. A.: *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Civitas, Madrid, 1992; TRAYTER, J. M.: *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Ed. Marcial Pons, y Generalitat de Catalunya, Madrid, 1992; LAFUENTE BENACHES, M.: *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos de la Administración del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996; MARINA JALVO, B.: *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, 3ª ed. Lex Nova, 2006; MARTÍNEZ FAGÚNDEZ, G.: *Régimen disciplinario de los funcionarios. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson/Civitas, Madrid, 2006; LORENZO DE MENBIELA, J. B.: *Régimen Disciplinario de los Funcionarios de Carrera. Manual Práctico de la Función Pública*, Vol. V, 2ª ed. Thomson, 2008; GUTIERREZ LLAMAZARES, M. A.: *Régimen disciplinario de los funcionarios. Legislación aplicable, sentencias y formularios*, PPU, Barcelona, 2009; DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Dir.): *Manual sobre responsabilidad disciplinaria del personal al servicio de las Administraciones públicas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

²⁴⁰ CASTILLO BLANCO, F. A. e ILDEFONSO HUERTAS, R. M.: “La renovación de la dogmática del derecho disciplinario: a propósito de las infracciones y sanciones en el personal estatutario de la seguridad social”, *Revista Vasta de Administración Pública*, nº 158, mayo-agosto, 2002, pág. 7.

²⁴¹ Señala GARCÍA DE ENTERRÍA que aún en los países que mantienen con mayor rigor el monopolio sancionatorio de los jueces, la Administración, para mantener la “disciplina” interna de su organización, ha dispuesto siempre de un poder correlativo en virtud del cual puede imponer sanciones a sus agentes, sanciones atañentes normalmente al régimen funcional de los sancionados, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, cit. 175 y 176.

autoprotección y las sanciones administrativas de protección del orden general²⁴². En las primeras se incluye las impuestas al empleado público encuadrado en una relación especial con la Administración, lo que la diferencia de la potestad punitiva penal que es característica de la supremacía general²⁴³.

Así para TRAYTER, que define el régimen disciplinario de los funcionarios como el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los hechos ilícitos que pueden cometer los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo y establece las sanciones a imponer por la Administración pública mediante la tramitación de un procedimiento administrativo especial, dos son las notas a destacar: por una parte, la afinidad entre la potestad disciplinaria y el resto de potestades sancionadoras de la Administración; y por otro lado, la especial condición que debe reunir el sujeto pasivo en el derecho disciplinario, que siempre deberá ser un funcionario público²⁴⁴.

Por su parte, señala PARADA VÁZQUEZ que la responsabilidad disciplinaria es aquella que se desarrolla en el seno de la relación de servicio y en garantía del cumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario. Precisamente porque la potestad disciplinaria se justifica en la especial relación de poder en que se encuentra sometido de forma voluntaria el funcionario, no tiene un alcance represivo mayor que el de la privación de los derechos de la relación de servicio, siendo su máxima sanción la separación del servicio²⁴⁵.

Así podríamos seguir plasmando las múltiples definiciones de responsabilidad disciplinaria que se han ensayado por parte de nuestra doctrina, pero sin duda lo esencial es la determinación de su fundamento o naturaleza jurídica respecto de la cual también se ha discutido en extenso²⁴⁶, discusión que, como señala SÁNCHEZ MORÓN

²⁴² Sobre la potestad sancionadora en general, vid. el completo estudio GALLARDO CASTILLO, M^a J.: *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, Iustel, Madrid, 2008.

²⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 19, 1976, págs. 399 y ss.

²⁴⁴ TRAYTER, J. M.: *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Ed. Marcial Pons, y Generalitat de Catalunya, Madrid, 1992, págs. 23 y 24.

²⁴⁵ PARADA VÁZQUEZ, J. R.: *Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Marcial Pons, 2007.

²⁴⁶ Sobre las distintas concepciones tradicionales del Derecho disciplinario, es esencial el artículo de NIETO GARCÍA A.: “Problemas capitales del Derecho disciplinario”, *Revista de Administración Pública*, nº 63, septiembre-diciembre, 1970. Considera el autor que el Derecho disciplinario tiene sustantividad propia, y que por lo tanto no debe ser construido con los materiales y técnicas del Derecho penal, sino desde el propio Derecho Administrativo, y desde la matriz constitucional y del Derecho público estatal, en NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 24.

no es ociosa, pues de su resultado derivan importantes consecuencias prácticas²⁴⁷. Al respecto, puede vislumbrarse una evolución en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia, que parte de la identificación sustancial del Derecho disciplinario con el Derecho penal, pasando por otras teorías que señalan diferencias cualitativas y cuantitativas entre ambos para, en algunos casos, concluir que estaríamos en presencia de un ordenamiento sancionador autónomo fundado en la relación de supremacía especial entre el Estado y sus funcionarios, en el contexto de lo que se conoce como relaciones especiales de sujeción²⁴⁸.

Siguiendo a SÁNCHEZ MORÓN, consideramos, igualmente, que el fundamento primero de la existencia de un régimen disciplinario es la necesidad que la Administración tiene, como organización prestadora de servicios, de mantener la disciplina interna y de asegurar que sus agentes cumplan con las obligaciones de su cargo. Desde este punto de vista el poder disciplinario guarda semejanza con las facultades disciplinarias de un empresario, sin embargo, el régimen disciplinario de los funcionarios adquirió sustantividad desde su origen como régimen de Derecho Administrativo y como tal se mantiene y debe formar parte de su estatuto. Ello es así en la medida que el funcionario público tiene, por naturaleza de su actividad, una serie de deberes y obligaciones que trascienden del interés de la propia Administración como organización y que afectan a principios de orden constitucional; por otro lado, el régimen disciplinario ha de establecer las garantías necesarias que eviten la utilización desviada o abusiva de las potestades sancionadoras de la Administración en beneficio de la igualdad de trato y de la imparcialidad de los empleados públicos. Todo lo cual justifica que la regulación de la responsabilidad disciplinaria haya quedado sometida a normas de Derecho administrativo²⁴⁹.

²⁴⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, cit., pág. 315.

²⁴⁸ Consideración que conlleva la aplicación de los principios de la potestad punitiva al ámbito de lo sancionatorio administrativo como una de sus manifestaciones y la limitación de la aplicación de estos principios por la controvertida doctrina de las relaciones de sujeción especial, DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Dir.): *Manual sobre responsabilidad disciplinaria del personal al servicio de las Administraciones públicas*, cit., pág. 45. Sobre las relaciones especiales de sujeción vid. GALLEGO ANABITARTE, A.: "Relaciones especiales de sujeción y principio de legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de Derecho", *Revista de Administración Pública*, nº 34, 1961; GARCÍA MACHO, R.: "Sanciones Administrativas y relaciones especiales de sujeción", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 72, 1991, y del mismo autor, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1992.

²⁴⁹ Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, cit., págs. 315 y 316, por ello, señala el autor, en un sistema como el nuestro, que mantiene la dualidad de regímenes, público y privado en el empleo público, el Estatuto Básico del Empleado Público ha acabado por unificar el régimen disciplinario

Distinta cuestión es la que se refiere a las relaciones del régimen disciplinario con el derecho disciplinario sancionador general, ya sea penal o administrativo. En opinión de SÁNCHEZ MORÓN el hecho de que algunas de las infracciones de los deberes del funcionario se sancionen en el Código Penal, y que el Derecho sancionador administrativo haya venido desarrollando un esquema de principios y reglas generales, importadas desde la dogmática del Derecho penal y proceso penal, ha supuesto que la doctrina y la jurisprudencia insistan en que todas las manifestaciones punitivas del Estado, tienen un fundamento común, se explican y justifican en virtud de un mismo *ius puniendi*, de donde se deduce que les son aplicables *grosso modo* los mismos principios y reglas, por lo general extraídas de la dogmática del Derecho penal. Sin embargo, señala, son estas tesis las que conviene matizar²⁵⁰.

Según el autor, que el incumplimiento grave de determinados deberes de los funcionarios constituya infracción penal, demuestra que efectivamente hay conductas que trascienden el círculo del interés puramente interno o doméstico para alcanzar un relieve más general, y esto es así por la misma naturaleza pública de la organización de sus fines y recursos. Pero, siguen existiendo diferencias de importancia, en la medida en que el régimen disciplinario tiene un fundamento específico, que es asegurar el buen funcionamiento de la organización administrativa²⁵¹. En definitiva se trata de garantizar cumplimiento eficaz por parte del personal al servicio de la Administración de los fines que la justifican, que no es otro que el servicio a los intereses generales.

Desde esta perspectiva, asegura NEVADO-BATALLA, el establecimiento de un sistema de responsabilidad redundante de forma beneficiosa en la ordenación interna de la propia organización administrativa, corrigiendo aquellos comportamientos contrarios a ella ya que, en cuanto suponen una disfuncionalidad en la organización, pueden llegar a ascender y menoscabar su finalidad última, esto es, la satisfacción del interés general²⁵². Por el contrario para algunos autores el actual régimen disciplinario tal y como está previsto en nuestro Derecho está en crisis, por cuanto no responde a las actuales

básico de todos los empleados públicos, los funcionarios y el personal laboral.

²⁵⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, cit., pág. 316.

²⁵¹ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, cit., pág. 316.

²⁵² NEVADO-BATALLA MORENO, P. T.: "Responsabilidad de los servidores públicos: rendimiento como garantía a la legalidad de la actuación pública", en FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (Coord.): *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000, págs. 46 y 47.

estrategias diseñadas por la sociología de la organización para la eficiencia en el trabajo²⁵³.

No es éste, no obstante, el lugar adecuado para debatir sobre un problema, el de su fundamento, no resuelto definitivamente, ni por parte de la doctrina, ni por parte de la jurisprudencia constitucional. Nuestro interés se circunscribe a poner de manifiesto la existencia de un régimen jurídico de carácter administrativo que sanciona determinadas conductas que infringen el ordenamiento jurídico, por cuanto suponen la vulneración de los deberes y obligaciones que en el ejercicio de sus cargos asisten a los empleados públicos al servicio de la Administración, y la posible conexión que pueda existir entre esta responsabilidad disciplinaria y la que es objeto de nuestro estudio. Eso no obsta para que, precisamente por este motivo, consideremos necesario, siquiera esgrimir unas breves pinceladas de su regulación actual.

Esta responsabilidad disciplinaria es exigida y sancionada por la propia Administración de que depende el funcionario²⁵⁴, y se regula con carácter básico en el Título VII de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que ha unificado el régimen disciplinario básico de los empleados públicos, esto es funcionarios y personal laboral (art. 93.1 de la citada norma). Dicha regulación debe ser completada por las leyes de función pública de la Administración General del Estado (actualmente la Ley 30/1984 de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y el todavía vigente, en aquello que no contradiga al Estatuto Básico, Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, Reglamento de Régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, que es de aplicación supletoria en algunas de las Administraciones públicas) y por las leyes de función pública de las

²⁵³ LORENZO DE MENBIELA, J. B.: *Régimen Disciplinario de los Funcionarios de Carrera. Manual Práctico de la Función Pública*, cit., pág. 33 a 34.

²⁵⁴ De manera que, como señala HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, la configuración de la potestad disciplinaria como poder doméstico tiene, entre otras consecuencias, la presunción legal de la falta de interés del ciudadano para exigir de la Administración el ejercicio de la potestad disciplinaria. La propia jurisprudencia considera que en el procedimiento administrativo sancionador, la imposición o no de la sanción, el castigo o no castigo de la conducta, sólo interesa a la Administración competente y al presunto infractor. A tenor de la jurisprudencia citada por el autor, concluye que no importa que el ciudadano haya podido ser perjudicado en sus bienes y derechos ni que, él mismo, haya llegado a ser el denunciante. La supuesta, legal y jurisprudencialmente, falta de interés en el ciudadano le impide cualquier intervención en el procedimiento sancionador; en “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en DE FUENTES BARDAJÍ, J. y otros: *Manual de responsabilidad pública*. Abogacía General del Estado, Ministerio de Hacienda y Economía y Ministerio de Justicia, 2004, pág. 285.

Comunidades Autónomas; para el personal laboral la regulación debe completarse con lo dispuesto en la legislación laboral y los convenios colectivos.

El régimen disciplinario del personal funcionario de las Entidades Locales, de conformidad con lo establecido en el art. 3.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, “se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este estatuto, y por la regulación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local”²⁵⁵.

Debe precisarse que el concepto de funcionario a los efectos de la responsabilidad disciplinaria definida en el Estatuto Básico del Empleado Público es mucho más restringido que el concepto a efectos penales, pues no se incluye en él a los funcionarios políticos o electivos, ni el personal eventual o de confianza, aunque sí al personal laboral en virtud de lo dispuesto en el art. 93.1 del citado texto legal, que señala al respecto: “los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el Presente Título y en las normas que las Leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto”, si bien es cierto, que se mantienen vigentes los convenios colectivos de personal laboral en todo lo que no resulten incompatibles con lo dispuesto en el Estatuto Básico del Empleado Público²⁵⁶.

No obstante, el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, establece de forma absolutamente novedosa un régimen de responsabilidad disciplinaria, cuyo ámbito de aplicación se extiende a los miembros del Gobierno, Secretarios de Estado y resto de altos cargos de la Administración del Estado, pero también a los altos cargos o asimilados, que tengan dicha consideración de acuerdo con la normativa autonómica o local. El proyecto diferencia infracciones y sanciones en materia de conflicto de intereses (art. 27, que remite a lo dispuesto en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de conflictos de intereses), infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria (art. 28), e infracciones disciplinarias propiamente dichas

²⁵⁵ En este sentido el art. 147 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, establece que “las faltas muy graves serán las tipificadas por la legislación básica de la función pública”, mientras que las “faltas graves y leves serán las establecidas en la legislación de función pública de la respectiva Comunidad Autónoma y supletoriamente en la legislación de funcionarios civiles del Estado”, igualmente el art. 150 establece que “la tramitación del expediente se ajustará a lo que establezca la legislación de la Comunidad Autónoma respectiva y supletoriamente el reglamento disciplinario de los funcionarios de la Administración Civil del Estado”.

²⁵⁶ El apartado 4 del art. 93 precisa que “el régimen disciplinario del personal laboral se regirá en lo no previsto en el presente Título por la legislación laboral”.

(art. 29), estas últimas prácticamente copiadas del art. 95.2 del Estatuto Básico del Empleado Público para las faltas muy graves y de los artículos correspondientes del Reglamento de Régimen Disciplinario en la medida que puedan resultar de aplicación a las autoridades.

Pues bien, debemos señalar que a pesar del loable propósito del legislador de someter a disciplina administrativa también a las autoridades, alentado por el creciente clima de desconfianza y descrédito de la opinión pública respecto de los gestores públicos, y sin entrar a valorar en este trabajo el régimen sustantivo del Proyecto, mucho dudamos de su aplicación práctica, por no hablar de los problemas que plantea, por poner un ejemplo, la determinación del propio ámbito subjetivo, así cabría preguntarse si no sería contrario a la Constitución que los cargos de elección directa por los ciudadanos como los concejales puedan ser destituidos por la imposición de una sanción administrativa, o qué ocurre con el personal de libre designación, el personal directivo, o el personal eventual que parece quedar excluido.

El régimen disciplinario establecido en el Estatuto Básico del Empleado Público está presidido por una serie de principios generales del derecho (art. 94), que ya aplicaba la jurisprudencia y que se deducían de la propia Constitución española: principio de legalidad y tipicidad de las faltas y las sanciones, irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables y retroactividad de las favorables, el principio de proporcionalidad, el principio de culpabilidad y de presunción de inocencia. Dichos principios han de ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar esta parte del ordenamiento jurídico. Pero además de estos principios expresamente recogidos en el Estatuto Básico del Empleado Público, son de aplicación otros derivados de los arts. 24 y 25 de la Constitución y que han sido manejados por los tribunales, así el *principio "non bis in idem"*, se trata de uno de los principios clásicos del derecho sancionador, o la prohibición de la analogía *in peius* (Sentencia del Tribunal Constitucional 182/1990).

Por otro lado, existen regímenes disciplinarios especiales²⁵⁷, que tienen una regulación específica (art. 4 del Estatuto Básico del Empleado Público), entre ellos podemos citar el de los Jueces y Magistrados, cuya singularidad deriva de la especial configuración del Poder Judicial como poder independiente (art. 117 de nuestro Texto

²⁵⁷ Todos estos regímenes están tratados ampliamente por DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Dir.): *Manual sobre responsabilidad disciplinaria del personal al servicio de las Administraciones públicas*, cit., págs. 333 y ss.

Constitucional), lo que lleva a atribuir al Consejo General del Poder Judicial, competencia en materia de régimen disciplinario (art. 122 de la Constitución) y cuya regulación se encuentra en los arts. 414 a 427 de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁵⁸. Por su parte, el régimen disciplinario miembros del Cuerpo Nacional de Policía se encuentra regulado en la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo del Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía; respecto de la Guardia Civil hay que estar a lo dispuesto en la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen disciplinario de la Guardia Civil; en cuanto al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas son tres las normas a tener en cuenta, la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas²⁵⁹, la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, que aprueba el Código Penal Militar, y la Ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas²⁶⁰.

Esta responsabilidad se entiende, sin perjuicio de la responsabilidad penal y de la responsabilidad patrimonial si del hecho o acto generador de la responsabilidad disciplinaria derivan daños y perjuicios en los bienes y derechos de terceras personas o en los bienes y derechos de la propia Administración²⁶¹.

1.3. La responsabilidad patrimonial.

Es precisamente el estudio de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de la Administración el objeto del presente trabajo, si bien, antes de proceder a su delimitación, debemos realizar algunas advertencias previas.

Tal y como lo hace el art. 145 de la Ley 30/1992, que rubrica “exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, también nosotros vamos a denominarla *responsabilidad*

²⁵⁸ El régimen disciplinario de los miembros del Ministerio Fiscal se regula en los arts. 61 y ss. de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprobó el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, siendo de aplicación supletoria lo dispuesto para Jueces y Magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 60 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

²⁵⁹ Actualmente está en tramitación el Proyecto de Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-47-1 de 17/05/2013).

²⁶⁰ Estos regímenes especiales descansan sobre los principios generales contenidos en el Estatuto Básico del Empleado Público, así como los principios consagrados en la Ley 30/1992, DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Dir.): *Manual sobre responsabilidad disciplinaria del personal al servicio de las Administraciones públicas*, cit., págs. 419, 427 y 435.

²⁶¹ Al efecto el artículo 94.1 del Estatuto Básico del Empleado Público señala que: “Las Administraciones públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio señalado en el artículo anterior cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones”.

patrimonial para diferenciarla de la responsabilidad civil que surge de las actuaciones puramente personales de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas en su vida privada, realizadas al margen del funcionamiento de los servicios públicos, así como de la responsabilidad civil directa que emana del delito.

No se trata tan solo de una precisión terminológica sino que, en el sistema jurídico actual, se hace necesario diferenciar la responsabilidad civil, cuyo régimen es el establecido en el Código Civil, de la responsabilidad patrimonial de la que hablamos nosotros pues, aún cuando en origen pudieron identificarse, la evolución legislativa de la responsabilidad civil de las autoridades y demás personal al servicio de la Administración ha derivado hacia el establecimiento un régimen de derecho público, en el que los elementos que la constituyen difieren sustancialmente de los contemplados en los arts. 1902 y siguientes del Código Civil, cuya exigencia se remite igualmente a normas de Derecho Administrativo (concretamente al capítulo II del Título X de la Ley 30/1992 y a los artículos correspondientes del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial), y su depuración, en vía de recurso, a la jurisdicción contencioso-administrativa.

La segunda advertencia responde más bien a una finalidad de efectos meramente prácticos, en la medida que nos referiremos, en muchas ocasiones, a la responsabilidad de “los funcionarios” en un sentido absolutamente amplio, de forma que incluya a todas las personas que, como abordaremos en este mismo capítulo, se integran en la expresión “autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas” a la que se refiere la Ley 30/1992, por lo tanto será indicada expresamente la utilización de la expresión “funcionarios” en un sentido estricto que la diferencie del resto del personal al servicio de las mismas.

Para que podamos hablar de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de la Administración, es absolutamente imprescindible que de su actuación se derive una serie de daños o perjuicios antijurídicos, pero el régimen jurídico es diverso en función de los bienes y derechos lesionados, distinguiendo cuando los daños se causan a particulares, de los daños ocasionados a la propia Administración en la que sirven, de forma que tradicionalmente se establecen dos supuestos de responsabilidad, en realidad, nosotros vamos a diferenciar tres:

a) Un primer tipo de responsabilidad patrimonial, conocida como responsabilidad en vía de regreso, deriva de los daños y perjuicios que el personal al servicio de la Administración causa a los particulares en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad es regulada en el art. 145.2 de la Ley 30/1992, y se encuentra íntimamente conectada con la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues como el propio apartado primero del mencionado precepto señala “para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”. Ello significa que los particulares lesionados en sus bienes o derechos como consecuencia de la actuación de los funcionarios, deben dirigir su reclamación de responsabilidad frente a la Administración pública correspondiente de acuerdo con la regulación establecida en el Capítulo I (arts. 139 a 144), y una vez satisfecha por la Administración la indemnización que proceda, ésta exigirá de sus autoridades y personal a su servicio la responsabilidad en que éstos hubieren incurrido, de conformidad con lo dispuesto en el art. 145.2 al ordenar que “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 hubieren incurrido por dolo, culpa o negligencia graves, previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca”.

Se trata, por tanto, de una responsabilidad patrimonial del empleado público frente a la propia Administración, que se resuelve mediante el ejercicio de una acción de regreso. En este tipo de responsabilidad patrimonial, existe una relación trilateral (lesionado-Administración-funcionario), aunque en realidad, como tendremos ocasión de comprobar, se trata más bien de sendas relaciones bilaterales, a saber, perjudicado-Administración, Administración-funcionario, ya que la relación perjudicado-funcionario en el ámbito administrativo es hoy inexistente.

b) Un segundo tipo de responsabilidad patrimonial en la que pueden incurrir las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas es aquella que surge por los daños y perjuicios causados en los bienes y derechos de la propia Administración a la que sirven, es decir se trata de un daño directo al patrimonio administrativo, a diferencia del supuesto anterior en el cual la lesión se causa a los particulares, si bien podríamos considerar que, en definitiva, esos daños se perpetran

igualmente a la colectividad, a los intereses generales. Esta responsabilidad se regula en el artículo 145.3 de la Ley 30/1992 según el cual, “la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños o perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, culpa o negligencia graves”.

c) Como avanzamos, dentro de este segundo supuesto cabe hacer una distinción en función de los bienes o derechos lesionados: por un lado, la responsabilidad patrimonial que surge cuando el daño se produce en los bienes y derechos de la Administración; y por otro lado, lo que podríamos considerar como una especialidad de la anterior, la constitutiva de responsabilidad contable, precisamente cuando los daños o perjuicios se causan a bienes, caudales y efectos públicos. A tal efecto el artículo 20.2 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial señala que “[c]uando los daños o perjuicios a que se refiere el anterior apartado fueran originados por acciones u omisiones de las autoridades o funcionarios al servicio de las Administraciones públicas constitutivos de responsabilidad contable, será de aplicación lo previsto en los artículos 140 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 109/1988, de 23 de septiembre, o las normas sobre la materia que resulten de respectiva aplicación al resto de las Administraciones Públicas, así como las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento de dicho Tribunal”.

Pues bien, en el supuesto regulado en el art. 145.3 de la Ley 30/1992, la Administración dispone de una acción directa contra la autoridad o funcionario que ha lesionado sus bienes o derechos, compartiendo con la acción de regreso el mismo procedimiento administrativo; sin embargo, la responsabilidad contable queda sometida a un régimen específico en el que, aunque está prevista su depuración en vía administrativa para determinados supuestos, es el Tribunal de Cuentas el que se encarga con carácter general de su exigencia.

1.4. La responsabilidad civil derivada del delito.

La responsabilidad penal de las autoridades y personal al servicio de la Administración lleva aparejada normalmente otra, que es la que realmente nos interesa,

pues, como se encarga de recordar el artículo 116.1 del Código Penal “*toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito o falta los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno*”²⁶². Hablamos por tanto de la responsabilidad civil que dimana del ilícito penal, y que como veremos puede exigirse en la vía penal, fundamentalmente por razones de economía procesal²⁶³.

La regulación de la responsabilidad civil derivada del delito se encuentra en los arts. 109 a 122 del Código Penal, y como señala el propio precepto transcrito *ut supra*, para que pueda declararse ésta es necesario que de la infracción penal se deriven daños patrimoniales²⁶⁴, requisito que, a veces, es difícil de justificar en determinados delitos que únicamente pueden cometer los funcionarios públicos (por ejemplo, el delito de tráfico de influencias)²⁶⁵. Con carácter general dicha responsabilidad puede ser declarada en el propio proceso penal, o reservarse la acción de responsabilidad civil y ejercerla posteriormente ante la jurisdicción civil (art. 109.2 del Código Penal), en cuyo caso hay que esperar a que finalice el proceso penal.

Ahora bien, cuando el autor del ilícito penal es una autoridad o funcionario público en el ejercicio de su cargo o función, es preciso diferenciar igualmente dos supuestos en función del sujeto perjudicado por los daños, por una parte cuando los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la conducta punible lo son a los bienes y

²⁶²El anterior Código Penal ofrecía una redacción distinta, al enunciar su art.19 que “toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es también civilmente”. En el actual Código Penal la responsabilidad civil lógicamente se condiciona al hecho de que la acción (u omisión) de la persona criminalmente responsable, cause daños y perjuicios.

²⁶³ La bibliografía existente sobre la responsabilidad civil *ex delicto* es abundantísima, se han ocupado de ella, entre otros, CASINO RUBIO, M.; *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Marcial Pons, Madrid, 1998; ROIG TORRES, M.: *La reparación del daño causado por el delito. Aspectos civiles y penales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 40 y ss., IZQUIERDO TOLSADA, M.: “La responsabilidad civil en el proceso penal”, en REGLERO CAMPOS (Coord.): *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi Cizur Menor, 2008, T. I, págs. 1098, y también en *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, 1997, págs. 309 y ss.; ROCA GUILLAMÓN, J.: “Artículo 121”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, EDESA, Madrid, 1999; MARTÍN RÍOS, M^a P.: *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal: una aproximación victimológica*, La Ley, Madrid, 2007; SOTO NIETO, F.: “La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y Entes públicos en general (art. 121 del Código Penal)”, *Diario La Ley* ref. D-30, T. I, 1996, PÉREZ MARTÍNEZ, D.: “La responsabilidad civil derivada del delito”, en DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Dir.): *Manual de responsabilidad pública. Homenaje a Pedro González Gutiérrez-Barquín*, Ed. Ministerio de Economía y Hacienda y Ministerio de Justicia, Madrid, 2004 cit. págs. 685 a 751.

²⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3^a, de 18 de octubre de 2000 (RJ 2000/8233).

²⁶⁵ MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Admistració”, cit., pág. 117.

derechos de la propia Administración, y por otro lado cuando los perjuicios y daños se han ocasionado a los “particulares”.

En el primer supuesto, la Administración lesionada puede iniciar el proceso penal mediante denuncia o interposición de querrela, o ser parte en un procedimiento ya iniciado, en cuyo caso la responsabilidad civil del funcionario o agente será determinada en el proceso penal, salvo que la Administración se reserve la acción de responsabilidad para ejercitarla en vía administrativa; o que se trate de hechos constitutivos de delito que han ocasionado un perjuicio en los caudales o efectos públicos, supuesto en el que la responsabilidad contable debe ser determinada por el Tribunal de Cuentas a tenor de lo dispuesto en los artículos 18.2 de la Ley Orgánica y 49.3 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, este último establece al respecto que “el Juez o Tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por este se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos”.

En el segundo supuesto, es decir, cuando los daños se han ocasionado a terceras personas, la autoridad o empleado público responde directa y personalmente de los daños y perjuicios frente a la víctima, estableciendo el art. 121 del Código Penal la responsabilidad subsidiaria de la Administración en caso de insolvencia del mismo. Por ello, si la Administración estima que el empleado público imputado no ha vulnerado disposiciones vigentes en la materia con su acción u omisión, puede facilitarle asistencia letrada de sus propios servicios jurídicos. En estos casos podría compatibilizarse la defensa del funcionario y ostentar la defensa de la Administración como responsable civil subsidiaria. Esto no ocurrirá cuando la Administración estime que la conducta del funcionario o agente pueda ser constitutiva de delito, sin perjuicio de que pueda ser llamada al proceso como responsable civil subsidiario²⁶⁶. También puede optar el perjudicado por solicitar la responsabilidad directa de la Administración, tal y como permite el art. 146.2 de la Ley 30/1992.

Actualmente se trata del único supuesto de responsabilidad civil en la que el sujeto perjudicado por la actuación del funcionario público puede exigir la responsabilidad

²⁶⁶ MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I.: “Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en VVAA: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, cit., pág. 1073.

patrimonial directamente del mismo, pues en el resto de los casos, necesariamente deberá dirigirse frente a la Administración en la que el funcionario se integra y cuyo funcionamiento ha dado origen a los daños, según establece el art. 145.1 de la Ley 30/1992.

Por este motivo, la reserva del ejercicio de la acción civil por parte del perjudicado, por tanto, al margen del proceso penal, “supone la opción exclusiva por el sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas regulado en el Título X de la Ley 30/1992, que excluye cualquier responsabilidad directa frente a los perjudicados del personal al servicio de la Administración, concreto causante de la lesión, sin perjuicio de la obligada acción de regreso cuando su ejercicio proceda”²⁶⁷.

2.- IMPUTACIÓN DE LA ACTUACIÓN DEL FUNCIONARIO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Una vez ha quedado delimitado el objeto de nuestro estudio, es decir la responsabilidad patrimonial de las autoridades y funcionarios frente a la Administración, se hace preciso indagar en virtud de qué título jurídico la Administración puede exigir responsabilidad a sus funcionarios, por los perjuicios irrogados a terceras personas o a ella misma, para lo cual es necesario determinar en primer lugar, cuándo la acción de un funcionario compromete la responsabilidad del ente público (nos referimos a los criterios de imputación de la actuación u omisión del funcionario o agente causante del daño o perjuicio a la Administración pública), supuesto en el que la Administración puede posteriormente ejercitar la acción de regreso, siempre y cuando se den los requisitos exigidos legalmente (nos referimos a la imputación de dicha lesión a la actuación dolosa o culposa grave del funcionario o agente); y en segundo lugar, cuándo es posible la exigencia de dicha responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados en los bienes y derechos de la propia Administración.

Pues bien, como señala GAMERO CASADO, cuando el daño deriva de la actividad de un funcionario o agente de la Administración, es preciso proceder a una

²⁶⁷ LÓPEZ ÁLVAREZ, E. citado por HUESCA BOADILLA, R.: “Artículo 145. Exigencia de responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, en *VVAA: Comentarios a la Reforma de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Estudio de la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Aranzadi, Navarra, 1999, pág. 237, con el que el autor está completamente de acuerdo.

serie sucesiva de etapas de imputación e imputabilidad del daño, para luego determinar el deber subjetivo de reparación²⁶⁸. Por este motivo vamos a referirnos, en primer lugar, los criterios de imputación de la actuación dañosa a la Administración pública, que se erige como responsable directa independientemente de la culpa o negligencia en la que pueda haber incurrido el personal a su servicio, en el bien entendido de que no vamos a estudiar los criterios de imputación de los daños a la Administración pública²⁶⁹, pues es evidente que la responsabilidad patrimonial de la misma no es objeto de este estudio, sino que nos interesa la imputación de la acción u omisión del funcionario o agente a la Administración, para posteriormente establecer el criterio de imputación de los daños o perjuicios a la conducta personal del mismo y que puede desencadenar su obligación de indemnizar.

2.1. La integración en la organización administrativa.

El enunciado del Capítulo II del título X de la Ley 30/1992 es, como sabemos, “*Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas*”, lo que significa que todo el régimen jurídico en él contenido va referido, por lo que a nosotros interesa, a dichos sujetos. Pues bien, el art. 145 de la Ley 30/1992 que regula la exigencia de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas, señala en el apartado 1º que “para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título (esto es, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas), 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”.

Ya hemos aludido a la estrecha conexión entre la responsabilidad de la Administración y la de las autoridades y personal a su servicio, de hecho, la responsabilidad patrimonial de la Administración surge, en principio, como cobertura de la responsabilidad personal de sus agentes por razón de los daños producidos por la

²⁶⁸ GAMERO CASADO, E.: Las transformaciones del sistema de la responsabilidad administrativa extracontractual”, Separata, en AAVV: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado. III Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía (noviembre de 1997)*, cit., pág. 13.

²⁶⁹ Nos remitimos a los magníficos estudios que tratan sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, específicamente examina dichos criterios de imputación el trabajo ya citado de GAMERO CASADO, E.: Las transformaciones del sistema de la responsabilidad administrativa extracontractual”, Separata, en AAVV: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado. III Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía (noviembre de 1997)*.

actividad ilícita de éstos. En la actualidad, desde el momento en que la ley articula esa responsabilidad con carácter directo sobre la base del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, es suficiente constatar la titularidad administrativa de la actividad o servicio en cuyo marco se ha producido el daño, para justificar la imputación del mismo a la Administración correspondiente²⁷⁰.

Ahora bien, cuando el daño ocasionado surge de la conducta de una persona física, el problema, en orden a determinar la imputación de la responsabilidad patrimonial a la Administración correspondiente, se reduce a constatar la integración del agente en la organización prestadora del servicio o actividad²⁷¹. De manera que para que una Administración pública sea responsable de las lesiones causadas por la acción u omisión de una persona física, es necesario que dicha persona esté integrada en la organización administrativa²⁷². La integración en la organización de la Administración pública constituye el criterio básico para atribuir a la Administración el deber de reparar el daño ocasionado por el funcionario o agente²⁷³.

Así lo entiende también el Consejo de Estado²⁷⁴ cuando señala que, normalmente *“es la organización propia de la Administración la que gestiona los servicios públicos y, por tanto, la que en su caso produce y responde de los daños que originen los mismos. Los funcionarios y demás agentes que integran la organización administrativa imputan a ésta sus actos de gestión. Para los administrados es indiferente saber quién o quiénes sean las personas concretas que han obrado en nombre de la Administración Pública; es a ésta, como ente impersonal y abstracto, a quien trasladan las consecuencias nocivas de la actuación de aquéllos. En la categoría de agentes de la Administración, se incluyen todas las personas físicas que componen el organigrama de la Administración actuante, entre los cuales las autoridades y los funcionarios públicos ocupan un destacado lugar. Cuando éstos actúan en su condición de agentes públicos, es la Administración quien responde de sus conductas lesivas hacia los*

²⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, cit., págs. 404 y 405.

²⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, cit., págs. 404 y 405.

²⁷² Así, afirma GALLARDO CASTILLO, que la propia teoría del órgano obliga a que las consecuencias dañosas del personal adscrito a la Administración se atribuyan siempre a la propia organización titular del servicio, en GALLARDO CASTILLO, M^a J.: “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, cit., pág. 45.

²⁷³ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, cit., pág. 274.

²⁷⁴ Memoria del Consejo de Estado del año 2004, págs. 183 y ss.

administrados”... “El dato a tener en cuenta es la inserción del agente en una organización administrativa a la que quepa imputar su actividad. Si esa integración existe y, por tanto, el agente ha ejercitado potestades propias del ente administrativo al que pertenece, se está en presencia de un servicio público susceptible de imputación causal”.

Pero el dato de la integración es importante no sólo a los efectos de imputar la actuación del funcionario o agente a la Administración correspondiente, sino también habrá de tenerse en cuenta para un eventual ejercicio de la acción de regreso frente a las autoridades y personal al servicio de la Administración, o incluso cuando lo que se pretende es exigir la responsabilidad por los daños y perjuicios causados en sus bienes y derechos, mediante la acción prevista en el art. 145.3 de la Ley 30/1992.

Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, el hecho de la integración en la organización administrativa permite ampliar la noción de funcionario a estos efectos más allá de los límites que resultan del concepto formal que se maneja en la legislación funcional, sobre el dato de hecho, acorde con la expresión objetiva que la Ley y la Constitución utilizan (“funcionamiento de los servicios públicos”) del ejercicio real de funciones públicas, comprendiendo así no sólo a los funcionarios *stricto sensu*, sino a todo tipo de autoridades, empleados o contratados, e incluso, a cualesquiera agente que por un título u otro desempeñen, aunque sea de forma ocasional esas funciones²⁷⁵.

El dato de la integración en la organización administrativa, es el manejado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 7 de diciembre de 2005 (JUR\2006\203760)²⁷⁶, que declara la responsabilidad de la Administración por las

²⁷⁵GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, cit., págs. 405 y 406, sin embargo, considera que por no estar integrados en la organización, no imputan su actividad dañosa a la Administración los concesionarios, contratistas y en general los profesionales libres que ejercitan privadamente funciones públicas. En el mismo sentido se expresa GIL IBÁÑEZ, J. L.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. (Jurisprudencia Contencioso-administrativa)*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994, págs. 33 y 34, al entender que si el daño ha sido ocasionado por una persona física basta constatar que la misma está integrada en la organización de un ente público, por ello no se requiere que el autor del hecho lesivo sea un funcionario público, pues debe entenderse comprendidos en la expresión “personal” tanto a los funcionarios públicos en sentido estricto como a los interinos, de empleo, eventuales, laborales, etc. e incluso a cualesquiera agentes que desempeñen funciones públicas, extendiéndose a las personas que se encuentran bajo la autoridad o custodia de un ente público, de ahí, que el art. 145 Ley 30/1992 mencione indistintamente a las “autoridades” y al “personal”.

²⁷⁶ Citada por DÍAZ MADRERA, B.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito educativo*, Ed. Reus, Madrid, 2007, pág. 130. La autora recoge en nota al pie la opinión de MORENO MARTÍNEZ, J. L.: *Responsabilidad en centros docentes y profesorado por daños causados por sus*

quemaduras y lesiones ocasionadas por la mujer del Conserje de un Centro educativo a una menor, a la que de forma fortuita vertió café hirviendo. La sentencia señala respecto de la mujer del Conserje que *“no se niega que vive en él, cocina en él y prepara café para unos padres en una reunión organizada por el Centro, en horario escolar. Una vez establecida la relación de causalidad entre la conducta de la esposa del Conserje y el daño, como resulta del relato de los hechos, la integración de la esposa del Conserje en la organización administrativa constituye el título de imputación de los daños a la Administración. Porque, siendo el título de imputación básico de los daños a la Administración la titularidad administrativa de la actividad o servicio en cuyo marco se ha producido el daño, este título de imputación puede revestir muy diversas modalidades, una de ellas es la actuación, legítima o ilegítima, de una persona física.*

Si el daño surge de la conducta de una persona física, como ocurrió en el supuesto de autos, basta constatar la integración de la misma en la Administración prestadora del servicio o actividad, porque la expresión “funcionamiento normal de los servicios públicos” (art. 139.1 LRJPAC) al independizar las nociones de ilicitud y responsabilidad hace innecesaria cualquier otra indagación.

Por otra parte, el dato de la integración en la organización administrativa amplía la noción de funcionario, a estos efectos, más allá de los límites que resultan del concepto formal. Se considera como tales todo tipo de autoridades, empleados o contratados, e incluso, por lo que aquí importa, a cualquier agente que por un título desempeñe, aunque sea de un modo ocasional, esas funciones”.

Si bien el dato de la integración en la organización administrativa, que sirve al Tribunal para imputar la responsabilidad a la Administración y hacerla responder por los daños y perjuicios sufridos por la menor, no es suficiente para generar la responsabilidad patrimonial de la persona física autora del daño, pues además de una conducta dolosa, culposa o negligente graves (en el supuesto que comentamos no se aprecia este elemento subjetivo, sino que el Tribunal entiende que se trata de un hecho fortuito), se requiere que lo sea en el ejercicio real de funciones públicas.

alumnos, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 225, para quién, en referencia a la expresión personal al servicio de la Administración del art. 145.1 de la Ley 30/1992, la articulación de la responsabilidad por actuaciones culpables de los agentes podrá tener lugar tanto por comportamientos negligentes de los docentes públicos como por actuaciones culpables del resto del personal al servicio del centro: bedeles, cuidadores de comedor, monitores eventuales de actividades deportivas, etc.

2.2. El ejercicio de funciones y servicios públicos como dato relevante.

No basta, sin embargo, el dato de la integración en la organización administrativa, sino que, como hemos afirmado, es necesario que el daño o perjuicio se haya producido como consecuencia del funcionamiento del servicio público. Ahora bien, mientras que en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración la lesión puede derivar de un “funcionamiento normal o anormal” (art. 139.1 Ley 30/1992)²⁷⁷, en el caso de la responsabilidad de las autoridades y personal a su servicio se requiere un “funcionamiento anormal”, en el sentido de que se exige una conducta dolosa, culposa o negligente graves²⁷⁸. Precisamente por ello, es necesario conocer qué se entiende a los efectos de la responsabilidad por funcionamiento de los servicios públicos.

Pues bien, afirma GIL IBÁÑEZ²⁷⁹ que desde un punto de vista objetivo, la primera precisión que debe realizarse para determinar cuando estamos ante un funcionamiento de los servicios públicos es que, en todo caso, e independientemente de quien realice materialmente la actuación se precisa un “funcionamiento”, y ello incluye no sólo actuaciones positivas o de hacer, sino también actuaciones negativas o de no hacer o de soportar, es decir la expresión “funcionamiento” se debe entender en un sentido amplio. Pero además, lo importante es que ese funcionamiento vaya referido a los “servicios públicos”, expresión que también debe entenderse en un sentido amplio comprensible de toda función o actividad administrativa. De tal forma que, a estos efectos “*servicio público viene a ser sinónimo de actividad administrativa y para su calificación hay que atender, más que a una tipificación especial de alguna de las formas en que suelen*

²⁷⁷Fórmula finalmente acogida por el artículo 139 de la Ley 30/1992. A pesar de ello, algunos autores, como LEGUINA VILLA considera que el art. 139.1 mencionado debería haber concordado con la fórmula constitucional del artículo 106.2 omitiendo cualquier mención a los calificativos de “normal” o “anormal” funcionamiento de los servicios públicos, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M.: *La nueva Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común*, cit., pág. 396. Esto mismo debió pensarse cuando en el Anteproyecto de Ley se omitía cualquier referencia a dichos calificativos, omisión que fue calificada de no acertada por el Consejo de Estado, al entender que “*la vigente (alude al artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) es más expresiva y conjura el riesgo de interpretaciones restrictivas, contrarias al recto sentido de la institución, aunque la calificación pueda parecer huera y no figure en la letra del artículo 106.2 de la constitución*” (Dictamen del Consejo de Estado, nº 1076 de 31 de octubre de 1991).

²⁷⁸Vid. el artículo 21 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, según el cual en el procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas, es preceptivo solicitar el informe al servicio cuyo en funcionamiento se haya ocasionado la presunta lesión indemnizable.

²⁷⁹ GIL IBÁÑEZ, J. L.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. (Jurisprudencia Contencioso-administrativa)*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994, págs. 30 y ss.

presentarse al conjunto que abarca todo el tráfico ordinario de la Administración” [Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1991 RJ\500].

Numerosas sentencias del Tribunal Supremo avalan la interpretación en sentido amplio cuando homologan el servicio público a *“toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce incluso con la omisión o la pasividad; con resultado lesivo”* (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1981 [RJ 1981\4200], y de 5 de junio de 1989 [RJ 1989\4338]) o bien se equipara el servicio público con la actividad administrativa o quehacer administrativo, también como *“giro o tráfico administrativo”*, así la Sentencia de 22 de noviembre de 1991 (RJ 1991\8844) declara que *“por lo que se refiere a la imputación a la Administración pública hay que partir de la interpretación de cómo debe entenderse el funcionamiento del servicio según ha sido efectuada entre otras por la sentencia de este Tribunal de 5-6-1989 (RJ 1989\4338). A tenor de la doctrina que en ella se contiene debe atribuirse a los conceptos de servicio público y de su funcionamiento el sentido más amplio que su abstracta acepción merece, lo que supone identificar el servicio público con toda actuación, gestión o actividad propias de la función administrativa ejercida, incluso con la omisión o pasividad cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado”*. Igualmente, podemos citar la Sentencia de 10 de octubre de 1997 (RJ 1997\7437) al concluir *“que la expresión «servicio público» debe entenderse de acuerdo con asentados criterios jurisprudenciales como sinónimo de «actividad administrativa» (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 abril 1982 y 21 septiembre 1984 [RJ 1984\4416]), de «giro o tráfico administrativo» (Sentencia de 12 marzo 1989), de «hacer y actuar de la Administración» (Sentencias de 10 noviembre 1983 [RJ 1983\6070] y 20 febrero 1986 [RJ 1986\688])”*.

La expresión funcionamiento de los servicios públicos ha sido analizada en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1995 (RJ 1995\1986), al hilo de la polémica de la que posteriormente nos ocuparemos, sobre la naturaleza de servicio público del Registro de la Propiedad, señalando que *“no parece ofrecer duda que como se indica en la sentencia apelada, el Registro de la Propiedad tiene naturaleza de servicio público, si se tiene en cuenta, de un lado, el amplio sentido que según la jurisprudencia ha de darse al concepto servicio público a efectos de la responsabilidad patrimonial derivada de su funcionamiento,*

habiéndose llegado por la jurisprudencia (Sentencia de 5 de junio de 1989) a homologar como servicio público “toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso con la omisión o pasividad, con resultado lesivo”, y de otro, su propio contenido y alcance que la propia Ley Hipotecaria le reconoce, llegando incluso en los arts. 272 y 275 a utilizar la expresión “servicio Público” para calificar la función que el Registro cumple, e incluso la propia incardinación de la institución registral dentro de la estructura y organización del Ministerio de Justicia y las funciones que se atribuyen por la Ley a los Órganos de dicho Departamento en los títulos X y XI de la Ley Hipotecaria y su Reglamento son de suyo ilustrativos al respecto, como lo es también que los artículos 274 de la Ley y 536 del Reglamento atribuyan a los Registradores de la Propiedad la condición de funcionarios públicos, si bien no sea imprescindible para hacer surgir la responsabilidad patrimonial del Estado reunir tal condición pues, como se ha indicado anteriormente, cuando se hizo cita de la Sentencia de 5 de junio de 1989, lo racionalmente determinantes que se actúen las facultades administrativas propias del desenvolvimiento del servicio público de que se trate, con independencia de la condición o cualidad de quien ejerza tales facultades, por lo que ha de concluirse que el Registro de la Propiedad queda incluido en el concepto de servicio público a los fines previstos en la reclamación efectuada por perjuicios derivados de su funcionamiento”.

El funcionamiento de los servicios públicos, en el sentido anteriormente expuesto, incluye, tanto la realización de una actividad material, que es el supuesto más frecuente, y respecto del que se reconoce un mayor número de reclamaciones, bien por acción u omisión de la actividad administrativa debida²⁸⁰ (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de octubre 1986 [RJ 1986\6635], 7 de abril y 5 de junio de 1989 [RJ 1989\ 2915 y RJ\1989\4338]); como de la actividad jurídica de la Administración, esto es, tanto por disposiciones administrativas, como por actos jurídicos (Sentencia del Tribunal

²⁸⁰Sobre la responsabilidad de la Administración por el no funcionamiento de los servicios públicos se puede consultar el detallado estudio de GÓMEZ PUENTE, M.: “Responsabilidad por inactividad de la Administración”, en *Documentación Administrativa*, nº 237-238, enero-junio, 1994 y del mismo autor *La inactividad de la Administración*, 3ªed., Aranzadi 2002; también ENTRENA CUESTA, R.: “Responsabilidad e inactividad de la Administración”, en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. y CALONGE VELAZQUEZ, A. (Eds.): *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos (III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18 de octubre 1997)*, Marcial Pons, 1999; AGUADO I CUDOLÀ, V. y NETTEL BARRERA, A. C.: “La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”, en QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, Tomo I, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Supremo de 11 de junio de 1993 [RJ 1993\4375])²⁸¹, tal y como contempla expresamente el art. 142.4 de la Ley 30/1992 cuando señala que “la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional de actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización...”.

La necesidad de que el actuar administrativo venga referido a los servicios públicos sirve para excluir del ámbito de la responsabilidad las actuaciones lesivas de los funcionarios o agentes de la Administración realizadas con total desconexión del servicio²⁸², en este caso se trataría de actos puramente personales, en cuanto se consideran realizados por un particular desprovisto de toda cualificación jurídico-pública²⁸³. De forma que el Tribunal Supremo, afirma que “*no puede declararse la responsabilidad del Estado por las acciones u omisiones imputables a autoridades o funcionarios que hayan ocasionado una lesión en los bienes o derechos de los particulares, cuando su conducta dolosa o culposa, no se corresponda con el ejercicio de esa autoridad o función que sea inherente a un servicio público, pues en esto falta el nexo de causalidad*” (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1986 [RJ 1986\3264] o 27 de mayo de 1987 [RJ 1987\3488]).

Señala GIL IBÁÑEZ que desde el punto de vista subjetivo la expresión “funcionamiento de los servicios públicos” hace abstracción de la posible individualización del autor material del acto lesivo; lo importante es que el hecho haya sido realizado bajo la cobertura de la Administración²⁸⁴. Pero es evidente que las Administraciones públicas al ser personas jurídicas, actúan a través de personas físicas que son las que realmente toman decisiones y quienes las ejecutan, de forma que, las Administraciones públicas, como carecen de entidad orgánica natural, precisan de la existencia de personas físicas, que estando integradas orgánicamente en la misma lleven a cabo los actos necesarios para el normal desenvolvimiento de su actividad, de este

²⁸¹Vid. por todos, BLASCO ESTEVE, A.: “La responsabilidad de la Administración por los daños causados por actos administrativos: doctrina jurisprudencial”, *Revista de Administración Pública*, nº 91, 1980 y *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1981; MEDINA ALCOZ, L.: *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

²⁸² Así se expresaba el Consejo de Estado en el Dictamen de 11 de abril de 1962.

²⁸³ GIL IBÁÑEZ, J. L.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. (Jurisprudencia Contencioso-administrativa)*, cit., pág. 32.

²⁸⁴ GIL IBÁÑEZ, J. L.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. (Jurisprudencia Contencioso-administrativa)*, cit., pág. 33

modo los actos o decisiones adoptados por dichas personas físicas, se imputan directamente a la persona natural a la que sirven y no a ellas mismas²⁸⁵.

Sin embargo, a los efectos aquí estudiados, la identificación de la persona o personas físicas causantes del daño o perjuicio es esencial. Nos explicamos, para que una actuación de una persona física se impute directamente a una Administración es suficiente según la doctrina mayoritaria la combinación de los dos criterios examinados, esto es, la integración de la misma en la organización prestadora del servicio en el que se ha ocasionado el daño o lesión indemnizable, y que se haya producido como consecuencia del funcionamiento de dicho servicio público. Pero desde el punto de vista de la persona física que ha ocasionado los daños y perjuicios esos criterios no son suficientes para determinar su responsabilidad. En primer lugar, es necesario identificar al funcionario o agente causante del daño lo que no siempre resulta sencillo²⁸⁶ y, en segundo lugar, que hay que demostrar que estamos en presencia de un “funcionamiento anormal del servicio público”, en el sentido imputar el daño a una conducta dolosa, culposa o negligente graves de la persona causante del mismo, se trata, como expondremos más adelante, de un criterio de imputación de naturaleza subjetiva. Como señala el Consejo de Estado en su Memoria del año 2004, *“la legislación ordinaria distingue, sin embargo, entre el funcionamiento normal y el anormal de los servicios públicos y en esta distinción, que tiene otras virtualidades en el derecho positivo y en su interpretación jurisprudencial, estriba también la clave para poder establecer la imputación personal del daño, dentro de la organización”*.

Por ello antes de analizar el régimen jurídico concreto de cada uno de los supuestos de responsabilidad regulados en la Ley 30/1992, se hace preciso determinar frente a

²⁸⁵Vid. BARRACHINA JUAN. E.: *La función pública, su ordenamiento jurídico*, Tomo I, Ed. PPU, Barcelona, 1991, pág. 268.

²⁸⁶ Antes al contrario, no siempre se facilita su identificación, por ello, como afirma RIVERO ORTEGA, R.: *La necesaria innovación en las instituciones administrativas. Organización, procedimiento, función pública, contratos administrativos y regulación*, INAP, 2012, págs. 99 y 100, debiera perseverarse en la adopción de medidas organizativas y procedimentales que están previstas desde hace años en las leyes y no han sido suficientemente desarrolladas, en concreto la regulación de la figura del responsable de la tramitación y, su correlativo derecho de identificación de los funcionarios que intervienen efectivamente en cada caso. Además, señala, la identificación personal de los encargados de tramitar y resolver un procedimiento se contempla en el art. 35 de la Ley 30/1992, dando lugar a una resolución de la Administración del Estado de 3 de febrero de 1993. Sin embargo, advierte, todavía hoy sigue sin cumplirse en muchos organismos oficiales el deber de identificar proactivamente a los empleados públicos, sólo la tramitación electrónica de los procedimientos romperá definitivamente con estos malos hábitos de resistencia a la localización con nombres y apellidos de los funcionarios, porque la tramitación electrónica permite monitorizar a quienes intervienen en cada expediente a través de su clave personal.

qué personas puede la Administración dirigir su acción de responsabilidad patrimonial directa o en vía de regreso aplicando el régimen previsto en el art. 145 de la Ley 30/1992 y concordantes del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

3.- EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO A LOS EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

3.1. Concepto de “autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”.

Hasta el momento venimos hablando indistintamente de empleados públicos o funcionarios públicos, en el bien entendido de que se trata de una expresión utilizada en un sentido amplio, que resulta de la combinación de los dos criterios de imputación anteriormente estudiados, es decir, no sólo se requiere que la persona física personalmente responsable del daño o perjuicio esté integrada en la organización administrativa, sino que el daño se haya producido como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, y que alcance a las autoridades, funcionarios, agentes, y demás empleados públicos²⁸⁷.

Como ya vimos, para GARCÍA DE ENTERRÍA el hecho de la integración en la organización administrativa permite ampliar la noción de funcionario, sobre el dato de hecho del ejercicio real de funciones públicas, comprendiendo no sólo a los funcionarios *strictu sensu*, sino a todo tipo de autoridades, empleados o contratados, e incluso, a cualquiera agentes que por un título u otro desempeñen, aunque sea de modo ocasional esas funciones²⁸⁸. En idéntico sentido se pronuncia PARADA VÁZQUEZ, para quién el dato fundamental es el ejercicio de funciones y servicios públicos, de forma que el concepto de funcionario no sólo comprende a los funcionarios que lo son de carrera, sino que se extiende a los empleados públicos, y a todos, los que como acabamos de señalar ejercen funciones y servicios públicos²⁸⁹.

²⁸⁷ RIVERO YSERN, E.: “La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración”, cit., pág. 13

²⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, cit. pág. 406.

²⁸⁹ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, cit., pág. 448.

En cualquier caso, debemos atenernos al concepto legal que, a los efectos oportunos, maneja la Ley 30/1992. Desde este punto de vista también la Ley 30/1992 parece comulgar con el concepto en sentido amplio que acabamos de señalar, al referirse el Capítulo II de su Título X a la “Responsabilidad de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”²⁹⁰.

Lo que deba entenderse por “autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas” parece no ofrecer problemas interpretativos, más bien, se detecta un cierto consenso doctrinal respecto de su interpretación en el sentido amplio anteriormente apuntado, que comprende a cualquier persona vinculada a la Administración mediante nombramiento o elección, o mediante una relación de servicios, independientemente del vínculo jurídico que les una sea funcionarial, laboral o estatutario (por supuesto, para evitar los problemas relativos al orden jurisdiccional competente que se plantearon en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, el Real Decreto 429/1993, incluye al personal estatutario que presta sus servicios en el INSALUD o en los distintos servicios de salud de las Comunidades Autónomas²⁹¹), incluso a cualquier agente que desempeñe funciones públicas.

En sentido análogo se manifiesta DÍEZ SÁNCHEZ, quien no duda, a pesar de que la legislación no contemple el concepto jurídico-administrativo de “autoridades”, ni tampoco el tipo de vinculación del resto del personal, que la acción de regreso (aunque es igualmente predicable de la acción directa) “procede frente a cualquier sujeto vinculado por una elección o nombramiento, o por una relación de servicios, estatutaria

²⁹⁰ Como recuerda GARCÍA-ALVAREZ, y hemos tenido ocasión de comprobar en la breve evolución histórica del sistema de responsabilidad patrimonial en nuestro país, tanto la Ley de 5 de abril de 1904, en su art. 1, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración General del Estado en sus arts. 43.1 y 42.1, así como la Ley de Régimen Local, en sus arts. 409.1 y 410.1, aplican el mismo régimen tanto a las autoridades políticas como a los funcionarios o agentes, en “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 594.

²⁹¹ La Disposición Adicional Primera del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, Reglamento que aprueba los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas señala que “de conformidad con lo establecido en los artículos 2.2 y 139 a 144 y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa y contencioso-administrativa prevista en dicha Ley y en el presente Reglamento”.

o laboral, a la Administración pública, con independencia de que pueda ser determinada o indeterminada en el tiempo”²⁹².

Ahora bien, una cosa es cómo deba interpretarse la expresión y otra convenir con la misma a los efectos de la exigencia por parte de la Administración de su responsabilidad patrimonial, nos referimos a la inclusión de las autoridades en el régimen del art. 145 de la Ley 30/1992. En este sentido, es de sobra conocida la opinión de BARCELONA LLOP al respecto, cuando aborda el estudio de la acción de regreso, pues a las dificultades que para el autor supone conceptuar qué deba entenderse por autoridades para el Derecho Administrativo, se añaden las de incluirlas a los mencionados efectos, por lo que piensa que existen argumentos que aconsejan excluir del régimen legal a quienes no encajen en el concepto *de personal al servicio de las Administraciones públicas*, por ello considera que la mención a las autoridades es un residuo que debiera ser extirpado de la regulación. De forma que los órganos superiores de la Administración sitos en los niveles de gobierno (Ministros y Secretarios de Estado, así como sus equivalentes autonómicos), quizá los cargos de designación estrictamente política, aunque sus titulares sean funcionarios de carrera, y seguramente los administradores electos en el ámbito local, deberían quedar, para el autor, fuera de la regulación del art. 145 de la Ley 30/1992²⁹³.

Sigue arguyendo, que lo decisivo no es tanto el tipo de funciones que se desempeñen, sino la relación que media entre el agente público y la Administración, si el primero no está inserto en la estructura organizativa de la segunda a través de una relación estatutaria o laboral que presuponga una dependencia de la persona jurídica, sería difícil, para el autor, que esté afectado por lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 30/1992. Ello no significa que deban quedar exentas de responsabilidad, sino que la vía de regreso no es la más adecuada, por lo que lo deseable sería establecer un

²⁹² DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit., pág. 223.

²⁹³ Vid. BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., págs. 40 y ss. Sostiene el autor que el hecho de que la acción de regreso no sea más que un procedimiento administrativo que permite a la Administración pública que ha indemnizado dirigirse contra el causante de los daños con la pretensión de reclamarle las cantidades que correspondan, aconseja restringir el ámbito subjetivo del precepto (art. 145.2 de la Ley 30/1992) a aquellos individuos que prestan servicios en cualquiera de las Administraciones públicas a las que la Ley 30/1992 se aplica, servicios articulados en torno a una relación estatutaria o laboral, no de otra naturaleza. De forma que para el autor, si esta relación no media, parece difícil justificar una acción de resarcimiento, que presupone un vínculo orgánico y funcional entre el agente dañoso y la persona jurídica que pretende recuperar lo que previamente ha desembolsado.

procedimiento específico de exigencia de responsabilidad civil activado por la Administración que ha indemnizado, siendo finalmente los jueces quienes resuelvan si las autoridades tienen o no que responder ante la organización²⁹⁴.

No compartimos, sin embargo, esta postura²⁹⁵, es cierto que a la hora de depurar la responsabilidad de las autoridades se plantean mayores dificultades que cuando se trata de personal al servicio de la Administración, entre otras cosas, porque la acción debe ser ejercitada normalmente por las personas que han procedido a su nombramiento o elección –con lo que el problema de la activación de la acción es el mismo, independientemente de que se ejercite en ante la jurisdicción civil como propone el autor, o en un procedimiento administrativo, distinto sería que la legitimación la tuviera el perjudicado-, a ello nos referiremos más adelante, pero entendemos que no es causa suficiente para excluirlas del régimen de responsabilidad del art. 145 de la Ley 30/1992, y ello porque en muchos casos la actuación del personal al servicio de la Administración, no es sino la ejecución de las decisiones adoptadas por los titulares de los órganos administrativos, pero sobre todo y fundamentalmente por la propia configuración actual de nuestro sistema de responsabilidad en general de las Administraciones públicas, que no permite que se exija la responsabilidad patrimonial

²⁹⁴ BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., págs. 42 y 43, el autor plantea otras vías alternativas a la acción de regreso, para depurar dicha responsabilidad, así, el ejercicio de acciones civiles, ejercitadas ante el orden jurisdiccional civil, directamente por los particulares perjudicados, como por la propia Administración, tanto en los casos de responsabilidad directa como en vía de regreso. Para GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 598, la existencia de una responsabilidad civil directa de las autoridades políticas, en primer lugar, evitaría el ejercicio de determinadas acciones penales, que se explican por la impotencia de un ciudadano agraviado en sus derechos, pero que difícilmente prosperan, y en segundo, lugar supondrían un útil mecanismo de control, sin el dramatismo y la resonancia de la acción penal, pero también sin las cortapisas derivadas del carácter restrictivo del principio de legalidad en el ámbito penal. No obstante, sostiene, puesto que “juzgar a la Administración es también administrar”, podría plantearse, de *lege ferenda*, la posibilidad de permitir la acumulación a las acciones de legalidad o de responsabilidad que se ejercen ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la pretensión de que se declarase la responsabilidad personal de la autoridad directamente responsable por dolo o culpa grave.

²⁹⁵ Igualmente parece pronunciarse DIEZ SÁNCHEZ cuando afirma que no resulta más realista o mejor solución respecto a las autoridades utilizar de *lege ferenda* el ejemplo del art. 296 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si es en definitiva la Administración quién tiene que entablar la acción civil contra el sujeto causante del daño con el objeto de resarcirse. Asegurando que “sino las mismas causas, que a juicio del citado autor (se refiere a Barcelona Llop), hacen que la acción de regreso sea poco operativa, -como lo ha sido siempre-, y que su mera existencia constituya un sarcasmo o un vehículo de potenciales reacciones que nada tiene que ver con las que justifican su existencia, sí otras análogas o parecidas van a servir de pretexto para no entablar esta acción. A poco que se repare en ello, esa fórmula de judicialización tiene tantos riesgos –políticos incluidos- que no se presenta, a mi juicio, ni convincente ni más garantizadora de una mayor o mejor utilidad que la del procedimiento administrativo, bien que con acciones que no queden –o al menos no exclusivamente- en manos de las autoridades”, en “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit., págs. 225 y 226.

en otros órdenes jurisdiccionales que no sea el contencioso-administrativo (salvo, como hemos visto el orden penal), de manera que para su efectividad habrá que ensayar otras soluciones.

Al hilo de esta última reflexión resulta muy interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 7 de mayo de 1999 (AC 1999\6074), en la que resuelve la falta de jurisdicción del orden civil, por entender de aplicación dispuesto en los arts. 145 y 146 de la Ley 30/1992²⁹⁶. En ella, a pesar de que planean las dudas sobre la vigencia de la Ley de 5 de abril de 1904, el ponente tiene muy claro que siendo la Administración la que exige la responsabilidad del anterior Alcalde, es de aplicación la Ley 30/1992²⁹⁷. Así señala que *“hoy día la responsabilidad de las autoridades y personal de todas las Administraciones públicas se regula por los artículos 145, 146, LRJ-PAC y artículos 19 a 21 del Reglamento de Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial. El artículo 145.3 dice que la responsabilidad, en el supuesto de que la Administración hubiese indemnizado directamente a los lesionados se exigirá previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca, cuyo procedimiento está regulado en el artículo 21 del citado Reglamento. Disponiendo el artículo 145, número 4 de la LRJ-PAC que la resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa y contra la cual cabe recurso contencioso- administrativo (artículos 107 y 114 de la citada Ley).*

Esto que aparece tan claro para la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado lo es también para la Administración Local, pues el artículo 54 de la LBRL remite a la legislación general sobre responsabilidad administrativa. Y el artículo 78 de la misma norma cuando en el número 1, dispone que las

²⁹⁶ Esta sentencia es comentada por GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., págs. 596 a 597, pues a pesar de proceder de una Audiencia Provincial, la escasez de sentencias del Tribunal Supremo sobre el ejercicio de las acciones de regreso, o de responsabilidad directa, sea mediante un procedimiento administrativo o ejerciendo la acción civil, da valor a la sentencia.

²⁹⁷ Los hechos son los siguientes, el Ayuntamiento de Melgar de Tera había pactado un contrato de arrendamiento sobre dos fincas rústicas de diez años de duración, antes de que el contrato se extinguiera por transcurso del plazo, el Alcalde ordenó reforestar las del arrendatario sin su consentimiento, a pesar de que en el Pleno se acordó su exclusión. Como consecuencia de ello, y debido al incumplimiento del contrato, se condena al Ayuntamiento a pagar una indemnización más el importe de las costas. Por ello el Ayuntamiento promueve la demanda en juicio declarativo contra la persona que ostentaba el cargo de Alcalde cuando se realizó la reforestación, reclamándole las cantidades pagadas al perjudicado. Pues, bien, la Audiencia provincial, pese a comenzar admitiendo que no hay razón alguna para cuestionar la competencia del orden civil para condenar al Ayuntamiento, pues que se trata de un contrato de arrendamiento, e incluso le correspondería a este orden, si se hubiera acumulado una acción civil contra el alcalde, concluye estableciendo la incompetencia de la jurisdicción civil.

responsabilidades se exigirán ante los Tribunales de Justicia competente y se tramitarán por el procedimiento ordinario aplicable, dado que no especifica si son los del orden civil o contencioso es preciso interpretar dicha norma con relación a la legislación general, que no es otra que la LRJ-PAC”.

Ciertamente la legislación positiva es contradictoria en muchos aspectos, así la literalidad del art. 146.1 de la Ley 30/1992, contribuye a crear más confusión cuando, al regular la responsabilidad penal y la civil derivada del delito, únicamente menciona al “personal al servicio de las Administraciones Públicas”, omitiendo cualquier referencia a las autoridades, lo que llevó plantearse en su día a PARADA VAZQUEZ, “si lo que realmente se ha pretendido con esta omisión es excluir a la clase política de esta forma de responsabilidad”. Según el autor, y en la conclusión coincidimos con él, “esta hipótesis no es descartable, aunque sería totalmente inadecuada y contraria a los elementales principios del Estado de Derecho, tales como la igualdad y la correspondencia entre autoridad y responsabilidad”²⁹⁸.

En consonancia con la tesis anteriormente expuesta, para BARCELONA LLOP el hecho de que en el art. 146 de la Ley 30/1992, no se mencione a las autoridades, puede interpretarse en el sentido de mantener la posibilidad de demandarlas civilmente, sosteniendo que “si ya no es posible que un particular demande civilmente a un funcionario público, ningún obstáculo se opone a que demande a una autoridad puesto que a la responsabilidad civil directa de esta clase de individuos nunca se ha referido la Ley 30/1992. Sí lo hizo la Ley de 1904, pero su derogación (por la Ley 4/1999) deja expedito el paso a las reglas ordinarias, tanto sustantivas como procesales”²⁹⁹, en consecuencia, la responsabilidad de las autoridades podría exigirse mediante el ejercicio de una acción civil, ejercitada ante este orden jurisdiccional, tanto directamente por los particulares lesionados en sus bienes o derechos, como por la propia Administración, si son sus bienes los que resultan perjudicados.

No pensamos que sea la interpretación más correcta de este precepto pues, si lo que el legislador pretendió con la reforma del mismo, mediante la Ley 4/1999 de 13 de

²⁹⁸ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, cit., pág. 448, aunque debemos advertir, que el comentario se refería al precepto antes de la modificación efectuada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que eliminó la referencia a la responsabilidad civil.

²⁹⁹ BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 43.

enero, fue precisamente evitar demandas de responsabilidad de los particulares en vía civil, resulta improbable que quisiera dejar abierto este resquicio a tal posibilidad. Por otro lado, que las autoridades respondan penalmente y civilmente por los daños y perjuicios que haya ocasionado su actuación criminal, está fuera de toda duda cuando el propio Código Penal en su art. 121, al regular la responsabilidad subsidiaria de la Administración habla expresamente de “autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos”.

No obstante, debemos reconocer que la opacidad de tema se mantiene desde un punto de vista legislativo respecto de los titulares de los altos órganos del Estado y de las Comunidades Autónomas, concretamente Presidentes, y miembros del Gobierno tanto central como autonómicos, al señalar los arts. 56.2 y 73.2.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial la competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, para conocer de las demandas de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de sus cargos. Según GONZÁLEZ PÉREZ, estos preceptos no han sido modificados al modificarse el art. 9.4 de la misma Ley Orgánica del Poder Judicial y atribuir a los Tribunales del orden contencioso-administrativo el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan “en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive”, y considera que el procedimiento que se regula en los arts. 19 a 21 del Reglamento de los Procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, no parece el idóneo en estos casos. En este sentido, se plantea si es concebible que se incoe un procedimiento administrativo sobre responsabilidad a un Ministro, y se pregunta si le correspondería iniciarlo al Consejo de Ministros, más aún, y si los hechos determinantes del daño fueran imputables al Consejo, ¿quién estaría legitimado para incoar el procedimiento y cuál sería el órgano competente para resolver en vía administrativa? Por ello estima que en estos supuestos la responsabilidad patrimonial sólo podría ser demandada ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo, como la responsabilidad penal³⁰⁰.

Es cierto que el art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando atribuye al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de “las pretensiones

³⁰⁰ Añadiendo que todo lo demás son músicas celestiales, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, 6ª ed., cit., pág. 718.

que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio”, se refiere únicamente al “personal a su servicio” sin mencionar a las autoridades, pero no creemos que la remisión de los citados preceptos 56.2 y 73.2.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial al orden civil, sea extensiva a todas las autoridades, sería un contrasentido y volvería a trastocar nuevamente la tan demandada y, parece, conseguida unidad jurisdiccional que establece la Ley 30/1992 (arts. 142.6 y 144), de forma que la única interpretación conciliadora ambas normas, pasaría por entender que estamos en presencia de una excepción aplicable solamente a los miembros del Gobierno central y autonómico, y como tal recogida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, el resto de las autoridades quedan sometida al régimen administrativo de la Ley 30/1992.

No obstante, el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, cuyo ámbito de aplicación se extiende, en lo que a responsabilidad se refiere, a los miembros del Gobierno y Secretarios de Estado de la Administración del Estado, así como altos cargos y asimilados de la Administración General del Estado y entidades del sector público estatal, de las Comunidades autónomas y Corporaciones Locales, dispone entre los principios generales establecidos en el art. 26.2.a) 7º que “asumirán la responsabilidad de las decisiones y actuaciones propias y de los organismos que dirigen, sin perjuicio de otras que fueran exigibles legalmente”; y entre los principios de actuación del apartado b) 4º del citado precepto que “...evitarán toda acción que pueda poner en riesgo el interés público, el patrimonio de las Administraciones”. Para ello regula un régimen sancionador en materia de gestión económico-financiera (art. 28) compatible con la exigencia de responsabilidad contable (art. 30.7 y 8), y por ende, entendemos, de aplicación igualmente respecto de la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad patrimonial en general, teniendo en cuenta, además, que algunas de las infracciones disciplinarias contempladas presuponen la causación de daños a la Administración o a los ciudadanos [art. 29.1 c), 29.2 c) y d)], aunque no la mencione expresamente.

Nosotros consideramos que las autoridades deben estar sometidas a responsabilidad patrimonial de forma más estricta, si cabe, que el resto del personal, pues sobre ellas recae la responsabilidad del buen funcionamiento de los servicios públicos, aunque somos conscientes de las dificultades, fundamentalmente de orden político, que ello

conlleve, por lo que habrá que buscar alguna fórmula legal coherente que permita su exigencia.

Para concluir, debemos advertir que queda fuera de nuestro estudio, al tratarse de personal no integrado en la organización administrativa y estar sometido a un régimen jurídico distinto del regulado en los arts. 145 y 146 de la Ley 30/1992, la responsabilidad de los concesionarios de servicios públicos y los contratistas de la Administración³⁰¹.

3.2. Personas que prestan sus servicios en entes de capital público que adoptan formas jurídico privadas (sector público económico).

El régimen jurídico previsto en el art. 145 de la Ley 30/1992 se aplica a las autoridades y demás personal al servicio de todas las Administraciones públicas, comprendiendo, de conformidad con el art. 2 de la misma, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones³⁰².

³⁰¹ Para su estudio nos remitimos a la copiosa bibliografía en la materia, entre otros, GONZÁLEZ NAVARRO, F.: “Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público”, *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, nº 44-45, 1976; REBOLLO PUIG, M.: “Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro”, *Poder Judicial*, nº 20, 1990; DEL GUAYO CASTIELLA, I.: “Responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos concedidos”, *Actualidad Administrativa*, nº 17, 1990; PÉREZ MORENO, A.: “La responsabilidad por daños de concesionarios y contratistas en el núcleo de la cuestión jurisdiccional sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, en ANTONIO CALONGE VELÁZQUEZ, A. y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. (Coord.) *Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos : III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18 octubre de 1997*, Marcial Pons, 1999; BOCANEGRA SIERRA, R. E.: “La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros”, *Documentación Administrativa*, nº 237-238, 1994; RUIZ OJEDA, A. L.: “La responsabilidad de la Administración contratante en los supuestos de daños causados a terceros por sus contratistas y concesionarios. (Inercias y atolladeros del Instituto Resarcitorio en el ámbito de la contratación administrativa)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 2, 2002; CASARES MARCOS, A. B.: “Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados a terceros con motivo de la ejecución de contratos”, en QUINTANA LÓPEZ, T.: (Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

³⁰² Respecto de estas últimas, REBOLLO PUIG, M.: “Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en SÁINZ MORENO, F. (Dir.): *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, cit., pág. 221, afirma que las últimas reformas han clarificado que los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales o equivalentes autonómicos y locales están sometidos en todo caso al régimen de responsabilidad administrativa tanto en los aspectos materiales como en los procedimentales y jurisdiccionales, y así debe seguir siendo, en opinión del autor.

Incluso, cuando las Administraciones públicas mencionadas actúen en relaciones de derecho privado, el art. 144 de la Ley 30/1992 dispone que “responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley”.

Sin embargo, cuando se trata de personificaciones de derecho privado la cuestión dista de estar clara³⁰³, por lo que sería adecuado en palabras de REBOLLO PUIG, que la Ley afrontara esta cuestión, así como la del orden jurisdiccional competente. Según el autor, se entiende que una solución correcta y, probablemente la más adecuada al art. 106.2 de la Constitución sería la de aplicarles el régimen de responsabilidad de las Administraciones, tanto en los aspectos sustantivos como en los procedimentales y, correlativamente, atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para los eventuales procesos³⁰⁴.

Lo cierto es que, puesto que el dato esencial es el funcionamiento de los servicios públicos, se considera que está funcionando la Administración, cuando lo hace “el personal de consorcios, sociedades estatales, fundaciones públicas y demás entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho que gestionen un servicio público –aunque formalmente adopten formas privadas-”³⁰⁵. No obstante, debemos señalar que, aunque sí estamos de acuerdo en la conveniencia de que por vía legislativa se aclare la cuestión, no lo estamos tanto en la aplicación del régimen de la responsabilidad directa

³⁰³ En general sobre el tema, vid. RIVERO ORTEGA, R.: *Administraciones Públicas y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

³⁰⁴ Con ello, postula el autor, además de limitarse la huida del Derecho Administrativo, se lograría que la responsabilidad de la Administración cumpla adecuadamente sus funciones. Ya que su función de garantía de los administrados y de prevención del mal funcionamiento de los servicios públicos y estímulo para la corrección de deficiencias, exigen que sea indiferente el hecho de que la Administración preste el servicio a través de entes con personalidad de Derecho privado. Para ello propone prever un procedimiento administrativo ante la Administración propietaria de la sociedad mercantil o creadora de la fundación, que la Administración resolvería declarando o denegando con cargo a su entidad filial, resolución que en todo caso sería impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en REBOLLO PUIG, M.: “Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en SÁINZ MORENO, F. (Dir.): *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, cit., págs. 221 y 222.

³⁰⁵ BUSTO LAGO, J. M.: “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en REGLERO CAMPOS, F (Coord.): *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pág. 1561, citado por PEÑA LÓPEZ, F.: “La vía de regreso: un medio a disposición de la Administración Pública (y su aseguradora) para exigir responsabilidad civil a su personal”, *Práctica de Derecho de Daños*, nº 30, 2005, pág. 11.

y objetiva de la Administración, no podemos perder de vista que en definitiva, se trata de personificaciones privadas.

Al margen del funcionamiento de los servicios públicos, se encontrarían los entes de capital público que adoptan una forma societaria, cuando realizan actividades en libre competencia, por lo que quedarían excluidos de la aplicación del régimen de responsabilidad general regulado en la Ley 30/1992 cuando se trata de daños ocasionados a los particulares.

Sin embargo, sí estarían sometidos a un tipo de responsabilidad frente a la propia Administración, por cuanto pueden formar parte del sector público y, en consecuencia, ser objeto de control financiero, como sujetos pasivos de la responsabilidad contable. De hecho el art. 4.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, señala que forman parte del sector público (además de la Administración del Estado, las comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, y los Organismos Autónomos) “las sociedades estatales y demás empresas públicas”; y el art. 3.2 de la Ley 43/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, junto al sector público administrativo, contempla el sector público estatal que está integrado por el sector público empresarial, esto es, entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles estatales, y demás entidades mencionadas en los párrafos g) y h) del art. 2.1, no incluidas en el sector público administrativo.

En este sentido lo interpreta y lo destaca en numerosas sentencias, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas³⁰⁶, así en la Sentencia 6/2009, de 31 de marzo, al afirmar “*que los fondos manejados por las sociedades mercantiles públicas tienen naturaleza pública, ya que los mismos forman parte del patrimonio de una entidad pública o de un ente con personificación pública, con independencia de que se rijan por normas de derecho público o privado*”, o la Sentencia 1/2010, de 2 de marzo, donde declara que “*el Ayuntamiento, conforme al artículo 47 de la LO 2 /1982, tiene un interés directo, y por tanto está legitimado activamente, para solicitar la declaración de responsabilidad contable respecto de los daños causados en los fondos de una sociedad mercantil municipal. Dicho interés deriva de que el patrimonio de la sociedad mercantil pertenece íntegramente al Ayuntamiento, que a través de la mercantil se*

³⁰⁶ Pueden consultarse las Memorias de Actuaciones del Tribunal de Cuentas de los últimos años, en la sección “Doctrina de la Sala y los Departamentos”, accesibles a través de la página www.tcu.es del Tribunal de Cuentas.

gestiona directamente un servicio de competencia municipal, que la dirección y administración de dicha empresa está a cargo del Ayuntamiento que asume las funciones de Junta General, y que, en caso de disolución de dicha sociedad, su haber pasaría a la Corporación Municipal". Añade la Sala que los fondos de las sociedades mercantiles son fondos públicos a los efectos de la responsabilidad contable. Son de naturaleza pública por provenir de los Presupuestos del Ayuntamiento y estar dirigidos a la prestación de servicios de competencia municipal, y no pierden este carácter por el hecho de que su gestión se encomiende a un ente instrumental, una sociedad mercantil, que ajuste su actividad al derecho privado. Continúa señalando la Sala que *"el Consejero delegado de una sociedad mercantil pública es gestor de fondos públicos y, en consecuencia, debe obrar con una especial diligencia en su gestión, sin que pueda alegar el desconocimiento de la normativa aplicable a dicha gestión ni la falta de control por los órganos municipales, sobre todo si tenemos en cuenta que los pagos de las sociedades mercantiles de titularidad municipal no están sujetas a un control previo del gasto sino a un control financiero a realizar por procedimientos de auditoría"*. Las dudas se pueden presentar, como señala CORTELL GINER, cuando la participación de una Administración pública no sea de la totalidad del capital social, ya que al respecto no existen pronunciamientos claros³⁰⁷.

Son numerosas las Sentencias en la que se declara la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración de sociedades mercantiles, en cuanto los considera gestores públicos (Sentencias de la Sala de Justicia 4/2008, de 1 de abril, 15/2008, de 1 de diciembre, 18/2008, de 3 de diciembre, 2/2009, de 18 de febrero, 5/2009, de 17 de marzo, 6/2009, de 31 de marzo, 10/2011, de 20 de julio). En ellas la doctrina *"ha venido declarando, en casos similares, la responsabilidad contable de los miembros de los Consejos de Administración de este tipo de Sociedades cuando manejan fondos públicos y se ha orientado, además, hacia un concepto técnico jurídico amplio de cuentadante respecto a dichos Consejeros"*.

Queda claro, en consecuencia, que el personal de este tipo de ente se encuentra sometido a responsabilidad contable, por los daños ocasionados a la propia Administración pública en cuanto se trata de la gestión de fondos públicos.

³⁰⁷ CORTELL GINER, R. P.: "Supuestos de responsabilidad contable", *Auditoría Pública*, nº 50, 2010, pág. 49.

3.3. Algunos supuestos controvertidos.

Ciertamente el concepto de funcionario a los efectos de la responsabilidad patrimonial viene determinado no sólo por su integración en la organización administrativa sino, fundamentalmente, por el ejercicio de funciones y servicios públicos, lo cual es predicable de multitud de personas que por este título se relacionan con la Administración. Este concepto de funcionario público en sentido amplio favorece indudablemente al particular perjudicado, ya que garantiza la asunción de los daños y perjuicios que le pueda ocasionar por la Administración pública correspondiente, pero cuando de lo que se trata es de determinar la responsabilidad del autor del daño frente a la Administración, es incuestionable que alguna importancia tendrá la relación jurídica que le une con la Administración. Por ello vamos a proceder al estudio de una serie de figuras que, cuando menos, pueden ser controvertidas a los efectos aquí estudiados.

3.3.1. El funcionario de hecho.

Se entiende por funcionario de hecho o de *facto*, a la persona que ejerce funciones públicas sin que se cumplan en él los requisitos exigidos estatutariamente para los funcionarios públicos *strictu sensu*, podríamos definirlo como “la persona que con un título o nombramiento ilegal, participa en el ejercicio de funciones públicas, de buena fe y de forma continuada”³⁰⁸.

Para hablar de funcionario de hecho en un sentido estricto se requiere, por tanto, la ilegitimidad del nombramiento, de lo cual se deduce que el nombramiento debe existir pero que adolece de alguna irregularidad, si bien el funcionario desconoce su existencia; o bien que dicha irregularidad provenga del nombramiento del funcionario cuando carezca de algún requisito legal para ser nombrado funcionario público. Por otra parte, este concepto de funcionario *de facto* exige la existencia de un órgano administrativo en el que integrarse y, finalmente, la ilegalidad del título o nombramiento en modo alguno puede ser de tanta gravedad que impida que el funcionario de hecho pueda llegar a tomar posesión de su cargo³⁰⁹.

³⁰⁸Vid. BARRACHINA JUAN. E.: *La función pública, su ordenamiento jurídico*, cit., págs. 267 y ss., que sigue a la hora de abordar este concepto de funcionario de hecho en sentido estricto a DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Sobre el concepto de funcionario de hecho” en *Revista de Administración Pública*, nº 29, mayo-agosto, 1959.

³⁰⁹ Vid. BARRACHINA JUAN. E.: *La función pública, su ordenamiento jurídico*, cit., págs. 274 a 277,

En este sentido el ejercicio del cargo por parte del funcionario de hecho debe llevarse a cabo, como señalábamos al inicio, de buena fe, de forma pública y continuada, lo que supone que el funcionario debe ignorar la ilegalidad del nombramiento y actuar como un funcionario público *strictu sensu* dentro de la organización administrativa³¹⁰.

Ante cualquier actuación de un funcionario de hecho la duda que se nos plantea es si sus actos se consideran válidos o por el contrario habría que proceder a su anulación. Pues bien, esta duda ha sido despejada por la doctrina que considera absolutamente necesario proteger la buena fe de los administrados destinatarios de un determinado acto, a pesar de legitimar de este modo la actuación ilegal del funcionario de hecho.

Si toda la construcción de la teoría del funcionario de hecho responde a la necesidad de garantizar el principio de seguridad jurídica, parece indudable que la misma justificación podría esgrimirse para que responda personalmente de los posibles daños y perjuicios provenientes de los actos que supongan el ejercicio de funciones públicas, siempre y cuando, claro está, se cumplan los requisitos legalmente establecidos que desencadenan dicha responsabilidad, mucho más si los daños irrogados con ocasión de su actuación ilegítima lo han sido a particulares, pues en este caso la Administración dará cobertura a dicha responsabilidad. En definitiva, el funcionario *de facto* entraría dentro del concepto de funcionario que venimos manejando.

3.3.2. Ejercicio por particulares de funciones públicas.

Estamos en presencia de un supuesto, sin duda, mucho más controvertido, pues hace referencia a la persona física que, en un momento dado, colabora con la Administración en una determinada acción (normalmente situaciones de emergencia o excepcionales, y voluntariado) que supone el ejercicio de alguna función o servicio público.

quien distingue esta figura de otras figuras afines como el usurpador, el funcionario incompetente o el mero colaborador de la Administración pública.

³¹⁰ Cuestión absolutamente distinta y ajena a la problemática aquí planteada es el desempeño por los funcionarios públicos de funciones o tareas distintas de las asignadas al puesto que efectivamente ocupan, para un estudio de la misma, vid. ARROYO YANES, L. M.: “El desempeño de funciones y cometidos de hecho por parte de los funcionarios públicos y su problemática jurídica”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 24, 1995.

Incluso, en algunos casos podría llegar a hablarse de un deber legal de colaboración con la Administración³¹¹. Así por ejemplo, el Consejo de Estado alude al tema del ejercicio por un particular de funciones públicas, en un caso que, aunque no se ajuste exactamente al objeto perseguido, sí puede ilustrar sobre el concepto de esta figura. El supuesto de hecho se concreta en la reclamación de los daños y perjuicios por la muerte de un particular cuando perseguía a un atracador (dictamen del Consejo de Estado nº 51.454, de 24 de noviembre 1988).

Si bien el Alto Órgano consultivo parte de la imposibilidad de apoyar la procedencia de la indemnización solicitada invocando el artículo 40 Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en base a que no intervino ningún servicio público en la producción del evento dañoso, y por lo tanto no cabría imputar ese hecho a la Administración; posteriormente, y amparándose en el principio de justicia, justifica el hecho de que la intervención del fallecido en la gestión del interés público, puede considerarse, de alguna manera, como integrante en la “organización” que tiene encomendada la Seguridad pública.

Tras hacer una breve referencia al sector del ordenamiento jurídico en el que se desenvuelven los hechos, es decir, el constituido por el denominado, en sentido amplio, de seguridad u orden público, el Consejo de Estado deduce *“con naturalidad que en un aspecto limitado materialmente y circunscrito en el tiempo al cumplimiento del deber legal de colaboración, el particular que lo lleva a efecto desempeña una función pública típica; todo lo eventual y temporal que se desee; más, en cualquier caso, asume por llamamiento de la Ley un haz o conjunto de competencias con la posibilidad de imputar su actividad a la organización de la cual forma parte.*

Esta concepción objetiva de las funciones, órganos y, por ende, de la organización es la que explica la atribución de carácter de Agente de la Autoridad que el artículo 7-1 de la Ley 2/1986 otorga a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no en su condición subjetiva de miembros (relación de servicio), sino en el “ejercicio de sus funciones” (relación orgánica), lo cual explica que se pueda actuar como autoridad en determinado momento y no en otro, puesto que se trata de noción con marcado carácter

³¹¹Entendido como deber de ciudadanía, no como deber jurídicamente exigible. En otro ámbito y sobre los particulares que colaboran en el ejercicio de funciones públicas, vid. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: “La responsabilidad administrativa en casos colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 123, julio-septiembre, 2004.

objetivo, lo que justifica, a su vez, que por las razones apuntadas se pueda atribuir en determinados casos el mismo carácter a los “particulares” que se incrusten en la organización temporal y eventualmente en cumplimiento de su deber de colaboración, precisamente por ese carácter que tiene el concepto de autoridad, de forma que “se actúa” como autoridad sin que sea del todo correcto decir que se “es” autoridad”.

Para avalar aún más esta afirmación el Consejo de Estado añade que el artículo 119 del anterior Código Penal -cuya redacción no ha variado respecto del actual- *“concibe, a sus efectos, al funcionario desde una perspectiva acentuadamente objetiva, de modo que es más el ejercicio de una función pública que la índole de la relación, duradera o eventual, temporal u ocasional, la nota capital de la definición”*. Así, pues, concluye que aunque el desempeño de esa función pública sea, eventual y temporal no por ello pierde su naturaleza de tal capaz de producir su efecto típico: imputar sus efectos a la Administración.

El dato relevante vuelve a ser el que objetivamente estamos en presencia del ejercicio de una función pública. Esta es también, la conclusión que extraemos de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, así por ejemplo la Sentencia de 5 de junio de 1989 (RJ 1989\4338) señala que *“es indiferente que quien ejercita las potestades sea un funcionario público, simple empleado eventual o contratado o de plantilla o incluso un particular ocasionalmente encargado de que el servicio público funcione”*.

Como recordaremos, no recurre al criterio del ejercicio de funciones públicas, sino al criterio de la integración en la organización administrativa, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 7 de diciembre de 2005, para imputar a la Administración los daños ocasionados por la mujer del Conserje de un Centro educativo a un alumno, que vive en el Centro, *“cocina en él y prepara café para unos padres en una reunión organizada por el Centro, en horario escolar. Una vez establecida la relación de causalidad entre la conducta de la esposa del Conserje y el daño, como resulta del relato de los hechos, la integración de la esposa del Conserje en la organización administrativa constituye el título de imputación de los daños a la Administración. Porque, siendo el título de imputación básico de los daños a la Administración la titularidad administrativa de la actividad o servicio en cuyo marco se ha producido el daño, este título de imputación puede revestir muy diversas modalidades, una de ellas es la actuación, legítima o ilegítima, de una persona física.*

Si el daño surge de la conducta de una persona física, como ocurrió en el supuesto de autos, basta constatar la integración de la misma en la Administración prestadora del servicio o actividad, porque la expresión “funcionamiento normal de los servicios públicos” (art. 139.1 LRJPAC) al independizar las nociones de ilicitud y responsabilidad hace innecesaria cualquier otra indagación.

Por otra parte, el dato de la integración en la organización administrativa amplía la noción de funcionario, a estos efectos, más allá de los límites que resultan del concepto formal. Se considera como tales todo tipo de autoridades, empleados o contratados, e incluso, por lo que aquí importa, a cualquier agente que por un título desempeñe, aunque sea de un modo ocasional, esas funciones”.

En definitiva, el ejercicio ocasional y temporal por un particular de una función pública o su integración en la organización administrativa, puede suponer la imputación a la Administración en la que eventualmente se inserte de los efectos lesivos originados por dicha acción, de esto parece no haber duda. El trasfondo de dicha imputación es la garantía de la víctima en cuanto la Administración asume la indemnización de los daños ocasionados por el ejercicio ocasional por el particular de una función pública, más que por tratarse de funciones o servicios públicos, pensamos, que por razones de justicia o equidad³¹².

Pero la cuestión que nos interesa no es esa, sino otra: ¿dicho ejercicio ocasional de funciones públicas podría desencadenar la responsabilidad personal frente a la propia Administración, en vía de regreso? Y si en ese ejercicio eventual de funciones públicas, el particular lesiona los bienes y derechos de la Administración, ¿podría ésta ejercitar la acción que prevé el art. 145.3 de la Ley 30/1992? No parece que la solución sea fácil, pues, por mucho que se fuerce la interpretación de la expresión “funcionario público” en sentido amplio a los efectos de una mayor garantía de los particulares lesionados, no se nos oculta que esta figura es de difícil encaje en la expresión “autoridades y personal al servicio de la Administración”; pero por el mismo motivo de garantía, pero en este caso del propio autor del perjuicio, y teniendo en cuenta el criterio de justicia, debería

³¹² Sobre las consecuencias prácticas de este principio, vid. el interesante estudio llevado a cabo por RIVERO YSERN, E. y FERNANDO PABLO, M.: *Equidad, Derecho Administrativo y Administración pública en España*, Adavira Editora, Santiago de Compostela, 2011; también de los mismos autores “Derecho Administrativo y equidad”, en RIVERO YSERN, E. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., SENDÍN GARCÍA, M.: *Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Netbiblio, Oleiros, (La Coruña), 2008.

admitirse una respuesta afirmativa a los interrogantes planteados, ya que si el particular que ocasionalmente desempeña funciones públicas respondiese en el orden civil, como particular que es, lo haría por una actuación simplemente culposa, mientras que el art. 145.2 y 3 de la Ley 30/1992 exige, para declarar la responsabilidad patrimonial, una actuación dolosa, culposa o negligente grave, ello que significa que en vía administrativa no respondería por culpa leve, lo que indudablemente le beneficiaría.

En cualquier caso, parece que estos supuestos son más bien de laboratorio, pues normalmente el ejercicio por particulares de funciones públicas o la integración ocasional en la organización administrativa responde a motivos de solidaridad social o de buena fe, en los que será muy difícil de apreciar el elemento subjetivo del dolo, pudiendo existir como mucho una negligencia grave en la actuación de la persona responsable del daño.

3.4. Notarios y Registradores.

Si partimos de que el dato relevante es el ejercicio de funciones públicas, así como la integración en la organización administrativa, no parece que el régimen general de responsabilidad patrimonial regulado en la Ley 30/1992 les sea aplicable a estos sujetos, pues dicho ejercicio es privado³¹³. Por otro lado, se ha mantenido de forma pacífica y unánime por parte de la doctrina que la responsabilidad civil tanto de los Notarios como de los Registradores es una responsabilidad directa y personal, de la que de ninguna forma responde el Estado, sin embargo, algunas sentencias del Tribunal Supremo, así como determinados pronunciamientos del Consejo de Estado que se hacen eco de las mismas, han quebrado dicho planteamiento propiciando una interpretación que deja abierta esta última posibilidad.

Conviene señalar que la doctrina suele abordar su estudio de forma separada, pues mientras que para los Notarios no existe un sistema específico de responsabilidad, para los Registradores la Ley Hipotecaria (Decreto de 8 de febrero de 1946) dedica unos cuantos preceptos a su regulación³¹⁴. Vamos por ello a dar unas breves pinceladas de su

³¹³ Así lo entendía hace algunos años GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, cit., pág. 220.

³¹⁴ PARRA LUCÁN, M^a A.: “La responsabilidad civil de Notarios y Registradores”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coord.): *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, Dykinson, 2007, pág. 828.

régimen jurídico de forma diferenciada a los únicos efectos que estamos analizando, sin detenernos en su desarrollo³¹⁵.

Respecto de los Notarios, al carecer de un régimen general de responsabilidad, parece claro que deberá aplicarse las reglas generales de la responsabilidad civil ya que, aunque la Ley del Notariado señala en su art. 1 que el Notario “es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”, tanto la doctrina como la jurisprudencia están de acuerdo en que no se trata de un funcionario sujeto a los principios y reglas de la organización administrativa³¹⁶. Al no integrarse en la organización administrativa, no le es imputable a la misma la responsabilidad por los daños que ocasione en el ejercicio de sus funciones.

Este es el sentido de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo) de 13 de octubre de 1998 (RJ 1998\9452), al desestimar el recurso interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid relativa a la desestimación de la declaración de la responsabilidad disciplinaria de Notario y subsiguiente responsabilidad de los perjuicios causados³¹⁷. En ella el Tribunal Supremo advierte que los principios aludidos en orden a delimitar o precisar el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa³¹⁸, “no conllevan ni comportan en forma

³¹⁵ Para un estudio de ambas, puede consultarse BALLESTEROS ALONSO, M.: “La responsabilidad civil de Registradores y Notarios”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 7, 2003; PARRA LUCÁN, M^a A.: “La responsabilidad civil de Notarios y Registradores”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coord.): *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit.; ARANDA RODRÍGUEZ, R.: “La responsabilidad civil del Notario”, en DE PAULA BLASCO GASCÓ, F. (Coord.): *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Vol. I, Tirant lo Blanch 2011.

³¹⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. y SÁINZ MORENO, F.: *El Notariado, la función notarial y las garantías constitucionales*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 73 y ss.

³¹⁷ En vía administrativa se solicitaba la responsabilidad disciplinaria y subsiguiente responsabilidad civil de un Notario, que había autorizado una escritura de poder, con error de conocimiento de la otorgante, porque hacía unos años que había fallecido. Ello permitió dar cobertura legal aparente a una operación de compraventa de la casa ya enajenada, aunque sin la inscripción en el Registro de la propiedad, adquiriendo el nuevo comprador la cualidad de tercero hipotecario. Denegada por la Dirección General de los Registros y el Notariado, y recurrida la denegación ante el Ministerio de Justicia, se introduce en la vía contencioso-administrativa la pretensión de que se declare la responsabilidad del Estado, de forma solidaria o subsidiaria con la del Notario.

³¹⁸ Frente a la fundamentación de la Sala de Instancia, que interpreta que la cuestión de la responsabilidad del Estado es una cuestión nueva, no fiscalizable en el proceso, el Tribunal Supremo rechaza que las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de carácter accesorio respecto de la anulación de un acto administrativo, puedan considerarse cuestión nueva, concretamente señala (FJ 4) que “[l]a doctrina expuesta es determinante de que no compartamos el criterio de la Sala de primera instancia en orden a que el tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración sea cuestión nueva no fiscalizable en el proceso, puesto que de los hechos denunciados, de la resultancia que ofreciera el expediente disciplinario e incluso de la responsabilidad de la misma naturaleza se podría derivar, en su caso y si fuere considerada procedente, aquella responsabilidad pretendida, máxime cuando se pondera que en el

alguna la afirmación de que la Administración Pública deviene responsable directo o mediato, de modo sistemático, de los perjuicios cuestionados en el proceso, pues no cabe desconocer que el Notariado constituye una profesión liberal que, con autonomía e independencia, ejerce funciones públicas, sin recibir sus retribuciones de los presupuestos estatales, a la que, por ende y en la actualidad, podría, en su caso, serle imputada la responsabilidad directa e inmediata, para la cual precisamente tiene su propio sistema de cobertura, y cuya exigencia parece igualmente que ha de promoverse, cual además ha efectuado el propio recurrente, ante la Jurisdicción Civil, todo ello sin perjuicio de que nunca podrá prescindirse del hecho cierto de que estamos en presencia del desempeño de funciones públicas, con las consecuencias inherentes a tal circunstancia cuando a ello hubiere lugar”.

También, como afirma PARRA LUCÁN, la Dirección General de los Registros y el Notariado, ha declarado en numerosas resoluciones que la declaración de responsabilidad civil del Notario no puede obtenerse en vía administrativa, sino que es competencia exclusiva de los Tribunales ordinarios (se refiere al orden jurisdiccional civil)³¹⁹.

A pesar de estas afirmaciones, el Consejo de Estado ha dictaminado favorablemente el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración por determinados daños ocasionados por Notarios, tal y como reconoce, con carácter general, en el dictamen 1825/2009, de 4 de marzo de 2010, donde dispone que en *“relación con los Notarios, el Consejo de Estado ha sostenido que la peculiar condición de los Notarios (como profesionales del Derecho y como funcionarios públicos) lleva también a una especial configuración de su régimen jurídico, recogido,*

aludido con anterioridad escrito-denuncia se insta la incoación del expediente disciplinario y que se declare la responsabilidad del Notario «para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados a mi mandante», cuya expresión resulta extraordinariamente amplia”.

³¹⁹ Señala la autora que en la legislación notarial existen regulados algunos recursos que los particulares pueden plantear ante la Dirección General frente a una incorrecta actuación profesional del Notario, como son las quejas por denegación de funciones, o de copia, además de quejas, en las que lo que se plantea verdaderamente es la apertura de un expediente disciplinario por inadecuada prestación de la función notarial e, incluso, la declaración de la responsabilidad civil del Notario por los daños y perjuicios que haya podido irrogar su actuación profesional, en ellas la Dirección General ha aclarado que no es su competencia, sino que la declaración de responsabilidad corresponde en exclusiva a los tribunales ordinarios, citando en nota al pie algunas de las Resoluciones, en PARRA LUCÁN, M^a A.: “La responsabilidad civil de Notarios y Registradores”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coord.): *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., págs. 830 y 831. En el mismo sentido GARCÍA ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 574.

fundamentalmente, en el Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, que contempla la responsabilidad civil de los Notarios por los daños y perjuicios ocasionados por su actuación (para lo que se prevé la contratación de un seguro de responsabilidad civil y la constitución de una fianza); sin embargo, ello no excluye de raíz la posibilidad de una responsabilidad administrativa cuyo título de imputación radique, precisamente, en la condición funcional que a los notarios atribuye expresamente tanto la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, como el Reglamento Notarial citado (dictamen 1.936/2003). A partir de ello, y en relación con las actuaciones de remisión de información al Registro General de Actos de Última Voluntad, el Consejo de Estado ha calificado a los notarios autorizantes y a los Colegios notariales como instituciones administrativas auxiliares del Registro, por lo que se ha afirmado la responsabilidad administrativa derivada de la falta de remisión (dictamen 1.936/2003) o de una certificación incorrecta expedida por el citado Registro, cuando ésta derivaba de un error cometido por el notario autorizante (dictamen 3.107/2000, recogiendo consideraciones ya vertidas en el dictamen 937/99)”.

Sin embargo, parece mantenerse la postura del Tribunal Supremo (Sentencia de 17 de abril de 2012 (RJ 2012\161101) de considerar que *“la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de la actuación de un Notario en el ejercicio de sus funciones debe articularse por la vía civil y de ella no puede hacerse responsable la Administración pública. El artículo 146 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba el Reglamento de la Organización y régimen del Notariado establece que “El Notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Si pudieran repararse en todo o en parte autorizando una nueva escritura el Notario lo hará a su costa, y no vendrá éste obligado a indemnizar sino los demás daños y perjuicios. A tales efectos, quien se crea perjudicado podrá dirigirse por escrito a la Junta Directiva del Colegio Notarial, la cual, si considera evidentes los daños y perjuicios hará a las partes una propuesta sobre la cantidad de la indemnización por si estiman procedente aceptarla como resolución del conflicto”.* Y en similares términos se pronuncia en la actualidad la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, tras la modificación operada por la Ley 36/2006 de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal.”

Ya avanzamos que respecto de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, la Ley Hipotecaria dedica el Título XII a la regulación de la responsabilidad y de su régimen disciplinario, concretamente, la sección primera (arts. 296 a 312) contempla la responsabilidad civil. No hay dudas de la calificación por la legislación de su condición de “funcionario público” (así lo expresan los arts. 222.7 de la Ley Hipotecaria, así como los arts. 332.7 y 536 del Reglamento Hipotecario), a pesar de lo cual la doctrina ha señalado que aún cuando desarrollan una función pública, ni su sistema de retribución, ni la independencia en el ejercicio de su función permiten equipararlos a un funcionario público administrativo³²⁰. En este sentido se ha manifestado que los Registradores, actúan bajo su responsabilidad y responden de forma personal, por lo que en principio parece excluirse la responsabilidad de la Administración por la actuación del Registro de la Propiedad.

Decimos en principio, porque dada la amplitud de la fórmula constitucional del artículo 106.2, desarrollada por la Ley 30/1992, las dudas surgieron en el sentido de si la actividad ejercitada por estos profesionales podría o no considerarse como servicio público (alentada por cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como del civil), y en el caso de que la respuesta resultase ser afirmativa, serle de aplicación el régimen general de la responsabilidad patrimonial.

Estas consideraciones son las que se planteó el Consejo de Estado en el dictamen 773/95, de 20 de julio de 1995, sobre una reclamación de daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de una actuación de varios Registradores de la Propiedad³²¹, que por su carácter revelador del estado de la cuestión en aquel momento nos parece oportuno transcribir en lo fundamental, no obstante, debemos advertir que el dictamen se formuló en plena polémica acerca de la subsistencia de la acción directa del particular frente al funcionario y antes de la modificación, por la Ley 4/1999, del art. 146 de la Ley 30/1992, veamos:

³²⁰ Vid. PARRA LUCÁN, M^a A.: “La responsabilidad civil de Notarios y Registradores”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coord.): *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., pág. 575, que menciona a los autores que defienden esta posición.

³²¹ Los interesados presentan el escrito en el Gobierno civil de Vizcaya elevado al Ministerio del Interior (Dirección General de Registros y del Notariado), exponiendo que habían sido lesionados como consecuencia de la actuación de dos Registradores de la Propiedad, que realizaron una serie de actos registrales y concretamente inscripciones o asientos que fueron anulados por error o inexactitud por los Tribunales de Justicia.

“El escrito de 19 de septiembre de 1994 del Director General de los Registros y del Notariado recoge un conocido criterio admitido pacíficamente por la doctrina y reflejado en los tratados usuales: por los daños y perjuicios causados por los Registradores de la Propiedad en el ejercicio de su cargo responden civilmente éstos en la forma determinada por los artículos 296 y siguientes de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, no cabiendo responsabilidad del Estado.

La responsabilidad civil, sintetizaba un destacado tratadista -siguiendo los textos legales-, “es directa del Registrador con los interesado. El Estado, añadía, no asume obligación alguna directa ni subsidiaria. De la indemnización correspondiente responde el Registrador con su fianza y, en lo que no baste, con todos sus demás bienes”.

Así que el que, por error, malicia, o negligencia del Registrador, perdiera un derecho real o la acción para reclamarlo, podrá exigir, desde luego, del mismo Registrador el importe de lo que hubiese perdido.

Responde solidariamente con el Registrador del pago de las indemnizaciones la persona que haya resultado beneficiada (quedando libre de alguna carga o limitación inscritas). Si en este caso indemniza sólo el Registrador, puede éste repetir contra el que haya resultado favorecido.

... La responsabilidad de los Registradores debe exigirse ante los Tribunales ordinarios en el juicio declarativo correspondiente...

Así que, en definitiva y sin que sea ahora necesario ahondar en la naturaleza jurídica de la función registral ni en la del Registrador que la ejerce, lo cierto es que se viene reconociendo que existe un régimen específico de responsabilidad civil exclusiva del Registrador por sus actuaciones, de las que no responde el Estado, no pudiendo imputarse a este último, por tanto, los errores cometidos por aquellos en el ejercicio de su cargo ni las responsabilidades consiguientes...

... Este régimen singular guarda, no sin peculiaridades propias, cierta afinidad con el del Notariado, también perfilado en la doctrina, y acerca de cuyos miembros algún pronunciamiento jurisdiccional, tras recordar la concurrencia simultánea en ellos de dos cualidades (por un lado, la de funcionario público y, por otro, al mismo tiempo, la de profesional del derecho) y examinando desde este planteamiento su estatuto particular, afirma incidentalmente que, entre sus características, figura que el Notario “incurre en responsabilidad civil por sus actuaciones de las que no responde el Estado”.

Partiendo de estas premisas, es decir, de que la responsabilidad de estos profesionales es una responsabilidad civil y directa, por tanto exigible ante la jurisdicción ordinaria, el Consejo de Estado comienza a examinarla en relación con la Ley 30/1992 que, en su artículo 145, superando precedentes de nuestra legislación estableció una responsabilidad directa de la Administración por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio y, en el artículo 146, sancionaba que la responsabilidad civil y penal del personal al servicio de la Administración se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente, no olvidemos que estamos hablando de la redacción originaria del precepto.

Estos preceptos, como reconocía el Alto Órgano Consultivo *“han suscitado en la doctrina inmediata posiciones distintas y todavía no decantadas, pero que, en lo que ahora importa, llevan a entender que el artículo 146 -en su confrontación o contradicción con el 145.1- permite que, con independencia de lo dicho en este último, el particular siga pudiendo hacer lo que antes le era permitido: demandar directamente a autoridades y funcionarios para exigirles, cuando proceda, responsabilidad civil (patrimonial) ante los Tribunales ordinarios (civiles)”*.

Para el Consejo de Estado *“si esto es así en general, resulta, con mayor razón, inexcusable, en especial, mantener incólume todo un sistema -como el de responsabilidad de los Registradores- tan singular y tan afirmado y consagrado por un cúmulo de preceptos legales y hasta por sus resultados prácticos eficaces.*

De un planteamiento más radical parece partir el Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, que aprueba determinadas normas procedimentales en materia de Justicia e Interior, cuando, para mantener la peculiaridad frente a la Ley 30/1992 de los procedimientos que conciernen a la legislación notarial, hipotecaria y mercantil, dice en su preámbulo expositivo que las calificaciones de los Registradores no son actos administrativos y que las decisiones del Departamento en relación con las mismas tienen el carácter de jurisdicción voluntaria, dejando a salvo a los interesados la vía del orden jurisdiccional civil”.

Sin embargo, el Consejo de Estado consciente de las vacilaciones subsiguientes a la evolución y progresivo avance de la doctrina de la responsabilidad patrimonial de la

Administración, alude como ejemplo a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1995³²².

En lo que a nosotros interesa, la Sentencia de 22 de marzo de 1995 (RJ 1995\1986), señala en su fundamento jurídico tercero que *“no parece ofrecer duda que, como se indica en la sentencia apelada, el Registro de la Propiedad tiene la naturaleza de servicio público”*, e incluso, la propia Ley Hipotecaria llega a utilizar la expresión *“servicio público”* (artículos 272 y 275) para calificar la función que el Registro cumple y que además la institución registral está incardinada *“dentro de la estructura y organización del Ministerio de Justicia”*; por otro lado añade que son ilustrativos los artículos 274 de la Ley Hipotecaria y 536 de su Reglamento al atribuir a los Registradores de la Propiedad *“la condición de funcionarios públicos, si bien no sea imprescindible para hacer surgir la responsabilidad patrimonial del Estado reunir tal condición...”*, pues *“lo racionalmente determinante es que se actúen las facultades administrativas propias del desenvolvimiento del servicio público de que se trate, con independencia de la condición o cualidad de quien ejerza tales facultades, por lo que ha de concluirse que el Registro de la Propiedad queda incluido en el concepto de servicio público a los fines previstos en la reclamación efectuada por perjuicios derivados de su funcionamiento, que el actor ejercita, y que condiciona este procedimiento”*. Sin embargo, finalmente establece en su fundamento jurídico cuarto que *“[n]o obstante esta cualidad, en el caso aquí enjuiciado, no concurre el nexo causal necesario entre el funcionamiento del servicio público y el perjuicio o daño producido en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterándolo, el nexo causal, como exige la jurisprudencia, pues ni el servicio público funcionó anormalmente... y no está acreditado que se produjese una omisión o deber de calificación que la Ley exige respecto de tales circunstancias”*, para concluir que el dato determinante del daño producido hay que situarlo en la conducta delictiva de quienes realizaron la falsedad del título. Pero debe destacarse que la sentencia deja la puerta abierta a una posible

³²²Dicha sentencia desestima la apelación y confirma la Sentencia de 22 de octubre de 1991 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso interpuesto contra la Resolución del Ministerio de Justicia denegatorio de la declaración de responsabilidad de la Administración Pública, fundando su fallo en la *“no concurrencia del nexo causal necesario entre el funcionamiento del servicio público y el perjuicio o daño producido en una relación directa e inmediata y exclusiva”*, en este supuesto se trataba de una falsificación de escritura pública declarada por Sentencia dictada por el órgano competente del orden jurisdiccional penal.

responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento de los servicios administrativos del Registro.

El Consejo de Estado prescinde de emitir cualquier valoración del contenido de la citada sentencia, considerando más prudente esperar a que, en todo caso, se consolide dicha jurisprudencia. Pero de forma implícita parecía deducirse un pronunciamiento a favor de la doctrina tradicional sobre la responsabilidad civil y directa tanto de los Notarios como de los Registradores.

Igual de ambigua se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo, en este caso de la Sala de lo civil, de 9 de enero de 2001 (RJ 2001/506)³²³. En vía civil se solicitaba la responsabilidad del Notario que otorgó las escrituras y de la Administración del Estado (Dirección General de los Registros y Notariado), como consecuencia de las sumas que los actores habían tenido que satisfacer para conservar sus propiedades además de lo pagado de más por unas fincas urbanas cuando en realidad eran rústicas. En apelación se desiste de la pretensión contra el Notario, pero se mantiene la pretensión de responsabilidad contra el Estado fundada en no haberse llevado a cabo por el titular del Registro las pesquisas necesarias para averiguar la ubicación real de las parcelas. Desestimada la demanda y recurrida en casación el Tribunal Supremo desestima el recurso argumentando en su fundamento jurídico quinto que *“de los hechos probados que resultan de la sentencia recurrida se impone como evidencia que no puede existir responsabilidad alguna de la Administración del Estado, cuando los recurrentes en la correspondiente escritura pública de compraventa de la parcela segregada mostraron su expresa conformidad con el contenido de la misma y, por lo tanto, por el principio de la doctrina de los actos propios y por el hecho, como dice la sentencia recurrida, de que no se puede imponer a los Registradores de la Propiedad unos específicos deberes de investigación, comprobación y constatación de la realidad física y material de las fincas que acceden al Registro”*³²⁴.

³²³ Comentada por PARRA LUCÁN, M^a A.: “La responsabilidad civil de Notarios y Registradores”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coord.): *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., pág. 863.

³²⁴ El tenor de la Sentencia es criticado por PARRA LUCAN, quien destaca que llama la atención el hecho de que la misma no afirme expresamente, como cree que debería hacerlo, que el Estado no debe responder por actuaciones dañosas de un Registrador de la Propiedad, lo que dice la sentencia es que esa actuación en el caso concreto no fue negligente. Piensa la autora que nada hubiera cambiado, frente a la Administración, de haber incurrido el Registrador en una culpa en el desempeño de su función, en “La responsabilidad civil de Notarios y Registradores”, MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coord.): *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., pág. 863.

Mucho más contundente se manifiesta el Alto Órgano Consultivo en el dictamen 940/1999, de 21 de octubre de 1999, al que se remiten todos los dictámenes emitidos posteriormente, sobre el hecho del ejercicio por el Registrador de funciones públicas y de la consideración del titular del Registro como titular de un organismo administrativo³²⁵, que afianzando la línea jurisprudencial iniciada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1995, le lleva a admitir ya sin vacilación la posible responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento del Registro. Aunque se trata de un dictamen extenso, estimamos vale la pena su reproducción en lo esencial:

“... este Consejo ya ha tenido previas ocasiones de recordar la existencia de esa línea jurisprudencial, tanto en relación con el funcionamiento de los Registros de la Propiedad (dictámenes de 20 de julio de 1995 y de 16 de septiembre de 1999, relativos a los expedientes números 773/95 y 2.205/99-3.619/98, respectivamente), como por lo que hace al de los Mercantiles (dictamen de 12 de septiembre de 1996, referido al expediente número 1.380/96).

Esos pronunciamientos se hicieron eco de la trascendencia que tenía la línea doctrinal abierta por nuestro Alto Tribunal y destacaron que debería ir perfilándose en numerosos extremos que están actualmente sólo apuntados.

En ese sentido, parece oportuno avanzar ahora en la elaboración de esa línea doctrinal, pudiendo abordarse al respecto cuatro principales extremos:

a) La coexistencia de la responsabilidad personal de los registradores y la de la Administración Pública.

Como ya se ha apuntado, la inclusión de los Registros en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento de los

³²⁵ En este sentido, señala HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M.: “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en DE FUENTES BARDAJÍ, J. y otros: *Manual de responsabilidad pública*, cit., págs. 297 y 298, que en los últimos tiempos se ha resaltado el carácter de funcionarios públicos de los Registradores frente al carácter de profesionales del Derecho, citando para ello la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000, en la que afirma que “lo cierto es que el Registro de la Propiedad es un organismo formalmente administrativo integrado en la organización administrativa del Estado, aun cuando el procedimiento registral presente características específicas. Del mismo modo, si bien el titular del Registro no se identifica de manera absoluta con la condición de funcionario, no puede calificarse tampoco su actividad como una actividad privada, razón por la que sus actos, como titular de un organismo administrativo, cuando sean vinculantes por establecerlo así una norma de rango de Ley, lo serán para el órgano de la Administración del que es titular, ya que los Registradores de la Propiedad desempeñan una función pública y no una función privada a título personal... pues los Registradores “no actúan a título personal en el ejercicio de una actividad privada, sino como titulares de un organismo administrativo y en el desempeño de funciones públicas”.

servicios públicos se fundamenta en una determinada caracterización institucional de esos Registros, que consiste, en concreto, en tipificarlos como servicios públicos.

Por el contrario, la citada responsabilidad personal de los registradores de la Propiedad y Mercantiles es una pieza del régimen específico a que están sujetos esos funcionarios públicos.

El principio capital al respecto es que están atribuidas a título personal a esos funcionarios las potestades de calificación registral y de consiguiente decisión acerca de los títulos que deben tener acceso a esos Registros (artículo 18 de la Ley Hipotecaria, puesto en relación con otros preceptos de ese mismo texto legal, como es el ulterior artículo 273, que les veda elevar consultas a la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre materias y cuestiones sujetas a su calificación).

Tal estricto régimen de independencia funcional conlleva lógicamente que se les imponga una expresa responsabilidad civil por las consecuencias de esas funciones registrales.

Que esa responsabilidad tiene una acusada significación dentro del régimen legal propio de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles se pone de manifiesto por venir rodeada de unas previsiones específicamente dedicadas a garantizarla, entre las que destacan las fianzas exigibles a los mencionados registradores.

Por lo demás, esa responsabilidad no es la única consecuencia de atribuir a título personal las citadas funciones registrales ya que sobre ese mismo dato se fundamentan también otras importantes singularidades del régimen profesional de los registradores de la Propiedad y Mercantiles, como es su especial sistema de retribuciones.

En todo caso, lo que interesa ahora destacar es que la responsabilidad patrimonial personal de los aludidos registradores y la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento de los Registros se fundamentan en títulos muy distintos y entre los que no se advierte incompatibilidad o exclusión alguna.

Siendo ello así, la introducción de la segunda de esas responsabilidades patrimoniales no pone en cuestión ni elimina la primera.

b) Los ámbitos de desenvolvimiento de las responsabilidades patrimoniales aplicables al funcionamiento de los Registros de la Propiedad y Mercantiles.

Sentada la coexistencia de ambas responsabilidades patrimoniales, parece oportuno avanzar alguna reflexión adicional acerca de su ámbito de desenvolvimiento.

A tales efectos, pueden diferenciarse dos tipos bien distintos de actuaciones de los citados Registros que son potencialmente generadoras de responsabilidades patrimoniales:

- De un lado, el ejercicio de las típicas funciones jurídicas que corresponden a los registradores de la Propiedad y Mercantiles, es decir, sus ya citadas potestades de calificación y decisión registral.

Dado que esas potestades les están atribuidas a título personal, parece claro que los eventuales daños antijurídicos que su ejercicio causase a los afectados están indiscutiblemente incluidos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial personal de los registradores de la Propiedad y Mercantiles.

Sin embargo, la concepción institucional de los Registros de la Propiedad y Mercantiles como servicios públicos conlleva que la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por su funcionamiento incluya también los daños antijurídicos derivados del ejercicio de esas funciones registrales, tal y como se recogió en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1995, que se extendió a analizar cómo se ejercieron las funciones calificadoras por parte del registrador en cuestión (fundamento jurídico cuarto).

- De otro, el desenvolvimiento administrativo de los Registros de la Propiedad y Mercantiles, es decir, su ajuste a los estándares organizativos y funcionales que deben observar en su funcionamiento material como oficinas públicas.

Este segundo tipo de actuaciones registrales carece del acusado carácter personalista que se detectó anteriormente en las típicas facultades de calificación y decisión registral.

De hecho, la actual organización de los Registros de la Propiedad y Mercantiles requiere de unos medios materiales crecientemente complejos y diversificados, que son utilizados por un personal igualmente diverso que concurre al buen funcionamiento de esos Registros.

En consecuencia, los eventuales daños derivados del funcionamiento de esos medios materiales y personales están estrechamente conectados con la organización administrativa de los Registros de la Propiedad y Mercantiles, lo que, a su vez, les liga con la configuración de tales Registros como un servicio público.

Se desprende de ello que los daños causados por esa segunda vertiente del funcionamiento de los aludidos Registros están claramente insertos en el ámbito de la

responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento de los servicios públicos.

Sin embargo, no cabe olvidar que nuestra legislación hipotecaria coloca la organización administrativa de los Registros de la Propiedad y Mercantiles bajo la responsabilidad de sus titulares (artículo 294 de la Ley Hipotecaria), de modo que no cabe excluir que pueda imputarse a esos registradores una responsabilidad por el mal funcionamiento de los servicios a su cargo.

El anterior análisis conduce a la conclusión de que cada uno de los dos tipos bien diferenciados de actuaciones registrales está más directamente enfocado a una de las responsabilidades patrimoniales invocables a propósito del funcionamiento de los Registros de la Propiedad y Mercantiles, pero no excluye la posible aplicación de la otra.

c) Los requisitos procedimentales para exigir las diversas responsabilidades patrimoniales aplicables a los Registros de la Propiedad y Mercantiles.

Debe traerse nuevamente a colación al respecto la distinción anteriormente apuntada entre los dos tipos de actuaciones derivadas del desenvolvimiento de los aludidos Registros:

- De un lado, está el ejercicio de las funciones de calificación y decisión registral encomendadas personalmente a los registradores.

A la hora de exigir las posibles responsabilidades patrimoniales derivadas de esas funciones registrales, ha de notarse que el objeto propio y específico de los correspondientes expedientes de índole indemnizatoria consiste en determinar si una concreta decisión registral causó unos daños antijurídicos y, en caso afirmativo, evaluar su alcance y la forma y extensión de la reparación procedente.

Por el contrario, esas actuaciones indemnizatorias no son el cauce más adecuado para decidir si se han ejercitado correctamente unas funciones jurídicas tan singulares como las registrales.

La anterior apreciación se refuerza por el hecho de que nuestra legislación hipotecaria incluye unos especiales cauces destinados específicamente a decidir si las funciones calificadoras y decisorias de los registradores se ejercitaron correctamente.

Son los casos del recurso en queja contra las negativas a practicar el asiento de presentación (artículo 416 del Reglamento Hipotecario), del recurso gubernativo contra las calificaciones registrales de los títulos (artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento) y de la reclamación gubernativa contra la

suspensión o negativa de los registradores a inscribir un documento expedido por una autoridad judicial (artículo 135 del Reglamento Hipotecario).

Por todo ello, e insistiendo en la doctrina que avanzó en su ya citado dictamen del pasado día 16 de septiembre (expediente número 2.205/99-3.619/98), este Consejo debe reiterar que el orden más lógico de proceder para deducir una reclamación indemnizatoria basada en el ejercicio de las funciones calificadoras y decisorias reservadas a los registradores de la Propiedad y Mercantiles distingue dos escalones:

- El inicial recurso a aquella vía especial procedente para dilucidar si hubo efectivamente un incorrecto ejercicio de tales potestades.

- El posterior planteamiento de la estricta reclamación indemnizatoria, que partirá de lo que haya aclarado la citada vía previa especial.

Por otra parte, no está de más reiterar también aquí la invocación que el citado previo dictamen de 16 de septiembre del año en curso efectuó del artículo 142, número 4, de la Ley 30/1992 para recordar que la simple anulación de decisiones registrales no presupone el derecho a ser indemnizado, puesto que este último dependerá de que la decisión anulada haya causado efectivos daños indemnizables.

El orden de proceder que acaba de apuntarse es especialmente aplicable en los casos en que el reclamante se haya visto directamente involucrado en la fase en que se produjo la calificación y decisión registral que eventualmente lesionó sus derechos e intereses.

Por último, ha de notarse que el postulado orden de proceder ha de satisfacer la ineludible necesidad de audiencia y participación del registrador afectado en las actuaciones en las que se suscite su eventual responsabilidad patrimonial.

Esa audiencia y participación están expresamente previstas en las comentadas vías especiales contempladas por nuestra legislación hipotecaria, de modo que lo único que ha de añadirse al respecto es que también deberá concederse esa audiencia en el estricto expediente indemnizatorio.

- De otro, aparece el desenvolvimiento administrativo de los Registros de la Propiedad y Mercantiles en cuanto organizaciones de medios personales y materiales.

A diferencia de lo que se indicó a propósito de las funciones de calificación y decisión registral, no existen unos cauces especiales específicamente destinados a apreciar cómo se desarrollaron esos medios materiales y personales en cada caso concreto.

Por el contrario, ese tipo de apreciaciones está incluido en el ámbito propio de discusión y análisis de los expedientes de índole indemnizatoria.

Por lo tanto, y a diferencia de los eventuales perjuicios derivados de las calificaciones y decisiones registrales, los daños que se invoquen respecto del funcionamiento administrativo de los Registros de la Propiedad y Mercantiles no pueden ser analizados en unas actuaciones especiales previas a los expedientes indemnizatorios, sino en el seno de estos últimos.

Valen también en este caso las apreciaciones que se avanzaron anteriormente a propósito de la necesaria audiencia que habrá de concederse a los registradores afectados en el curso de esas actuaciones administrativas.

d) Las relaciones entre las dos responsabilidades patrimoniales aplicables al desenvolvimiento de los Registros de la Propiedad y Mercantiles.

En los citados dictámenes de 20 de julio de 1995 y de 12 de septiembre de 1996, este Consejo destacó ya que una de las cuestiones que requería una atención preferente eran las exactas relaciones entre la responsabilidad personal de los aludidos registradores y la de la Administración Pública y, más en concreto, la acumulabilidad o solidaridad de ambas responsabilidades o su eventual carácter excluyente.

El criterio fundamental para avanzar en ese orden de cuestiones resulta ser la construcción ya asentada del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento de los servicios públicos, que brinda una base segura para examinar la concreta relación entre la Administración y los registradores de la Propiedad y Mercantiles.

De acuerdo con tal construcción general, ese instituto indemnizatorio es directamente accionable por los interesados, de modo que estos últimos no tienen que dirigirse previamente contra el concreto agente administrativo que hubiese protagonizado la conducta administrativa lesiva para sus derechos e intereses.

Así ha sido recordado últimamente por el legislador al reformar la redacción originaria de los artículos 145 y 146 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (apartado VI de la Exposición de Motivos y artículo 1, número 39, de la Ley 4/1999, de 13 de enero).

Siendo ello así, es claro que los perjudicados por actuaciones registrales pueden impetrar las reparaciones previstas por el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento de los servicios públicos sin

necesidad de recabar previamente la responsabilidad patrimonial personal de los registradores de la Propiedad y Mercantiles”.

Aplicando ya esta línea doctrinal e invocando expresamente el dictamen transcrito podemos citar, entre otros, los dictámenes del Consejo de Estado 768/2006 de 13 de julio de 2006; 2187/2007, de 11 de noviembre de 2007; 164/2009, de 26 de marzo de 2009; 1629/2010, de 23 de septiembre de 2010, sobre reclamaciones de responsabilidad frente a la Administración por los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento de los servicios administrativos registrales; si bien, en casi todos ellos, el Consejo de Estado dictamina desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial, por entender que no se ha seguido el cauce procedimental adecuado.

Por el contrario, estima que si procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración en el dictamen 2034/2009, de 8 de abril de 2010, en el que se plantea la posibilidad de que se trate de una responsabilidad derivada, no de las típicas funciones jurídicas que corresponden a los Registradores (en cuyo caso los eventuales daños antijurídicos que su ejercicio pudiesen causar a los afectados estarían indiscutiblemente incluidos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial personal de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles³²⁶), sino del desenvolvimiento administrativo de los Registros de la Propiedad y Mercantiles, señalando al respecto que *“los eventuales daños derivados del funcionamiento de esos medios materiales y personales están estrechamente conectados con la organización administrativa de los Registros de la Propiedad y Mercantiles, lo que, a su vez, les liga con la configuración de tales Registros como un servicio público. Se desprende de ello que los daños causados por esa segunda vertiente del funcionamiento de los aludidos Registros están claramente insertos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública por el funcionamiento de los servicios públicos. Sin embargo, no cabe olvidar que nuestra legislación hipotecaria coloca la organización administrativa de los Registros de la Propiedad y Mercantiles bajo la responsabilidad de sus titulares (artículo 294 de la Ley Hipotecaria), de modo que no cabe excluir que pueda imputarse a esos*

³²⁶ Reconoce, sin embargo que *“la concepción institucional de los Registros de la Propiedad y Mercantiles como servicios públicos conlleva que la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración pública por su funcionamiento incluya también los daños antijurídicos derivados del ejercicio de esas funciones registrales, tal y como se recogió en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1995, que se extendió a analizar cómo se ejercieron las funciones calificadoras por parte del registrador en cuestión”.*

registradores una responsabilidad por el mal funcionamiento de los servicios a su cargo”.

En el caso en que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración y la del Registrador, el Consejo de Estado establece en el citado dictamen 940/1999, de 21 de octubre de 1999 que, *“adicionalmente al ya recordado carácter directo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento de los servicios públicos, han de primar el principio general de eficacia administrativa y el principio específico de indemnidad que preside el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento de los servicios públicos. Fruto de todos ellos es que la Administración Pública deberá satisfacer directamente la reparación procedente, sin que pueda alegar la necesidad de hacer previa excusión en los bienes del registrador y en los medios específicamente dedicados a garantizar su responsabilidad personal”.*

Ahora bien, el Consejo de Estado no olvida las posibilidades de actuación respecto del Registrador responsable, acudiendo nuevamente a *“aplicar las normas generales del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento de los servicios públicos, que incluyen la oportuna acción de regreso contra el concreto agente responsable de los daños reparados en primera instancia por la Administración Pública (artículo 145 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).*

Añadiendo que la *“actual redacción de ese precepto legal se dirige a reforzar la efectividad de esa acción de regreso, incluyendo una mención al ejercicio de oficio de la citada acción (tercer párrafo del apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999).*

Ese régimen general será el aplicable a los casos en que se haya constatado una responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento de un Registro de la Propiedad o Mercantil, teniendo bien presente la muy distinta situación que concurrirá en cada uno de los dos tipos genéricos de actuaciones registrales a considerar. Así:

- En el caso de una errónea calificación o decisión registral con efectos lesivos, la ya postulada necesidad general de utilizar los cauces especiales que existen para constatar ese tipo de errores conllevará que se habrá analizado en detalle la actuación

del registrador en cuestión, lo que brindará a la Administración Pública unos datos muy precisos para constatar si se dan los requisitos previstos en el artículo 145 de la Ley 30/1992 para ejercer la acción de regreso.

Por lo tanto, en ese primer grupo de casos, existe simultáneamente un deber especial y reforzado de analizar si procede ejercer esa acción de regreso y una mayor concreción de los elementos necesarios para tomar esa decisión.

- Por el contrario, en los supuestos de desarrollo anómalo de los servicios administrativos de los Registros de la Propiedad y Mercantiles, la situación será similar a la que concurre con carácter general para decidir si procede ejercer la acción de regreso.

Una importante precisión común a todos los casos de ejercicio de la acción de regreso concierne al cauce a seguir al respecto.

Ha de recordarse al respecto que nuestra legislación hipotecaria conduce a la vía judicial las demandas dirigidas a exigir las responsabilidades personales propias de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles (artículo 303 de la Ley Hipotecaria), régimen que es aplicable a los casos en que los afectados optan por exigir directamente esas responsabilidades a los registradores en cuestión.

Por el contrario, en los casos en que se haya conseguido una declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en relación con las actuaciones o el funcionamiento de un determinado Registro de la Propiedad o Mercantil, el cauce para ejercer la eventual acción de regreso contra su titular no será la judicial sino la derivada del régimen general de ese instituto indemnizatorio.

Tratándose de unos funcionarios públicos sujetos a unas específicas competencias del Ministerio de Justicia y, más en concreto, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la vía de actuación será el correspondiente expediente administrativo.

Y, por lo que hace finalmente a las posibles medidas a adoptar, esas actuaciones administrativas podrán dirigirse contra las fianzas previstas para hacer frente a las responsabilidades personales de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles”.

Con independencia de compartir o no esta interpretación del funcionamiento de los servicios públicos, si, como parece, esta doctrina se consolida definitivamente, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, entrarían dentro del concepto de funcionario público que estamos analizando, cuando los daños y perjuicios por ellos ocasionados sean imputables al funcionamiento de los servicios administrativos de los

Registros de la Propiedad y Mercantiles, por lo que si finalmente prospera la acción frente a la Administración del Estado, ésta puede ejercer posteriormente la acción de regreso prevista en el art. 145.2 de la Ley 30/1992.

3.5. Personal al servicio de la Administración de Justicia.

A simple vista, la inclusión del personal al servicio de la Administración de Justicia, en el concepto de “personal al servicio de las Administraciones públicas” parece fuera de lugar, pues ambas instituciones tienen su propio régimen jurídico, sin embargo, un análisis más profundo del tema revela que existen discrepancias en la doctrina que al respecto se encuentra dividida. No cabe duda de que el enunciado, así formulado, es tan sumamente amplio que se hace imprescindible desgranar su contenido³²⁷.

El punto de partida lo debemos situar, sin duda, en la regulación positiva que se ocupa del tema, sin embargo, estimamos necesario para su comprensión realizar una breve reseña histórica de la evolución de su régimen jurídico.

Pues bien, recordamos que hasta la Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931 los jueces eran personalmente responsables de los daños que causaren por infracción de la ley, así el artículo 254 de la Constitución de Cádiz de 1812 establecía que “toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal, hace responsables personalmente a los jueces que la cometieran”; de la misma manera pero refiriéndose a toda clase de leyes, no solamente a las procesales, aparece redactado el artículo 67 de la Constitución de la Monarquía de 18 de junio de 1837:

³²⁷ Sobre la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia, puede consultarse, entre otros, MARTÍN REBOLLO, L.: *Jueces y responsabilidad del Estado. El artículo 121 de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983; GODED MIRANDA, M.: “La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia”, en *El Poder Judicial*. Instituto de Estudios Fiscales, Vol. I, Madrid, 1983; ALMAGRO NOSETE, J.: “El sistema español de responsabilidad judicial”, en *El Poder Judicial*, Instituto de Estudios Fiscales, Vol. I, Madrid, 1983; DÍAZ DELGADO, J.: *La responsabilidad patrimonial del Estado por dilaciones indebidas en el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Ed. Siete, 1987; MONTERO AROCA, J.: *La responsabilidad civil del juez y del Estado por actuaciones del Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1988; GARCÍA MANZANO, P.: “Responsabilidad civil de Jueces y Magistrados”, en *Revista de Administración Pública*, nº 117, 1988; COBREROS MENDAZONA, E.: *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la administración de Justicia*, Ed. IVAP-Civitas, Madrid, 1998; GONZÁLEZ ALONSO, A.: *Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; TOLIVAR ALAS, L.: “Responsabilidad patrimonial del Estado-Juez”, en QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

“Los Jueces son personalmente responsables de toda infracción de ley que cometan”. El mismo contenido lucía en el artículo 70 de la Constitución de 23 de mayo de 1845, en el artículo 98 de la Constitución de 6 de junio de 1869 y en el artículo 81 de la Constitución de 29 de junio de 1876³²⁸.

Ahora bien, la Constitución de 1931 da un paso más y declara en su artículo 106 la responsabilidad subsidiaria del Estado, sin perjuicio de repetir, en su caso, contra el funcionario judicial culpable del daño: *“Todo español tiene derecho a ser indemnizado de los perjuicios que se irroguen por error judicial o delito de los funcionarios judiciales en el ejercicio de sus cargos, conforme determinen las leyes. El Estado será subsidiariamente responsable de estas indemnizaciones”*.

Como señala GODEZ MIRANDA, estos principios constitucionales tuvieron adecuado desarrollo en las leyes procesales, así la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870, que establecía el principio de responsabilidad civil y criminal de los Jueces y Magistrados, regulando en los artículos 262 y siguientes la exigencia de la responsabilidad civil. Por su parte la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 3 de febrero de 1881 reiteraba esa normativa al ocuparse del recurso de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados (en los artículos 903 y siguientes). Sería, sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882, en su artículo 960, cuyo párrafo segundo adicionado por la Ley de 24 de junio de 1933, la que da un giro, cuando al regular el recurso de revisión prescribió la responsabilidad del Estado por las indemnizaciones civiles a que hubiere lugar según el Derecho común, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el responsable³²⁹.

La Constitución española de 1978, como sabemos, dedica el art. 121 a la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, señalando que “[l]os daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”³³⁰. Y lo que es más

³²⁸ GODEZ MIRANDA, M.: “La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia”, cit., págs. 316 y ss.

³²⁹ GODEZ MIRANDA, M.: “La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia”, cit. págs. 317 y 318.

³³⁰ Sobre la elaboración parlamentaria de este precepto, que en su anteproyecto se refería únicamente a los daños causados exclusivamente por los errores judiciales, se puede consultar MARTÍN REBOLLO, L.: *Jueces y responsabilidad del Estado*, cit., págs. 113 a 118.

importante, el art. 117.1 del Texto constitucional declara la responsabilidad de Jueces y Magistrados, al prescribir que “la justicia emana del Pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrados en el poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

La Ley a la que se refiere el art. 121 de la Constitución es la actual Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyos artículos 292 a 297 regulan la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, y a la cual se remite expresamente el artículo 139.4 de la Ley 30/1992³³¹.

Los problemas que se nos plantean, se circunscriben fundamentalmente, a determinar tanto el ámbito subjetivo del artículo 121 Constitución y su desarrollo legal, como el ámbito funcional del mismo. Es decir, en primer lugar determinar, si esta regulación especial viene referida exclusivamente a los Jueces y Magistrados, que son los que, como señala el artículo 117 del Texto Constitucional, integran el Poder Judicial o, si por el contrario, se incluirían en la misma todo el personal colaborador y auxiliar de la Administración de Justicia³³². En segundo lugar, se trata de dilucidar si la responsabilidad regulada en el artículo 121 Constitución, queda constreñida únicamente a los daños producidos por la actividad jurisdiccional de los órganos incluidos en el Poder Judicial, o si incluye, además, los daños producidos por los órganos de la Administración de Justicia en sus aspectos no jurisdiccionales. Las consecuencias de optar por una solución u otra son realmente importantes, pues conllevaría la aplicación de un régimen sustancial y procesalmente distinto y, en lo que a nosotros atañe, a incluir o excluir este personal en la fórmula que analizamos (autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas).

Ciertamente, en este campo, al igual que vimos respecto de los daños causados por autoridades y demás personal al servicio de la Administración, se ha pasado de una responsabilidad estrictamente personal, que acarreaba, como mucho, la responsabilidad

³³¹ Artículo 139.4 de la Ley 30/1992: “La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

³³² Al respecto podemos distinguir dos líneas doctrinales, la primera línea pretende reducir el ámbito subjetivo de aplicación de la cláusula a los daños producidos por la actividad jurisdiccional en sentido estricto, es decir, la ejercida por los Jueces y Magistrados en virtud de lo dispuesto en el art. 117.3 CE; y otra postura, que extiende subjetivamente el ámbito del art. 121 de la CE en lo que concierne al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, entendiendo que dicha expresión es más amplia que la de Poder Judicial y abarcando, en consecuencia al Ministerio Fiscal, a la Policía Judicial, al personal al servicio de la Administración de Justicia, con directa dependencia de Jueces y magistrados, etc.

subsidiaria del Estado, a una responsabilidad directa del Estado por los daños causados por el funcionamiento de la Administración de Justicia, sin perjuicio igualmente de la acción de repetición que asiste al Estado frente a los responsables. Sin embargo, entre un régimen y otro existen notables diferencias que es necesario precisar.

El artículo 121 de la Constitución señala, por de pronto dos títulos de imputación: en primer lugar, los daños causados por error judicial, y en segundo término los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Veamos pues, quienes responden en cada supuesto en virtud de este precepto.

En el primer caso, el error judicial, sólo puede ser achacable a los Jueces y Magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional³³³, y no al resto del personal al servicio de la Administración de Justicia³³⁴. Ello implica la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo tanto responderá el Estado (la petición de indemnización deberá dirigirse al Ministerio de Justicia, tramitándose con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado, es decir, art. 142 de la Ley 30/1992 y Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial), sin perjuicio del derecho que le asiste a repetir contra los mismos, cuando los daños se hubieran producido por dolo o culpa grave de los Jueces y Magistrados, en cuyo caso se seguirá el proceso declarativo que corresponda ante el Tribunal competente, siendo parte necesaria el Ministerio Fiscal (art. 296 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Ello no es obstáculo para que los particulares puedan exigir la responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados, de conformidad con los arts. 411 a

³³³ Igualmente, afirma GONZÁLEZ ALONSO, y puesto que son llamados para el ejercicio de la función jurisdiccional para realizar una sustitución por vacante, licencia, servicios especiales u otra causa que lo justifique, o como medida de refuerzo o apoyo de los órganos jurisdiccionales, cabe decir respecto de los jueces sustitutos o magistrados suplentes, quienes aunque no forman parte de la carrera judicial, constituyen lo que comúnmente se denomina “Justicia interina”. También podría dar lugar a un supuesto de error judicial las resoluciones dictadas por los jueces de paz o por sus sustitutos, en *Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*, cit., pág. 167.

³³⁴ Según GONZÁLEZ ALONSO, A.: *Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*, cit. págs. 167 y 168, las dudas se pueden plantear respecto de los secretarios judiciales, en el sentido de si pueden dar lugar o cometer un error judicial, ya que es personal colaborador de los jueces y magistrados (con funciones como titulares de la fe pública judicial, como responsables de la actividad de documentación, como impulsores y ordenadores del proceso, como directores técnico-procesales de la oficina judicial...), aunque la mayor parte de la doctrina entiende que no pueden originar un error judicial, también lo ha entendido así el Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de julio de 1990.

413 de la misma Ley (art. 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Las peculiaridades de este especial régimen de responsabilidad patrimonial hay que buscarlas en la independencia judicial y en la consideración de cada órgano judicial como poder independiente del Estado³³⁵.

Sin embargo, los Jueces y Magistrados pueden realizar otras funciones no estrictamente jurisdiccionales, sino materialmente administrativas, como la función disciplinaria o funciones gubernativas, derivadas de su trabajo, en este caso, parece que no sería de aplicación el régimen de responsabilidad patrimonial regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino el régimen establecido en los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992³³⁶. Por lo tanto, para muchos autores, lo esencial es determinar qué tipo de función realizan los Jueces y Magistrados para encuadrar la posible responsabilidad derivada de sus acciones en uno u otro régimen³³⁷.

El segundo título de imputación que estamos analizando, el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, plantea mayores dificultades, pues no sólo puede dar lugar a responsabilidad patrimonial por dicho funcionamiento anormal la actuación de los Jueces y Magistrados, sino que dentro de la Administración de Justicia

³³⁵ HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M.: “La responsabilidad Patrimonial de las Autoridades y Personal al servicio de las Administraciones Públicas”, cit., pág. 289, por ello considera que no está demás que, en esas condiciones el legislador le exija un nivel de responsabilidad adecuado a esa propia consideración y, en consecuencia, mayor que el del sencillo servidor público.

³³⁶ Igualmente cuando los Jueces y Magistrados realizan sus funciones como encargados del Registro Civil o cuando ejercen en las Juntas electorales previstas en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, en GONZÁLEZ ALONSO, A.: *Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*, cit., pág. 21; en contra se manifiesta GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, cit., pág. 584. Lo mismo cabe decir de los jueces sustitutos y magistrados suplentes, cuando no realizan funciones estrictamente jurisdiccionales, sino de actividades de carácter administrativo; y también, cuando quién reclama es el propio juez sustituto o magistrado suplente insatisfecho, por su no llamamiento, su no renovación o por la no percepción de los emolumentos que le pudieran corresponder por su ejercicio profesional, dichos actos son reconducidos por la jurisprudencia (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de julio de 2004) para su análisis en un supuesto de responsabilidad patrimonial general, aplicando la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, GONZÁLEZ ALONSO, A.: *Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*, cit., págs. 63 a 67.

³³⁷ Para TOLIVAR ALAS, L.: “Responsabilidad patrimonial del Estado-Juez”, cit., págs. 513 y 514, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en correcta exégesis del art. 121 de la Constitución, está refiriéndose a actuaciones de miembros del Poder Judicial en el ejercicio de su función jurisdiccional, lo que excluye los daños ocasionados por la Administración al servicio de la Justicia. La eventual responsabilidad dimanante de esta administración de la Administración de Justicia, así como la que se origine por el Ministerio Fiscal, se exigirá, para el autor, de forma idéntica a la surgida del funcionamiento de cualquier otro servicio administrativo.

se encuadran los Secretarios Judiciales³³⁸, médicos forenses, facultativos, técnicos y auxiliares de laboratorio del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, gestores procesales y administrativos, tramitadores procesales y administrativos y, finalmente, los auxiliares judiciales. Pues bien, consideramos que en este caso se aplicaría la misma regla que en el supuesto anterior, es decir, encajarían dentro de la fórmula “*funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*” las actuaciones llevadas a cabo por el personal al servicio de la Administración de Justicia siempre que realicen actos directamente relacionados con el ejercicio de la potestad jurisdiccional, como las diligencias de constancia, actos de comunicación, de impulso y documentación, etc.³³⁹ Por ello, los actos no relacionados directamente con la función

³³⁸ Por ejemplo, la pérdida, extravío, robo de efectos, joyas u otras pruebas de convicción, intervenidos como consecuencia de un proceso judicial y cuyo depósito y custodia corresponde a los secretarios judiciales, implica la responsabilidad de los mismos por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, que asumiría el Estado, sin perjuicio de la posible acción de regreso frente al responsable directo de la custodia, vid. GONZÁLEZ ALONSO, A.: *Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*, cit., págs. 92 a 98. Parece también entenderlo así GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, cit., pág. 149, cuando señala que “a tenor del artículo 292, LOPJ, está sujeta al régimen de la responsabilidad “por el funcionamiento de la Administración de Justicia”, regulada en el Título V de la LOPJ, la derivada de los daños imputables no sólo a los Jueces y Magistrados, sino a los funcionarios a que se refiere el artículo 454, LOPJ, siempre que se deriven de actuaciones propias de sus funciones”.

³³⁹ En el mismo sentido se pronuncia, respecto de la actuación de la Policía Judicial, BARCELONA LLOP, J.: “Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales”, en *Documentación Administrativa*, nº 237-238, enero-junio, 1994, págs. 343 y 344, para quien la clave no se encuentra en el tipo de órgano que actúa, sino en la función que desempeña, de modo que “una actividad jurisdiccional no constitutiva de error judicial puede generar la responsabilidad patrimonial de la Administración por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, pero también es admisible que dicha responsabilidad pueda surgir en caso de actuaciones no desempeñadas por los órganos titulares de la función jurisdiccional, pero íntimamente ligadas a ésta. En otras palabras, si el daño es reconducible al ejercicio de la función jurisdiccional, habrá responsabilidad del Estado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, con independencia de que el autor material de aquél sea el titular de la potestad jurisdiccional o cualesquiera otras de las personas, órganos o instituciones que colaboran con la Administración de Justicia, cooperan con ella o la auxilian”. Igualmente, del mismo autor, en “Policía de seguridad y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, *Revista Aragonesa de Administración pública*, nº 2, 1993, págs. 62 a 78. Sobre los problemas que plantea la actuación de los funcionarios policiales cuando actúan como policía judicial para la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente, puede verse COBREROS MENDAZONA, E.: *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la administración de Justicia*, cit., págs. 63 a 93. El ejercicio de funciones jurisdiccionales o no, es determinante también, para CUETO PÉREZ, M.: *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, cit., págs. 407 a 408, respecto de la actuación de los médicos forenses, de tal forma que cuando su actuación se considere parte de la función jurisdiccional se aplicará el art. 121 de la Constitución, pero si se trate de actos externos a la función jurisdiccional (por ejemplo, la asistencia del médico forense a los detenidos o a las víctimas de los delitos), la responsabilidad será la establecida en el art. 106.2 de la Constitución, por lo que en el anterior ejemplo, los daños que deriven de dichas actuaciones “sólo pueden ser contemplados al amparo del régimen de responsabilidad de la Administración general, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 30/92, ya que aquí estaríamos claramente ante una actuación ajena a la actividad jurisdiccional, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que no presentaría ninguna diferencia con los supuestos derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios”. En contra de la inclusión del personal al servicio de la Administración de Justicia en la fórmula del art. 121 de la Constitución se manifiesta GONZÁLEZ

jurisdiccional, no serían indemnizables por la vía del art. 121, sino por la del art.106.2 de la Constitución³⁴⁰.

Respecto de la actuación del Ministerio Fiscal, no hay una postura unánime, aunque mayoritariamente se considera no incluido dentro del ámbito subjetivo de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Administración de Justicia, en el sentido de que no forma parte del Poder Judicial, sino que está integrado con autonomía funcional en el mismo, como señala GONZÁLEZ ALONSO el Consejo de Estado, en alguna ocasión, sí ha considerado conveniente incluir dentro del ámbito subjetivo de aplicación del art. 121 de la Constitución al Ministerio Fiscal precisamente porque el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal lo integra en el Poder Judicial³⁴¹, pero ni la doctrina, ni la jurisprudencia es unánime.

De acuerdo, pues, con la doctrina mayoritaria, entrarían dentro del concepto de “autoridades y personal al servicio de la Administración” (en el bien entendido de que no nos referimos a la Administración en sentido estricto), a los efectos aquí estudiados, esto es, la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial regulado en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollado por los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, tanto los Jueces y Magistrados como demás personal al servicio de la Administración de Justicia, cuando su actividad no se reconduzca al ejercicio de la función jurisdiccional.

PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, cit., págs. 148 y 149, para el que la responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia únicamente es imputable al Estado por la actividad judicial de los Jueces y Magistrados, quedando excluidos de este régimen, la actividad del personal al servicio de la Justicia, y siendo discutible, para el autor, la actividad de los miembros del Ministerio Fiscal.

³⁴⁰ GONZÁLEZ ALONSO, A.: *Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*, cit., pág. 20, y ello porque, como señala el autor, para la doctrina mayoritaria el concepto de “Administración de Justicia” consiste en resolver un conflicto jurídico empleando las normas procesales establecidas para ello, por lo que se deja fuera del concepto la “administración de la Administración de Justicia”, que se refiera a la actividad que tiene por objeto satisfacer las necesidades materiales, personales e instrumentales de la función jurisdiccional y que realizan mayoritariamente los secretarios judiciales y el resto del personal, con los medios que ponen a su disposición las Administraciones públicas competentes, y especialmente el Ministerio de Justicia.

³⁴¹ Cita para ello el Dictamen del Consejo de Estado de 12 de abril de 1984, en GONZÁLEZ ALONSO, A.: *Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*, cit., págs. 22 y 23; aunque es consciente de que no existe una jurisprudencia clara al respecto, el autor parece inclinarse por la opción de no considerar el funcionamiento del Ministerio público dentro del ámbito de aplicación del artículo 121 de la Constitución, y la razón estriba en que el Ministerio Fiscal no administra Justicia, es parte de un proceso judicial pero no dicta una resolución por la que se aplica justicia al caso concreto que se enjuicia. En cualquier caso, al margen de la responsabilidad del Estado, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal prevé también la responsabilidad disciplinaria, la responsabilidad civil y la responsabilidad penal de los Fiscales por el ejercicio de sus acciones (arts. 60 a 70 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal)

Como hemos señalado anteriormente las consecuencias de la aplicación de un régimen u otro son importantes, pues si el particular se dirige a la Administración *ex art.* 106.2 de la Constitución, no puede exigir la responsabilidad patrimonial del Juez, Magistrado, o demás personal al servicio de la Administración de Justicia, sino que tiene que dirigir su reclamación necesariamente a la Administración competente, y posteriormente ésta podría ejercer la acción de regreso de conformidad con el art. 145 de la Ley 30/1992.

Sin embargo, si la responsabilidad patrimonial se exige por la vía del art. 121 de la Constitución, una vez que el Estado ha indemnizado a los perjudicados por el error judicial o el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, podrá repetir contra los Jueces y Magistrados cuando los daños se hayan producido por dolo o culpa grave, por los cauces del proceso declarativo, en el que necesariamente será parte el Ministerio Fiscal (art. 296 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Pero, a diferencia de la regulación contenida en la Ley 30/1992, el art. 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que, “lo dispuesto en los artículos anteriores no obstará a la exigencia de responsabilidad civil a los Jueces y Magistrados, por los particulares, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley”, que se refiere a los arts. 411 a 413 donde se establece la responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados frente a los particulares perjudicados o sus causahabientes, por los daños y perjuicios “que causaren cuando, en el desempeño de sus funciones, incurrieren, en dolo o culpa”.

Como puede observarse la regulación descrita merece dos precisiones. En primer lugar, y aunque el Título V de la Ley Orgánica del Poder Judicial se refiera a la regulación “de la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia”, en la acción de repetición que se prevé, únicamente menciona como sujeto pasivo a los Jueces y Magistrados (art. 296 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), por lo que parece no se puede aplicar al resto del personal al servicio de la Administración de Justicia. Esto significa que la acción de repetición debe dirigirse frente al propio Juez, o frente al conjunto de Magistrados que componen una sala de un órgano colegiado, cuya decisión ha dado lugar al resarcimiento, y siempre que no hayan presentado un voto particular discrepante³⁴². El plazo para el ejercicio de

³⁴² GONZÁLEZ ALONSO, A.: *Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*, cit., págs. 282 y 283.

la acción judicial es el que, con carácter general, prevé el Código Civil, es decir, el plazo de prescripción de un año.

Respecto de la regulación del art. 296 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, existe algún pronunciamiento jurisdiccional de gran interés, destacado por GONZÁLEZ ALONSO, en el sentido de reconducirse la acción de exigencia de responsabilidad ante el Estado que prevé dicho precepto al juicio declarativo correspondiente³⁴³. Por otro lado, el autor ha puesto de manifiesto que, hasta la fecha de su estudio (septiembre de 2008), el Ministerio de Justicia no había ejercitado en ningún supuesto la acción de regreso ni frente a Jueces o Magistrados, ni frente al resto del personal, salvo un caso frente a un Magistrado, en cuya actuación se apreció por el propio Consejo General del Poder Judicial dolo o culpa grave (se trataba de un supuesto de retraso indebido por parte de un órgano jurisdiccional), por lo que dándose todos los requisitos del art. 296 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Abogacía del Estado interpuso ante el juzgado de correspondiente de Barcelona una demanda de juicio de menor cuantía frente al magistrado presuntamente responsable. El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Barcelona dictó sentencia el 10 de abril de 1996, estimando plenamente la demanda y condenando al demandado al pago de la cuantía satisfecha previamente por el Estado

³⁴³ Vid. GONZÁLEZ ALONSO, A.: *Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*, cit., págs. 283 y 284, que cita la sentencia de 26 de noviembre de 2007, de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, y que por su interés nos parece oportuno reproducir: “*se recoge en este precepto un motivo especial de responsabilidad diferente de los generales de error judicial y de funcionamiento de la Administración de Justicia, fundado en la conducta ilícita de Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus cargos y de los que se diferencia, precisamente en la irrelevancia que en aquellos tiene esa culpa, lo que impide que esta forma de responsabilidad se pueda calificar como “objetiva”. Su fundamento es, en cierta manera, semejante al que se establece en la teoría general con respecto a los daños causados por acciones u omisiones de aquellas personas de quienes se debe responder (artículo 1903 del Código Civil). Sólo que, de no existir este precepto, la responsabilidad del Estado que en el ámbito penal sería subsidiaria (artículos 121 del Código Penal y 1062 del Código de Justicia Militar), es ahora, y en su virtud, calificable como “directa”. Ahora bien, su exigencia requiere con carácter previo la constatación del dolo o la culpa grave, lo que debe realizarse en el proceso correspondiente, bien penal, bien civil, según la responsabilidad del Juez o Magistrado que se exija. Esto es, la existencia de responsabilidad del Estado por la vía prevista en el artículo 296 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, no puede pretenderse por los procedimientos establecidos con relación al error judicial o al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia ya que de ser así, y entre otras cosas se permitiría que la Administración enjuiciara la conducta de un Juez o Magistrado para calificarla de dolosa o culposa, quebrantando con ellos los principios que inspiran la regulación constitucional del poder Judicial (artículo 117 de la Constitución). Por tanto, la responsabilidad del Estado pretendida con base al artículo 296 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, no puede desconectarse de la responsabilidad civil del Juez o Magistrado que, en su caso, deba declararse en el proceso correspondiente. Una vez realizada esta declaración mediante la sentencia firme con respecto a los integrantes del Poder Judicial es cuando, como corolario de la misma, se establece la responsabilidad directa del Estado, que expresamente puede declararse en aquella”.*

más las costas del juicio³⁴⁴. Además, hay que destacar también que la acción de repetición que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial no se configura con carácter obligatorio, sino absolutamente discrecional, lo que podría vulnerar el principio de igualdad.

La segunda precisión se refiere la posibilidad de que los particulares perjudicados puedan exigir directamente ante los Juzgados y Tribunales del orden civil la responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados por los daños que les hayan podido ocasionar en el ejercicio de sus funciones (posibilidad que anteriormente también se contemplaba en el art. 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado para exigir la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas, y que hoy ya no es posible), tal y como establecen los arts. 16 y 411 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, siempre que en su actuación hayan incurrido en dolo o culpa. Fácilmente puede apreciarse que existe un tratamiento diferenciado del grado de culpabilidad que la Ley establece, en función del sujeto que exija la responsabilidad civil del Juez o Magistrado, de forma que si la responsabilidad se exige en vía de regreso por el Estado, se precisa una conducta dolosa o culposa grave (al igual, por cierto, que el 145.2 de la Ley 30/1992) del autor del daño, pero si es el perjudicado el que exige la responsabilidad civil no tendrá que demostrar la gravedad de la culpa, pues el art. 411 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no la requiere³⁴⁵. No obstante, el Tribunal Supremo, exige en este tipo de recursos, que el dolo o la culpa que acarrea la responsabilidad del Juez o Magistrado, se haya producido

³⁴⁴ GONZÁLEZ ALONSO, A.: *Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*, cit., págs. 286 a 289, es interesante, como destaca el propio autor, que en la propia sentencia citada se reconoce que este derecho de repetición regulado en el art. 296 de la Ley Orgánica del Poder Judicial carece de una regulación completa que dé garantías no sólo a los ciudadanos, sino al propio Juez o Magistrado, de forma que “no se han establecido cuáles son los criterios en virtud de los cuales la Administración puede repetir, ni si cabe estimar la existencia de una posible concurrencia de culpas, o la posibilidad incluso de repetir en una cuantía reducida al haber podido influir en el retardo la falta de medios materiales o personales. En el ejercicio de tal derecho de repetición por parte del Ministerio de Justicia, las facultades de que goza aparecen como absolutamente discrecionales, pudiendo decidir libremente en qué casos decide repetir contra un juez y no contra otro y la cuantía en que lo hace, lo cual no deja de generar una cierta indefensión en el demandado, que será preciso tener en cuenta a la hora de determinar su posible actuar culposo”.

³⁴⁵ Sin embargo, como señala GONZÁLEZ ALONSO, A.: *Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*, cit., págs. 294 y ss., en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, se ha interpretado el alcance de las palabras “dolo y culpa” del art. 411 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en consonancia con los requisitos exigidos en el art. 903 de la Ley Procesal Civil, pues como ha manifestado el Tribunal en el espíritu del legislador estaba realizar una “corrección técnica” al proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando se refería a “dolo, culpa grave o ignorancia inexcusable”, y en ese sentido fue aceptada por la ponencia legislativa alegando que se trataba de una “simplificación en la redacción” (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 23 de septiembre de 1994 [RJ 1994\6986] y de 10 de junio de 1995 [RJ 1995\4916]).

con infracción manifiesta de la Ley, o faltando algún trámite o solemnidad mandado observar bajo pena de nulidad, además dicha infracción ha de ser “*manifiesta*”, para que sea cohonestable con la “*ignorancia inexcusable*” a que alude el art. 266 de la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁴⁶, de lo contrario sólo podría calificarse como simple “*error judicial*” o “*deficiente funcionamiento de la Administración de Justicia*”, como establecen los arts. 121 de la Constitución y 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuyo caso, respondería el Estado y no el Juez o Magistrado³⁴⁷.

Cabría preguntarse, si esta responsabilidad de los Jueces y Magistrados exigida por los perjudicados únicamente alcanza a las actuaciones estrictamente jurisdiccionales, o si por el contrario, se incluirían en la expresión “*en el desempeño de sus funciones*” del art. 411, las demás funciones inherentes al cargo, como las relativas al Registro civil, a vigilancia penitenciaria o a procedimientos disciplinarios³⁴⁸. En este sentido, ya nos hemos pronunciado, al considerar que la actividad no estrictamente jurisdiccional de los Jueces y Magistrados, susceptible de producir perjuicios indemnizables, sigue la vía del art. 106.2 de la Constitución y que por lo tanto el régimen jurídico aplicable a estos efectos es el régimen de los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, lo que permite entender que los particulares únicamente pueden dirigirse a la Administración correspondiente, sin perjuicio de la acción de regreso que será la contemplada en el art. 145.2 de la Ley 30/1992, cuando en su actuación haya concurrido, dolo, culpa o negligencia graves.

Respecto de la exigencia de responsabilidad patrimonial de los Secretarios Judiciales y del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, la acción de repetición no puede seguir la vía del art. 296 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que está prevista únicamente para Jueces y Magistrados, y puesto que las normas que

³⁴⁶ El apartado primero de dicho precepto, establece que sólo se admite la demanda de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados cuando en el ejercicio de sus funciones hayan actuado con “dolo, culpa o ignorancia inexcusable”, Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 26 de diciembre de 2006, citada por GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, cit., pág. 584.

³⁴⁷ Vid. GONZÁLEZ ALONSO, A.: *Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*, cit., pág. 295, que cita, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 5 de octubre de 1990, 22 de enero y 1 de marzo de 1996, 6 de febrero de 1998, 10 de mayo de 2000, 23 de febrero de 2002, 24 de julio de 2003 y 23 de noviembre de 2005.

³⁴⁸ Interpretación en sentido amplio defendida por GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, cit., pág. 584, para quien únicamente habría que excluir la intervención de los Jueces y Magistrados en las Juntas electorales, integradas en la Administración electoral.

resultan de aplicación no la contemplan³⁴⁹, se aplicarían las prescripciones de los arts. 145 y siguientes de la Ley 30/1992. Así lo entiende GONZÁLEZ ALONSO, en virtud de los distintos pronunciamientos del Ministerio de Justicia, cuya Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, ha establecido que frente a un Secretario Judicial no procede el inicio de acciones civiles, sino que debe incoarse un procedimiento en vía administrativa³⁵⁰, ya que además su Reglamento orgánico los configura como funcionarios públicos con dependencia jerárquica del Ministerio de Justicia (art. 1 del Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre)³⁵¹. Por lo tanto, para que pueda ejercitarse la acción de repetición es necesario que la Administración Pública haya indemnizado directamente a los lesionados, convirtiendo la indemnización en presupuesto previo imprescindible para el ejercicio de la misma.

Si tenemos en cuenta que, respecto de los Secretarios judiciales y del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia³⁵², se aplica en vía de regreso el art. 145 de la Ley 30/1992, tanto por la responsabilidad que les atañe respecto de las reclamaciones satisfechas por el Estado como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (ex art. 121 de la Constitución), como por la

³⁴⁹ Así el art. 4.1 del Real Decreto 796/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Régimen disciplinario del personal al servicio de la Administración de Justicia señala que “el régimen disciplinario establecido en este reglamento se entiende sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal en que puedan incurrir los funcionarios, que se hará efectiva en la forma que determine la ley”; y en el mismo sentido, el art. 151.1 del Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales.

³⁵⁰ Así, en el único expediente, encontrado por el autor, en que se solicita el ejercicio de la acción de regreso, el Ministro de Justicia tomó la decisión de indemnizar al reclamante por motivo de la pérdida de unas joyas y otros bienes litigiosos, como consecuencia de la vulneración de la obligación legal de custodia que corresponde a los Secretarios Judiciales, en dicha resolución (de finales del año 2006) el Ministro de Justicia dispuso que una vez que el acto ganara firmeza, se remitiría a la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado para que formulase la correspondiente demanda contra el secretario judicial, para que el Estado se resarciese de la indemnización abonada. Dicho expediente se elevó a la Abogacía del Estado que estimó que el procedimiento que legalmente corresponde en estos casos frente a los Secretarios Judiciales, no es el ejercicio de acciones civiles, sino un procedimiento de repetición en vía administrativa de acuerdo con los arts. 145 y siguientes de la Ley 30/1992, en GONZÁLEZ ALONSO, A.: *Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*, cit., pág. 292.

³⁵¹ GONZÁLEZ ALONSO, A.: *Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*, cit., pág. 284.

³⁵² No obstante, existe un supuesto peculiar destacado por GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, cit. págs. 588 y 589, que quedaría excluido de la aplicación del régimen general de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos, y que aparece contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente el art. 168.1 que establece que “el Secretario Judicial, oficial, auxiliar o agente que, en el desempeño de las funciones que por este capítulo se le asignan, diere lugar, por malicia o negligencia, a retrasos o dilaciones indebidas, será corregido disciplinariamente por la autoridad de quien dependa e incurrirá además en responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasionara”, se trataría de un supuesto excepcional que podría desencadenar únicamente la responsabilidad derivada de retrasos o dilaciones indebidas provocadas por estos funcionarios al proceder a la comunicación procesal.

responsabilidad patrimonial que les corresponda por las actuaciones no jurisdiccionales propiamente dichas (y que como sabemos se reconducen al régimen de responsabilidad regulado en el art. 106.2 del Texto constitucional –incluidos a los Jueces y Magistrados cuando su actuación no sea estrictamente jurisdiccional, sino administrativa en el sentido expuesto anteriormente-), la conclusión es que en estos supuestos, dicho personal entrarían dentro del concepto de personal al servicio de la Administración aquí estudiado. Ello significa que la responsabilidad en vía de regreso, solo es posible si se acredita la existencia de dolo, culpa o negligencias graves como veremos en el siguiente capítulo.

En definitiva, una interpretación sistemática de la legislación vigente, llevaría a la conclusión de que en vía de regreso, únicamente los Jueces y Magistrados seguirían el procedimiento judicial mediante el proceso declarativo que corresponda ante el Tribunal competente y sólo frente a ellos puede el particular lesionado dirigir directamente su acción de responsabilidad.

4.- CARÁCTER SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS. FUNDAMENTO DE LA MISMA.

Una vez que hemos analizado los criterios de imputación de la actividad lesiva de las personas físicas a la esfera jurídica de la Administración pública correspondiente, así como el concepto de autoridades y personal a su servicio, que permiten que su acción u omisión lesiva se reconduzca a la responsabilidad patrimonial directa y objetiva de la misma, se hace preciso analizar el criterio de imputación de ese resultado lesivo al sujeto verdaderamente causante del daño.

El art. 145.2 y 3 de la Ley 30/1992 condiciona la exigencia de la responsabilidad patrimonial, ya sea en vía de regreso, ya sea por los daños ocasionados a los bienes o derechos de la Administración, a la constatación de “dolo, o culpa o negligencia graves” en la conducta del funcionario o agente público autor del hecho lesivo, en este sentido es indudable el carácter subjetivo de dicha responsabilidad, sin embargo, no es suficiente la simple culpa o negligencia, sino que se requiere una cualificación específica, la gravedad.

Tradicionalmente la responsabilidad extracontractual o *aquiliana* se configura como una responsabilidad por culpa, solo mediando el elemento subjetivo es posible exigir

responsabilidad por esta vía, a pesar de que en su evolución se admite la responsabilidad objetiva o por el riesgo creado. De hecho, la responsabilidad civil de los funcionarios públicos en un primer momento se fundamenta, en el principio general del Código civil, según el cual “*el que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”, es decir, deben responder igual que cualquier otra persona. Pero hay que tener presente que los funcionarios públicos no son particulares, sino se integran en una organización en la que prestan sus servicios, lo que va a condicionar en cierta medida la configuración y la naturaleza de dicha responsabilidad, y ello es así porque desde el marco constitucional, la Administración se ordena al servicio de los intereses generales (art. 103.1 Constitución española)³⁵³.

Ahora bien, a la hora de abordar el carácter subjetivo de la responsabilidad de las autoridades y demás personal al servicio de la Administración es preciso distinguir entre el problema del régimen jurídico de dicha responsabilidad y el de su fundamento. El primero se refiere a los elementos exigidos por el Derecho positivo y a sus relaciones entre sí para el nacimiento de la obligación de resarcimiento; mientras que el segundo consiste en determinar los principios jurídicos que informan ese régimen y que justifican su existencia³⁵⁴.

Como es harto conocido, en nuestro ordenamiento jurídico la función primordial del actual sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración pública es la garantía de la integridad patrimonial de los particulares, por lo que su fundamento es la causación de un daño antijurídico, es decir, de una lesión al particular proveniente de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (art. 141.1 Ley 30/1992), de modo que es indiferente que el daño haya sido causado por un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, por ello cuando se trata de depurar la responsabilidad de la Administración la culpa actúa como un criterio más de imputación (anormal funcionamiento de los servicios públicos), porque la finalidad última es la reparación integral del daño ocasionado.

Sin embargo, cuando lo que se pretende es determinar la responsabilidad de las

³⁵³ Sobre la significación actual del interés general para el Derecho Administrativo, vid. el excelente trabajo de RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *Interés general, Derecho Administrativo y Estado del Bienestar*, Iustel, Madrid, 2012.

³⁵⁴ Vid. MICHÁVILA NÚÑEZ, J. M.: *Algunas consideraciones sobre los problemas actuales de la responsabilidad de las Administraciones Públicas*, fondos de la biblioteca del INAP, pág. 31.

autoridades y personal al servicio de la Administración pública, el elemento subjetivo de la culpa se torna como elemento indispensable sin el cual dicha responsabilidad no puede establecerse; de ahí que debamos plantearnos si el elemento subjetivo de la culpa es un elemento más que configura el régimen jurídico de la responsabilidad de los funcionarios o, si por el contrario, es el fundamento mismo de dicha responsabilidad. Las consecuencias de una y otra opción son importantes no sólo a los efectos puramente teóricos o dogmáticos, sino también, para concretar la finalidad perseguida por la exigencia de responsabilidad a los funcionarios: finalidad reparadora de unos daños causados, o finalidad sancionadora de una conducta reprochable, además las consecuencias en cada caso son distintas, en el primero lo que se persigue es una reparación integral de los perjuicios ocasionados, sin embargo cuando la finalidad es sancionadora, dicha responsabilidad puede modularse.

Precisamente, al hilo de la anterior alternativa, incluso podríamos diferenciar la finalidad perseguida en cada uno de los supuestos de responsabilidad a que hace referencia la Ley 30/1992, esto es, la responsabilidad en vía de regreso y la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados a la propia Administración, si tenemos en cuenta que, en el primero de los casos, el art. 145.2 en su párrafo segundo prevé una serie de criterios de ponderación de dicha responsabilidad - tales como el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional...-, que hace suponer que la indemnización que al final corresponda al funcionario puede ser inferior a la efectivamente pagada por la Administración al particular lesionado, por lo que la finalidad de la acción de regreso podría no ser tanto reparadora, cuanto sancionadora de una conducta reprochable. En cambio, en el segundo supuesto de responsabilidad regulado en el art. 145.3, la inicial referencia de la Ley 30/1992 a la aplicación de los mismos criterios de ponderación para la determinación de dicha responsabilidad, desapareció con la modificación llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de lo que podríamos deducir que en este supuesto se pretende una reparación integral del daño efectivamente ocasionado a los bienes y derechos de la propia Administración³⁵⁵.

³⁵⁵ No obstante, de la tramitación parlamentaria de la Ley 4/1999, de 13 de enero, no se deducen los motivos que empujaron al legislador a suprimir la referencia a los criterios de ponderación para su exigencia, ya que la enmienda nº 120 presentada al Proyecto de Ley por el Grupo Socialista era de modificación del art. 145.3, pero sólo de su párrafo primero, proponiendo la redacción que finalmente

En cualquier caso, estamos de acuerdo con MARTÍN REBOLLO cuando afirma que en todo sistema de responsabilidad hay elementos políticos que, aunque no sean explícitos, conviene no perder de vista para adecuar el mecanismo a los fines que efectivamente se pretende y que son, unos de carácter garantizador para los ciudadanos afectados, pero otros elementos de orden de la propia Administración y por eso, desde ese punto de vista, también garantizadores para el conjunto de los ciudadanos³⁵⁶. Dentro de estos elementos de orden de la propia Administración, estimamos, juega un papel primordial el elemento humano, es decir, el conjunto de personas al servicio de la Administración, en el sentido de que son finalmente ellas las que gestionan los servicios públicos potencialmente lesivos para los particulares, las que actúan, las que toman decisiones, por lo que, en definitiva, lo que se pone en entredicho es su conducta. Desde esta perspectiva, lo prioritario no es el daño antijurídico en el sentido del art. 141.1 de la Ley 30/1992, sino la conducta “antijurídica” del autor del daño, de forma que la “antijuridicidad” es una nota del acto humano que a su vez se refleja en el daño, lo que permite que el daño tenga relevancia jurídica y sea fuente de la obligación de resarcimiento³⁵⁷.

En este sentido, y aunque no es nuestra intención el análisis de la evolución de la institución de la responsabilidad civil en este mismo ámbito, ni de las controversias doctrinales y jurisprudenciales suscitadas al respecto, pues ello excedería, a la vez que nos desviaría, del objeto de nuestro trabajo, sí nos parece interesante dejar brevemente apuntada la concepción subjetiva de la antijuridicidad de la que deriva la obligación de indemnizar. Tradicionalmente la doctrina civilista ha considerado que el comportamiento dañoso generador de la responsabilidad civil es un hecho antijurídico por dos motivos: el primero, porque el acto humano supone una contrariedad del ordenamiento jurídico, lo que implica que el daño originado por un comportamiento

pasó al texto de la Ley 4/1999, de 13 de enero, al entender necesario “garantizar la efectividad de la exigencia de responsabilidad a autoridades y demás personal, en coherencia con la modificación del proyecto de ley al apartado 2 de este artículo”, es decir la transformación de la mera posibilidad de exigencia de responsabilidad patrimonial en una obligación para la Administración pública no sólo respecto de la acción de regreso, sino también respecto de la responsabilidad directa frente a la Administración. Vid. BOCG, VI Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, nº 109-11 (5 de junio de 1998). Tampoco es revelador a estos efectos el Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley 4/1999 (Dictamen 5356/97, de 22 de enero), al no pronunciarse sobre este punto concreto.

³⁵⁶ MARTÍN REBOLLO, L.: “La Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: estado de la cuestión balance general y reflexión crítica”, cit., págs. 32 y 33.

³⁵⁷ MICHÁVILA NÚÑEZ, J. M.: *Algunas consideraciones sobre los problemas actuales de la responsabilidad de las Administraciones Públicas*, cit., págs. 73 y ss.

contrario a la moral puede ser antijurídico, pero sólo en la medida que la norma moral penetre en la esfera del Derecho; el segundo porque el comportamiento antijurídico entraña el incumplimiento de obligaciones y la violación de los deberes jurídicos que se sintetizan en el principio general del *alterum non laedere*, con el cual se lesionan los intereses jurídicamente protegidos³⁵⁸. Precisamente para este sector doctrinal la antijuridicidad del daño está íntimamente relacionada con el aspecto psicovolitivo del autor, en cuanto la antijuridicidad presupone una culpabilidad del sujeto ofensor, y no sólo se presenta cuando su comportamiento se ajusta integralmente al Derecho, sino cuando ese comportamiento es reprochable por no haber adoptado todas las medidas necesarias para evitar el resultado dañoso³⁵⁹.

Queda por ver si en lo esencial, estas reflexiones extraídas de la doctrina civilista son, de algún modo, trasladables al ámbito de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos, teniendo en cuenta que, en modo alguno, son de aplicación a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Pues bien, como ya afirmamos, no basta la constatación de un daño para que se pueda exigir responsabilidad a las autoridades y personal al servicio de la Administración, sino que es absolutamente necesario que se demuestre que la lesión es consecuencia de una conducta dolosa, o culposa o negligente graves del agente causante de la misma, por lo que la concurrencia del elemento subjetivo de la culpa no se configura como un elemento más del régimen jurídico de la responsabilidad, sino que es precisamente la razón que justifica la existencia de la responsabilidad, en este sentido no puede ser otra cosa, sino el fundamento mismo de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y funcionarios

³⁵⁸ MICHÁVILA NÚÑEZ, J. M.: *Algunas consideraciones sobre los problemas actuales de la responsabilidad de las Administraciones Públicas*, cit., págs. 73 y ss, que cita a DE CUPIS, A: *El daño. Teoría General de la responsabilidad civil*. Traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión. Barcelona, Casa editorial S.A, 1975, pág. 90 y ss.; a SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho Procesal*, 3ª ed. Ed. Montecorvo, Madrid, 1981, pág. 121; DIEZ PICAZO L.: *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1973, pág. 619; a ROGEL VIDE, C.: *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Español*, Civitas Madrid, 1977, pág. 61.

³⁵⁹ Esta interpretación del criterio subjetivo de la antijuridicidad luce en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, precisando la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil, así la Sentencia de 17 de marzo de 1980, citada por MICHÁVILA NÚÑEZ, J. M.: *Algunas consideraciones sobre los problemas actuales de la responsabilidad de las Administraciones Públicas*, cit. pág. 74. Los partidarios de la concepción subjetiva de la antijuridicidad concluyen que la consecuencia del comportamiento dañoso es el nacimiento de la obligación de resarcimiento, con tal de que sea antijurídico; que es la “sanción” con la que el Derecho pretende garantizar la prevalencia de un cierto interés contra los actos lesivos realizados para satisfacer un interés público.

públicos en cuanto tales³⁶⁰.

El concepto de culpa o negligencia, sin embargo, no es fácil de determinar teniendo en cuenta que las autoridades y demás personal al servicio de la Administración pública, tienen, por el hecho de integrarse o prestar servicios en ella, una serie de deberes genéricos (desempeño fiel de su función o cargo, velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas...) pero también concretos (obedecer las órdenes e instrucciones de los superiores, cumplimiento de la jornada y horario de trabajo, guardar secreto sobre las materias clasificadas, administrar los bienes y recursos públicos con austeridad y velar por su conservación...) ³⁶¹ que no podemos obviar; de ahí que RIVERO YSERN plantease la necesidad de sustituir estos criterios por conceptos incrustados en la relación de servicios³⁶², y no le falta razón, pues la conducta que se enjuicia no es la de “un buen padre de familia” sino la de una persona al servicio de la Administración, y por ende, al servicio de los intereses generales de los ciudadanos. El servicio objetivo a los intereses generales, se convierte en el eje vertebrador de la actuación de autoridades y funcionarios³⁶³, siendo este punto de vista, desde el que debe analizarse el criterio subjetivo de la culpa o negligencia, y en este sentido podríamos hablar de “antijuridicidad” de la acción u omisión, precisamente por el incumplimiento de esas obligaciones ya sean genéricas o concretas inherentes al ejercicio de sus funciones, que han ocasionado daños a terceras personas o a la propia Administración, lo que fundamenta la obligación³⁶² de reparar esos daños. Es en este

³⁶⁰ GAMERO CASADO, E.: “Las transformaciones del sistema de la responsabilidad administrativa extracontractual”, Separata, en AA.VV.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado. III Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía (noviembre de 1997)*, Comares, Granada, 2000, pág. 55. El autor procede al análisis de los distintos fundamentos de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas, señalando que en los supuestos de responsabilidad administrativa culpable, el sujeto causante debe reparar el daño porque su conducta dolosa, culpable o negligente merece un reproche.

³⁶¹ Deberes que aunque se encuentren plasmados en los artículos 52 y siguientes del Estatuto Básico del Empleado Público, son de igual aplicación a las autoridades, tanto más cuando muchos están enunciados expresamente en los Códigos de Buen Gobierno, así como en la futura Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (art. 26 del Proyecto).

³⁶² RIVERO YSERN, E.: “La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración”, cit. págs. 22, 26 y 27, de tal forma, señalaba, que la Administración podría regresar contra el funcionario cuando hubiese cometido una infracción disciplinaria grave o muy grave; igualmente cuando el funcionario hubiese ocasionado daños al patrimonio administrativo, sería necesario previo al expediente de resarcimiento, un expediente disciplinario en el que se determine la existencia de una falta grave o muy grave productora del daño.

³⁶³ Así lo entiende RODRÍGUEZ-ARANA, cuando señala que el conjunto de los deberes de los funcionarios o empleados públicos ha de partir de este objetivo constitucional, vid. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: “Los deberes del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 60, 2005, págs. 115 y 116.

sentido en el que ha de entenderse la concepción subjetiva de la antijuridicidad como fundamento de la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de la Administración.

No obstante hay que tener en cuenta que mientras la normativa civil admite la responsabilidad por negligencia leve (arts. 1101 y 1902 del Código civil³⁶⁴), en la normativa administrativa se exige un comportamiento al menos culposo o negligente graves³⁶⁵. Exigencia, a nuestro entender, absolutamente razonable ya que exigir responsabilidad por una simple negligencia podría conducir a una paralización de la actividad administrativa, a actuaciones defensivas, que no harían sino entorpecer la actividad jurídico-administrativa, considerando, por tanto, que debe existir un margen excusable, daños causados por el propio quehacer administrativo de los que los funcionarios y agentes públicos no deben responder.

Todas estas premisas han configurado un régimen subjetivo de responsabilidad patrimonial, fundamentado en la conducta antijurídica del autor del hecho lesivo, pero cuya naturaleza es eminentemente pública. Por ello estamos de acuerdo con GAMERO CASADO en que, tras la Constitución española, el sistema de responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas es un sistema jurídico-administrativo, que no debe aplicar criterios del Derecho civil, y que en este sistema jurídico-administrativo de responsabilidad extracontractual está incluida la responsabilidad de las autoridades y demás personal al servicio de la Administración³⁶⁶.

Es cierto que, como hemos expuesto, en un primer estadio de la evolución de la responsabilidad personal de los funcionarios y agentes, estaba configurada como una responsabilidad civil que se enjuiciaba en vía civil y a la que se le aplicaba la normativa civil (Ley de Maura de 5 de abril de 1904), pero en la evolución posterior, e inevitablemente después de la reforma de la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, de 13 de enero, el régimen y la naturaleza de la misma es jurídico-administrativa, de manera que

³⁶⁴ Excepto la responsabilidad exigida en vía de regreso a los profesores por los titulares de los Centros docentes, en cuyo caso el art. 1904 del Código civil exige dolo o culpa grave.

³⁶⁵ Ya hemos explicado que la redacción originaria del art. 145.2 se refería a la necesidad de “dolo, culpa o negligencia grave”, siendo modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que estableció el plural “graves”, por lo que la gravedad se predica tanto de la culpa como de la negligencia. Así lo sugería, por otro lado, el propio Consejo de Estado al dictaminar el Anteproyecto de Ley 4/1999 (Dictamen 5356/97, de 22 de enero de 1998).

³⁶⁶ GAMERO CASADO, E.: “Las transformaciones del sistema de la responsabilidad administrativa extracontractual”, cit., pág. 10.

el legislador ha diseñado un sistema común y general en el que está incluida la responsabilidad del personal al servicio de la Administración, y que para diferenciarla del régimen de la responsabilidad civil, la denomina “responsabilidad patrimonial”. Por ello, según el autor anteriormente citado conviene “erradicar la clásica referencia a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos, expresión muy común en el estudio de este tema y con la que probablemente, se pretenda en realidad hacer referencia a la responsabilidad extracontractual de estos sujetos”³⁶⁷. Sin embargo, en el supuesto de la responsabilidad directa por daños a la Administración pública, no podemos hablar en puridad de responsabilidad extracontractual (si consideramos como tal, la que surge de los daños ocasionados a personas entre las que no existe relación), por este motivo nosotros preferimos la utilización de la expresión responsabilidad patrimonial.

Debemos advertir, que en este trabajo las expresiones “responsabilidad civil”, “responsabilidad extracontractual”, las hemos utilizado al hablar de las primeras normas que se referían explícitamente a la misma, y para referirnos expresamente a la responsabilidad civil que dimana del delito, o a la que corresponde a las autoridades y demás personal por sus actuaciones fuera del servicio, es decir, en su esfera privada. La utilización de la expresión de responsabilidad patrimonial es absolutamente intencionada, entendiendo como tal la responsabilidad depurada en la vía administrativa y regulada por normas del mismo tipo.

³⁶⁷ GAMERO CASADO, E.: “Las transformaciones del sistema de la responsabilidad administrativa extracontractual”, cit., págs. 10 y 47.

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS FRENTE A LA ADMINISTRACION POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LOS PARTICULARES. LA ACCION DE REGRESO

1.- LA COBERTURA POR LA ADMINISTRACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR SUS FUNCIONARIOS

1.1. Justificación.

Como hemos visto en la breve evolución histórica de nuestro sistema de responsabilidad, y con el precedente de la Ley Municipal de 1935, la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950 vino a introducir en nuestro Derecho el principio general de la responsabilidad civil administrativa a la esfera de la Administración Local en su art. 405, cuando señalaba que las Entidades Locales responderán civilmente, en forma directa o subsidiaria, de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroge la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios o agentes, en la esfera de sus atribuciones respectivas. Ello significa que, si hasta ese momento la responsabilidad civil legalmente admitida, había sido la personal de los funcionarios o agentes de la Administración, a partir de lo dispuesto en el art. 405 de la Ley de Régimen Local, serán las entidades locales las que cubran en distinta medida (de forma directa o subsidiaria, según se especificaba en el siguiente artículo) la responsabilidad que genere la actuación de sus órganos, funcionarios o agentes³⁶⁸. Esta cobertura por la Administración está concebida no como una garantía del funcionario, sino como una garantía del administrado.

En ese momento, y teniendo en cuenta el Derecho comparado, la prioridad para la doctrina administrativista española, era la consecución a nivel legislativo del principio

³⁶⁸ La necesidad del establecimiento de un sistema de responsabilidad civil de la Administración es destacada por GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, cit., págs. 159 y 160, al afirmar que “el sistema de responsabilidad del funcionario no basta para atender las exigencias más elementales que se derivan del supuesto de daños ocasionados por la acción administrativa”; además, en segundo lugar “el sistema de responsabilidad personal del funcionario no cubriría nunca los supuestos de daños en que no existiera una culpa neta imputable al mismo, supuestos que comprenden desde la negligencia impersonal no culposa... hasta, sobre todo, los casos perfectamente normales de responsabilidad sin culpa...”; y finalmente, “el sistema de la responsabilidad del funcionario presenta el inconveniente práctico de la normalidad de la insolvencia, en la gran mayoría de los funcionarios y agentes administrativos en relación con los daños ingentes que pueden, efectivamente, causar”.

de responsabilidad de la Administración³⁶⁹ pues, si bien es cierto que la cobertura de la Administración era directa “cuando los daños se hubieran producido con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la Entidad Local, sin culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus autoridades, funcionarios o agentes” (art. 406.2 de la Ley de Régimen Local), no obstante, la Administración respondía de forma subsidiaria “cuando los daños hayan sido causados por culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus autoridades, funcionarios o agentes en el ejercicio de su cargo” (art. 409 de la Ley de Régimen Local).

Sin embargo, esta cobertura por la Administración que se consolidó a nivel general, y ya de forma directa en todo caso, en el art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, no significaba la exoneración de las autoridades, funcionarios o agentes personalmente responsables, pues además, de la responsabilidad civil en que hubiese incurrido el funcionario o agente de la Administración y que el perjudicado podía solicitar ante los tribunales ordinarios, con arreglo a los trámites establecidos en la Ley de 5 de abril de 1904, tanto el art. 410.1 de la Ley de Régimen Local, como el artículo 121 *in fine* de la Ley de Expropiación Forzosa, contemplaban la posibilidad de que la Administración pudiera ejercer una acción de regreso contra el personal responsable, si los daños irrogados a los particulares hubieren sido indemnizados por ella. Dicha responsabilidad, concretaba el Reglamento de Expropiación Forzosa en su art. 135, se exigirá unilateralmente por la Administración a través de un expediente en el que se daría audiencia al interesado y se aportarían cuantas pruebas condujeran a la ponderación de la responsabilidad del funcionario.

La acción de regreso se preveía también en el art. 42.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, aunque subsistía la posibilidad de una acción directa del particular perjudicado frente al funcionario culpable (art. 43 Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado)³⁷⁰. Para GARCÍA DE ENTERRÍA la acción

³⁶⁹ Así, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, cit., págs. 151 y ss., considera que hasta la publicación de la Ley de Expropiación Forzosa, nuestro ordenamiento había llegado a ser una flagrante excepción en el Derecho comparado, dentro del cual se había ido extendiendo uniformemente el principio de responsabilidad de la Administración desde finales del siglo XIX hasta llegar a hacer del mismo una de “las piezas maestras de la construcción positiva del Estado de Derecho”.

³⁷⁰ Jurídicamente la cobertura por la Administración alcanza todos los daños que sean consecuencia de su propio funcionamiento, aún cuando sean personalmente imputables a los funcionarios culpables (excepto

de regreso explicaba en último extremo todo el sistema legal español de responsabilidad patrimonial de la Administración como sistema basado esencialmente en la garantía del ciudadano. Esa idea central es la que, para el autor, “ha llevado a abandonar el sistema de responsabilidad puramente subsidiaria cuando existe un responsable directo de los daños para acoger el sistema de la responsabilidad directa de la Administración en todo caso, aunque articulando ésta de forma que no se convierta en una injustificada protección del funcionario”³⁷¹. Así, para BARCELONA LLOP, la acción de regreso que se introduce junto al sistema de responsabilidad directa y objetiva, de la Administración no es, desde luego, una pieza más del sistema, pero sí un elemento adicional a él y su debido complemento³⁷². Por su parte, DE LA VALLINA VELARDE, califica la acción de regreso de “institución esencial” para cerrar de forma equilibrada el sistema de responsabilidad objetiva de la Administración pública³⁷³.

La cobertura por la Administración de los daños y perjuicios ocasionados a los particulares por los funcionarios públicos, encuentra plena justificación en la garantía patrimonial de la víctima, pues como señala el Consejo de Estado en numerosos dictámenes (aunque haciendo referencia a la legislación anterior a la Ley 30/1992) “*se satisface mejor la garantía de los perjudicados, elevada a primer plano en el instituto de la responsabilidad de la Administración, cuando ésta asume pronto, sin dilaciones innecesarias, la reparabilidad del daño que sea consecuencia del funcionamiento de sus propios servicios, aún en el caso de que la irregularidad causante del daño fuera personalmente atribuible a un funcionario a título de dolo o culpa, con la única salvedad, claro es de los actos puramente personales del funcionario, en cuanto*

los actos puramente personales, desligados del servicio). El ámbito de imputación a los funcionarios de los daños, únicamente comprende los debidos a culpa o negligencia graves (fórmula que, sin duda incluye el dolo), pero no los que proceden de culpa o negligencia levísima o simplemente leves, que se imputan personalmente al servicio o a la Administración. En este sentido la responsabilidad de los funcionarios o agentes se manifiesta tanto respecto del dañado, como de la propia Administración, si ésta hubiera tenido que hacer frente al pago de la indemnización en virtud de su cobertura de todos los daños procedentes del funcionamiento del servicio: frente al dañado, éste puede elegir dirigirse contra el funcionario culpable, o contra la Administración, que responde directamente, o dirigirse simultáneamente contra ambos de forma solidaria; frente a la Administración, si ésta hubiera hecho efectiva la indemnización, la Ley prevé la posibilidad de una acción de regreso, que se efectuará por la vía administrativa, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en Derecho español”, cit., págs. 36 y 37.

³⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en Derecho español”, cit., pág. 37.

³⁷² BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 39.

³⁷³ DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit., pág. 348.

realizados con desconexión total del servicio”; a pesar de lo cual el Alto Órgano Consultivo remarca que “no podrá prescindirse de cuál sea el comportamiento del funcionario, con el designio de que la asunción de responsabilidad por la Administración no se convierta en una injustificada protección del funcionario. En el esquema del instituto de la responsabilidad de las Administraciones públicas, el art. 42 LRJAE (y anteriormente, los arts. 121 de la LEF y 135 de su Reglamento) establece el mecanismo para que la Administración –valorando los hechos y circunstancias de cada caso- pueda ejercitar una acción de regreso frente al funcionario de modo que la asunción directa de responsabilidad no se pueda convertir indefectiblemente en una exoneración total de los funcionarios. Concurriendo culpa o negligencia grave, los mencionados preceptos autorizan a la Administración para repetir contra el funcionario culpable”³⁷⁴.

La Ley 30/1992, en su versión de 1999 supuso, en lo que a responsabilidad de los empleados públicos por los daños y perjuicios ocasionados a los particulares se refiere, dos cambios importantes: de una parte, para los particulares perjudicados, la única vía para la exigencia de responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados por las autoridades y el personal al servicio de la Administración (al margen de la responsabilidad penal y consecuentemente de la civil *ex delicto*) es mediante el ejercicio de una acción frente a la Administración pública correspondiente -la derogación expresa de la Ley de 5 de abril de 1904, y la dicción del art. 145.1 de la Ley 30/1992, así lo imponen sin lugar a dudas-; y por otro lado, el carácter potestativo con el que estaba configurada la acción de regreso desaparece al establecer la obligatoriedad de su exigencia de oficio por parte de la Administración en el apartado segundo del art. 145 de la Ley 30/1992.

Por lo tanto, la Administración responde directamente de los daños ocasionados a los particulares por las autoridades y personal a su servicio, debiendo ésta posteriormente resarcirse de lo que previamente ha satisfecho mediante el ejercicio de una acción de regreso, siempre que en la conducta del autor pueda apreciarse dolo, o culpa o negligencia graves.

Sin embargo, y a pesar de que, desde un punto de vista jurídico, es posible desde

³⁷⁴ Dictámenes del Consejo de Estado nº 175, de 21 de marzo de 1992; nº 866, de 16 de julio de 1992; nº 138, de 18 de marzo de 1993, entre otros.

hace tiempo y, desde hace algunos años, obligatoria la exigencia de responsabilidad patrimonial a las autoridades y empleados públicos, como es de sobra conocido, esta vía apenas ha sido utilizada por la Administración pública, por lo que la cobertura de la misma ha supuesto, *de facto* la absoluta exoneración de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal a su servicio. La constatación de tal aseveración nos lleva a cuestionarnos si existe alguna justificación lo suficientemente importante para que se mantenga dicha cobertura, aún en los supuestos en los que es posible identificar al autor material del daño.

En opinión de DOMÉNECH PASCUAL, las cosas se ven diferentes desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, de forma que “lo determinante a los efectos de hacer responsable a una persona por un daño no es que éste haya sido causado por aquella, sino que tal solución sea la que probablemente procure un mayor bienestar social, al minimizar la suma de todos los costes que para la comunidad encierran semejantes daños”. Por ello el autor plantea distintas hipótesis, para llegar a la conclusión de que, en el mundo actual, la responsabilidad vicaria es la que mayores ventajas presenta (respecto de la regla de la responsabilidad personal): en primer lugar, porque los empleados son potencialmente insolventes; en segundo lugar, porque cuando existen dificultades para identificar a los causantes del daño, resulta mucho más costoso determinar si han actuado negligentemente y condenarlos; y finalmente, la responsabilidad vicaria es más ventajosa en un mundo en que resulta costoso acordar una determinada distribución del riesgo³⁷⁵. Sin embargo, reconoce que esta regla de la responsabilidad vicaria, presenta un gran inconveniente, especialmente cuando no existe o no se ejerce en la práctica la acción de repetición contra los culpables, es el llamado “riesgo moral”, que implica que, puesto que los agentes saben que no responderán de los daños que ocasionen, se corre el peligro de que no tengan alicientes suficientes para alcanzar el nivel de precaución socialmente deseable³⁷⁶.

Aplicados los anteriores razonamientos al ámbito de las Administraciones públicas, para el autor, se comprende que aquéllas deban responder directamente por los daños causados por sus agentes en el ejercicio de sus cargos: en primer lugar, porque las autoridades y funcionarios carecen, por lo común, de los recursos patrimoniales

³⁷⁵ DOMÉNECH PASCUAL, G.: “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., págs. 135 y ss.

³⁷⁶ DOMÉNECH PASCUAL, G.: “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., págs. 140 a 141.

necesarios para reparar muchos de los daños (algunos de gran magnitud) que ocasionan las Administraciones públicas que, en cambio, muy difícilmente serán insolventes; en segundo lugar, porque a la víctima y a los Tribunales les resulta normalmente mucho más fácil identificar a la Administración pública a cuyo servicio se encontraba el autor de la lesión que hacer lo propio con este último; y finalmente, porque la Administración y sus empleados han de incurrir en considerables costes de transacción si pretenden “negociar” el contenido de sus relaciones³⁷⁷.

Desde este punto de vista, nada que objetar al anterior razonamiento, pues la regla de la responsabilidad vicaria es preferible, por los motivos anteriormente expuestos, frente a la responsabilidad personal de funcionarios y autoridades³⁷⁸. Tradicionalmente ha sido así, de modo que para la doctrina y para la jurisprudencia, lo prioritario ha sido siempre la garantía de la víctima, en definitiva, el pago de la indemnización, por lo que dicha garantía se satisface mejor, si responde la Administración, más solvente, y sometida a una responsabilidad objetiva, lo que evita tener que demostrar una conducta dolosa o culposa grave del autor material del daño o perjuicio, así como su identificación.

Ahora bien, una vez constatada la conveniencia de que sea la Administración pública la que responda directamente de los daños y perjuicios ocasionados por sus autoridades y agentes, la pregunta es si puede considerarse igualmente ventajoso el que la Administración no exija a sus servidores la responsabilidad patrimonial por los daños que éstos les hayan ocasionado³⁷⁹. No creemos que esa sea la mejor solución si tenemos en cuenta el otro principio al que, como hemos afirmado, está conectado la institución

³⁷⁷ DOMÉNECH PASCUAL, G.: “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., págs. 142 a 144, también estima que las autoridades y, fundamentalmente los funcionarios son adversos al riesgo, frente a las Administraciones a las que cabe considerar, especialmente a las más grandes y solventes, como sujetos prácticamente neutrales al riesgo, por lo que la solución óptima y que seguramente preferirán tanto las Administraciones como el personal a su servicio consiste en que la mayor parte del riesgo de los accidentes recaiga sobre aquéllas.

³⁷⁸ Sobre la responsabilidad vicaria o por hecho de otro y concretamente sobre la responsabilidad de la Administración y la necesidad de que se pongan en marcha mecanismos que minimicen los riesgos de causar daños por parte de quienes no responden de los mismos, vid. el interesantísimo estudio de SALVADOR CODERCH, P.; GÓMEZ LIGÜERRE, C. I.; RUÍZ GARCÍA, J.; RUBÍ PUIG, A.; PIÑERO SALGUERO, J.: “Respondeat Superior I”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, nº 2, 2002.

³⁷⁹ A esta cuestión responde afirmativamente DOMÉNECH PASCUAL, siempre que los daños sean producto de una conducta negligente, pero no cuando los daños sean dolosos o hayan podido engendrar un enriquecimiento injusto del culpable ello, en cuyo caso, afirma, la Administración sí debería exigir responsabilidad civil a sus agentes, en “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., págs. 145 a 152. A los argumentos esgrimidos por el autor para defender su tesis nos referiremos más adelante.

de la responsabilidad, esto es, el principio de eficacia en la actuación de las Administraciones públicas, cuya finalidad es el servicio a los intereses generales. La exoneración de responsabilidad de los servidores públicos, mal puede servir al mismo. Eficacia significa, entre otras cosas, arbitrar los medios necesarios para que actuaciones personalmente reprochables no vuelvan a repetirse, sobre todo cuando redundan en perjuicio de la propia organización administrativa y, fundamentalmente, afectan de forma preocupante a las arcas públicas y, qué duda cabe, que uno de los instrumentos al alcance de la propia Administración para conseguir la efectividad de dicho principio es, precisamente, la exigencia de responsabilidades por parte de quienes, en último término, tienen asignada esa función.

Habrá que conjugar de alguna forma la garantía patrimonial del ciudadano con la garantía del principio de eficacia de la Administración, equilibrio en el que, a nuestro entender, la exigencia de responsabilidad patrimonial a los funcionarios tiene mucho que ver.

1.2. Alcance y límites de la cobertura por la Administración.

La cobertura por la Administración de la responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados por las autoridades y personal al su servicio, tiene como límite los producidos en la esfera estrictamente personal y privada de éstos y desvinculada totalmente del servicio o, si se prefiere, al margen del “funcionamiento de los servicios públicos”.

De las conductas personales de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas llevadas a cabo con absoluta desconexión del servicio, no responde la Administración, sino que se trata de una responsabilidad civil y personal del autor que tendrá que reclamarse ante los tribunales ordinarios correspondientes, pues su actuación se equipara a la de cualquier otro particular.

Dicha cobertura por la Administración no persigue, en principio, la protección de su personal mediante la exoneración de responsabilidad de las autoridades y empleados públicos, sino que persigue la garantía patrimonial y la protección del particular perjudicado: por una parte, como hemos afirmado, evita los inconvenientes de identificación personal del funcionario presuntamente culpable del hecho dañoso, y por otra, quizás más importante a los efectos resarcitorios, evita la más que probable

insolvencia de autor material del daño. Esa ha sido la mayor preocupación de la doctrina y de la jurisprudencia durante mucho tiempo, de tal forma que, cualquier actuación de las autoridades y demás personal al servicio de la Administración que haya ocasionado daños en los bienes y derechos de los particulares que éstos no tengan el deber jurídico de soportar y sean consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, al margen y con independencia del elemento subjetivo de la culpa, quedan cubiertos por la responsabilidad directa de la Administración en la que se integra.

El problema se plantea cuando la jurisprudencia admite que, en determinados supuestos, las conductas puramente personales de determinados empleados públicos, nos referimos concretamente a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que utilizan fuera de servicio sus armas reglamentarias, sí comprometen la responsabilidad de la Administración, basando su imputación en el riesgo creado³⁸⁰. De modo que la responsabilidad de la Administración es declarada, incluso, cuando el daño causado no guarda conexión alguna con el cumplimiento del servicio³⁸¹. Desde luego el criterio del riesgo creado no parece convencer a la doctrina, se trata de un criterio que presupone un normal funcionamiento del servicio público, presupuesto que no se da en estos casos, por este motivo se acude, para poder imputar la responsabilidad a la Administración, al modo en que se organiza el servicio³⁸².

³⁸⁰ Tal y como admitió el Tribunal Supremo en la comentada Sentencia de la Sala 5ª de 27 de mayo de 1987 que inició esta línea jurisprudencial. Se pueden consultar al respecto los trabajos de NAVARRO MUNUERA, A. E.: “La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 60, 1988; YEBENES GADEA, A.: “La responsabilidad del Estado por el uso de armas de fuego de los Cuerpos de Seguridad”, en *Boletín de Documentación del Ministerio del Interior*, nº 13, 1988; para un estudio en profundidad sobre la responsabilidad derivada de las actuaciones policiales, puede consultarse en BARCELONA LLOP, J.: “La responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales”, cit.

³⁸¹ En este sentido se dice que el hecho de portar armas “*comporta la creación de un peligro, ciertamente permitido pero cuyos excesos por parte del funcionario no pueden ser desconectados del ámbito de la responsabilidad de la Administración, de modo que es indudable que en la medida en que la Administración crea un riesgo prácticamente incontrolable, pues lo pone en manos de personas que pueden actuar más allá de los límites del peligro permitido, sin estar sometidos a ninguna medida de seguridad por parte del Estado, es indudable que también debe responder por tales excesos, implícitos en el riesgo creado. Consecuentemente, una limitación a los daños causados por los agentes en actos de servicio carecería de todo fundamento, pues el riesgo creado va mucho más allá y el principio es que se debe responder por el peligro que se crea*”, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 21 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9589).

³⁸² Así, BARCELONA LLOP, J.: “La responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales”, cit., pág. 374, considera que para que la Administración pueda cubrir la responsabilidad que comporta el uso de armas de fuego por agentes fuera de servicio, y al margen del cumplimiento de su obligación de servicio permanente, es decir, por actuaciones puramente personales, se podría acudir, como lo ha hecho alguna jurisprudencia, no al criterio del riesgo que comporta el portar armas de fuego, sino que la imputación de los daños a la Administración se produce a consecuencia del modo en que organiza el

Pero la jurisprudencia es contradictoria en este punto y hay sentencias que limitan la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración (no olvidemos que la mayor parte de los supuestos de daños cometidos a terceros por miembros de las Fuerzas de Seguridad de resolverán en vía penal), cuando entienden que en la actuación del funcionario o agente de policía no existe conexión alguna con el servicio³⁸³, además éste parece ser el tenor literal del art. 121 del Código Penal al señalar la responsabilidad subsidiaria de la Administración por los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos de sus autoridades y empleados públicos, “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”³⁸⁴. Así lo entiende la Sala segunda del Tribunal Supremo en algunas sentencias (entre ellas, las sentencias de 5 de junio de 2002; 13 de junio de 2003, y 16 de abril de 2003), en las que se interpreta en sentido restrictivo los requisitos de “*actuar en el ejercicio de sus cargos o funciones*” y que la “*lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados*”. Sin embargo, junto a esta línea jurisprudencial, encontramos sentencias que siguen invocando el riesgo creado, o incluso la concurrencia de culpa “*in eligendo*” o “*in vigilando*”, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2002, que la invoca de forma tan genérica que prácticamente objetiviza la responsabilidad³⁸⁵.

servicio, por lo que, aunque se trate de actuaciones desconectadas de las misiones constitucionales y legales de las fuerzas de seguridad, dicha organización del servicio, implica que los resultados dañosos puedan imputarse al funcionamiento del mismo. Para el autor, por tanto “la imputación pasa por el modo en que el servicio se organiza; si las armas de fuego pueden ser portadas fuera del servicio y por ello se causan daños a terceros en situaciones ajenas al cumplimiento de misiones policiales en sentido estricto, la víctima puede ser resarcida precisamente porque hay conexión entre la lesión y el servicio que, aunque propiamente no haya funcionado, ha facilitado la comisión del hecho en virtud de las reglas que la Administración estima más oportunas para su prestación”.

³⁸³ Como señala GUTIÉRREZ GIL, A. J.: “La responsabilidad civil subsidiaria del Estado en el proceso penal”, en *La responsabilidad patrimonial del Estado (II)*, Revista Jurídica General. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, n° 24, enero, 2003, pág. 275, algunas sentencias ponen de manifiesto que la “permanencia” de servicio no puede servir de base para un pronunciamiento de la responsabilidad civil a cargo del Estado en aquellos casos en que el delito o falta cometido por el agente público se halle desconectado del servicio policial que le es propio por carecer de justificación que actuando el agente con un carácter estrictamente particular, sin conexión con aquellos deberes de intervención que la Ley le impone, se trate de acarrear al Estado la asunción de la responsabilidad civil. El autor cita, en este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 18 de enero y 23 de octubre de 1984, 20 de abril y 28 de mayo de 1985, 2 de febrero, 4 de marzo y 30 de mayo de 1988, 14 de diciembre de 1989, 21 de diciembre de 1991, 28 de mayo de 1992, 2 de noviembre de 1992, y 9 de mayo de 1993.

³⁸⁴ La cursiva es nuestra.

³⁸⁵ PÉREZ MARTÍNEZ, D.: “La responsabilidad civil derivada del delito”, en DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Dir.): *Manual de responsabilidad pública. Homenaje a Pedro González Gutiérrez-Barquín.*, cit., págs.

De forma crítica se manifiesta MIR PUIGPELAT, cuando discrepa de la línea jurisprudencial “que hace responder a la Administración por los daños dolosos o imprudentes cometidos por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad en situación de francos de servicio valiéndose de las armas reglamentarias que dicha Administración les autoriza a portar en todo momento”³⁸⁶. Desde luego, estamos totalmente de acuerdo con el autor en que la Administración no puede responder de los daños cometidos por actuaciones puramente personales, desvinculadas totalmente del servicio, en las que la única conexión con el mismo, es el hecho de utilizar un objeto, su arma reglamentaria, que precisamente puede llevar como consecuencia de su obligación de “servicio permanente”. Nos preguntamos si en la misma situación el juez imputaría la responsabilidad a la Administración, si autor del daño o las lesiones, en lugar de utilizar su arma reglamentaria, hubiese utilizado un arma blanca u otra distinta de la reglamentaria, creemos que la respuesta es evidente, falta la conexión con el servicio. Cuestión distinta, es si a resultas de dicha obligación de servicio permanente su intervención como tal ocasiona unos perjuicios que la víctima no tiene la obligación de soportar, y que en este caso, sin duda podrían imputarse a la Administración.

Pero si la jurisprudencia sigue admitiendo la responsabilidad de la Administración por los daños causados por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad fuera del servicio en actuaciones puramente personales, ¿puede el perjudicado plantear la acción de responsabilidad en vía civil, o necesariamente tendrá que solicitar la indemnización a la Administración competente? Ya hemos señalado que normalmente este tipo de actuaciones se ventilan ante la jurisdicción penal, por lo que en ella se determinaría la responsabilidad civil y, si el interesado así lo considera, la responsabilidad subsidiaria de la Administración; de no ser así, podría reservarse el ejercicio de la acción civil para ejercitarla una vez hay finalizado el proceso penal. También tendría la opción de

728 a 729.

³⁸⁶ MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, cit., págs. 343 y 344, señala que no considera que “el riesgo creado por la organización administrativa al permitir que los agentes porten el arma reglamentaria durante las veinticuatro horas del día sea tan elevado como para imputar a la Administración los daños que el uso privativo -e indebido- de las mismas por parte de aquellos pueda producir. No parece que el riesgo que crea en este caso la Administración difiera mucho del que genera al conceder licencias de armas y autorizar el uso de armas de fuego por parte de los particulares, ámbito en el que no se le hace responder por los daños que éstos causen”. Cuestión distinta sería, para el autor, si se probara que el agente que ocasiona un daño con su arma reglamentaria durante sus horas de ocio, carecía de las aptitudes mentales requeridas para portar dicho arma (si viniera sufriendo con anterioridad a los hechos trastornos psicológicos, o hubiera participado en altercados violentos...); en este caso la imputación del daño a la Administración sí estaría plenamente justificada, en el sentido de que la organización administrativa sí crea un riesgo muy elevado de producción de resultados lesivos.

reclamar directamente en vía administrativa, si estima que la lesión es imputable al funcionamiento del servicio público, la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Si, finalmente, el juez o tribunal penal considera, ya sea en virtud del criterio del riesgo que comporta estar de servicio permanente, ya sea como consecuencia del modo en que la Administración organiza el servicio, que ésta resulta responsable subsidiaria frente al particular de los daños irrogados por el funcionario o, en el caso de ejercicio de la acción de responsabilidad en vía administrativa o contencioso-administrativa se declare igualmente la responsabilidad de la Administración, la cuestión que se nos ofrece es, una vez indemnizada la víctima por parte de la Administración, ¿cabe la acción de regreso? Pensamos que la respuesta no puede ser más que positiva, es decir, no sólo cabe la acción de regreso, sino que es absolutamente necesario que se ejercite, la garantía integral de la víctima no puede suponer que el funcionario quede indemne cuando el Estado paga las consecuencias de actuaciones manifiestamente imprudentes o, en la mayor parte de estos casos, dolosas³⁸⁷. No puede oponerse a este razonamiento el hecho mismo de que el funcionario haya cometido el daño con total desconexión del servicio o en su faceta privada, pues si el razonamiento judicial o de la propia Administración es la asunción del riesgo creado o deficiencias en el modo de la organización administrativa, estas consideraciones sirven de conexión entre la conducta del funcionario o agente y el funcionamiento del servicio, lo que justificaría el ejercicio de la acción de regreso regulada en el art. 145.2 de la Ley 30/1992 en estos supuestos.

1.3. La cobertura subsidiaria de la Administración pública derivada de la responsabilidad civil *ex delicto* de las autoridades y personal a su servicio.

Al margen de la problemática anteriormente estudiada, la cobertura por parte de la Administración de la responsabilidad civil *ex delicto* de las autoridades y personal a su servicio, nos conduce al examen de otra controversia ampliamente debatida por la doctrina, nos referimos al diferente grado en que responde la Administración en vía jurisdiccional penal y contencioso-administrativa. Y aunque no vamos a profundizar en

³⁸⁷En este sentido, BARCELONA LLOP, J.: “La responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales”, cit., pág. 389, propone activar la responsabilidad personal del funcionario ante la Administración a través de la acción de regreso, “no se trata de que el erario público recupere íntegramente los caudales que ha abonado en concepto de responsabilidad patrimonial, sino de que, una vez asegurada la garantía de la víctima, no se asegure la impunidad de un funcionario que se extralimita claramente en el ejercicio de sus funciones o que las realiza con notoria imprudencia”.

un tema que ha sido objeto de múltiples estudios jurídicos, se hace necesario ofrecer una visión de conjunto de lo que esta regulación supone respecto de la responsabilidad personal de las autoridades y demás empleados públicos

Recordamos que el art. 146.1 remite la exigencia de la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas³⁸⁸, así como la responsabilidad civil derivada del delito “a lo previsto en la legislación correspondiente”, es decir, al Código Penal y concretamente, respecto de la responsabilidad civil, al Capítulo II del Título V del Código Penal dedicado a las personas responsables civilmente. Pues bien, el art. 121 del citado Capítulo II establece una regulación realmente polémica cuando regula la responsabilidad de las Administraciones públicas derivada de los daños causados por las personas (penalmente responsables) a su servicio, al prescribir que:

“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 estuvieren 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.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario”.

El que la Administración responda de forma subsidiaria y no directa, como ocurre en vía administrativa y contencioso-administrativa, implica que sólo lo hace en caso de

³⁸⁸Cuyo ámbito subjetivo de aplicación se extiende, como ya advertimos en el Capítulo II de este trabajo, a la responsabilidad penal y por tanto civil, de las autoridades, aunque este precepto no las mencione expresamente. Además el concepto de autoridades y personal al servicio de la Administración, a los efectos de la responsabilidad patrimonial subsidiaria de la Administración pública, es más amplio que el concepto de autoridad que establece el art. 24 del Código Penal, pues debe comprender cualquier persona que por un título u otro, desempeñe funciones públicas en un momento determinado, aún con carácter ocasional, lo importante es tratar de averiguar si el causante del daño se halla de algún modo vinculado a la Administración (Sentencias del Tribunal Supremo -Sala de lo penal- de 18 de mayo de 1990, 24 de marzo de 1992).

insolvencia de la autoridad o empleado público. Además, frente a la obligación establecida en el art. 145. 1 de la Ley 30/1992, el perjudicado por la conducta criminal puede exigir directamente del autor del daño la responsabilidad civil en el proceso penal, en cuyo caso, necesariamente, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración. Las diferencias que este precepto establece respecto del régimen establecido en el Título X de la Ley 30/1992 son tan importantes que nos lleva a plantearnos si está justificada la existencia de esta dualidad de regímenes respecto de la responsabilidad patrimonial.

Como recuerda DOMÉNECH PASCUAL, en España todos los Códigos penales desde 1822 han regulado la llamada responsabilidad civil derivada del delito, y todos han previsto algunos supuestos de “responsabilidad por hecho ajeno”. Los primeros textos no mencionaban de modo explícito a las Administraciones públicas entre los sujetos que habían de responder civilmente por los perjuicios causados delictivamente por sus dependientes, lo que dio pie a que la jurisprudencia negara inicialmente su responsabilidad³⁸⁹. Sin embargo, el Tribunal Supremo cambió posteriormente de criterio, interpretando de manera lata los correspondientes preceptos legales y declarándolas responsables (subsidiarias). El Código Penal de 1944 recogió esta doctrina, al incluir en su art. 22 a las “*entidades y organismos entre los responsables civiles subsidiarios ex delicto, junto a los amos, maestros, personas y empresas dedicadas a cualquier género de industria*”. Como pone de manifiesto el autor, así lo entendió el Alto Tribunal en numerosas sentencias³⁹⁰.

El hecho de que el actual Código Penal regule la responsabilidad civil responde, más bien, a razones históricas³⁹¹, pero también a razones de economía procesal que han motivado que el ordenamiento jurídico haya habilitado a los tribunales penales para que, en los supuestos de sentencia condenatoria, puedan pronunciarse sobre las cuestiones puramente civiles³⁹². Además, se aducen otros argumentos, como que se tiende a

³⁸⁹ El autor cita las Sentencias del Tribunal Supremo (Criminal) de 14 de junio de 1886, y la Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 7 de enero de 1898, en DOMÉNECH PASCUAL, G.: “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., pág. 125

³⁹⁰ DOMÉNECH PASCUAL, G.: “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., págs. 125 y 126.

³⁹¹ Aunque, como advierte CASINO RUBIO, M.: *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 195, se trata de un fenómeno desconocido en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

³⁹² Razones de economía procesal que, como afirma MARTÍNEZ NOVELLA, S.: “La responsabilidad

considerar con carácter general la vía penal más eficaz y rápida, lo que la hace especialmente atractiva frente a la jurisdicción contencioso-administrativa³⁹³. Sin embargo, a pesar de las posibles ventajas que ello presenta, esta doble regulación de la responsabilidad civil ha sido duramente criticada tanto desde el punto de vista de la doctrina civilista³⁹⁴, como desde el punto de vista de la doctrina administrativista, por cuanto supone, como veremos, un diferente tratamiento de la responsabilidad civil o patrimonial tanto en sus aspectos procesales, como sustantivos.

En principio, debemos avanzar que el art. 121 del Código Penal fue objeto de varias modificaciones a lo largo de la tramitación parlamentaria pues, su antecesor, el artículo 22 del anterior Código Penal que establecía al respecto la responsabilidad civil, igualmente subsidiaria de las Administraciones respecto de los daños cometidos por los funcionarios penalmente responsables, fue duramente criticado por la doctrina e incluso objeto de una diferente interpretación por parte del Consejo de Estado, en el sentido de que tras la promulgación del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que declara que responsabilidad patrimonial de la Administración es siempre directa y objetiva, el art. 22 del anterior Código Penal se hubiera podido entender derogado por el citado artículo 40 (Dictamen del Consejo de Estado de 11 de abril de 1962). La diferencia de tratamiento legislativo en función de la vía penal o administrativa (y posteriormente, si es el caso, contencioso-administrativa) elegida, es igualmente criticada por el Consejo de Estado, en el Dictamen número, 175/1992, de 12 de marzo, cuando manifiesta que “[s]i es innegable que las Administraciones Públicas respondan patrimonial y directamente de los daños

civil, penal y administrativa de las autoridades y los funcionarios”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 0, octubre, 2002, pág. 83, fueron técnicamente ensalzadas tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo. Pero que a veces no son tales, pues, cómo advierte DOMÉNECH PASCUAL, G.: “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., págs. 152 y 153, de acuerdo con el art. 121 del Código Penal, dicho efecto económico sólo se produce cuando el proceso penal termina con una resolución judicial por la que se declara la existencia de un delito, pues sólo en ese caso la sentencia penal puede pronunciarse sobre la responsabilidad civil. Por ello si los Tribunales penales finalmente consideran que los hechos causantes del daño no son delictivos, la acumulación habría supuesto una pérdida de tiempo, ya que si quiere hacer valer su derecho deberá acudir a una vía -administrativa y, eventualmente, la contencioso-administrativa- a la que podía haber acudido mucho antes.

³⁹³ Sobre la debilidad de los mismos, así como los peligros que la utilización de la vía penal para fines puramente indemnizatorios presenta, vid. DOMÉNECH PASCUAL, G.: “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., págs. 153 a 154.

³⁹⁴ Vid. al respecto CASINO RUBIO, M.: *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, cit., pág. 231, que recoge las opiniones de distintos autores como Lacruz Berdejo, Pantaleón Prieto, Yzquierdo Tolsada, Ruiz Vadillo o Díaz Alabart.

causados por las autoridades, agentes de las mismas o funcionarios y en el cumplimiento de los servicios públicos que les estuvieran encomendados, no tendría sentido que este régimen en los sustantivo fuera dispar según se acumulen en el proceso penal la acción penal y la acción civil o se excluyera ésta, para ejercerla en el proceso propio de la pretensión resarcitoria. Cuando la acción civil se hace valer en el proceso penal los preceptos contenidos al respecto en el Código Penal deberían ser entendidos interpretando o integrando su contenido con los propios del derecho sustantivo sobre que versa, en armonía con las exigencias de la institución”. Pero éste no fue el criterio seguido por los tribunales penales, que mantuvieron unánimemente el carácter subsidiario de la responsabilidad civil de los entes públicos (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 16 de octubre de 1996), ni tampoco, por supuesto, la solución que finalmente adoptó el Código Penal vigente, que establece la responsabilidad subsidiaria de la Administración³⁹⁵.

Que la cobertura de la Administración sea únicamente subsidiaria (lo que significa que sólo opera en los casos en los que el condenado no puede hacer frente, por su insolvencia, a la indemnización fijada en la sentencia) supone para algunos autores una importante quiebra del principio de responsabilidad directa y objetiva de la Administración³⁹⁶, estaríamos en presencia, por tanto, de una responsabilidad directa de la autoridad o empleado público, sin perjuicio de que el particular se reserve el ejercicio

³⁹⁵ Un estudio pormenorizado sobre la tramitación parlamentaria y las verdaderas intenciones del legislador, puede verse en MARTÍNEZ NOVELLA, S.: “La responsabilidad civil, penal y administrativa de las autoridades y los funcionarios”, Cuadernos de Derecho Local, nº 0, octubre, 2002, págs. 91 a 96.

³⁹⁶ Especialmente crítico se ha manifestado CASINO RUBIO, M.: *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, cit., y también en “El derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración”, cit., págs. 378 y ss. Otros autores como MARTÍN REBOLLO, L. han criticado esta solución, pues el fundamento y la naturaleza de la responsabilidad de la Administración es la misma cuando cubre una actividad delictiva que cuando lo hace sin mediar delito alguno, por ello estiman más razonable la solución que proponía el Proyecto de Código Penal de 1992, que impedía que el juez penal se pronunciara en cualquier modo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, que debía ser pedida, necesariamente y en todo caso, en la vía del procedimiento y la justicia administrativa, en *La responsabilidad patrimonial de las Entidades Locales*, Iustel, Madrid, 2005, págs. 124 a 127. El carácter directo de la responsabilidad de la Administración en caso de delito era propugnado por el Consejo de Estado en su Dictamen de 11 de abril de 1962, tal y como recuerda BARCELONA LLOP, J.: “La responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales”, cit., pág. 385 y ss., cuando se ocupa de este asunto y al que la solución del Proyecto de Código Penal de 1992 también la parecía más satisfactoria. En el mismo sentido CUETO PÉREZ, M.: *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, cit., pág. 511, para quien la excepción a la regla general carece de fundamento jurídico, pues para la autora, la responsabilidad de Administración es una responsabilidad directa sea su origen y no debería de existir ninguna quiebra a este principio que viene exigido por el propio artículo 106.2 de la Constitución, pues “nada justifica que cuando el particular se reserve la acción de responsabilidad para ejercerla ante la jurisdicción contenciosa la Administración responda de forma directa y, si ejerce de forma conjunta las dos acciones ante la jurisdicción penal, la responsabilidad tenga carácter subsidiario”.

de la acción y solicite la indemnización a la Administración en el correspondiente proceso administrativo, de conformidad con el procedimiento regulado, en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de Responsabilidad Patrimonial. Independientemente de que tampoco compartamos la solución adoptada por el Código Penal, debemos advertir que la misma parece obedecer, una vez más, a disuadir a la víctima de acudir a otras vías distintas de la jurisdicción contencioso-administrativa para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública³⁹⁷, por cuanto la responsabilidad subsidiaria implicaría una menor protección de la víctima.

A esta finalidad disuasoria parece responder también la letra del art. 121 del Código Penal cuando habla de “los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos”, sin mencionar las faltas³⁹⁸. Como trata de demostrar MARTÍNEZ NOVELLA mediante el estudio de los trabajos parlamentarios, la omisión de la referencia a las faltas no es una “omisión involuntaria” del legislador, como sostuvo una parte de la doctrina al poco de promulgarse el Código Penal, sino que responde a un deseo manifiesto y deliberado de aquel³⁹⁹. A pesar de lo cual el Tribunal Supremo se pronunció en algunos *obiter*

³⁹⁷ Es de todos conocido que se ha abusado de la vía penal con la única pretensión de conseguir una condena indemnizatoria. Como señala DOMÉNECH PASCUAL, la mayor rapidez de ésta, la resonancia mediática de los juicios penales, que pueden presionar a los jueces a favor de las víctimas; la circunstancia de que los jueces penales puedan ser más generosos que los del contencioso-administrativo; la posibilidad de ejercer una mayor presión sobre el servidor público e indirectamente sobre la Administración, a fin de forzar un acuerdo sobre la acción civil a cambio de reducir las peticiones relativas a la acción pena; el convencimiento de que la instrucción penal permite obtener pruebas de una manera más fácil y económica; y el hecho de que a muchos abogados les resulte más familiar la vía penal que la contencioso-administrativa; ha provocado citando a Pantaleón Prieto “una espuria utilización del proceso penal con miras puramente indemnizatorias”, en “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., pág. 128.

³⁹⁸ Vid. MARTÍNEZ NOVELLA, para quien la mención en el art. 121 del Código Penal únicamente de los delitos dolosos o imprudentes supone una “omisión, de resultados incoherentes, que algún autor, generosamente, atribuye a un lapsus del legislador, pero que en realidad responden al deseo de evitar que la vía penal se utilice para obtener “fines” que deberían ser exigibles de forma mucho más directa y, además deberían ser obtenidos de una manera más rápida y eficaz por otra vía jurisdiccional, concretamente la contencioso-administrativa”, en “La responsabilidad civil, penal y administrativa de las autoridades y los funcionarios”, cit., pág. 84.

³⁹⁹ MARTÍNEZ NOVELLA, S.: “La responsabilidad civil, penal y administrativa de las autoridades y los funcionarios”, cit., pág. 86. Como analiza la autora (y nosotros sintetizamos), el proyecto de ley presentado previó inicialmente la responsabilidad subsidiaria de la Administración por los daños causados por sus autoridades, agentes o funcionarios declarados penalmente responsables de los delitos o faltas dolosos. Los distintos grupos parlamentarios presentaron enmiendas por entender que la exclusión de las faltas imprudentes situaba en una posición de privilegio a la Administración, sin embargo el Grupo socialista, que presentaba el proyecto, argumentó que la opción presentada respondía a un deseo deliberado de evitar el abuso de la vía penal, con fines exclusivamente resarcitorios. No obstante, advierte, se reconoce una cierta debilidad en el precepto en la medida que muchas veces no es fácil establecer la barrera entre un delito doloso y otro culposo, por lo que finalmente se vota una enmienda transaccional del propio grupo socialista, votada favorablemente por el resto de grupos, en la que se

dicta a favor de una interpretación en sentido amplio entendida como infracción penal, ya se trate de la comisión de delitos en sentido estricto o faltas, a partir de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 11 de enero de 1997 (RJ 1997/1128)⁴⁰⁰. De modo que, como demuestra DOMÉNECH PASCUAL, tras algunos titubeos iniciales de las audiencias provinciales que negaron la posibilidad de que el art. 121 del Código Penal incluyera las faltas, finalmente los órganos jurisdiccionales penales condenan subsidiariamente a la Administración por daños derivados de la comisión de simples faltas⁴⁰¹, contando con el respaldo del Tribunal Supremo, cuya jurisprudencia se ha ido consolidando en pronunciamientos que abordaban ya específica y principalmente el problema⁴⁰². Sin embargo, señala el autor, “la letra de la ley, la voluntad del

terminó sustituyendo la expresión “delitos o faltas dolosos”, por la definitiva de “delitos dolosos o culposos”, que finalmente ve la luz, desapareciendo cualquier mención a las faltas. Por lo que, la autora finalmente concluye, “lo cierto es que el legislador del Código penal de 1995 quería decir exactamente lo que dijo, es decir, que en el proceso penal, sólo entrará en juego la responsabilidad subsidiaria del Estado y otros entes públicos, en el supuesto de que el personal a sus servicio sea condenado criminalmente por razón de delito doloso o culposo, pero nunca entrará en juego esa responsabilidad subsidiaria en caso de faltas”.

⁴⁰⁰ Así, señala en su fundamento jurídico séptimo, que “*el silencio de este artículo 121.1 sobre las faltas no implica necesariamente su exclusión a efectos de la responsabilidad civil subsidiaria por tales infracciones criminales leves. El nuevo Código, al igual que los anteriores, ofrece numerosas muestras de utilización del vocablo «delito» como sinónimo de infracción criminal. Véanse, por todos, el párrafo primero del número 4.º del artículo 130, en relación con el artículo 639 y el número 5.º del repetido artículo 130, o los artículos 80.4 y 86. En igual dirección cabe aducir el argumento de que, si ahora se incluyen de modo expreso los delitos culposos, con más razón deben incluirse también -desde la perspectiva de la responsabilidad civil subsidiaria- las faltas dolosas que pueden ocasionar mayores daños y perjuicios. La exégesis deberá practicarse precepto por precepto, acudiendo no sólo al criterio gramatical, sino también al lógico y al sistemático, y sin olvidar dos directrices básicas: de un lado, el valor que el artículo 3.1 del Código Civil atribuye a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, con atención fundamental al espíritu y finalidad de aquéllas; y de otro, que no se está en presencia de disposiciones penales (aunque se ubiquen en el Código Penal), sino de un artículo de naturaleza civil, lo que permite una interpretación extensiva, conforme a la línea seguida por el Tribunal Supremo para objetivar al máximo esa misma responsabilidad civil subsidiaria en el marco del artículo 22 del Código Penal de 1973. No sería por tanto incorrecta la exégesis favorable al entendimiento amplio del vocablo «delito» en el artículo 121 del Código de 1995*”. En idénticos términos las Sentencias de 26 de septiembre de 1997 (RJ 1997/6366) y de 24 de octubre de 1997 (RJ 1997/7290)

⁴⁰¹ DOMÉNECH PASCUAL, G.: “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., pág. 129, entre las primeras, el autor cita las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona de 18 de febrero de 1999, la de la Audiencia Provincial de Badajoz de 15 de mayo de 2000, la de la Audiencia Provincial de Valladolid de 19 de septiembre de 2000, la de la Audiencia Provincial de Salamanca de 21 de noviembre de 2000, la de la Audiencia Provincial de Burgos de 10 de diciembre de 1999; mientras que admiten la responsabilidad subsidiaria de la Administración derivada de las faltas las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias de 24 de julio de 2000, la de la Audiencia Provincial de Alicante de 29 de octubre de 2001, la de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2001, la de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de octubre de 2004, la de la Audiencia Provincial de Segovia de 31 de julio de 2007, así como la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de junio de 2006.

⁴⁰² En sentencias de la Sala de lo Penal de 19 de febrero de 2003 y 6 de febrero de 2007, vid. DOMÉNECH PASCUAL, G.: “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., págs. 129 y 131. Los argumentos para defender esta tesis son expuestos por el autor, aludiendo a las diferentes sentencias que los esgrimen, y coincide con Martínez Novella en que la tramitación parlamentaria no deja lugar a dudas de la voluntad del

legislador democrático y sus razones justificativas eran inequívocas”, por lo resulta muy discutible la jurisprudencia expuesta, concluyendo que los “Tribunales ordinarios deben acatar las leyes, a cuyo imperio están sometidas. Si las consideran inconstitucionales, pueden y deben elevar la correspondiente cuestión, más no inaplicarlas lisa y llanamente”⁴⁰³.

Ahora bien, la misma actuación de la autoridad o el empleado público puede generar la responsabilidad directa de la Administración, ya que el art. 121 del Código Penal permite a la víctima reclamar de conformidad con lo regulado la Ley 30/1992, de hecho, su art. 146.2 contempla la posibilidad de que el procedimiento de responsabilidad contra la Administración se tramite de forma paralela al proceso penal, cuya exigencia no suspenderá el procedimiento de responsabilidad patrimonial que se instruya, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sean necesarios para fijar la responsabilidad patrimonial⁴⁰⁴. Todas las posibilidades que permiten estos preceptos son analizadas minuciosamente por el Consejo de Estado en la Memoria del Alto Órgano Consultivo del año 1999, a la que nos remitimos⁴⁰⁵.

La coexistencia de dos regímenes procesales y sustantivos de responsabilidad de la Administración constituye, para REBOLLO PUIG, una fuente de numerosos problemas y dudas difíciles de desentrañar. Considera, entre otras cosas, que “es extraordinariamente complicada y confusa la relación entre la acción de responsabilidad administrativa *ex delicto* del art. 121 del Código Penal ejercida en la vía penal y la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración del art. 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ejercida en vía administrativa y contencioso-administrativa cuando media delito de los funcionarios, autoridades o empleados públicos de cualquier tipo. La admisión o no de su ejercicio simultáneo o sucesivo, la existencia o no de litispendencia y de cosa

legislador. Vid. al respecto, GUARDIOLA GARCÍA, J.: “Significado de la expresión “delitos dolosos o culposos” del art. 121 del Código Penal: comentario a los pronunciamientos del TS”, *Revista General de Derecho*, año LVII (2001), nº 678-679.

⁴⁰³ DOMÉNECH PASCUAL, G.: “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., pág. 131.

⁴⁰⁴ Sin embargo para DOMÉNECH PASCUAL esta solución tampoco estaría exenta de inconvenientes, “pues encierra el peligro de que se efectúen apreciaciones contradictorias de los mismos hechos, supone una duplicación de esfuerzos y, sobre todo, priva a ciertas víctimas de una vía rápida y económica de obtener la reparación de los daños sufridos”, en “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., pág. 156.

⁴⁰⁵ Concretamente en el apartado V de la Memoria de ese año titulado “Responsabilidad civil subsidiaria derivada de delito”, págs. 172 a 197.

juzgada de las sentencias de una de las jurisdicciones para la otra, la compatibilidad o no de las indemnizaciones y, en su caso, las formas de armonizarlas son sólo los problemas de un panorama oscuro y desconcertante”⁴⁰⁶.

Para el autor, la solución pasaría por establecer un único régimen de responsabilidad extracontractual de la Administración, el de la responsabilidad directa, regulada en la Ley 30/1992, que debe ser el único aplicable aún cuando haya delito de los funcionarios o autoridades, suprimiendo el actual régimen de responsabilidad subsidiaria previsto en el art. 121 del Código Penal. Esta propuesta supone, por tanto, la eliminación de la posibilidad de acumular la acción civil a la penal, pero nada impediría en consecuencia que, incluso simultáneamente al proceso penal, se sustanciara la vía administrativa y contencioso-administrativa para declarar la responsabilidad de la Administración y hasta para ejercer la acción de regreso contra el funcionario⁴⁰⁷. En la misma línea de unificar la competencia jurisdiccional de todos los supuestos relativos a la responsabilidad de la Administración ante el orden contencioso-administrativo, se sitúa GAMERO CASADO, quien afirma que con ello se evitaría la incursión de sus fallos en una espiral de garantismo, provocada por la actitud posibilista de los restantes órdenes jurisdiccionales, promoviéndose la edificación de una jurisprudencia coherente y sistematizada acerca de los criterios y técnicas de imputación⁴⁰⁸.

Que la responsabilidad de la Administración debería ser directa, incluso cuando los hechos constituyan delito o falta y aún cuando la competencia para declarar la responsabilidad se atribuya a la jurisdicción penal⁴⁰⁹, es también la opinión de

⁴⁰⁶ REBOLLO PUIG, M.: “Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en SÁINZ MORENO, F. (Dir.): *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004, pág. 230.

⁴⁰⁷ REBOLLO PUIG, M.: “Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en SÁINZ MORENO, F. (Dir.): *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, cit. págs. 231 y 232. Naturalmente, afirma, la reforma en este sentido habría de completarse con otras modificaciones, como las referentes al cómputo del plazo de prescripción, o a la vinculación o no de hechos probados, o a la posibilidad de que el juez penal instara a la Administración a la iniciación del procedimiento administrativo de responsabilidad y a la acción de regreso.

⁴⁰⁸ GAMERO CASADO, E.: “Las transformaciones del sistema de la responsabilidad administrativa extracontractual”, en AA.VV.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado. III Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía (noviembre de 1997)*, cit., pág. 50.

⁴⁰⁹ Vid. CASINO RUBIO, M.: *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, cit., págs. 332 y ss., que propone mantener la posibilidad de acumulación de la acción penal y civil, unificando el Derecho sustantivo, de manera que sería la Administración la que respondería de forma directa y no subsidiaria de los daños causados por el personal a su servicio, y se evitaría el inconveniente de que la conducta finalmente no fuese constitutiva de infracción penal, pues la Administración respondería igualmente si la víctima acredita que ha sufrido un daño como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

DOMÉNECH PASCUAL, no sólo porque sea la solución preferible por las víctimas, que pueden cobrar más fácilmente sus indemnizaciones, sino porque, de acuerdo con la tesis que él defiende y que posteriormente expondremos, la regla de la responsabilidad civil personal de autoridades y empleados públicos es normalmente perjudicial para los intereses generales que la Administración representa⁴¹⁰.

Igualmente crítica, pero con una solución alternativa, MARTÍNEZ NOVELLA considera que el legislador del Código Penal de 1995 perdió una oportunidad histórica para desplazar la responsabilidad civil a su sede natural, esto es, el Código civil donde, en opinión de la autora, deben y de hecho se residencian las “responsabilidades civiles”, remitiendo por otro lado, a las respectivas leyes reguladoras de la materia cuando se trate de la exigencia de responsabilidad de las Administraciones públicas o del personal a su servicio o de las autoridades públicas⁴¹¹.

Por otro lado, tampoco faltan voces en contra de la cobertura por parte de la Administración de la responsabilidad civil de los delitos dolosos de sus funcionarios al considerar que ésta debería estar exenta de responsabilidad en caso de delito doloso producido con ocasión del servicio, pero cuya actuación está motivada por una decisión unilateral y personal del agente, y en absoluto precisa para dar cumplimiento a la misión que le está confiada⁴¹².

En cualquier caso, dado que la legislación positiva establece la responsabilidad subsidiaria de la Administración por los daños derivados de los delitos dolosos y culposos, incluso admitida jurisprudencialmente, como acabamos de ver, la responsabilidad subsidiaria derivada de las faltas cometidas por las autoridades y

Se evita de esta forma el peregrinaje hacia otras vías jurisdiccionales, pero con esta solución se corre el riesgo, según DOMÉNECH PASCUAL, G.: “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., pág. 157, de hacer la vía penal todavía más atractiva para las víctimas, pues el riesgo de tener que iniciar un nuevo procedimiento si los hechos no fueran considerados delictivos desaparecería, con lo que no se ejercería sobre ellas efecto disuasorio alguno. Por lo que, señala este autor, probablemente se agravaría la utilización espuria del proceso penal, propiciando un aumento del número de agentes públicos injustamente condenados al banquillo.

⁴¹⁰ DOMÉNECH PASCUAL, G.: “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., pág. 157.

⁴¹¹ MARTÍNEZ NOVELLA, S.: “La responsabilidad civil, penal y administrativa de las autoridades y los funcionarios”, cit., 85.

⁴¹² MORROS SARDA, J.: “Un aspecto de la limitación de la responsabilidad patrimonial de la Administración (Un aspecto especial de responsabilidad patrimonial del Estado. Daños producidos por delitos cometidos por agentes del orden público en el ejercicio de sus funciones)”, en *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, nº 44-45, 1976.

personal a su servicio, como consecuencia del desempeño de sus funciones, nos preguntamos si sería posible, en este caso, el ejercicio de la acción de regreso por parte de la Administración que ha indemnizado al particular. Es evidente que la asunción o cobertura por la Administración de la responsabilidad civil de los funcionario en vía penal no les exonera de la misma, sino que, aunque el ordenamiento jurídico penal no contempla específicamente esta posibilidad, no cabe duda de que la repetición está amparada en el principio general del Derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto, que sería el que obtiene el condenado cuando su responsabilidad civil es satisfecha por un tercero, en este caso la Administración⁴¹³. En este sentido BARCELONA LLOP, señala que, a la vista de lo dispuesto en el art. 145.1 de la Ley 30/1992, parece que el presupuesto de la repercusión es que se haya pagado a consecuencia de una reclamación formulada de conformidad con los cánones del sistema administrativo de responsabilidad patrimonial extracontractual, sin embargo, no piensa que esa sea la interpretación más adecuada porque, aunque es cierto que el art. 145.1 evoca el régimen de responsabilidad administrativa directa, el ejercicio de la acción de regreso requiere que la Administración haya indemnizado, y la Ley no prejuzga el orden jurisdiccional en que haya podido ser condenada al abono⁴¹⁴.

Admitida, pues, la acción de regreso, las dudas se suscitan, para algunos autores, en relación con el procedimiento de repetición, es decir, si debe ejercitarse ante el orden jurisdiccional civil o seguir la vía administrativa que establece el art. 145 de la ley 30/1992⁴¹⁵.

⁴¹³ Salvo, considera MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, cuando la propia Administración condenada como responsable civil subsidiaria hubiese asumido la defensa técnica del empleado por estimar que su actuación fue conforme al ordenamiento, con independencia del parecer de los Tribunales, ya que en este caso no parece muy oportuno el ejercicio de la acción de regreso, en “Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, AAVV: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, cit., pág. 1075.

⁴¹⁴ Es claro para el autor que éste no puede ser el civil [arts. 2.e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial], pero sí el penal, BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 49. Igualmente considera que procede la acción de regreso, cuando la Administración ha sido condenada al pago como responsable civil subsidiaria en vía penal, MARTÍN REBOLLO, L.: “La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)”, en *Derecho y Salud*, Vol. 9, nº 1, enero-junio, 2001, pág. 16.

⁴¹⁵ Para MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J.I.: “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, cit. pág. 262, el problema que se plantea es, si dicha repetición se ha de verificar mediante la instrucción del procedimiento administrativo correspondiente o, por el contrario, se debe iniciar un procedimiento civil con el objeto de repetir (Dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 25 de agosto de 1994),

Desde luego, una reclamación de la Administración frente al funcionario en vía civil, no haría sino crear más confusión y controversia, en la, ya de por sí problemática, regulación actual, no olvidemos que estamos hablando del pago por parte de la Administración de una indemnización (si bien, de forma subsidiaria) a un particular, por los daños sufridos como consecuencia del funcionamiento de un determinado servicio público (aunque la actuación que ha dado lugar a los mismos sea constitutiva de infracción penal), lo que encaja perfectamente en el art. 145.2 de la Ley 30/1992, por ello consideramos que al tratarse de una acción en manos de la Administración frente a la autoridad o funcionario causante del perjuicio, debe seguirse la vía administrativa prevista al efecto en el art. 21 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, pues de lo contrario, éste podría responder frente a la Administración de los daños ocasionados por conductas culposas o negligentes leves (en vía civil no se exige la gravedad de la culpa), lo que iría en contra no sólo del principio de igualdad, sino de lo preceptuado por el propio ordenamiento jurídico administrativo. Así lo aplican las Sentencias de la Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 1999 (RJCA/1999/4454) y 6 de octubre de 2000 (JUR/2000/312209), en las que la Administración ejercita la acción de regreso regulada en el art. 145.2 de la Ley 30/1992, tras ser condenada al pago de unas cantidades en concepto de responsabilidad subsidiaria del Estado en proceso penal por los delitos de detención ilegal y falta de imprudencia con resultado de lesiones cometidos por parte de dos guardias civiles.

1.4. Necesidad de que el particular dirija directamente su reclamación frente a la Administración pública cuyo funcionamiento ha causado el perjuicio.

Llegados a este punto y superada la polémica planteada por la redacción original de los artículos 145 y 146 de la Ley 30/1992, respecto de la posibilidad de que el particular perjudicado tuviese la opción de dirigir su reclamación, bien frente a la Administración

inclinándose por esta última opción por ser más coherente con el ordenamiento jurídico al no estar específicamente contemplada, en consecuencia considera que las Administraciones dispondrían de un plazo de 15 años para ejercitar la acción de repetición. Vid. igualmente, PÉREZ MARTÍNEZ, D.: “La responsabilidad civil derivada del delito”, en DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Dir.): *Manual de responsabilidad pública. Homenaje a Pedro González Gutiérrez-Barquín.*, cit., pág. 691, para quien no puede negarse el derecho de repetición en los casos de dolo o imprudencia grave porque ello supondría una vulneración del principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto, acción que deberá ejercitarse el orden jurisdiccional civil, “salvo que, solicitada simultáneamente o sucesivamente indemnización en vía penal y administrativa, esta última haya sido atendida en primer lugar, en cuyo caso la Administración podrá utilizar el procedimiento administrativo previsto en los artículos 145 de la LRJPAC y 19 a 21 del RPR”. Si por el contrario se acude a la vía civil, el autor considera aplicable el plazo de quince años para el ejercicio de la acción, que se contará desde el momento que el condenado recupere su solvencia (arts. 1964 y 1969 del Código Civil).

en cuya organización se inserta el autor material del daño, bien directamente frente al mismo en la vía civil o, contra ambos de forma simultánea⁴¹⁶, veamos qué puede hacer el particular dañado en sus bienes o derechos por la actuación de un funcionario público.

La redacción del art. 145.1 y la modificación del art. 146.1 por la Ley 4/1999, que además deroga de forma expresa la Ley de 5 de abril de 1904 y el Reglamento de 23 de septiembre del mismo año, no ha dejado lugar a dudas respecto de la imposibilidad de que el perjudicado pueda dirigirse directamente contra el autor del daño. La propia exposición de motivos de la Ley 4/1999 establece que, de esta forma se “estaba clarificando el régimen instaurado por la Ley 30/1992, de exigencia directa de responsabilidad a la Administración”. Esta es la argumentación de la tan comentada sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2006, que considera que dicho derecho de opción fue suprimido por la redacción originaria de la Ley 30/1992⁴¹⁷.

El art. 145 de la Ley 30/1992 dispone al efecto que *“para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”*, luego, para reclamar los daños que la actuación del personal al servicio de las Administraciones públicas ocasione a los particulares, éstos deberán dirigirse necesariamente a la Administración en vía administrativa o contencioso-administrativa, en su caso, siendo ésta la única vía de exigencia de responsabilidad patrimonial, al margen, como ha quedado expuesto, de la vía penal.

El hecho de que la llamada acción directa del particular frente al funcionario haya desaparecido supone, para algunos autores, la eliminación en la práctica de la única vía (a excepción de la responsabilidad civil derivada del delito ante la jurisdicción penal y de la responsabilidad contable por el manejo de caudales y efectos públicos) por la que, en nuestro país, se ha exigido la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas por los daños ocasionados a los particulares,

⁴¹⁶ Vid. MIR PUIGPELAT, O.: “La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 1999, pág. 49 y ss.

⁴¹⁷ MIR PUIGPELAT, O.: “Sin opción. Comentario a la STS, 1ª, 17.2.2006, por la que se niega el derecho de opción de las víctimas de exigir responsabilidad civil a los funcionarios públicos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria”, cit., pág. 4.

es decir, la jurisdicción civil. Este hecho fue duramente criticado por un sector de la doctrina que, consciente de que la acción de regreso no se ejercitaba, consideró que supondrá la absoluta impunidad *de iure* de los responsables materiales del daño⁴¹⁸.

Sin embargo, pensamos que el legislador no ha querido con ello mermar las garantías de los particulares⁴¹⁹, siempre tan importantes en este ámbito, sino que la finalidad de impedir que los particulares puedan exigir responsabilidades a los funcionarios en vía civil responde fundamentalmente, a evitar que dicha jurisdicción resuelva este tipo de reclamaciones⁴²⁰, y que sea únicamente la jurisdicción contencioso-administrativa la competente en esta materia porque, además, admitir lo contrario supondría no sólo que dos jurisdicciones distintas (tres, si tenemos en cuenta la penal) conozcan sobre dicha responsabilidad patrimonial, sino que el régimen aplicable es sustancialmente distinto⁴²¹.

De hecho, en algunos casos en que ha existido una sentencia civil declarando la responsabilidad de una autoridad o empleado público por los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos se ha dado la paradoja de que el propio funcionario declarado responsable civil y que, por tanto, ha tenido que pagar la

⁴¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, pág. 424, aunque reforma de la Ley 4/1999 ha rectificado este planteamiento, obligando a la administración a ejercer de oficio la acción de regreso. Para GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 606, la existencia de esa acción directa habría podido contribuir, al menos teóricamente, a articular una vía de control social de las actuaciones de los funcionarios y, sobre todo, de las autoridades políticas que dirigen unas Administraciones públicas en las que los niveles de profesionalidad dan la sensación de haber retrocedido en los últimos años, a favor de una mayor politización en los niveles de decisión.

⁴¹⁹ Para MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit. págs. 96 y 97, la supresión del derecho de opción de la acción directa de la víctima contra el funcionario o agente no ha de ser valorada negativamente, por diversas razones: por un lado, no perjudica a la víctima, que dispondrá siempre de la posibilidad de reclamar la indemnización a la Administración, más solvente y sometida a un régimen de responsabilidad objetiva; además, con ello se impide que se utilice la acción de responsabilidad civil como manera de presión y chantaje sobre los funcionarios, por parte de los administrados que quieran tener un trato de favor de la Administración; y, finalmente, la eliminación de la acción directa no conlleva la irresponsabilidad del funcionario o agente causante del daño, que podrá responder frente a la Administración mediante el ejercicio de la acción de regreso.

⁴²⁰ Y que con ello pueda atraer a ese orden jurisdiccional, como responsable solidario a la Administración pública, GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., págs. 606 y 607.

⁴²¹ No olvidemos que en los supuestos de responsabilidad patrimonial por los daños producidos como consecuencia de la asistencia sanitaria, podían ser hasta cuatro las jurisdicciones que se declaraban competentes, la civil, la social, la penal y la contencioso-administrativa. Vid. sobre dicha problemática GALLARDO CASTILLO, M^a J.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 45 a 46, en especial la cita a pie de página número 91 donde la autora realiza un análisis de la abundante bibliografía sobre la jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial; y también GALLARDO CASTILLO, M^a J. (Dir.): *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, La Ley, Madrid, 2011.

indemnización al perjudicado, reclame de la propia Administración en la que se integra las cantidades por él satisfechas (en una especie de acción de repetición, a la inversa) por entender que no concurre alguno de los requisitos imprescindibles de los que se hace depender su responsabilidad personal.

Este es el supuesto llevado a consulta del Consejo de Estado, dictamen 835/2003, de 24 de julio de 2003, en el que el Secretario de Estado de Hacienda declarado responsable civil (sorprendentemente ante la jurisdicción civil), por unas declaraciones vertidas en una rueda de prensa⁴²², presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial y subsidiariamente por enriquecimiento injusto por parte de la Administración. En él, el Alto Órgano Consultivo entiende que, puesto que la conducta achacable al Secretario de Estado se enmarca dentro del funcionamiento de los servicios públicos⁴²³, habrá que dilucidar si concurren los requisitos señalados en el art. 145.2 de la Ley 30/1992 (redactado conforme a la Ley 4/1999) por cuanto esta *“regla de derecho viene a decir en el presente caso que si la actuación del Secretario de Estado de Hacienda (al efectuar las imputaciones genéricas a dos funcionarios del Catastro de Gerona) hubiese constituido una acción dolosa o gravemente negligente, resultaría personalmente responsable el titular de esa Secretaría de Estado, quien habría de responder con su propio patrimonio de la condena impuesta en vía civil”*.

⁴²² En las que sin dar nombres, pero citando sus puestos de trabajo, se alude a unas presuntas actuaciones irregulares por parte de ciertos funcionarios del Catastro, que finalmente no fueron expedientados. Los funcionarios consideran vulnerado su derecho al honor y reclaman la responsabilidad civil, no de la Administración, sino del Secretario de Estado en vía civil. Aunque la sentencia del Juzgado de 1ª instancia de Madrid desestima la demanda presentada por los funcionarios agraviados, en apelación es revocada por la Audiencia Provincial en sentencia de 17 de abril de 1996, condenando al Secretario de Estado a indemnizarlos. La Sentencia dictada en casación por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en fecha 20 de diciembre de 2001, declaró no haber lugar al recurso.

⁴²³ Al respecto señala que *“tampoco es dudoso afirmar que como consecuencia del funcionamiento del servicio público se produjo una lesión de un bien protegido jurídicamente, como es el derecho al honor, y que estos hechos se inscriben en el esquema que el derecho administrativo establece para la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, según establece el art. 139.1 de la Ley 30/1992.*

El daño alegado cumple también con los requisitos de “ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado”.

Pudieron, por tanto, los funcionarios que padecieron la intromisión ilegítima en el derecho a su honor, haber reclamado directamente de la Administración General del Estado la correspondiente indemnización. Sin embargo optaron por acudir a la jurisdicción ordinaria para exigir -no de la Administración Pública sino del titular del órgano que produjo el daño- la correspondiente reparación. La elección de esta vía, que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha considerado como adecuada, no es obstáculo para examinar si el detrimento económico que la condena en vía civil ha producido en el patrimonio particular del Sr. puede tener a su vez la consideración de “lesión indemnizable”, en virtud del carácter objetivo de la responsabilidad administrativa. Será lesión indemnizable -el pago del importe de la condena- si se considera que ese pago viene a ser consecuencia de la actuación del servicio público y que el Sr. no tiene el deber jurídico de soportarlo en su patrimonio personal de acuerdo con las normas del Derecho Administrativo”.

El Consejo de Estado señala que el Tribunal que impuso la condena en el orden civil apreció la existencia de mera "culpa leve", y que *“examinada la conducta del reclamante desde la perspectiva del instituto de la responsabilidad patrimonial en Derecho Administrativo, puede afirmarse con seguridad que no se está ante un caso de dolo o negligencia grave, que pudiera enervar la reclamación presentada en aplicación del principio sentado en el art. 145.2 de la Ley 30/1992. O dicho de otra forma, que pudiera llevar a la conclusión de que ha de ser el titular del órgano cuya actuación produjo el daño, como persona privada, quien tenga el deber jurídico de soportar una lesión producida por el funcionamiento de los servicios públicos”*. Por lo que finalmente concluye que *“en el caso que se dictamina no parece que pueda estimarse ningún género de dolo ni de negligencia grave que pueda fundamentar el deber de soportar sobre su patrimonio personal las consecuencias de una acción netamente administrativa y que, por tanto, se debe resarcir al reclamante del importe efectivamente abonado a los Sres. y según lo establecido en la Sentencia civil, confirmada por el Tribunal Supremo”*.

En definitiva, el régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos no puede hacerse depender de la vía civil o administrativa que conozca de la reclamación, pues ello abocaría, como en el supuesto expuesto, a que el funcionario en los casos en que no concurren los requisitos exigidos por la ley se viera obligado al incómodo trance de plantear una reclamación de responsabilidad frente a la propia Administración⁴²⁴.

Coincidimos, pues, con las reflexiones de GARCÍA-ÁLVAREZ, para quien la

⁴²⁴ Algún supuesto podemos encontrar en el que el funcionario o autoridad declarado responsable civil en el orden penal, solicita le sea devuelta por la Administración la indemnización que ha tenido que abonar al particular, como consecuencia de los daños ocasionados al mismo. Es el caso resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Galicia de 25 de noviembre de 1998 (RJCA\1998\4731), en la que se desestima el recurso interpuesto por un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía contra la resolución de la Dirección General de Policía que desestima la petición del condenado (por una falta de lesiones, a la vez que ha indemnizar pecuniariamente al lesionado por los daños ocasionados al mismo en acto de servicio), sobre el abono de la indemnización que hubo de satisfacer al lesionado. En este caso el Tribunal considera en su fundamento jurídico tercero que el art. 145.1 permite la exigencia directa a la Administración de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio, en cuyo caso, *“si la Administración hubiere indemnizado directamente a los lesionados, puede repetir contra sus autoridades y demás personal a su servicio si hubieran incurrido en dolo, culpa o negligencia grave (art. 145.2), con lo cual se evidencia que en dichas hipótesis la responsabilidad final radica en el funcionario. Correlativamente, si el funcionario, ya ha sido condenado a abonar la indemnización al perjudicado, lógicamente no podrá repetir contra la Administración, máxime cuando no se ha hecho ninguna declaración de responsabilidad en cuanto a ella, pues de ese modo se constata que sólo al funcionario corresponde el pago, precisamente por la concurrencia de su acción dolosa”*.

supresión de la acción directa del particular contra el funcionario, tiene en último término como finalidad evitar a toda costa las demandas a la Administración ante la jurisdicción civil, aunque también evitar el grave malestar de determinadas categorías de funcionarios⁴²⁵. De hecho todos los esfuerzos legislativos se han centrado en declarar la competencia exclusiva de la Jurisdicción contencioso-administrativa respecto de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, aún cuando se demande conjuntamente a la Administración con un sujeto privado, ya sea un contratista, una compañía aseguradora, o una tercera persona (art. 9.4 Ley Orgánica del Poder Judicial).

Cuestión distinta es que se admitiera legalmente una acción directa del particular frente al funcionario o agente en vía contencioso-administrativa, en cuyo caso se aplicaría el régimen de la responsabilidad patrimonial regulado en la Ley 30/1992. Para evitar los inconvenientes que supondría para el lesionador el hecho de que no se cumplan los requisitos que determinan la responsabilidad del funcionario o agente, la acción directa podría plantearse junto con la reclamación a la Administración. También sería posible que el funcionario fuera obligado a pagar cuando, en un procedimiento de responsabilidad frente a la Administración se deduzcan indicios de una posible conducta dolosa o culposa grave y se le llame como parte interesada al mismo, (arts. 31 y 34 de la Ley 30/1992 y 21.b) de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Pero como reconoce la doctrina, se trata de una posibilidad aún lejana tal y como está configurado el actual proceso contencioso-administrativo.

1.5. La contratación de seguros por parte de la Administración para cubrir la responsabilidad patrimonial de sus empleados.

Hemos hecho referencia a la cobertura por parte de la Administración de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal a su servicio, pero no es infrecuente que la propia Administración, a su vez, contrate seguros que cubran la responsabilidad civil o patrimonial de sus empleados públicos, en definitiva, la suya

⁴²⁵ De hecho, el autor pone de manifiesto que, en realidad, las acciones contra funcionarios no comenzaron a proliferar hasta que, al amparo del principio de continencia de la causa y de la *vis atractiva* de la Jurisdicción civil, los órganos del orden civil empezaron a declararse competentes para conocer de las demandas dirigidas conjuntamente contra la Administración y el funcionario. Por lo que la demanda contra el funcionario, podría considerarse como secundaria, instrumental, incluso como una argucia procesal, GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 607.

propia pues *de facto* es ella quien responde directamente ante el particular lesionado en sus bienes o derechos por la actuación de aquellos⁴²⁶.

La contratación de seguros de responsabilidad patrimonial por parte de las Administraciones es un fenómeno que para algunos autores supone la evolución natural de los acontecimientos, de forma que, a finales del siglo pasado, se generalizaba la práctica de asegurar la responsabilidad extracontractual de la Administración⁴²⁷. Este fenómeno enseguida propició la aparición de nuevos problemas, que pronto desató el interés de la doctrina ante la aplicación práctica de un contrato de seguro de responsabilidad civil difícilmente compatible en algunos aspectos con el régimen jurídico-administrativo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas⁴²⁸. Sin duda, el tema del aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración merece un tratamiento mucho más profundo y minucioso del que ahora podemos dispensarle, y que nos desviaría de nuestro objeto de estudio por ello, quede dicho de antemano, únicamente nos detendremos en los problemas que dicho régimen de aseguramiento presenta en relación con la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas.

El hecho de que la Administración contrate este tipo de seguros, fundamentalmente en el ámbito sanitario, docente, fuerzas y cuerpos de seguridad, pero no solo, plantea

⁴²⁶ La cobertura legal de esta práctica se proporcionó por medio de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, al establecer su Disposición Adicional tercera la posibilidad de concertar seguros que cubra la responsabilidad civil profesional del personal técnico al servicio de la Administración del Estado, y posteriormente a través de la Disposición adicional sexta de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, en relación con la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas. Sobre la necesidad de habilitaciones legales para este tipo de seguros, vid. HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 79 a 81, y 85 a 86. Un estudio sobre los seguros en general puede verse en NÚÑEZ LOZANO, M^a C.: *Ordenación y supervisión de los seguros privados*, Marcial Pons, 1998.

⁴²⁷ GAMERO CASADO, E.: “El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración”, QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales. Tomo I*, 2^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 221 a 223.

⁴²⁸ Entre los trabajos que se ocuparon del tema, pueden citarse, GAMERO CASADO, E.: “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n^o 103, 1999; HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas*, cit., y del mismo autor, “El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 3/2003; MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M.C.: *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, Atelier, Barcelona, 2002; ARQUILLO COLET, B.: “Seguro de responsabilidad patrimonial de la Administración pública sanitaria”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho* 1/2004; GAMERO CASADO, E.: “Los seguros de responsabilidad patrimonial de la Administración: recientes pactos y reformas”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n^o 3, 2004; ARQUILLO COLET, B.: *Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, Atelier, Barcelona, 2008.

una contradicción entre lo que se pretende y lo que finalmente puede llegar a ocurrir. Nos explicamos, lo que se busca con el aseguramiento de la responsabilidad de la Administración y su personal es una mayor eficacia y una mejor y más rápida cobertura de los lesionados, pero presenta el inconveniente de que los empleados públicos, al verse cubiertos en su actuación por el seguro, disminuyan el deber de cuidado en la prestación del servicio, por lo que el número de reclamaciones podría aumentar considerablemente, con el consiguiente aumento de la póliza. No debemos olvidar que como recuerda CUETO PÉREZ “una de las funciones más importantes de la responsabilidad de la Administración es incrementar la eficacia en la prestación de servicios, y ese objetivo debe mantenerse en todo momento para no atrofiar el sistema”⁴²⁹. Ello supone, para algún autor, que se reduce de esta forma la función preventiva de la responsabilidad civil, en el sentido de que el sujeto perderá el miedo a causar daños, porque él no tendrá que pagarlos⁴³⁰.

En cualquier caso, no podemos obviar que el seguro produce una modulación de las funciones de reparación y prevención asignadas a la responsabilidad⁴³¹, no obstante, para PEÑA LÓPEZ la perturbación que para algunos autores implica la presencia del seguro, porque difumina la capacidad preventiva de la acción de regreso al reducir las posibilidades de hacer pagar el daño a quien es personalmente responsable del mismo, olvida que la responsabilidad civil es ante todo un mecanismo de administración del daño, y que la manera en que cada régimen de responsabilidad civil administra el perjuicio extracontractual se explica en función de ciertos fines específicos que el legislador ha intentado satisfacer en cada caso, entre ellos la prevención, pero también la socialización o el aseguramiento de una indemnización para la víctimas⁴³².

Lo cierto es que la contratación de este tipo de seguros por parte de la Administración para cubrir la responsabilidad civil de sus funcionarios plantea una serie de problemas derivados de la propia indeterminación de la normativa aplicable al

⁴²⁹ CUETO PÉREZ, M.: *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, cit., págs. 412 y 413.

⁴³⁰ MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit. pág. 119, aunque, señala el autor, no se elimina del todo, ya que las primas se incrementaran al año siguiente en caso de causar daños, e incluso en caso de dolo, la aseguradora podría repetir contra el asegurado, además también se pueden establecer franquicias.

⁴³¹ MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Hacia un nuevo sistema*, cit., pág. 152.

⁴³² PEÑA LÓPEZ, F.: “La vía de regreso: un medio a disposición de la Administración Pública (y su aseguradora) para exigir responsabilidad civil a su personal”, cit., pág. 24.

respecto, entre otros, la dudosa legalidad de su propia existencia⁴³³.

En primer término, se trata de cubrir una responsabilidad que el asegurado normalmente no paga sino que será la Administración la que, en la mayor parte de los casos, pague el precio de la póliza, de esta forma la Administración asegura su propia responsabilidad, pues como sabemos debe responder directamente de los daños y perjuicios ocasionados por la actuación del personal a su servicio, en este sentido el tomador de la póliza será la Administración que a la vez sería el sujeto asegurado, sin embargo, la práctica demuestra que en muchas ocasiones la Administración aparece como tomadora del seguro, y como asegurados tanto la propia Administración como su personal⁴³⁴. En estos casos la Administración estaría asegurando la responsabilidad de los funcionarios frente a ella misma, lo que para algún autor podría considerarse contrario a lo dispuesto en el art. 145.2 de la Ley 30/1992, en la medida que obliga a ésta a ejercer de oficio la acción de regreso⁴³⁵.

Pero además, cuando la Administración contrata un seguro de responsabilidad civil y la indemnización por los daños ocasionados por el funcionario es finalmente abonada por la compañía aseguradora, se plantea la duda de si podría la Administración ejercitar la acción de regreso contra el funcionario personalmente responsable de los mismos.

⁴³³ Y lo mismo en el supuesto de que la Administración pretenda asegurar la responsabilidad del personal por los daños y perjuicios ocasionados a sus propios bienes o derechos (art. 145.3 de la Ley 30/1992), vid. al respecto HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas*, cit., págs. 83 a 85. Para el autor un seguro de estas características podría ser contratado por los funcionarios, de modo individual o colectivo, sin ningún problema jurídico, pero su contratación por la Administración estaría desactivando uno de los mecanismos de garantía de que dispone, la responsabilidad civil de sus funcionarios, con lo que no se estaría favoreciendo el interés público, que precisamente es un requisito que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas impone a todo contrato de las Administraciones, art. 4 (téngase en cuenta ahora, el art. 25.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

⁴³⁴ Para GAMERO CASADO, E.: “El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración”, QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales. Tomo I*, cit., pág. 247, el asegurado debe ser única y exclusivamente la Administración, quien responde frente a terceros de los daños ocasionados por su personal, lo que resuelve los problemas de orden ético que representaría el aseguramiento por parte de la Administración, y con cargo a los fondos públicos, de la responsabilidad personal de éstos. El aseguramiento de la propia responsabilidad de la Administración permite superar otro de los problemas que plantea la regulación de este tipo de contratos, es el derivado de la prohibición del art. 19 de la Ley de Contrato de Seguro de cubrir mediante pólizas de seguros los daños causados dolosamente.

⁴³⁵ Tesis defendida por GARCÍA MORALES, J. M^a: “Notas sobre el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las entidades locales”, citada por HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas*, cit., pág. 85, cuya argumentación para el autor es irrelevante, en la medida en que la responsabilidad civil no es un mecanismo sancionador con el que la Administración pretende dirigir sus servicios, sino una técnica dirigida a la reparación de un menoscabo patrimonial, cuya finalidad se logra con independencia de cuál sea el patrimonio del que procede en última instancia la indemnización.

La respuesta a este interrogante parece ser negativa, ya que, como enseguida veremos, el presupuesto ineludible para que la Administración pueda ejercer la acción de regreso es el previo pago de la indemnización⁴³⁶; por lo que si la Administración no ha pagado, sino que la indemnización la ha hecho efectiva la aseguradora, es claro que aquella no pueda ejercer la acción de regreso⁴³⁷. Siendo así, la pregunta sería si puede, entonces, la aseguradora repercutir lo pagado al funcionario causante personal del daño.

El art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro, establece que “el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización”, sin embargo el párrafo tercero del mismo establece que el asegurador “no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante del siniestro que sea....”, excepto “si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro”. Esto significa que el asegurador no tiene derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den lugar a responsabilidad del asegurado, salvo que la responsabilidad provenga de dolo, o tenga asegurada su propia responsabilidad⁴³⁸.

Por lo que se refiere a la conducta del autor material del daño, el supuesto de conducta dolosa sería el único en el que la aseguradora podría ejercer la acción de regreso contra el funcionario, pero no cuando se aprecie culpa o negligencia graves⁴³⁹. De ahí que para algunos autores la posición del funcionario asegurado sale reforzada, ya que la aseguradora sólo podrá repercutir contra él cuando ha actuado dolosamente, a diferencia de lo que sucede con la acción administrativa de regreso, para cuyo ejercicio

⁴³⁶ En este sentido BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., págs. 50 a 51.

⁴³⁷ HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M.: “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en DE FUENTES BARDAJÍ, J. y otros: *Manual de responsabilidad pública.*, cit., pág. 272.

⁴³⁸ En contra de esta posibilidad se manifiesta HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M.: “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en DE FUENTES BARDAJÍ, J. y otros: *Manual de responsabilidad pública.*, cit., pág. 272, al considerar que tampoco cabría acción de regreso de la compañía aseguradora en el caso exceptuado en el mismo artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, “pues aceptar lo contrario sería tanto como reconocer a las compañías aseguradoras una acción que, en principio, se niega al resto de los perjudicados...ya lo hayan sido por dolo o culpa”.

⁴³⁹ SÁNCHEZ CALERO, F.: “Comentario al artículo 43”, en *La Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 659, admite que en casos de culpa o negligencia grave, no cabe la subrogación de la aseguradora, a pesar de que perviva la vía de repetición del asegurado contra su dependiente.

bastan culpa o negligencias graves⁴⁴⁰. Estas consideraciones vuelven a poner de manifiesto nuevamente las disfunciones de una regulación incompleta en materia de aseguramiento de la responsabilidad civil de la Administración, que mezcla aspectos del sistema jurídico-administrativo regulado en la Ley 30/1992, con los aspectos que derivan de la naturaleza privada del contrato de seguro.

Pero las dudas que planean sobre el aseguramiento de la responsabilidad del personal al servicio de la Administración no acaban a aquí, sino que, admitiendo el derecho de la aseguradora a ejercer la acción de regreso contra el funcionario o agente personalmente responsable del perjuicio ocasionado mediante una conducta dolosa, ¿seguiría siendo preceptiva la tramitación del procedimiento administrativo previsto en el art. 145.2 de la Ley 30/1992 y 21 del Reglamento de responsabilidad patrimonial?, ¿se tendrían que aplicar los criterios establecidos en el art. 145.2 de la misma? La doctrina en este punto parece inclinarse mayoritariamente por la aplicación del procedimiento administrativo de responsabilidad previsto por la Ley 30/1992, salvo alguna excepción que de inmediato comentamos.

En opinión de GAMERO CASADO⁴⁴¹, para el ejercicio efectivo de la subrogación, parece que debe reconocerse a la aseguradora el derecho a iniciar el procedimiento previsto en el art. 145.2 de la Ley 30/1992 mediante una reclamación, aún cuando tal posibilidad no esté prevista ni en la propia Ley ni en el real Decreto 429/1993, de 26 de

⁴⁴⁰ En este sentido, BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 51, afirma que de ello resulta una mayor protección para el funcionario cuya Administración haya contratado una póliza de seguro, frente a otro que no esté asegurado. Igualmente, para GAMERO CASADO, E.: “El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración”, QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales. Tomo I*, cit., pág. 271, la iniquidad del enriquecimiento injusto de la Administración podría obviarse privándola de la vía de regreso, por ausencia del supuesto de hecho, esto es, la indemnización no ha sido abonada por ella, sino por la aseguradora. En este caso, señala, la conducta culposa de la autoridad o del personal de la Administración quedaría impune desde el punto de vista patrimonial, puesto que no soporta bajo ningún concepto las consecuencias de su acción culposa, ni mediante el pago de la indemnización (que satisface la aseguradora), ni tampoco de la prima del seguro (que corre por cuenta de la Administración). Incluso para HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M.: “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en DE FUENTES BARDAJÍ, J. y otros: *Manual de responsabilidad pública.*, cit., pág. 293, en los casos en que la Administración tuviere concertado un contrato de seguro y la compañía aseguradora hubiere indemnizado a un tercero, y puesto que en su opinión no cabe la acción de regreso ni de la Administración ni de la compañía aseguradora, la única reacción posible de la Administración pública será de tipo disciplinario, si a ello hubiere lugar.

⁴⁴¹ GAMERO CASADO, E.: “El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración”, QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales. Tomo I*, cit., págs. 272 a 273.

marzo⁴⁴², cita para ello la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2005, en la que declara que el ejercicio de la vía de regreso debe hacerse por la aseguradora tramitando el procedimiento de responsabilidad previsto en la Ley 30/1992⁴⁴³.

En contra respecto del procedimiento, se manifiesta PEÑA LÓPEZ, para quien la compañía aseguradora de la Administración podrá subrogarse en las acciones y derechos que a la Administración correspondan frente a las personas responsables del daño que ha indemnizado, hasta el límite de la indemnización, y siempre que se cumplan los requisitos, por ello el ejercicio de estas acciones y derechos por la aseguradora de la Administración se efectuará a través del proceso civil que corresponda (ya que estamos ante una acción ejercitada por un particular contra otro particular, nacida de un contrato que la Ley califica de “civil”) y su contenido económico, no irá más allá de las cantidades abonadas por la aseguradora a los perjudicados⁴⁴⁴. Y puesto que el art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro admite la subrogación contra las personas cuyos actos u omisiones den origen responsabilidad del asegurado, en los casos de dolo, el inconveniente criticado por la doctrina, que resulta de la aplicación de un distinto régimen de responsabilidad, es un corolario necesario de la introducción de la lógica propia del mecanismo del seguro en un sistema de responsabilidad subjetivo como es el del personal al servicio de la Administración⁴⁴⁵.

Sin embargo, HUERGO LORA, considera que el art. 43 de la Ley de Contratos permite al asegurador subrogarse en la posición jurídica que tenga el asegurado (la Administración) contra el causante del daño (el funcionario, autoridad o empleado), por lo que el asegurador no tiene una acción propia contra el causante del daño que le

⁴⁴² Según el autor la resolución expresa o presunta de la misma sería rescindible ante la jurisdicción contencioso administrativa. En contra se manifiesta BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 50, nota al pie 34, al considerar que la aseguradora es un sujeto privado, que se rige por sus propias reglas y cuyas pretensiones resarcitorias deben ventilarse ante la jurisdicción ordinaria de conformidad con los cánones comunes.

⁴⁴³ Igualmente MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M.C.: *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, cit., págs. 97 y ss., si bien consideran que la acción de regreso de la aseguradora cabría también en caso de culpa grave. Sin embargo, DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coord.): *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., pág. 220, en ningún supuesto considera factible “que la acción de regreso como tal se ejercite por la aseguradora si no es ante los tribunales civiles”.

⁴⁴⁴ PEÑA LÓPEZ, F.: “La vía de regreso: un medio a disposición de la Administración Pública (y su aseguradora) para exigir responsabilidad civil a su personal”, cit., págs. 21 y 22.

⁴⁴⁵ PEÑA LÓPEZ, F.: “La vía de regreso: un medio a disposición de la Administración Pública (y su aseguradora) para exigir responsabilidad civil a su personal”, cit., pág. 22 y ss.

permita demandarlo civilmente, sino que ante la imposibilidad de subrogarse en la posición de la Administración en un procedimiento administrativo, tiene que instar a ésta para que inicie el ejercicio de la acción de regreso contra el funcionario⁴⁴⁶. Para CARAZA CRISTÍN, lo correcto sería que en el procedimiento iniciado de oficio por la Administración se emplazase a la aseguradora en su condición de interesada, para su personación en el mismo y el reintegro de lo abonado⁴⁴⁷. No faltan quienes proponen soluciones salomónicas, de modo que para MIR PUIGPELAT, la acción de regreso debería corresponder a la Administración cuando el daño derive de culpa grave, y a la aseguradora cuando el funcionario haya ocasionado el daño de forma dolosa⁴⁴⁸.

Debe notarse que las disquisiciones doctrinales comentadas discurren por el ámbito de lo que podría ser a falta, claro está, de una regulación absolutamente necesaria y demandada por esa misma doctrina que trate de dar respuesta a los problemas existentes, ya no exclusivamente procesales, sino sustantivos, en la medida que afectan al núcleo mismo de la institución de la responsabilidad personal de los empleados públicos, y que vuelven a situar al personal al servicio de las Administraciones que cuentan con un seguro de responsabilidad en una situación de absoluta impunidad, pues en estos casos no existe una respuesta legislativa contundente, que les haga responder de sus actos, ni frente a la Administración, ni frente a la aseguradora, a la que, en caso de poder repercutir lo indemnizado por ella “el negocio le sale poco menos que redondo”⁴⁴⁹. Situación que, como hemos advertido en múltiples ocasiones, mal se compadece con un Estado en que debe primar la eficacia en el funcionamiento de los

⁴⁴⁶ HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, cit., págs. 192 a 193, además considera que, aunque la vía judicial civil es igual de garantista para el funcionario que la vía administrativa, el contrato de seguro no puede derogar el art. 145.2 de la Ley 30/1992, y por tanto no cabe transformar la acción administrativa de regreso en una acción civil del asegurador contra el funcionario. De tal forma, afirma, que si la Administración se niega a iniciar el procedimiento, o no entrega al asegurador la indemnización que haya podido obtener del ejercicio de la acción de regreso, estaría incumpliendo sus obligaciones contractuales y por tanto podría ser demandada en vía civil.

⁴⁴⁷ CARAZA CRISTÍN, M^a. M.: “El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: ¿un tema completamente resuelto tras la reforma de la Ley Orgánica 19/2003?”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n^o 54, 2004, en el caso de que la Administración no lo haga de oficio, la compañía aseguradora sí podría instar a la Administración el inicio del procedimiento.

⁴⁴⁸ MIR PUIGPELAT, O.: “La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, n^o 6/2003, págs. 22 y 23, nota al pie 55, cuya propuesta presenta las ventajas de reconocer el ejercicio de la acción de regreso a la aseguradora sólo en caso de que hayan ocasionado el daño de forma dolosa o tengan asegurada su propia responsabilidad, y respecto del ejercicio de la acción de regreso por parte de la Administración en caso de culpa o negligencia grave en la conducta del autor del daño, no comportaría el enriquecimiento injusto de la misma, puesto que previamente ha pagado la póliza del seguro.

⁴⁴⁹ BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 51.

servicios públicos, se hace ineludible una reforma legislativa en este ámbito.

2.- LA ACCIÓN DE REGRESO.

2.1. Configuración legal y fundamento.

La acción de regreso es el mecanismo jurídico del que dispone la Administración para determinar la responsabilidad patrimonial que corresponde a las autoridades y personal a su servicio y resarcirse de la indemnización que previamente ha abonado a los particulares como consecuencia de los daños y perjuicios irrogados a los mismos, derivados de su actuación dolosa, culposa o negligente graves, teniendo en cuenta la aplicación de una serie de criterios.

Como ha quedado patente en el estudio de la evolución histórica del régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, la acción de regreso cuenta en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo con una cierta tradición legislativa, así es regulada por primera vez en el art. 410.1 de la Ley de Régimen Local de 1950 y también, aunque de manera un tanto imprecisa, en el art. 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa, posteriormente completado por el art. 135. 1 y 2 del Reglamento de desarrollo de la misma, y en el ámbito de la Administración del Estado la acción de regreso se regula en el art. 42.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. En estos textos se contempla la misma como un mecanismo más para exigir la responsabilidad de los funcionarios por los daños ocasionados a los particulares frente a la propia Administración que les ha indemnizado, ya que convive con la acción directa que el perjudicado puede ejercitar frente al funcionario presuntamente causante del perjuicio.

Sin embargo, debemos recordar que actualmente la configuración legal de dicha acción, la consagra como única vía para exigir responsabilidad patrimonial del personal al servicio de la Administración por los daños ocasionados a terceros –con la salvedad, claro está, de la responsabilidad civil declarada en vía penal-, pues el art. 145.1 de la Ley 30/1992 señala que “[p]ara hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente de la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios de los daños causados por las autoridades y personal a su servicio”, de modo que, de conformidad con el apartado 2º del mencionado precepto, cuando la Administración

correspondiente “hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca”. El párrafo segundo del art. 145.2 añade que “[p]ara 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”.

Estamos en presencia de lo que la doctrina denomina “responsabilidad indirecta del funcionario”, en el sentido de que éste no responde directamente frente al particular lesionado. Como sabemos responde directamente la Administración en la medida que el particular no puede exigir del funcionario su responsabilidad patrimonial, de modo que la responsabilidad del funcionario lo es frente a la propia Administración por la indemnización que ésta previamente ha satisfecho y siempre que en la conducta del funcionario pueda apreciarse dolo, o culpa o negligencia graves.

En el Derecho Civil la acción de repetición es una manifestación de los principios generales de la responsabilidad civil extracontractual, de forma que se recoge en casi todos los textos legales donde se regula la responsabilidad por hecho ajeno y que, con carácter general, contempla el art. 1904 del Código Civil⁴⁵⁰. Este precepto señala que “[e]l que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho”, por ello algunos autores han querido ver en la acción de regreso de la Administración un trasunto de este precepto.

Sin embargo, estimamos que en modo alguno puede equipararse a la acción de regreso contemplada en el art. 1904 del Código civil (empresario-dependiente⁴⁵¹) con la contemplada en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, y ello porque la Administración no es, ni puede equiparse a una empresa privada, tiene que servir a determinados fines constitucionales, para lo cual dispone de una serie de poderes

⁴⁵⁰ Vid. al respecto ROCA I TRIAS, E.: “La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 51, nº 1, 1998.

⁴⁵¹ Aunque tampoco en este ámbito se ejercita con demasiado éxito, vid. al respecto BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, págs., 354 y 355; y DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2/2008, págs. 9 y 10.

exorbitantes de los que carecen los sujetos privados, a la vez que sus empleados están sometidos también a una serie de deberes y obligaciones más estrictos que los de cualquier persona⁴⁵². En este sentido, tampoco son equiparables las funciones del personal al servicio de la Administración, que en todo caso han de servir a los intereses generales, con las de los dependientes de una empresa privada, aún cuando tengan asignados el ejercicio de ciertos servicios de carácter público. Se trata de una institución jurídico-administrativa, con una naturaleza igualmente pública de carácter patrimonial, que se rige por principios ya consolidados en nuestra jurisprudencia.

Sin embargo, no se trata una de una opinión pacíficamente compartida, sino que algunos ven en la acción de repetición una naturaleza distinta, y aunque no compartamos esta posición, sí nos parece interesante el planteamiento. Así, para PEÑA LÓPEZ⁴⁵³ lo determinante es encontrar la razón que justifica la posibilidad de repetir o, lo que es lo mismo, la naturaleza de la acción de regreso, pues de ella depende por completo el régimen jurídico que resulta aplicable. De manera que, para el autor, son tres las posibilidades que se abren: a) considerar que la vía de regreso constituye un supuesto de responsabilidad extracontractual (regido por los arts. 1902 del Código civil y concordantes en lo no regulado por la Ley 30/1992) y que la Administración puede repetir del personal a su servicio porque éste la ha ocasionado un daño al margen de cualquier relación jurídica previa existente entre ambos; b) considerar la vía de regreso como una manifestación concreta de la subrogación por pago (a la que se aplicarían los arts. 1.158 y ss. y 1.902 y ss. del Código civil), en cuyo caso la Administración puede repetir de su dependiente a causa de que ha abonado una deuda que no era suya, sino de la persona a su servicio; y c) concebir la vía de regreso como un supuesto de responsabilidad obligacional (arts. 1.101 y concordantes del Código civil) lo que legitimaría a la Administración a repetir lo abonado del dependiente porque éste ha incumplido obligaciones previas que mediaban entre él y la Administración, de las que se ha derivado un daños para los intereses de la misma.

Pues bien, considera PEÑA LÓPEZ, que de estas posibilidades las dos primeras deben quedar excluidas⁴⁵⁴, por lo que teniendo en cuenta la existencia de relaciones

⁴⁵² SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función Pública*, cit., pág. 50.

⁴⁵³ PEÑA LÓPEZ, F.: “La vía de regreso: un medio a disposición de la Administración Pública (y su aseguradora) para exigir responsabilidad civil a su personal”, cit., pág. 7.

⁴⁵⁴ La primera, porque considera que la vía de regreso no puede constituir un régimen de responsabilidad extracontractual, habida cuenta de que la Administración que la ejerce no ha sido la víctima (la única

jurídicas de naturaleza personal (derivadas de una relación estatutaria, o de una relación contractual, civil o mercantil o laboral) entre la Administración Pública y el personal a su servicio, “lo más adecuado es considerar a la vía de regreso como una manifestación de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de obligaciones preexistentes y, por ende, sujeta al régimen común de los arts. 1.101 y ss. del Código civil”. La consideración de la acción de regreso como una responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones, le permite explicar tanto el motivo de su existencia como las especialidades de su régimen jurídico⁴⁵⁵.

No creemos, sin embargo, que la naturaleza de la acción de regreso regulada en el art. 145.2 de la Ley 30/1992 sea, en primer término, civil, y mucho menos de carácter obligacional, no podemos perder de vista que es la Administración la que actúa, ciertamente a través de su personal, pero el daño patrimonial es fruto de una responsabilidad extracontractual, cuyos requisitos y fundamento están regulados por el Derecho Administrativo, y que los daños lo son a los bienes y derechos de los particulares. La responsabilidad patrimonial surge de la relación entre Administración-particular, no de la relación entre Administración-funcionario. Lo que permite repercutir lo que ya ha satisfecho la Administración es que, en esa relación vicaria, ésta no tiene por qué soportar finalmente el resultado de una conducta dolosa o negligente grave de su personal, pues en definitiva está cubriendo una responsabilidad en realidad personal.

Desgraciadamente, tenemos pocos pronunciamientos jurisprudenciales acerca de la

víctima es quien haya sido dañado en sus bienes o derechos por la conducta de la persona al servicio de la Administración), en cuanto a la segunda posibilidad, también la desecha porque la Administración al ejercer la acción de regreso ni ha abonado una deuda ajena, porque ella ha sido declarada responsable, ni tampoco posee frente al sujeto pasivo de la deuda (la persona a su servicio) los mismos derechos y facultades de los que es titular el perjudicado, PEÑA LÓPEZ, F.: “La vía de regreso: un medio a disposición de la Administración Pública (y su aseguradora) para exigir responsabilidad civil a su personal”, cit., pág. 7

⁴⁵⁵ Así, afirma “su existencia encuentra su fundamento en el incumplimiento, por parte del personal, de obligaciones nacidas de su vinculación con la Administración (surgidas de la relación estatutaria en el caso de los funcionarios, o de la relación laboral, civil o mercantil en los demás supuestos). El incumplimiento de estas obligaciones ha provocado un daño a la Administración (ha tenido que abonar una indemnización a un tercero por causa de la actuación incumplidora de la persona a su servicio) y, por tanto, puede reclamar la indemnización de ese daño a quien, incumpliendo las obligaciones que tenía para con ella lo ha ocasionado. Para exigir esta responsabilidad por incumplimiento, la Ley ha establecido un mecanismo especial de responsabilidad civil: la vía de regreso, cuyas reglas modifican, en parte, el régimen general de responsabilidad por incumplimiento del Código civil, pero que respetan en lo esencial su régimen de presupuestos y su estructura jurídica”, PEÑA LÓPEZ, F.: “La vía de regreso: un medio a disposición de la Administración Pública (y su aseguradora) para exigir responsabilidad civil a su personal”, cit., pág. 8.

acción de regreso que arrojen algo de luz sobre su conceptualización⁴⁵⁶, a lo que habría que añadir que, en realidad, su configuración legal no se corresponde con la que le otorga, en ciertos dictámenes, el Consejo de Estado, ni algunos de los escasos pronunciamientos judiciales al respecto. En este sentido podemos encontrar algún dictamen del Alto Órgano Consultivo, así como alguna de las pocas sentencias que versan sobre la misma, que estiman estamos en presencia de una acción de regreso cuando nosotros consideramos que, en puridad, no se trata de una acción de regreso, no al menos como está regulada legalmente; sino que, en realidad, se trataría del ejercicio de la acción directa que posee la Administración por los daños ocasionados en sus bienes o derechos, regulada en el art. 145.3 de la Ley 30/1992. Veamos por qué decimos esto.

El art. 145.1 y 2 de la Ley 30/1992 exige, respecto de la llamada acción de regreso, un procedimiento de responsabilidad patrimonial previo en el que la Administración ha debido indemnizar a un particular por los daños irrogados como consecuencia de la actuación de su personal, en el ámbito de lo que, como hemos afirmado, podría considerarse un funcionamiento anormal de los servicios públicos. Téngase en cuenta que el apartado primero del mencionado artículo señala que “[p]ara hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título”, esto es, la responsabilidad patrimonial de la Administración pública por el funcionamiento de los servicios públicos; sin embargo, encontramos algún pronunciamiento judicial, en el que se habla de acción de regreso, aún cuando no ha existido un expediente previo de responsabilidad de la Administración, sino una obligación de indemnización derivada otros motivos.

Ocurre que en ocasiones, la Administración es demandada, incluso ante otros órdenes jurisdiccionales⁴⁵⁷, como consecuencia de la adopción por la misma de decisiones ilegales tales como incumplimiento de contratos, o despidos improcedentes, llevados a cabo por órganos administrativos, cuya resolución obliga a la Administración

⁴⁵⁶ Tradicionalmente la doctrina cita la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 13 de enero de 1989 (RJ 1989/387). Las escasas sentencias que abordan la acción de regreso proceden en la mayor parte de los casos de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, además de alguno de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo bastante interesantes, por cierto, por lo excepcionales en la materia.

⁴⁵⁷ Téngase en cuenta que no nos referimos, en ese momento, a procedimientos de responsabilidad patrimonial tramitados ante otros órdenes jurisdiccionales como el civil (por ejemplo, cuando se demandaba conjuntamente a la Administración y al funcionario o autoridad), o ante la jurisdicción social, que señalaba su competencia en algunos casos de responsabilidad en materia sanitaria.

a indemnizar a los lesionados por los daños y perjuicios que tales decisiones les hayan podido ocasionar. Dichas indemnizaciones derivan, no de un previo procedimiento administrativo o proceso jurisdiccional de responsabilidad patrimonial frente a la Administración en el que se determine la indemnización que el funcionamiento anormal de los servicios públicos haya causado, sino que son la consecuencia de la obligación de reparar los perjuicios derivados tales actuaciones ilegales, ventiladas por razón de la materia en otros órdenes jurisdiccionales distintos del contencioso-administrativo, o en propio contencioso-administrativo, pero no como consecuencia de un procedimiento de responsabilidad.

Qué duda cabe, que cuando la Administración ha tenido que desembolsar una determinada cuantía como consecuencia de una actuación ilegal imputable personalmente a una persona a su servicio, no tiene por qué sufrir las consecuencias, máxime si su conducta es dolosa, culposa o negligente grave, es decir, no tiene por qué soportar ese daño que, entendemos, sería un daño a sus bienes y derechos, es decir, un daño patrimonial (el abono de una indemnización por despido improcedente o por incumplimiento de contrato, por ejemplo); lo que permitiría igualmente a la Administración dañada exigir la responsabilidad de la autoridad o funcionario personalmente responsable, pero no por la vía del art. 145.2, sino por la del art. 145.3 de la Ley 30/1992, es decir, de la acción directa que el ordenamiento jurídico prevé para resarcirse de los daños ocasionados a la propia Administración como consecuencia de la actuación de sus autoridades y demás personal a su servicio. Así lo entiende con toda naturalidad la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 4 de mayo de 2005 (JUR\2005\192529), en la que declara conforme a Derecho el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Villanueva de Gallego, respecto de la declaración de responsabilidad patrimonial por los perjuicios ocasionados como consecuencia del despido de una funcionaria efectuado por el entonces Alcalde, declarado nulo judicialmente. El Tribunal considera de aplicación el art. 20.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que se refiere a la responsabilidad que la Administración pública puede exigir de oficio de sus autoridades y personal a su servicio por los daños y perjuicios causados a la misma mediando dolo, culpa o negligencia grave.

Sin embargo, la Sentencia del Juzgado de los Contencioso-Administrativo de

Melilla de 23 de febrero de 2010 (JUR\2010\124135)⁴⁵⁸, en la que el daño se produce a raíz de que el Juzgado de lo Social declara improcedentes unos despidos⁴⁵⁹, cuya consecuencia fue el pago de unas indemnizaciones por parte de la Ciudad Autónoma de Melilla, reconoce en su fundamento jurídico cuarto que “[e]l daño no solamente puede ser producto de que previamente la Administración haya tramitado un procedimiento de responsabilidad patrimonial, sino también como hemos dicho como consecuencia de daños a bienes propios, y que también puede ocurrir por indemnizaciones que la Administración haya tenido que abonar por haber sido condenada en cualquiera de las jurisdicciones civil, social, contencioso-administrativa o como responsable civil subsidiaria en la penal”⁴⁶⁰.

Como puede apreciarse, en la misma se reconoce que, en realidad, la indemnización que la Administración ha tenido que abonar procede, no de un expediente previo de responsabilidad patrimonial, sino de otro proceso judicial cuya resolución ha obligado a la Administración a indemnizar a terceras personas, pero nótese, que esas terceras personas no son “particulares”, sino que son personas vinculadas de alguna forma con la Administración (trabajadores, contratistas, arrendatarios...). Sin embargo, a pesar de reconocer indirectamente que se trata de daños a *bienes propios*, sigue aplicando el art. 145.2 y no, como estimamos sería lo correcto, el art. 145.3 de la Ley 30/1992.

Mucho más explícito es el Dictamen del Consejo de Estado 909/2007, de 12 de julio de 2007 que aborda, entre otros aspectos, este tema y que lo resuelve prácticamente en los mismos términos que criticamos. En este asunto los daños se producen en el seno de una relación contractual entre un doctor, Coronel Jefe del

⁴⁵⁸ La Sentencia, aunque procedente de un Juzgado, tiene el valor de ser de las pocas en las que se estudia a fondo todos los requisitos de la acción de regreso. Un comentario a la misma puede verse en la *Revista de Estudios Locales*. Cunal, nº 130, mayo, 2010, pág. 102.

⁴⁵⁹ La Sentencia del Juzgado de lo Social de Melilla señala que la contratación que hizo por el, entonces, Consejero de Medio Ambiente, con determinadas Cooperativas (con la finalidad de mitigar el paro) era ficticio, reputando que con las Cooperativas se encubría una real prestación de servicios para la Ciudad Autónoma, encubriendo una cesión de trabajadores, cesión que por ello se reputa ilegal. La sentencia entiende que el contrato de servicios con la Ciudad Autónoma de Melilla era ficticio, y que sólo era una tapadera para tener de esa manera empleados a diversas personas y con ello mitigar el paro, por lo que declara los despidos improcedentes y ordena a la Ciudad Autónoma bien la readmisión, o bien la indemnización. Optando ésta por la segunda opción.

⁴⁶⁰ Ya nos hemos referido a las consecuencias que provoca el ejercicio de la acción de responsabilidad civil en un proceso penal, y a la cobertura subsidiaria de la Administración en estos supuestos, así como a la posibilidad y hasta la necesidad del ejercicio de la acción de regreso cuando se den los requisitos previstos en el art. 145.2 de la Ley 30/1992. Pero éste no es el mismo supuesto que los casos a los que ahora nos referimos, pensamos que, en este último inciso, la sentencia comentada está mezclando cuestiones diversas.

Servicio de Cirugía Plástica y una beneficiaria del Régimen de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas por una operación de estética, aunque no estaba incluida entre las prestaciones específicamente cubiertas, siendo condenados por el Juzgado de Primera Instancia de Madrid, conjunta y solidariamente, el doctor y la Administración en aplicación del art. 1.101 del Código Civil (frente a la misma se interpuso por los condenados recurso que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid, y cuyos recursos de casación el Tribunal Supremo declaró no haber lugar). La indemnización fue satisfecha íntegramente por la Administración, que inició un procedimiento administrativo con el fin de ejercer la acción de regreso frente al doctor. Al suscitarse las dudas sobre la conveniencia o no del mismo (nos referimos al procedimiento en vía de regreso), y tras citar textualmente el art. 145.2 de la Ley 30/1992, el Alto órgano Consultivo afirma que *“[l]a previsión legal transcrita, cuyo desarrollo reglamentario se contiene en los artículos 19 a 21 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, está incluida en el Título X de la Ley 30/1992, de modo que una interpretación sistemática de dicha previsión podría conducir a sostener que la utilización de la vía de regreso por la propia Administración se reserva para los casos que ésta hubiera abonado una indemnización en concepto de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, tanto la interpretación literal del apartado examinado -que no establece distinción alguna en que fundar la negación de este cauce procedimental como mecanismo válido para derivar la responsabilidad contractual satisfecha al funcionario incumplidor- como la interpretación teleológica del mismo -de la que resulta la voluntad del legislador de impedir que la Administración soporte los gastos ocasionados por dolo, culpa o negligencia graves del personal a su servicio- permiten concluir afirmando la idoneidad del procedimiento de referencia para ejercer la acción de repetición en supuestos de responsabilidad contractual”*.

No pensamos que sea la solución correcta, pues el art. 145.3 permite sin forzar la letra de la ley depurar responsabilidades por los daños sufridos por la Administración en sus bienes o derechos como consecuencia no sólo de actuaciones materiales de su personal sino también, como tendremos ocasión de comprobar en el siguiente capítulo, los derivados de actuaciones jurídicas de los mismos. Ciertamente, dichas actuaciones han provocado un daño a una persona, a la que no podemos considerar “particular” en el

sentido del art. 139.1 de la Ley 30/1992, pues entre ambos existe una relación jurídica previa, cuyo incumplimiento o actuación irregular por parte de la Administración, tiene como consecuencia el pago de una indemnización, por tanto un daño o perjuicio en su patrimonio, lo que le permite ejercer una acción directa frente al causante de personal que haya obrado con dolo, culpa o negligencia grave, para resarcirse del mismo, creemos que sin posibilidad de modulación.

Pero es que, además, tal y como aparece regulada en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, realmente, la acción de regreso no está configurada estrictamente como una acción de repetición, pues la finalidad no es “recuperar” exactamente lo pagado por la Administración⁴⁶¹; sino que su finalidad es determinar la responsabilidad concreta derivada de la conducta del funcionario o agente teniendo en cuenta diversos factores, en este sentido la responsabilidad en vía de regreso cumple no tanto una función de reparación de un daño, cuanto una función de control de una conducta reprochable. Se trataría con ello de evitar y prevenir actuaciones que suponen un flagrante abandono de las obligaciones que tienen encomendados los servidores públicos⁴⁶². Lo importante, en este caso, no es dejar indemne a la Administración, sino cuantificar la responsabilidad personal del autor material del daño teniendo en cuenta si hubo o no intencionalidad, la diligencia en actuación que cabría exigir teniendo en cuenta las funciones que se le encomiendan (gradación de la culpa o negligencia –ésto lo aplica la jurisdicción contable para diferenciar la culpa grave de la culpa leve-) por lo que la Ley permite una modulación de la indemnización en función de las distintas circunstancias que determinarán su responsabilidad concreta pero, también, con una finalidad disuasoria para prevenir este tipo de actuaciones⁴⁶³.

⁴⁶¹ Afirma BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 55, que la finalidad resarcitoria está ausente en la acción de regreso, a la que es ajena la garantía patrimonial de la víctima, por ello, como la acción de regreso no tiene un postulado resarcitorio “no es irrazonable que para la determinación de la cuantía a exigir al empleado público el legislador habilite la utilización de ciertas reglas que permiten ponderarla”.

⁴⁶² Sobre las funciones de la responsabilidad civil, recordamos que puede verse MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit. págs. 90 a 91; y del mismo autor *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Hacia un nuevo sistema*, cit., *passim*.

⁴⁶³ En este sentido GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., págs. 609 y 610, considera que “los procedimientos de responsabilidad civil, no tienen naturaleza sancionadora, pero la responsabilidad civil siempre ha tenido una función, actualmente secundaria de represión de determinadas conductas antisociales... Por otra parte esa función secundaria está muy presente en la regulación de la responsabilidad civil de los funcionarios: no se puede dar otro sentido a la “ponderación” del porcentaje de daño a repercutir en función de factores

Podría objetarse frente a este planteamiento que en Derecho Administrativo ya existe un sistema que cumple esta función, esto es, el ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la Administración, pero es indudable, que este medio de control (que sí se aplica, aunque quizás no suficientemente) no ha sido efectivo a la hora de prevenir adecuadamente la causación de daños, además, plantea el inconveniente de su ámbito de aplicación circunscrito a los empleados públicos, que podría entenderse en parte superado por la inclusión de un régimen disciplinario en el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (art. 29)⁴⁶⁴. De hecho, el fundamento de la acción de regreso difiere del fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que en último término busca dejar indemne al sujeto perjudicado. La acción de regreso tiene como fundamento intrínseco el principio de eficacia, pero eficacia no sólo en el desenvolvimiento de los servicios públicos (que dependen en gran medida de la actuación de las personas físicas), sino eficacia respecto de la gestión de los recursos humanos, y eficacia también respecto de la gestión llevada a cabo por la clase directiva, como enseguida veremos.

Podemos cuestionarnos si la modulación de la responsabilidad en la acción de regreso está plenamente justificada, o simplemente sirve para acallar la conciencia del legislador, consciente de que los empleados públicos no tienen, en la mayor parte de las ocasiones, la solvencia necesaria para hacer frente a las cuantiosas indemnizaciones de las que, en primer término, tienen que responder la Administración y que les pueden ser reclamadas mediante el ejercicio de la acción de regreso⁴⁶⁵. Este argumento, no parece muy sólido para DOMÉNECH PASCUAL, cuando afirma que “si el objetivo es cobrar la deuda, nada se gana limitando de antemano la cuantía de la indemnización exigible, más bien al contrario. Si lo que se busca es que la Administración se resarza en la mayor medida de lo posible, lo que hay que hacer es exigir la reparación integral del daño, hasta donde lo permita el patrimonio del funcionario. La solución al problema de la insolvencia de los responsables no pasa por limitar el alcance de su responsabilidad”⁴⁶⁶.

como la intencionalidad o el carácter profesional de la culpa grave”.

⁴⁶⁴ Decimos en parte porque en el ámbito de aplicación señalado en el art. 25 del Proyecto de Ley, no podemos entender incluidas a todas las autoridades.

⁴⁶⁵ MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., pág. 109.

⁴⁶⁶ DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, cit., págs. 11 y 12, tampoco se explica por qué se utilizan para moderar la

Nosotros pensamos que sí existe una explicación razonable, e incluso justa, para que la indemnización que ha pagado la Administración no siempre coincida con la que se puede exigir al agente responsable de la misma. No podemos perder de vista que la actuación (u omisión) de un funcionario o agente público en un determinado asunto, puede responder a su sola voluntad, pero no siempre será así, sino que en el complejo ámbito organizativo de las Administraciones públicas, su voluntad estará normalmente condicionada por otros factores que han podido coadyuvar a la causación del daño, como la propia voluntad de compañeros o superiores, los medios técnicos o materiales de que dispone, e incluso financieros, de tal forma que el perjuicio sufrido por el particular, y que ha indemnizado la Administración, puede no ser imputable en su totalidad a la actuación personal del funcionario. Por eso, y en este punto, creemos un acierto del legislador el que la acción de regreso no se configure exclusivamente con una finalidad resarcitoria que pretende recuperar lo ya abonado por la Administración, y que por tanto exista la posibilidad de modular la responsabilidad del empleado público, a pesar del carácter doloso o culposo grave de la actuación, ya que a la misma han podido contribuir otros factores ajenos o no al acto volitivo, no olvidemos que la Administración responde de la totalidad del perjuicio sufrido por el particular, y aunque para depurar la responsabilidad personal de sus autoridades y empleados se requiere un funcionamiento anormal de los servicios públicos, no todos perjuicios derivados de ese funcionamiento anormal pueden ser directamente imputables a la actuación dolosa, culposa o negligente grave de los mismos⁴⁶⁷.

2.2. Carácter obligatorio de la acción de regreso. El problema de la legitimación.

La reforma del párrafo primero del art. 145.2 de la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, de 13 de enero, al imponer como obligatorio el ejercicio de la acción de regreso por parte de la Administración (modificó “podrá exigir” por “exigirá de oficio”), supuso un cambio normativo demandado por la mayoría de la doctrina⁴⁶⁸ aunque, si bien es cierto,

indemnización criterios que nada tienen que ver con la solvencia del deudor, como el grado de intencionalidad, su responsabilidad profesional y su relación con la producción del resultado dañoso. Por lo que considera que la única explicación posible es que “el legislador haya experimentado sensaciones contradictorias ante el problema: es posible que a primera vista considerase justa la acción de regreso, pero también intuyese que algo inicuo había en ella. Y, como seguramente no tenía las cosas muy claras, acabó escogiendo la vía intermedia. La pega es que no siempre las soluciones salomónicas son las más justas”.

⁴⁶⁷ Vid. igualmente GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 567.

⁴⁶⁸ En este sentido BLANQUER CRIADO, D.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones*

recibido también con bastante escepticismo por otro sector doctrinal para el que, el tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del citado precepto, que establece, entre otros, una serie de criterios a ponderar “para la exigencia de dicha responsabilidad”⁴⁶⁹, permitiría matizar dicha obligatoriedad.

De modo que algunos autores ven en la previsión legal de los mencionados criterios otra vía para la no exigencia de responsabilidad al funcionario⁴⁷⁰. Así, en opinión de DOMÉNECH PASCUAL, aún concurriendo los requisitos de la acción de regreso establecidos en el primer párrafo del art. 145. 2 de la Ley 30/1992, las autoridades competentes tienen un cierto espacio de maniobra para decidir ejercerla o no ejercerla en atención a los diversos criterios enunciados en el párrafo segundo. Para el autor estos criterios deben ser ponderados para decidir si se exige o no se exige responsabilidad al funcionario, con independencia de que también lo sean a la hora de precisar la cuantía concreta de la indemnización que en su caso se le reclame⁴⁷¹.

Sin embargo, no compartimos esta idea, ya que la Administración, al menos en el plano teórico, debe ejercer la acción de regreso siempre que pueda identificar al autor del hecho lesivo y cuando en su conducta se aprecie al menos culpa o negligencia graves⁴⁷²; lo que a nuestro entender, permite el párrafo segundo del citado precepto, es

públicas. Ponencia especial de Estudios del Consejo de Estado, cit., pág. 114, señalando respecto de la redacción originaria del art. 145.2 de la Ley 30/1992, que “podría considerarse la conveniencia y oportunidad de transformar en preceptivo y obligatorio el ejercicio de esa acción de regreso”.

⁴⁶⁹ Citando expresamente entre otros criterios a tener en cuenta, 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.

⁴⁷⁰ Entre ellos, MARTÍN REBOLLO, L.: *La responsabilidad patrimonial de las Entidades Locales*, cit., pág. 129, al afirmar que si para exigir la responsabilidad se ponderan criterios como los allí expuestos (resultado, intencionalidad...) quiere decirse que la ponderación puede concluir en la no exigencia de la responsabilidad, o al menos la exigencia parcial, lo que en su opinión, desmiente un tanto la “obligatoriedad” del primer enunciado.

⁴⁷¹ DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, cit., pág. 8, quien resume la opinión doctrinal al respecto, citando los autores que comparten la misma consecuencia.

⁴⁷² Así, antes de que la reforma del art. 154.2 de la Ley 30/1992 estableciese la obligatoriedad de su ejercicio por parte de la Administración, DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit., pág. 351, proponía que la normativa precisase, “algunos supuestos en los 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 fijado 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

modular la cuantía a indemnizar, o bien exculpar de responsabilidad al funcionario, si de la tramitación del expediente administrativo se deduce, por ejemplo, que no se da el elemento subjetivo de la culpa grave o que existe algún supuesto que exonere su responsabilidad⁴⁷³.

En este mismo sentido, respecto de la obligatoriedad de su ejercicio por la Administración, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 4 de enero de 2000 (RJCA\2000\656) cuando señala que *“tras la modificación de dicho artículo 145.2 por la referida Ley 4/1999 se alude ya al deber de la Administración de “exigir de oficio” la mencionada responsabilidad. La exégesis de tales preceptos, incluso antes de la corrección efectuada, conduce en opinión de la Sala a la conclusión de que la utilización del tiempo verbal “podrá” no puede interpretarse según hace la Administración demandada, como la atribución de una facultad ejercitable discrecionalmente, sino como expresión del reconocimiento legal del derecho de la Administración para reclamar, por vía de regreso, frente a la autoridad o funcionario causante del daño, siempre que en su actuación pueda apreciarse la concurrencia de dolo o negligencia grave; de tal modo que si tras la instrucción del oportuno expediente, llega a tal conclusión no puede dejar a su libre arbitrio la decisión de exigir o no la pertinente responsabilidad, sino que, en la medida en que es gestora de intereses públicos, viene obligada a su exigencia, en cuanto titular de ese **derecho-deber** legalmente atribuido y finalmente puesto claramente de manifiesto por la nueva redacción del repetido artículo 145.2 de la Ley 30/1992”*.

En definitiva, pensamos que la Administración sí queda obligada legalmente a ejercer de oficio la acción de regreso, cuestión distinta es la posible valoración negativa que merece la indeterminación de dichos criterios de ponderación. Sin embargo, los problemas se plantean cuando, como es lo habitual, dicha acción no se ejercita, aún cuando, en algunos casos, los propios Tribunales “inviten”, o incluso, condenen a ello (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 4 de enero de 2000). Por

hayán dado lugar a la apertura de un expediente disciplinario; cuando la Administración haya sido condenada en costas”.

⁴⁷³ Esta parece ser también la opinión de DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coord.): *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit. pág. 219, y DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit., pág. 352.

ello nos preguntamos si existen mecanismos que obliguen a la Administración a ejercer la acción de regreso, es decir, ¿hay alguna persona legitimada para pedir su ejercicio?

Pues bien, ante la evidente falta de ejercicio de la acción de regreso, es decir, ante la falta de iniciación de oficio de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en vía de regreso, todos los autores que se han ocupado del tema buscan en el Derecho positivo cauces legales que permitan hacer efectiva la obligación de la Administración de ejercitar dicha acción, de tal forma que si ella no lo hace de oficio, como es su “derecho-deber”, existan otros legitimados, ya que es cierto, que ni los preceptos correspondientes de Ley 30/1992, ni la regulación del procedimiento administrativo en el art. 21 del Real Decreto 429/1993, permiten entender legitimada a la víctima⁴⁷⁴, aunque está prevista tal posibilidad en alguna legislación autonómica, como enseguida veremos.

Para GARCÍA-ÁLVAREZ, existen mecanismos tradicionales para facilitar la depuración de las responsabilidades en que pudiera haber incurrido cualquier persona al servicio de la Administración, y destaca la función encomendada al Consejo de Estado cuando informa las reclamaciones de responsabilidad dirigidas a la Administración General del Estado, a través de un posible anexo al dictamen llamado “acordada”⁴⁷⁵. Sin embargo, el propio autor pone de manifiesto la falta de relevancia práctica de este mecanismo, que explica que no haya tenido ningún reflejo en las regulaciones legales de los distintos órganos autonómicos que se inspiran en el Consejo de Estado⁴⁷⁶. Esta posibilidad, en absoluto nos parece desdeñable, en la medida que proponemos que siempre que sea posible dentro del procedimiento de responsabilidad patrimonial frente a la Administración la identificación del presunto responsable se le llame al procedimiento, de tal forma que si el propio Consejo de Estado lo corrobora con esta medida, la Administración, una vez indemnizado al particular deberá iniciar el

⁴⁷⁴ Según DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coord.): *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., pág. 226, la desvinculación del perjudicado respecto del personal al servicio de la Administración es total, de tal forma que su posición viene a ser la de un tercero que puede denunciar los hechos pero que como tal no le otorga la cualidad de parte en ese procedimiento especial.

⁴⁷⁵ Artículo 130.4 del Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado: “*Cuando el Consejo de Estado aprecie la necesidad de apercibimiento, corrección disciplinaria o incoación de expediente de responsabilidad por culpa contra algún funcionario, lo hará constar mediante acordada, en forma separada del cuerpo del dictamen, que no se publicará, dictándose la resolución de acuerdo con, u oído, en Consejo de Estado y lo acordado, siguiéndose entonces las actuaciones correspondientes*”.

⁴⁷⁶ GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., págs. 562 y 563.

procedimiento de responsabilidad frente al presunto responsable.

Por su parte, BARCELONA LLOP considera que la única forma eficaz de asegurar que la acción de regreso sea utilizada, sería facilitando que la jurisdicción contencioso-administrativa obligue a la Administración pública a ejercerla si se dan los requisitos y condiciones que la Ley establece, pero reconoce que se trata de una posibilidad que hoy por hoy, no parece posible con carácter general⁴⁷⁷, aunque algún supuesto hemos comentado.

No obstante, coincide con MIR PUIGPELAT, en que existen algunas vías en nuestro Derecho para garantizar el cumplimiento de la obligación de la Administración de exigir dicha responsabilidad, y aunque no comparte todas, dos podrían ser de aplicación en el ámbito local⁴⁷⁸, y una tercera de carácter general⁴⁷⁹.

La primera posibilidad se plantearía siempre que la competencia fuese del Pleno de la Entidad Local, decidiendo alguno de sus miembros la iniciación del procedimiento, o si el procedimiento ya se hubiese iniciado votasen en contra de la exoneración de responsabilidad del funcionario, y que otros miembros con mayoría se opusieran, y que a los primeros se les reconociera legitimación para impugnar el acuerdo ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de conformidad con el art. 63.1.b) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local⁴⁸⁰, aunque para algún autor sería necesaria una interpretación distinta del tenor literal del precepto⁴⁸¹. En cualquier caso, sí puede ser una vía que permita conseguir una condena por parte de los tribunales que obligue a la Corporación a iniciar el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

⁴⁷⁷ BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 46, ya que en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa el requisito de la legitimación procesal individual sigue teniendo un marcado componente subjetivo que es altamente improbable que concurra si lo que se pretende es que un Tribunal condene a la Administración a activar la acción de regreso.

⁴⁷⁸ BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., págs. 46 y 47.

⁴⁷⁹ MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., págs. 114 y 115.

⁴⁸⁰ Cuyo tenor literal establece que: “Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico:...b) Los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos”.

⁴⁸¹ Así, no ve factible esta posibilidad, DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit., pág. 353, pues la legitimación la otorga la Ley a los miembros de la Corporación que hubieran votado en contra, y precisamente ésta será la posición de quienes se opongan a la iniciación del expediente.

Básicamente, es el supuesto que se planteó en la ya citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 4 de enero de 2000, en la se impugna el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Garrucha (Almería) que rechazó (por entender que no se daba en el alcalde el elemento subjetivo del dolo o culpa grave) la moción planteada por miembros del partido socialista solicitando la incoación de un procedimiento para la declaración de responsabilidad patrimonial del alcalde, por la indemnización de los daños y perjuicios reconocida por el Ayuntamiento⁴⁸². Los hechos que dieron lugar a la condena de la Corporación a abonar más de 18.000.000 de pesetas, por indemnización y costas procesales, son consecuencia de la orden de derribo por parte del Alcalde de un inmueble, sin instrucción de previo expediente ni presencia de técnico municipal cualificado, en el transcurso del cual se produjo el derrumbamiento de una pared que se proyectó sobre una farola provocando su caída sobre un policía municipal, al que causó la muerte.

Pues bien, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía tras hacer referencia a lo dispuesto por los arts. 78.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, y 60 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local⁴⁸³, así como al art. 145.2 de la Ley 30/1992, en su redacción original y actual, y teniendo en cuenta el caso planteado, razona que *“se llega a la necesaria consecuencia de anular el Acuerdo impugnado, pues, con independencia de la posible calificación jurídica que pueda efectuarse respecto a la actuación del alcalde, a los efectos de declarar o no su responsabilidad patrimonial (lo que corresponde al Pleno del Ayuntamiento una vez se instruya el oportuno expediente, y posteriormente a esta Sala si se sometiese a su control jurisdiccional la Resolución adoptada en el mismo) es lo cierto que sin ánimo de prejuzgar, existen razones suficientes para, al menos, incoar el referido expediente en depuración de la posible responsabilidad patrimonial del alcalde, máxime cuando media una petición expresa en tal sentido, sin que el hecho de haberse efectuado a través de una moción del grupo socialista del Ayuntamiento*

⁴⁸² Indemnización que fue consecuencia de la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 30 de junio de 1995, que confirmó la Sentencia de 8 de febrero de 1994 dictada por el juzgado de 1ª instancia de Vera, así como los daños causados en el patrimonio municipal por el pago de las costas debidas en los mencionados procesos judiciales.

⁴⁸³ Que establecen respectivamente que “las corporaciones locales podrán exigir la responsabilidad de sus miembros cuando por dolo o culpa grave, hayan causado daños a la corporación o a terceros, si éstos hubieren sido indemnizados por aquella” y que “[l]as autoridades y funcionarios de cualquier orden que, por dolo o culpa o negligencia, adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones legales, estarán obligados a indemnizar a la Corporación Local los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquéllos...”.

legítimamente para presumir que existe un trasfondo político y no un interés en defensa de la legalidad, pues esa misma presunción podría atribuirse a la decisión del grupo de concejales que votaron en contra de dicha moción, en la medida en que, al amparo del informe emitido por un Letrado que actuó a requerimiento de la alcaldía lógicamente suscribieron su opinión respecto a la levedad de la negligencia del alcalde en la actuación que motivó la condena del Ayuntamiento por las Sentencias dictadas en el procedimiento civil seguido ante el Juzgado núm. 1 de Vera en las que, por cierto, se utilizan calificativos sobre dicha actuación que podrían situarla más allá de la culpa levisima o leve”. Por lo que finalmente estima el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento por el que se rechazó la moción presentada por el grupo socialista relativa a la incoación del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial del Alcalde, “anulando el acto impugnado y por no ser conforme a derecho” y en consecuencia “condena a la corporación municipal demandada a incoar el oportuno expediente”.

La segunda vía apuntada en el ámbito local sería el ejercicio de la acción subrogatoria vecinal⁴⁸⁴, regulada en el art. 68 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, que supone que cualquier vecino puede ejercitar las acciones de que dispone el Ente Local para la defensa de sus bienes o derechos cuando éste, previamente requerido, no accede a su ejercicio⁴⁸⁵, aunque algunos autores cuestionan la utilidad de esta vía⁴⁸⁶. Como pone de manifiesto BLANQUER CRIADO tal facultad de los vecinos no constituye una manifestación del ejercicio de la acción popular o pública, sino que es un caso de sustitución procesal. No es una acción popular que se ejerce en defensa de la legalidad vulnerada por la propia Entidad Local, en consecuencia, la acción debe ser ejercida por el vecino contra un tercero (la autoridad local causante del daño), no contra la misma Entidad Local. El vecino actúa en nombre y por cuenta ajena (y por ello tiene

⁴⁸⁴ Un estudio de la misma puede verse en CATALÁN SENDER, J.: “Legitimación por sustitución de los vecinos para la recuperación y defensa de los bienes de las Entidades Locales. La acción vecinal del artículo 68.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local”, *Revista de Estudios de la Vida Local y Autonómica*, nº 283, mayo-agosto, 2000.

⁴⁸⁵ Así lo defiende DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit., pág. 353.

⁴⁸⁶ Duda de que, con dicha acción, se pueda conferir efectividad a la obligatoriedad del ejercicio de la acción de regreso BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., págs. 47 y 48. Tampoco considera aplicable el ejercicio de la acción vecinal GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 563.

derecho al reembolso de las costas procesales)⁴⁸⁷.

La otra posibilidad de carácter general, que estaría en manos de cualquier persona, es denunciar la pasividad de la Administración ante el Defensor del Pueblo, ya que el art. 26 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo establece que “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”, por tanto, sería una posibilidad a tener en cuenta⁴⁸⁸. En este sentido, GARCÍA-ÁLVAREZ, piensa que la legitimación conferida en su momento al Defensor del Pueblo para ejercitar acciones civiles contra los funcionarios, podría llevar a considerarlo legitimado para solicitar el inicio del correspondiente procedimiento administrativo y, eventualmente, para recurrir la resolución que considerase no conforme al interés público⁴⁸⁹. Totalmente en contra HERRERO DE EGAÑA por entender desaparecida la posibilidad legal contemplada en el art. 26 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ BLANQUER CRIADO, D. V.: “Artículo 78”, en REBOLLO PUIG, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, Tomo II (Artículos 46 a 88)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, págs. 2013 a 2016, además, señala, el autor, que el requerimiento previo formulado por el vecino debe precisarse con suficiente claridad qué bienes o derechos debe defender la Administración Local y frente a quién debe ejercerse las correspondientes acciones, aunque no es exigible que la calificación jurídica de la acción que procede ejercer sea técnicamente rigurosa.

⁴⁸⁸ Para BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 43, se trataría de una vía bastante idónea para exigir la responsabilidad civil de las autoridades (no olvidemos que para el autor éstas quedarían fuera de la regulación de la acción de regreso del art. 145. de la Ley 30/1992), aunque sería conveniente adecuar la redacción del art. 26 a la regulación del art. 146.2 de la Ley 30/1992 y a la derogación de la Ley de 5 de abril de 1904. También contemplan esta posibilidad, DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit. pág. 222 y DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit., págs. 359 y 360. Para MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., pág. 115, el problema es la brevedad de la norma, aunque una posible interpretación sería la posibilidad de dirigirse a los tribunales contencioso-administrativos, sólo en el caso de que concurran los requisitos exigidos por la Ley 30/1992.

⁴⁸⁹ GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 563, y la misma solución cabría para aquellas Comunidades Autónomas que, bien reproducen o parafrasean la regulación estatal del Defensor del Pueblo en la regulación de sus propios comisionados parlamentarios, o bien llevan a cabo una cierta puesta al día o ampliación.

⁴⁹⁰ HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M.: “La responsabilidad Patrimonial de las Autoridades y Personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Dir.): *Manual de responsabilidad pública. Homenaje a Pedro González Gutiérrez-Barquín*, cit., pág. 289, para el que, tras la supresión de la acción directa del particular frente al funcionario, operada por la Ley 4/1999, hay que entender igualmente “desaparecida la posibilidad legal contemplada en el artículo 26 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que se reconocía la legitimación al Defensor del Pueblo”.

Sea como fuere, parece que estas vías son bastante limitadas y no permiten garantizar el correcto ejercicio de la acción de responsabilidad de que dispone la Administración, por ello incluso algunos autores piden la modificación de la normativa atribuyendo la legitimación al Ministerio Fiscal⁴⁹¹. Así, BLANQUER CRIADO estima que lo más efectivo sería el control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa de la exigencia de responsabilidades personales y patrimoniales a las autoridades y servidores públicos que incumplen la ley⁴⁹². El problema se plantearía, entonces, a la hora de precisar a quiénes se atribuiría la acción procesal para instar la actuación de los Tribunales, porque establecer la acción pública para exigir la responsabilidad de las autoridades y funcionarios ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa le parece jurídicamente excesivo y socialmente perjudicial, aunque nada impediría conferir la legitimación a los interesados que sufran un vicio de nulidad radical. Si bien el autor considera que la clave de la propuesta es otorgar la legitimación activa al Ministerio Fiscal, cuya misión es según el art. 124.1 de la Constitución española “*promover la acción de la justicia, en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley*”⁴⁹³.

La propuesta es a todas luces interesante, y supondría una mayor efectividad, objetividad e imparcialidad en cuanto son los jueces de lo Contencioso-administrativo, los garantes de los intereses de todas las partes implicadas, pero mucho nos tememos que esta posibilidad queda lejos de los planteamientos del actual contencioso-administrativo, como reconoce la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la Sentencia de 15 de junio, de 2001 (JUR\2001\230767), en la que a pesar de fallar la inadmisibilidad del recurso por falta de objeto, se pronuncia respecto de la petición del recurrente de que se declare la

⁴⁹¹ En este sentido, BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 49.

⁴⁹² BLANQUER CRIADO, D.: “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, cit., págs. 118 y 119, el autor es consciente de que la jurisdicción contencioso-administrativa se centra y reduce a la depuración formal de los actos administrativos, orillando la responsabilidad personal de autoridades y funcionarios públicos, configuración de dicha jurisdicción que puede satisfacer las exigencias del Estado liberal de Derecho, pero se plantea si satisface las exigencias de un Estado social y democrático. De forma que se pregunta qué inconvenientes dogmáticos impiden que la jurisdicción contencioso-administrativa sancione a las autoridades y funcionarios que infringen gravemente la legislación administrativa. Siendo consciente de la radical transformación que exigiría tal planteamiento, pero absolutamente convencido de que ello contribuiría a la mayor eficacia de las Administraciones públicas y al más escrupuloso cumplimiento de los mandatos de la ley.

⁴⁹³ En la misma dirección, se pronuncia RIVERO ORTEGA, R.: “Responsabilidad patrimonial exigida a los funcionarios y autoridades a través de expediente administrativo”, Conferencia pronunciada en el *II Curso de Fiscalización, Auditoría y control de la Gestión de Fondos Públicos*, Salamanca, del 13 al 17 de mayo de 2002.

responsabilidad patrimonial del Alcalde en su condición de autoridad. Pretensión que el Tribunal rechaza por dos razones: la primera, porque el Alcalde no es el demandado, sino que lo es el Ayuntamiento, y en segundo lugar, porque conforme a lo dispuesto en el art. 145 de la Ley 30/1992, la responsabilidad patrimonial de la Administración, incluso cuando sea causada por la conducta de su persona ha de exigirse directamente a la Administración, sin perjuicio de que ésta luego repita contra el funcionario responsable. Señala que *“no es baladí advertir que la petición del actor, de que se condene personalmente al Alcalde a reparar los daños y perjuicios, vulnera los principios tradicionales que rigen en esta jurisdicción del acto previo y del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa”*.

Más contundente si cabe se expresa la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la Sentencia de 8 de mayo de 2012 (JUR\2012\228156), en la que se resuelve de forma estimatoria el recurso de apelación planteado por la reclamante (una doctora) que fue condenada solidariamente por deficiente asistencia sanitaria junto a la Mutua y la aseguradora (sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona de 2 de marzo de 2010), al entender que *“constituye un hecho insólito en nuestro Derecho Administrativo, que en el ejercicio de una acción jurisdiccional resarcitoria, basada en el principio constitucional de responsabilidad patrimonial, nada menos contra la Administración pública autora de la actividad administrativa, sólo y exclusivamente administrativa, se pueda condenar a una persona física por mucha o incluso decisiva participación que haya podido tener en el proceso causal del daño o perjuicio causado”*; y tras recordar la configuración legislativa de nuestro actual sistema de responsabilidad patrimonial, termina señalando que por ello *“ni se puede dirigir la acción resarcitoria contra el funcionario, agente o empleado de la Administración pública, ni menos condenarle al pago efectivo de una cantidad, con carácter solidario con la Administración pública u organismo de ella dependiente”*.

Esto último sólo sería posible si se arbitrara legalmente la acción directa del particular lesionado frente al funcionario o agente en vía administrativa y, en su caso, contencioso-administrativa, lo que de momento consideramos bastante improbable. No obstante, como hemos expuesto, ello permitiría plantear dicha acción de forma conjunta con la reclamación frente a la Administración, o si el particular lesionado ha dirigido su

reclamación únicamente frente a la Administración y en el procedimiento o proceso judicial resultan indicios claros de responsabilidad patrimonial de un funcionario o agente público sea llamado al mismo, como permiten el art. 34 de la Ley 30/1992, y el art. 21.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en éste último caso como demandado.

Sin embargo, MIR PUIGPELAT propone la introducción la acción popular, y que cualquier persona pueda iniciar el procedimiento administrativo contra los funcionarios (al igual que ocurre en el caso de responsabilidad contable). De hecho, el primer paso en este sentido sería el reconocimiento en el art. 35. j) de la Ley 30/1992, del derecho de los ciudadanos a “exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y *del personal a su servicio*, cuando así corresponda legamente”⁴⁹⁴. Es decir, el derecho de los ciudadanos a exigir responsabilidades no sólo a la Administración, sino al personal a su servicio, de lo contrario este derecho quedaría en papel mojado⁴⁹⁵. Aunque como señala GARCÍA-ALVAREZ el hecho de que en el ámbito contable se permita la acción pública, no ha significado que se haya utilizado, pues a tenor de las memorias del propio Tribunal de Cuentas, cuantitativamente su grado de incidencia es ínfimo respecto al conjunto de su actividad⁴⁹⁶.

Aún cuando se trata de una cuestión bastante compleja, ya hemos aludido a que ese derecho general reconocido en el art. 35. j) se ha materializado en la legislación de alguna Comunidad Autónoma, al establecer mecanismos que tienden a reforzar el ejercicio de la acción de regreso por parte de la Administración. Así, el artículo 26 de la Ley 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y de la Gestión Pública, rubricado “Exigencia de responsabilidad a autoridades y empleados públicos”, establece la posibilidad de que el particular lesionado, que deberá haber dirigido su reclamación frente a la Administración autonómica, tal y como señala el apartado primero⁴⁹⁷, solicite

⁴⁹⁴ La cursiva es nuestra.

⁴⁹⁵ MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., pág. 115. En el mismo sentido, HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M.: “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 4/2204, pág. 20

⁴⁹⁶ GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 572.

⁴⁹⁷El art. 26.1 de la Ley 2/2010, de 11 de marzo establece concretamente que “*para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, los ciudadanos se dirigirán directamente a la Administración autonómica en reclamación de las indemnizaciones por los daños y*

de la Administración Autónoma el ejercicio de la acción de regreso al señalar, en su apartado 2º, que “los ciudadanos indemnizados como consecuencia de responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica podrán solicitar que se exija a las autoridades o empleados públicos la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave. Ello sin perjuicio de la obligación de la Administración de exigir de oficio dicha responsabilidad”.

Se trata, como fácilmente puede comprobarse, de un verdadero derecho, que no es contrario a la legislación general y que supone la posibilidad de que el procedimiento se inicie por la víctima del daño como consecuencia de una solicitud, como proponía aún antes de su aprobación RIVERO ORTEGA⁴⁹⁸, y no ya con una simple denuncia, que la Administración ha de resolver iniciando el expediente de responsabilidad en vía de regreso, o desestimándola de forma motivada, en cuyo caso la desestimación sería impugnabile ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Es cierto que muchos pensarán que, una vez satisfecha la deuda, a la víctima no le interesará iniciar otro proceso, pero en otros casos puede ser un instrumento de gran utilidad en manos de los ciudadanos que pueden de esta forma vencer la eventual resistencia de la propia Administración al ejercicio de la acción de regreso.

Para DÍEZ SÁNCHEZ, cualquier opción que se arbitre para hacer efectiva la acción de regreso puede ser convincente, desde la acción pública, hasta la legitimación del Ministerio Fiscal, no obstante se decanta por otras fórmulas, como atribuir el ejercicio de la acción a determinados órganos administrativos cualificados, no tanto por su independencia –aunque también– cuanto por su profesionalidad y objetividad en la actuación que tienen encomendada, y corregir las serias disfunciones que la actual normativa revela en el tratamiento de la acción de regreso, procedimiento incluido. Considera que debiera ampliarse la fórmula prevista en la Ley 5/2006 de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, a los supuestos de la acción de

perjuicios causados por sus autoridades y empleados públicos, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal”.

⁴⁹⁸ Al entender que este planteamiento no invade competencias estatales, y tiene su apoyo en el propio concepto de interesado de la Ley 30/92, pudiendo ser perfectamente asumido por las Comunidades Autónomas en su regulación de la materia, dentro del marco de las relaciones entre Administración y ciudadanos, RIVERO ORTEGA, R.: “Los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración en España”, *Revista de Derecho*, nº 60-61, 2005-2006, pág. 323.

regreso⁴⁹⁹. Igualmente, y en determinados casos de condena penal o contencioso-administrativa, podría resultar oportuno hacer efectiva la atribución de competencias que ostenta el Defensor del Pueblo y órganos similares de las Comunidades Autónomas. Por último se plantea la posibilidad de encomendar la competencia para conocer de estos asuntos a órganos independientes de la Administración, como sucede con la responsabilidad contable.

Desde luego, consideramos que uno de los argumentos que con más peso contribuye a la inutilidad práctica de la acción de regreso es que sea la propia Administración la que tiene la competencia para decidir si inicia o no el procedimiento (además de la propia indeterminación normativa de los órganos competentes en cada caso), sobre todo tratándose de autoridades⁵⁰⁰. Por ello la posibilidad de que el inicio del procedimiento recaiga en órganos con cierta objetividad, tales como servicios jurídicos o secretarios de Corporaciones Locales, parece bastante interesante desde este punto de vista, e incluso podría plantearse la creación de órganos administrativos especializados *ad hoc* dedicados a la tramitación de este tipo de expedientes si realmente lo que se quiere es que todo el engranaje del sistema funcione, de tal forma que sus resoluciones sean directamente impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Otra posibilidad, es que si el legislador no soluciona el problema por la vía de la modificación de aquellos aspectos que impiden o dificultan el ejercicio de la acción de regreso por parte de la Administración, sean los jueces y tribunales contencioso-administrativos los que adopten la iniciativa en aquellos procesos de responsabilidad patrimonial planteados por los particulares frente a las Administraciones públicas, en los que la imputación a la Administración de los daños ocasionados esté íntimamente ligada o conectada a la actuación personal de las autoridades o empleados públicos (presumiblemente dolosa, culposa o negligente grave), de tal forma que puedan ser llamados al proceso como interesados. Pues bien, en la medida, y eso es lo que

⁴⁹⁹ DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coord.): *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., pág. 222.

⁵⁰⁰ Esta parece ser igualmente la opinión de RODRÍGUEZ-ARANA, aunque referido a al régimen previsto en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración del Estado, cuando en relación a la oficina de conflicto de intereses prevista en la misma, estima que “debiera estar al margen del poder ejecutivo por muchas razones que están en la mente de todos y porque puede ser que un régimen jurídico tan bien elaborado, tan exigente, quede en papel mojado si no hay garantías razonables de su cumplimiento. Va siendo hora, también en este tema, de que la Administración pública deje de ser juez y parte sobre todo en materias en las que tenga, ni más ni menos que sancionar a la cabeza del poder”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*, cit., pág. 121.

proponemos, que la resolución judicial obliga a la Administración al pago de la indemnización, podría ordenar igualmente el ejercicio de la acción de regreso. El inconveniente de esta propuesta es que dejaría fuera aquellos casos que finalmente no llegan a los Tribunales, que suelen ser precisamente aquellos en los que el anormal funcionamiento de los servicios públicos ha sido tan flagrante que la Administración, como mucho, discute la cuantía de la indemnización.

En esta línea parece pronunciarse REBOLLO PUIG cuando considera la posibilidad de introducir mecanismos que garantizaran la exigencia de esta responsabilidad personal en todos aquellos casos en que en el procedimiento para declarar la responsabilidad de la Administración se dedujesen indicios suficientes de dolo o negligencia grave de una autoridad o funcionario individualizado⁵⁰¹.

También podría plantearse que el no ejercicio de la acción de regreso implica un supuesto de inactividad por parte de la Administración, pues se trata de una obligación legal, pero parece que no encaja dentro del art. 29 de la Ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En cualquier caso, siempre se podría intentar forzar un acto administrativo que revisa, mediante la petición por parte de otros órganos distintos de los que tienen la competencia para la iniciación de oficio, o a través de la solicitud, incluso del sujeto perjudicado.

2.3. Consideraciones respecto a su virtualidad práctica.

A pesar de que, como hemos tenido ocasión de comprobar, la acción de regreso está prevista en nuestro ordenamiento desde mediados del siglo pasado, lo cierto es que prácticamente no se ha aplicado. Los repertorios de jurisprudencia permiten comprobar que las referencias a la acción de regreso son verdaderamente escasas⁵⁰² y, aunque en los últimos años se vislumbra un tímido cambio, en el que se atisban algunos pronunciamientos jurisprudenciales respecto del ejercicio de acción de regreso (la

⁵⁰¹ REBOLLO PUIG, M.: “Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en SÁINZ MORENO, F. (Dir.): *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, cit., pág. 224.

⁵⁰² Vid. GARCÍA MACHO, R.: “Función pública y responsabilidad”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 15, 1986, págs. 95 a 100, donde el autor estudia la jurisprudencia contencioso-administrativa hasta 1985, destacando la inexistencia de sentencias sobre la acción de repetición. Si bien hace un repaso a los supuestos en los que el Tribunal Supremo condena a pagar a la Administración a los particulares dañados, destacando, el propio Tribunal, la responsabilidad del funcionario en los hechos acaecidos. Un excelente repaso a la jurisprudencia tanto civil, como contencioso-administrativa en la materia puede verse en DOMÉNECH PASCUAL, G.: “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., págs. 108 y ss.

mayoría de las sentencias proceden de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas), desde luego nada que aporte un poco de optimismo a la situación anteriormente descrita⁵⁰³.

Por ello la doctrina ha tachado la regulación de la acción de regreso de “papel mojado”, de “bonito florero que tranquiliza conciencias”⁵⁰⁴, o incluso de “elemento decorativo” cuyo mantenimiento no hace sino producir efectos perversos y contraproducentes⁵⁰⁵, por citar sólo algunos ejemplos.

Pero el más crítico es, sin duda, DOMÉNECH PASCUAL, quien tratando de explicar los motivos de la “recalcitrante resistencia” por parte de la Administración al ejercicio de la acción de regreso, no ve en los argumentos de la doctrina razones realmente convincentes⁵⁰⁶. El autor propone reflexionar sobre el hecho de que tampoco en el ámbito privado se ejerza la acción de regreso prevista en el art. 1904 del Código civil, que permite al empresario que paga el daño causado por sus dependientes repetir de éstos la indemnización que hubiese satisfecho. Y considera que si las empresas privadas, que suelen actuar movidas por la máxima rentabilidad, no ejercitan este derecho es porque, realmente, es lo más conveniente para sus propios intereses. Es decir, si las empresas privadas no ejercitan la acción de regreso, es porque ello puede acarrear graves problemas laborales, y porque además disponen de otros instrumentos alternativos que, incluso, pueden suponer la extinción de la relación laboral. En definitiva, porque no les interesa. Por eso se plantea si, precisamente, “la resistencia de

⁵⁰³ La mayor parte de las resoluciones plantean supuestos de responsabilidad de miembros de las Corporaciones Locales, en las que el trasfondo político parece evidente.

⁵⁰⁴ DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, en MORENO MARTÍNEZ J. A. (coord.) *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., págs. 215 y 216. El autor considera que la falta de operatividad de la misma trae causa, fundamentalmente, de la irresponsabilidad de los servidores públicos (además de la inercia administrativa, las reticencias corporativas o sindicales y los altos costes políticos que, en algunos casos puede suponer la apertura de este procedimiento de repetición). Piensa que existen razones estructurales o de configuración, que la hacen inservible para cumplir esa función y que en buena medida resultan coincidentes con las que hacen inoperante el sistema disciplinario en la función pública, y ello tiene mucho que ver con la filosofía pública, con la responsabilidad compartida, con la ausencia de un interés o perjuicio propio que impregna la esencia del quehacer público y que tan difícil, por no decir imposible, resulta de superar.

⁵⁰⁵ DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, cit., pág. 16.

⁵⁰⁶ DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, cit., págs. 8 y 9, y ello porque no comprende, por qué tales circunstancias han impedido absolutamente el ejercicio de la acción de regreso y, en cambio, no han evitado el ejercicio de la potestad disciplinaria por la comisión dolosa o negligente de conductas lesivas para terceros y constitutivas de infracción. Igualmente en su trabajo más general y exhaustivo sobre la responsabilidad civil de las autoridades y empleados públicos, DOMÉNECH PASCUAL, G.: “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., págs. 118 y 119.

las Administraciones Públicas a ejercer la potestad de regreso no obedece, en gran medida, a que de este modo satisfacen mejor los intereses generales que representan”⁵⁰⁷. Pero ya hemos avanzado que la empresa privada, no es comparable a la Administración pública, ni en su finalidad ni en su funcionamiento, y si bien es cierto que para el empresario pueda ser más “rentable” no ejercitar la acción de regreso, porque dispone y “utiliza” otras medidas alternativas que favorecen las conductas diligentes de sus dependientes y previenen futuros daños; no entendemos que la impunidad del personal al servicio de las Administraciones públicas por los daños que personalmente ocasionen, sea la mejor opción para satisfacer los intereses generales⁵⁰⁸.

El autor maneja una explicación alternativa a la falta de ejercicio de la acción de regreso por parte de las Administraciones públicas, para ello se sirve de la siguiente hipótesis⁵⁰⁹: si imaginamos que la Administración ejercita siempre la acción de regreso contra sus empleados que hubiesen causado una lesión negligentemente a un tercero, por la que ha tenido que responder la Administración y que, además, se les reclama siempre el reembolso de la totalidad de la indemnización satisfecha por la Administración, los peligros resultantes saltarían a la vista. Ello supondría un cambio en las pautas de comportamiento de los funcionarios, que actuarían de manera conservadora, adoptando innecesarias, excesivas y caras cautelas⁵¹⁰, lo que provocaría un descenso en la demanda de empleo público (que dadas las circunstancias actuales, estimamos poco probable), salvo que se elevaran proporcionalmente sus retribuciones en la cuantía como para contratar un seguro que cubriese su responsabilidad frente al eventual ejercicio de una acción de regreso, o fuese la propia Administración la que pagase el seguro (como de hecho ha ocurrido en el ámbito sanitario). Por ello para DOMÉNECH PASCUAL “a la Administración que pretende incorporar y mantener

⁵⁰⁷ DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, cit., págs. 9 y 10; y “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., pág. 119.

⁵⁰⁸ Desde otra perspectiva, pero ahondando en la misma idea, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: “Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año 2, n° 4, 2003, pág. 36, sostiene que “hay que tener presente que, en el ámbito civil, aunque también en el penal, quien aparece como responsable es una persona que, en principio, actúa de forma privada, por lo que las reglas reguladoras de estas formas de responsabilidad no pueden trasladarse, sin más, cuando la actuación la realiza “un poder público” que persigue la consecución de intereses generales, y que no puede omitir el ejercicio de sus facultades pese a eventuales perjuicios”.

⁵⁰⁹ DOMÉNECH PASCUAL, G.: “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., págs. 146 y ss.

⁵¹⁰ DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, cit., pág. 12, citando a MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit.

empleados de un nivel de calidad aceptable le sale más barato asumir directamente el coste de los daños causados negligentemente por aquellos que subirles el sueldo para que puedan pagarse un seguro”⁵¹¹.

Por ello sostiene que la Administración puede reducir más eficientemente que las compañías aseguradoras el riesgo moral derivado del hecho de que sus funcionarios estén “asegurados” (bien porque han contratado un seguro, bien porque *de facto* no existe acción de regreso). Además ello conlleva otra ventaja, y es que la Administración puede controlar y dirigir la actividad de sus funcionarios “asegurados”, por lo que puede prevenir mejor la realización de conductas dañinas por parte del personal a su servicio mediante un adecuado ejercicio de la potestad disciplinaria⁵¹².

Si bien es cierto que el ejercicio de la potestad disciplinaria constituye un mecanismo eficaz para prevenir determinadas conductas, no lo es menos que la Administración hace relativamente poco uso del mismo; además, tiene para nosotros un importante inconveniente derivado de que el ejercicio de la potestad disciplinaria no es válido para reprimir las conductas de las autoridades, que en muchos casos están en mejor disposición que los empleados públicos, de ocasionar daños mediante la adopción de decisiones. Este inconveniente, parece superado, al menos en el plano teórico, pues mucho dudamos de su virtualidad práctica, por la previsión de un régimen disciplinario para determinadas autoridades (pero no para todas) en el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, por lo que en el caso de que finalmente se apruebe, no resolvería del todo el problema. Desde luego, no alcanzamos a entender que el hecho de que las autoridades no respondan, ni disciplinaria, ni civilmente, pueda satisfacer mejor los intereses públicos.

En este sentido DOMÉNECH PASCUAL, considera que la ausencia de controles de las autoridades no es total, sino que existen mecanismos que estimulan la actuación

⁵¹¹ DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, cit., pág. 13. Según el autor esta puede parecer una mala solución porque hace desaparecer el elemento que estimula la conducta diligente del funcionario, la que previene la producción de daños, pero considera que la solución alternativa, que el funcionario contrate un seguro que cubra la responsabilidad frente a la acción de regreso, entrañaría un riesgo similar, al no tener que pagar los eventuales daños que pudiera ocasionar, sino la compañía aseguradora, con lo que el aseguramiento puede provocar que las precauciones adoptadas disminuyan por debajo de lo que sería socialmente deseable. Por lo que las compañías aseguradoras tratarían de mitigar este “riesgo moral” exigiendo primas superiores respecto de algunos funcionarios, o estableciendo bonificaciones a los que resulten ser más diligentes. Pero, para el autor, difícilmente conseguirían eliminar dicho riesgo por completo.

⁵¹² DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, cit., págs. 13 y 14.

diligente y compensan la falta de controles jerárquicos, como la participación de los ciudadanos en determinadas instituciones, o incluso removiendo de sus cargos a las autoridades poco diligentes mediante la no reelección, por ello llega a la conclusión de que es “razonable que no deban existir diferencias entre autoridades y empleados por lo que se refiere a la acción de regreso”⁵¹³, es decir, el no ejercicio de la misma. Solo existe un supuesto en que sí sería conveniente que la Administración exija la responsabilidad civil a sus autoridades y empleados, cuando pueda demostrarse fehacientemente que el servidor público provocó el daño dolosamente, ya que “permitir que los empleados públicos queden asegurados frente a los daños que éstos provoquen de manera intencionada es verdaderamente descabellado, pues resulta muy costoso y no reporta beneficio alguno a los empleados honestos”⁵¹⁴.

Pues bien, el razonamiento esgrimido por el autor parte de unas premisas imaginarias para aplicar sus conclusiones a una regulación legal que no se corresponde exactamente con su planteamiento inicial, pues en nuestro actual sistema de responsabilidad, ni es cierto que la Administración pueda ejercitar la acción de regreso en caso de culpa o negligencia leve, ni es cierto que la indemnización lo sea siempre por el montante total previamente satisfecho por la Administración, por ello, estimamos, es incorrecta también la conclusión a la que llega para explicar el no ejercicio de la acción de regreso (pues no existe tal peligro de tener que asegurar a todos sus empleados, o subirles el sueldo para que sean ellos los que contraten un seguro que cubra su eventual responsabilidad). Y si bien es cierto que la Administración puede utilizar como mecanismo preventivo de la producción de daños el ejercicio de la potestad disciplinaria, no consideramos tan eficaz como mecanismo preventivo la exigencia de responsabilidades políticas para el caso de las autoridades. De hecho, no pensamos que ambos mecanismos hayan funcionado hasta ahora.

Por otro lado, el hecho de mantener únicamente la acción de regreso en el caso de que pueda demostrarse una conducta dolosa del servidor público tiene el inconveniente, advertido por el propio autor, de que en la práctica no siempre es fácil distinguir entre dolo y culpa (añadimos nosotros “grave”), es cierto que a veces es difícil advertir el

⁵¹³ DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, cit., pág. 15.

⁵¹⁴ DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, cit., págs. 15 y 16; y “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., págs. 150 a 152.

elemento volitivo de “querer ocasionar el daño”, pero por ello, el legislador exige también el ejercicio de la acción de regreso cuando pueda demostrarse la gravedad de la culpa o negligencia, que, en todo caso, será más fácil de distinguir de un simple descuido o negligencia excusable en el ejercicio de sus funciones, por ello el párrafo segundo del art. 145.2 de la Ley 30/1992 se refiere, entre otros criterios a tener en cuenta, a la responsabilidad profesional, en cuanto hemos defendido que el elemento subjetivo debe estar conectado a las obligaciones tanto genéricas como específicas que el ordenamiento jurídico impone a los servidores públicos.

Finalmente, DOMÉNECH PASCUAL, propone eliminar *de iure* esta figura de la acción de regreso en el caso de daños causados culposamente por los agentes públicos, ya inexistente *de facto*, pues su mantenimiento únicamente puede producir efectos perversos, contraproducentes⁵¹⁵. Pero es que su propuesta, hoy por hoy, es inviable, no se puede eliminar algo que no está previsto en nuestra legislación, esto es, que los empleados públicos respondan en vía de regreso de los daños ocasionados por sus conductas negligentes o culposas, y que lo hagan por el montante íntegro de lo que previamente ha abonado la Administración. En el ámbito administrativo, el ejercicio de la acción de regreso, siempre ha estado condicionado a la demostración de la gravedad de la culpa o negligencia de la conducta del servidor público, y su responsabilidad puede modularse en función de diversas circunstancias.

Y en el fondo, el autor, viene a pensar lo que la mayoría de la doctrina (ya que considera que debe mantenerse la acción de regreso en el caso de daños ocasionados por una conducta dolosa, o cuando hayan podido engendrar un enriquecimiento injusto del culpable) y es, que el ejercicio de la acción de regreso en determinados supuestos es absolutamente necesario, hay conductas que no deben quedar impunes, ni para los

⁵¹⁵ DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, cit., págs. 16 a 17; y “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., págs. 158 a 159. Para el autor ni los ciudadanos ni los funcionarios merecen que se les tenga por tontos, y que al cabo del tiempo acaben cayendo en la cuenta de que la acción de regreso no existe realmente. Además, mantiene que, lo normal es que el incumplimiento por parte de las Administraciones públicas de una norma jurídica formalmente vigente produzca que los ciudadanos se sientan defraudados por las autoridades administrativas, que aumente su desconfianza en ellas, que se acentúe su impresión de que éstas actúan de forma corrupta, corporativista e irresponsablemente, y que las mismas pierdan legitimidad. Por otro lado, puede producir un “efecto contagio”, propiciando que no se exija responsabilidad a los funcionarios por los daños que hayan causado dolosamente, o que no se ejerza como es debido la potestad disciplinaria. Su mantenimiento entrañaría también, para el autor, el riesgo contrario, es decir que la utilice eventualmente, lo que podría originar que el ejercicio selectivo de la acción de regreso constituya una discriminación, y que las autoridades incurran en abusos, arbitrariedades y actuaciones desviadas.

empleados públicos, ni mucho menos para la autoridades, por lo que habrá que buscar otra explicación a la tradicional resistencia de las Administraciones públicas a exigir responsabilidades patrimoniales al personal a su servicio.

Tradicionalmente siempre se han puesto obstáculos a la exigencia de cualquier tipo de responsabilidad a los funcionarios públicos. Así, en el ámbito penal, a través de las autorizaciones previas para procesar a autoridades y funcionarios públicos y en el ámbito civil las dificultades se plantearon con los estrictos requisitos establecidos en la Ley de 5 de abril de 1904 y su regulación complementaria, y aunque posteriormente proliferaran las acciones de responsabilidad civil ante la jurisdicción ordinaria, normalmente se perseguía que se declarase finalmente la responsabilidad patrimonial de la Administración pública ya que respondían de forma solidaria. Sin embargo, no podemos perder de vista que era otra época, otro contexto, y el peso, dimensión y las funciones de la Administración pública de entonces, no son en modo alguno comparables a las de hoy en día.

En la actualidad, y cada vez en mayor medida, los ciudadanos demandan una Administración pública eficaz, transparente y responsable, y ello depende, en buena parte, del factor humano, es decir, de las personas físicas que son las que realmente actúan, que toman decisiones, de su buen hacer, de su comportamiento diligente⁵¹⁶. Y aunque se siga manteniendo la cobertura por parte de la Administración pública de la responsabilidad en que puedan incurrir las autoridades y personal a su servicio en beneficio de los perjudicados, aquélla no puede permitirse el lujo, ni moral, ni presupuestario, de no repercutir dicha responsabilidad en el autor material del daño en los casos de grave negligencia o dolo. En los casos de dolo parece indiscutible, pero también en los casos de culpa o negligencia grave, no olvidemos su responsabilidad profesional, sobre todo tratándose de empleados públicos, en los que la Administración

⁵¹⁶ En la misma línea se manifestaba hace algunos años, GARCÍA MACHO, R.: “Función pública y responsabilidad”, cit., pág. 102, para quien el principio de responsabilidad objetiva de la Administración tal y como está configurada en el Derecho español (anteriormente los arts. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 42.1 Ley de Régimen Jurídico del Estado y 78 de la Ley de Bases de Régimen Local), exige una Administración eficaz, presupuesto imprescindible de la cual es, en opinión del autor, un funcionario o agente público que actúe con profesionalidad y responsabilidad. Ya auguraba que el principio de la responsabilidad de la Administración por lesión puede agrietarse si como contrapartida el funcionario, en la práctica es irresponsable, “es decir, tiene que existir una conexión directa y necesaria entre ambas responsabilidades, pues en caso contrario no podrían aplicarse planamente las leyes sobre responsabilidad directa y objetiva de la Administración (inseguridad jurídica), so pena de un aumento sustancial del gasto público”, que es precisamente lo que ha pasado en la actualidad, que los costes de la responsabilidad patrimonial de la Administración se han incrementado tanto, que se llega a cuestionar todo el sistema.

ha invertido años, esfuerzo y dinero promoviendo y mejorando su formación. Es absolutamente imprescindible un cambio de mentalidad en este sentido, pero no eliminando opciones, sino activando, de una vez por todas, la acción de regreso, aún a sabiendas de que cualquier cambio siempre es difícil, lento y no exento de obstáculos, pensamos que son más las ventajas que los inconvenientes.

¿En qué falla, pues, la regulación actual de la acción de regreso? Además de todas consideraciones a las que viene haciendo alusión la doctrina, entre las que destacamos el que la propia Administración sea juez y parte, creemos que normativamente no se pueden dejar las cosas a medias, es decir, no se puede regular una cuestión respecto de la que “se pretende garantizar su efectividad”⁵¹⁷, sin arbitrar los mecanismos jurídicos que permitan su aplicación práctica. Nos referimos a la propia indeterminación del procedimiento administrativo para exigir la responsabilidad a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas, ello provoca una gran inseguridad jurídica. Si se establece normativamente un procedimiento en el que cada fase esté perfectamente regulada, se amplíe la legitimación para pedir su exigencia, se identifique a los órganos competentes de cada una de ellas, y se ofrezcan las debidas garantías de objetividad e imparcialidad para la autoridad o empleado público presuntamente responsable en el seno del mismo⁵¹⁸, probablemente comenzarían a exigirse responsabilidades. Ocurre, sin embargo, que, como a continuación veremos, son más las sombras que las luces en la regulación del procedimiento en vía de regreso, y eso se pone de manifiesto en la escasa jurisprudencia al respecto, que a falta de una regulación exhaustiva, improvisa soluciones muchas veces con criterios dispares.

3.- REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REGRESO.

Antes de proceder al análisis de cada uno de ello queremos realizar una advertencia previa. El procedimiento en vía de regreso tiene como objetivo determinar el grado de responsabilidad del autor o autores materiales del daño o perjuicio, así como la cuantía exacta de la indemnización a satisfacer, teniendo siempre como límite la indemnización abonada por la Administración al particular. Para ello, señala el art. 145.2 de la Ley

⁵¹⁷ En palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992.

⁵¹⁸ Como reconoce el propio Consejo de Estado en su Memoria del año 1999, a colación de la modificación operada en el art. 145.2 de la Ley 30/1992, por la reforma de la Ley 4/1999, de 13 de enero, “*se abre una nueva y delicada dinámica sobre el uso medido y adecuado de esta acción de regreso*”

30/1992, 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 dañoso⁵¹⁹. Si bien, parece que dichos criterios están concebidos para determinar (o atemperar, para algunos autores) el *quantum* de la indemnización, algunos en realidad, no son, sino elementos constitutivos de la propia acción de regreso, por este motivos los estudiaremos en el presente epígrafe.

3.1. Identificación del autor material del daño.

La responsabilidad en vía de regreso puede alcanzar tanto a las autoridades, como al personal al servicio de la Administración pública, independientemente del tipo de relación jurídica que les vincule con aquélla, nos remitimos a lo expuesto en el Capítulo II de este trabajo.

Para que se pueda exigir la responsabilidad de la autoridad o funcionario a través de la acción de regreso es absolutamente necesario que previamente se haya declarado la responsabilidad patrimonial de la Administración. Se trata de un requisito imprescindible para el ejercicio de la acción de regreso, aunque el hecho de que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración no significa necesariamente que nazca la responsabilidad del funcionario o agente⁵²⁰. Pero lo cierto es que para el ejercicio de la acción de regreso, sí es necesario que el causante del hecho lesivo esté identificado⁵²¹, y además, debe estarlo antes de iniciar el procedimiento administrativo de ejercicio de la acción de regreso⁵²², cuya finalidad será determinar la responsabilidad

⁵¹⁹ Ya nos manifestamos en contra de la opinión de cierto sector doctrinal que considera que dichos criterios sirven desvirtuar el carácter obligatorio de la exigencia por parte de la Administración de la responsabilidad patrimonial en que pudiera haber incurrido el personal a su servicio.

⁵²⁰ MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., págs. 99 y 100.

⁵²¹ Hemos aludido *up supra* a las dificultades de identificación de los funcionarios que intervienen como responsables de la tramitación de los procedimientos ya que, como denunciaba RIVERO ORTEGA, no se habían desarrollado suficientemente las medidas organizativas y procedimentales previstas desde hace años en las leyes, vid. RIVERO ORTEGA, R.: *La necesaria innovación en las instituciones administrativas. Organización, procedimiento, función pública, contratos administrativos y regulación*, cit. págs. 90 y 100.

⁵²² Así, respecto de la acción de regreso por los daños derivados del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, ocasionados por el personal al servicio de la misma (con la exclusión de Jueces y Magistrados, cuyo régimen en vía de regreso se regula en la Ley Orgánica del poder Judicial) y que está sometida, como hemos visto, al régimen general del art. 145 de la Ley 30/1992, GONZÁLEZ ALONSO, A.: *Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*, cit., pág. 282, estima muy importante reflexionar sobre la necesidad de que el funcionario haya intervenido en el proceso previo de declaración de la

concreta del mismo, teniendo en cuenta los criterios que menciona el art. 145.2 de la Ley 30/1992⁵²³.

En este sentido caben dos posibilidades, que el responsable haya sido identificado en el procedimiento administrativo o judicial que determina la responsabilidad de la Administración; o que, con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo en vía de regreso, se abra un período de información previa para, como señala HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, determinar la existencia o no de indicios de responsabilidad y, con ello, la oportunidad de la iniciación o no del procedimiento administrativo de responsabilidad, funcionando así esta información previa de modo semejante a las llamadas diligencias preliminares que la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas contempla en su art. 46 como actuación previa a la exigencia de responsabilidad contable⁵²⁴. Dicho período de información previa, para algunos autores, debería ser obligatorio en este tipo de procedimientos, tal y como posibilita con carácter general el art. 69.2 de la Ley 30/1992⁵²⁵.

Puede ocurrir, que la responsabilidad personal del hecho lesivo recaiga sobre una sola persona, pero también podría plantearse la posibilidad de que varias personas sean responsables, esto ocurrirá normalmente cuando se trate de un órgano colegiado, así por ejemplo, el art. 78.2 de la Ley de Bases de Régimen Local señala que “son responsables

responsabilidad patrimonial de la Administración, para que la acción de repetición prospere, porque “en la práctica, parece que resulta imprescindible que el funcionario haya intervenido como parte en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial instruido y resuelto por la Administración Pública competente, al ostentar la condición de interesado (goza de interés legítimo, según el art. 19 LJCA) y su no intervención podría dar lugar a la nulidad de la sentencia que se pudiera dictar en un proceso judicial contencioso-administrativo sobre este punto. En el procedimiento administrativo, el funcionario pretendería que no se reconociese la responsabilidad patrimonial o que se hiciese en la menor cuantía posible, como es natural. Sin embargo, si el funcionario no es llamado al procedimiento administrativo, podría posteriormente oponerse a la cuantía de la indemnización reconocida y satisfecha al ciudadano si la considera excesiva”.

⁵²³BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 51, porque, para el autor, la acción de regreso no está prevista para descubrir al causante efectivo de la lesión, no está prevista para investigar nada, sino que, independientemente de que la Administración haya practicado un trámite de información previa, la acción de regreso se dirige contra un interesado o interesados.

⁵²⁴HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M.: “La responsabilidad Patrimonial de las Autoridades y Personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Dir.): *Manual de responsabilidad pública. Homenaje a Pedro González Gutiérrez-Barquín.*, cit., págs. 294 y 295, que considera aplicable en este caso el 69.2 de la Ley 30/1992, conforme al cual “con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento”. Esta misma posibilidad es sugerida por DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit., pág. 221.

⁵²⁵DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit., pág. 351.

de los acuerdos de las Corporaciones Locales los miembros de las mismas que los hubiesen votado favorablemente”, esto significa que no responderán los que no hubieran asistido a la sesión, los que hubiesen votado en contra o los que se hubiesen abstenido. Si los daños fuesen consecuencia de la inactividad de la Corporación, serán responsables todos los que hubiesen debido actuar, es decir, la totalidad de los miembros de la corporación o los que con su voto en contra, impidieron que se produjera el acuerdo que debió adoptarse⁵²⁶. En definitiva, antes del inicio de la acción de regreso han debido quedar identificados los presuntos responsables, sin perjuicio de que, si de la tramitación del procedimiento en vía de regreso pudiera deducirse la existencia de otros posibles responsables, la Administración les llame como interesados al procedimiento, o inicie otro procedimiento en vía de regreso, que podría acumularse al procedimiento en curso.

Precisamente por lo que acabamos de exponer, nos parece oportuno en este momento abordar el tema de la posible llamada en el procedimiento de exigencia de responsabilidad de la Administración pública al funcionario presuntamente responsable del daño, y ello porque, aunque no es necesaria su identificación personal, sino que la Administración responde incluso por daños anónimos, o por el riesgo creado, la jurisprudencia demuestra que, en muchos supuestos, la actuación del autor material del perjuicio (o del que debió actuar, en los casos de responsabilidad por omisión o inactividad) sí se tendrá en cuenta en orden a determinar la posible responsabilidad de la Administración. Y nos parece interesante, no sólo para que el funcionario pueda defenderse o alegar lo que estime oportuno⁵²⁷, sino, y fundamentalmente, porque a la

⁵²⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, cit., pág. 712.

⁵²⁷ Así lo considera también GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, cit., pág. 714, para el que, a fin de que no se produzca indefensión y, por tanto, infracción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que consagra el art. 24 de la Constitución, en el proceso administrativo incoado frente a la Administración pública sobre responsabilidad patrimonial, deberá citarse al titular del órgano. Estima que de no ser así, no podría negársele en el procedimiento en vía de regreso la facultad de discutir si es correcta la cantidad pagada en concepto de indemnización. Y también en GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92, 26 de noviembre)*, cit., pág. 1389. En cualquier caso, como sabemos, el procedimiento en vía de regreso sí permite la modulación de la responsabilidad, y en consecuencia la posibilidad de disminuir el importe de la indemnización teniendo en cuenta los criterios señalados en el art. 145. 2 de la Ley 30/1992. A los mismos efectos de evitar una posible indefensión, PARADA VÁZQUEZ considera conveniente que la Ley exigiera que en todos los procedimientos administrativos o procesos en que se ventile la responsabilidad de la Administración fuere parte el funcionario o funcionarios eventualmente responsables de los daños, en PARADA VÁZQUEZ, R.: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, cit., pág. 452.

Administración dicha participación le dará indicios sobre el ejercicio de una posible acción de regreso y se mantendrá latente, de alguna forma, la triple relación (víctima-Administración- empleado público), necesaria para el ejercicio de dicha acción.

Por ello coincidimos con GARCÍA-ÁLVAREZ en que, si durante la instrucción de un procedimiento de responsabilidad patrimonial frente a la Administración pública se detecta la posibilidad de una acción de regreso frente al autor o autores materiales del daño, estaríamos ante un caso de “intereses legítimos y directos cuya identificación resulte del expediente y que puedan resultar afectados por la resolución que se dicte”, supuesto del art. 34 de la Ley 30/1992, y en consecuencia la Administración debe comunicar a dichas personas la tramitación del procedimiento⁵²⁸, igualmente si la reclamación de responsabilidad a la Administración termina finalmente en el contencioso-administrativo. Así parece entenderlo la Audiencia Nacional en la Sentencia de la de 22 de diciembre de 2003 (JUR 2004\132116) que, respecto de la actuación profesional de un doctor, señala: “*esta persona debe considerarse parte interesada en las actuaciones, pues, entre otras cosas, de la decisión de este Tribunal podría derivarse una acción de repetición o de regreso contra él (art. 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre); entran en juego, por tanto los artículos 21.1. b) y 49 LJCA*”. Con más rotundidad, si cabe, se expresa DÍEZ SÁNCHEZ, cuando afirma que “habría que abogar sin dogmatismos por poner en conocimiento del sujeto responsable de la acción u omisión constitutiva de la demanda de responsabilidad administrativa instada por el particular, la iniciación de dicho procedimiento, emplazándole para que sea parte en el mismo”⁵²⁹. En el mismo sentido COBO OLVERA, señala que “[c]on el fin de no verse afectado el funcionario o autoridad por una sentencia en un proceso en el que no ha sido parte y por tanto no ha sido oído, debe ser llamado al mismo no como verdadero demandado, sino como interesado, cuya postura puede ser variopinta, pero que por lo general será la de defender el criterio de la Administración con el fin de que no sea condenada o bien que la indemnización se fije en la menor cuantía posible”;

⁵²⁸ GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 566.

⁵²⁹ DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit., págs. 227 y 228. En cuyo caso, si el sujeto interviene, podrá contribuir desde su posición a alegar lo que proceda a su derecho –desde luego adelantándose a un futura e hipotética indefensión-, y en caso de declinar entonces carecería de sentido, para el autor, reconocerle posteriormente la facultad de cuestionar la indemnización en ese procedimiento de repetición que habría de iniciarse –por simple coherencia- de haberse reconocido indemnizar a la víctima, salvo que no existieran los más elementales indicios de responsabilidad personal.

incluso afirma que “el no llamamiento de estas personas puede causar la nulidad de la sentencia que se dicte en su día”⁵³⁰.

Para GONZÁLEZ PÉREZ, si en el procedimiento de responsabilidad patrimonial frente a la Administración presumiblemente el autor material del daño ha incurrido en dolo, culpa o negligencia graves, la Administración deberá comunicarles la incoación del expediente, a fin de que pueda personarse, para una correcta determinación de los hechos en los que pueda basarse su responsabilidad y evitar la determinación de una indemnización excesiva⁵³¹. En esta línea REBOLLO PUIG⁵³², cree que se podría “incluso introducir mecanismos que garantizaran la exigencia de esta responsabilidad personal en todos aquellos casos en que en el procedimiento para declarar la responsabilidad de la Administración se dedujesen indicios suficientes de dolo o negligencia grave de una autoridad o funcionario individualizado”.

Sin embargo, este aspecto de la posible participación del presunto responsable en el procedimiento de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, tampoco resulta exento de polémica, pues si para algunos autores, entre los que nos incluimos, la Ley tendría que exigir la participación del mismo en el procedimiento de origen, para otro sector doctrinal, no sería en absoluto necesario⁵³³. En opinión de MIR PUIGPELAT, se trata de un requisito no exigido por la Ley y la posible indefensión podría salvarse en el correspondiente procedimiento administrativo de ejercicio de la acción de regreso, donde el funcionario podrá defenderse completamente e incluso obtener una rebaja de la cuantía indemnizatoria⁵³⁴.

En nuestra opinión, si la Administración puede identificar concretamente al funcionario que con su actuación ha ocasionado el perjuicio, independientemente de

⁵³⁰ COBO OLVERA, T.: *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas. Normativa, jurisprudencia, doctrina y formularios*, 4ª ed. Bosch, Barcelona, 2007, pág. 49.

⁵³¹ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, cit. págs. 327 y 641.

⁵³² REBOLLO PUIG, M.: “Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en SÁINZ MORENO, F. (Dir.): *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, cit., pág. 224.

⁵³³ No considera necesario que el funcionario eventualmente responsable sea parte en el procedimiento administrativo o proceso judicial, y mucho menos, considera adecuado que al funcionario que no ha sido parte en dichos procesos se le reconozca la facultad de discutir si es correcta la cantidad pagada en concepto de indemnización, BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 56.

⁵³⁴ MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit. pág. 99.

que, como sabemos, la responsabilidad de la Administración sea objetiva y el procedimiento administrativo o judicial no tenga como objetivo dilucidar acerca de la actuación del funcionario, en muchos supuestos de funcionamiento anormal de los servicios públicos su actuación irregular sí se tendrá en cuenta para imputar la responsabilidad a la Administración⁵³⁵, por lo que se trata de un interesado al que se debe llamar, pues es claro, desde nuestro punto de vista, que dicho procedimiento puede afectar a los derechos e intereses legítimos del funcionario, por cuanto del mismo puede surgir la obligación de la Administración de ejercitar la acción de regreso.

Y ello porque intuimos que el gran fracaso práctico de la acción de regreso puede deberse, entre otros muchos factores, al enorme lapso de tiempo transcurrido entre el hecho dañoso y el pago efectivo de la indemnización a la víctima (dato fácilmente constatable con sólo echar un vistazo a los repertorios de jurisprudencia), de tal forma que la participación en el procedimiento administrativo de origen o, en su caso, en el judicial, permitiría seguir manteniendo la conexión entre la Administración y el presunto responsable, al tiempo que le permitiría defenderse en el mismo o alegar lo que estime oportuno en cuanto a su participación en el hecho lesivo.

3.2. El daño: concepto técnico-jurídico de lesión resarcible.

Cualquier acción de responsabilidad, ya sea civil o patrimonial presupone siempre la existencia de un daño. Lo normal es que el daño se haya producido en los bienes o derechos de los particulares, pero también cabría la posibilidad de que el daño o perjuicio se haya irrogado a otra Administración⁵³⁶. Ello significa que la expresión “particulares” incluye también a otras Administraciones o Entidades públicas distintas

⁵³⁵ El propio Consejo de Estado lo admite cuando al referirse al funcionamiento anormal de los servicios públicos afirma que *“no es infrecuente que el Consejo de Estado despache expedientes de daños indemnizables ocasionados por el funcionamiento anormal de los servicios públicos. Así, en materia de accidentes escolares, por falta de prevención de riesgos; en materia de accidentes en las carreteras, por omisión de los deberes de cuidado y seguridad; por ineficacia de las funciones supervisoras y de control por parte de los órganos administrativos; por daños sufridos por detenidos y presos en los establecimientos penitenciarios; por informaciones incorrectas suministradas por las Administraciones Públicas a los ciudadanos; por infracciones de la lex artis en las prestaciones de la Administración sanitaria; por daños producidos por actuaciones policiales; por demoras excesivas en la actividad administrativa. Lo que hay que destacar es que en muchos de estos expedientes, la irregularidad de las conductas negligentes o culposas de los agentes administrativos constituye precisamente el elemento decisivo para la imputación del daño”*, en la Memoria del Consejo de Estado del año 2004, págs. 189 y 190.

⁵³⁶ En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92, 26 de noviembre)*, cit., pág. 1382, consideran que cuando el art. 145.2 de la Ley 30/1992, alude a los “lesionados”, no necesariamente se refiere a particulares, sino que entre ellos puede incluirse otra Administración pública.

de aquella cuyo funcionamiento ha ocasionado el perjuicio (ha de tratarse de un daño a terceros, ya que si fueran daños irrogados a la propia Administración, estaríamos ante un supuesto de responsabilidad directa, regulado en el art. 145.3 de la Ley 30/1992), por lo que aquéllas pueden ser parte legitimada en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de conformidad con el art. 139.1 de la Ley 30/1992⁵³⁷.

Las dudas que se plantearon inicialmente sobre el ámbito subjetivo de la mencionada expresión que, además, aparece recogida en el art. 106.2 de la Constitución se ponen de manifiesto por el Consejo de Estado en la Memoria del año 1998, donde señala *“que la expresión “particulares” se comenzó a utilizar cuando no estaba construida la teoría de la personalidad jurídica de la Administración, que además era fundamentalmente unitaria, lo que explica que la legitimación para reclamar sólo se atribuyera a las personas físicas y jurídicas titulares de derechos e intereses susceptibles de sufrir una lesión individualizada o particularizada, no siendo imaginable una relación entre una Administración causante de un daño y otra Administración distinta que tuviese la condición de perjudicada. Actualmente no existirían razones para excluir la legitimación de otras Administraciones Públicas para reclamar un resarcimiento económico por un daño patrimonial producido por el funcionamiento de un servicio público de otra Administración Pública. Si se repara un daño patrimonial a un sujeto de Derecho, también otra Administración Pública con patrimonio propio puede resultar perjudicada a consecuencia del funcionamiento de un servicio público ajeno. Lo contrario sería no ser consecuente con el reconocimiento de su personalidad jurídica y patrimonial al excluir la posibilidad de reclamar la reparación de los daños causados por otra Administración Pública”*⁵³⁸. Reconoce que en *“el momento de aprobarse la Constitución, el término “particular” no tenía así un significado restrictivo, y su utilización por inercia en el texto constitucional no significa*

⁵³⁷ Vid. sobre el tema, DAGNINO GUERRA, A.: “Sobre la aplicación extensiva de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños sufridos por Entidades públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 92, octubre-diciembre, 1996.

⁵³⁸ Memoria del Consejo de Estado de 1998, pág. 105. Vid. todo el tratamiento del tema en las págs. 103 a 109 de la citada Memoria. En ella el Alto Órgano Consultivo hace un breve pero interesante repaso legislativo al respecto, mencionado que *“la Constitución de 1978, a diferencia de la de 1931, que se refería genéricamente a terceros, adopta el término “particular”, pese a que en su tramitación parlamentaria se intentó la referencia a otras Administraciones públicas”*; expresión que también pasa a la Ley 30/1992, art. 139.1. Ante las dudas de si con ello se pretendió excluir a otras Administraciones, señala que tanto el propio Consejo de Estado, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 12 de marzo de 1975, 18 de diciembre de 1985, 29 de enero de 1986, 14 de febrero de 1994 o 24 de febrero de 1994) *“han ido más allá de una interpretación literal del término constitucional y han considerado que la Constitución no ha tratado de excluir de raíz y para todos los casos el derecho de resarcimiento de las Administraciones Públicas”*.

un propósito deliberado de excluir la legitimidad de otras Administraciones públicas que resulten perjudicadas por la acción administrativa. Por todo ello, se ha venido a aceptar que las Administraciones Públicas pueden ser también partes legitimadas para reclamar la indemnización de daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la actuación de otra Administración, aunque esa legitimación tenga sus modulaciones y limitaciones”, entre otras, la titularidad dominical de un bien o derecho patrimonial⁵³⁹.

Pero, como es bien sabido, no cualquier daño determina el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, sino que es necesario que se trate de un daño antijurídico, efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas, tal y como ha venido perfilando la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante muchos años, y ha positivizado el legislador en los arts. 139.2 y 141.1 de la Ley 30/1992.

Consecuentemente, en el procedimiento de exigencia de la responsabilidad patrimonial a la Administración que necesariamente precede al ejercicio de la acción de regreso, ha debido cuantificarse el daño, teniendo en cuenta los requisitos, que sin ánimo de exhaustividad, recordaremos a continuación. La determinación de dicho daño es sumamente importante en el posterior procedimiento administrativo de ejercicio de la acción de regreso, ya que se trata de un criterio fundamental a valorar⁵⁴⁰(art. 145.2 apartado segundo de la Ley 30/1992), en orden a precisar la concreta responsabilidad de la autoridad, funcionario o agente personalmente responsable de la actuación lesiva.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 15 de enero de 2013 (JUR 2013\24627) recuerda que *“el Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 5 de diciembre de 1988 ; 12 de febrero , 21 y 22 de marzo y 9 de mayo de*

⁵³⁹ Así señala que cuando *“una Administración Pública actúa en el ejercicio de potestades públicas en las relaciones jurídicas donde la responsabilidad de otra Administración se cuestiona, no puede considerarse como usuaria del servicio y por ello asimilarse a un particular, administrado o beneficiario afectado por el buen o mal funcionamiento del servicio público, es decir “no goza de la condición legal y constitucional de particular que es necesaria para que esté legitimado para pedir una indemnización de la Administración del Estado, por las eventuales lesiones que dice haber padecido” (dictamen 3.943/97, de 2 de octubre)”. Además, la “titularidad de una competencia no legitima por sí misma para ejercer una acción de resarcimiento de daños. Es necesario ostentar la titularidad dominical de un bien o derecho patrimonial (dictamen 55.672, de 7 de febrero de 1991)”*; en la Memoria del Consejo de Estado del año 1998, págs. 106 a 108.

⁵⁴⁰ En definitiva es un criterio inherente a la propia esencia de la responsabilidad civil, por lo que sin daño no hay responsabilidad civil, y la cuantía de la indemnización dependerá de la magnitud de este daño, MIR PUIGPELAT, O.: *“Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”*, cit., pág. 107.

1991 , y 2 de febrero y 27 de noviembre de 1993) ha establecido que, para exigir la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, es necesario que concurran los siguientes requisitos o presupuestos: 1, hecho imputable a la Administración; 2, lesión o perjuicio antijurídico efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; 3, relación de causalidad entre hecho y perjuicio; y 4, que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad”.

Concretamente, para que el daño sea indemnizable por la Administración pública “habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas” (art. 139.2 de la Ley 30/1992). Sin embargo, como señalaba en su día GARCÍA DE ENTERRÍA, se hace preciso distinguir entre lesión y perjuicio, éste último supone un detrimento patrimonial, mientras que la lesión es el perjuicio antijurídico⁵⁴¹, en el sentido que exponemos y que ahora luce en el art. 141.1 de la Ley 30/1992⁵⁴², cuando establece que “[s]ólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

La antijuridicidad es un elemento consustancial al concepto mismo de lesión resarcible, de tal forma que es el primer requisito para que podamos hablar de lesión a los efectos de la responsabilidad patrimonial. Desde esta perspectiva la lesión es antijurídica no porque sea contraria a Derecho la conducta que la motiva, es decir, que el autor de la conducta haya actuado de forma culposa (antijuridicidad subjetiva), sino porque el sujeto que la sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva); la nota de la antijuridicidad se predica, por tanto, no de la acción u omisión administrativa en sí, sino de sus efectos sobre el patrimonio del particular lesionado⁵⁴³.

La cuestión radica en precisar cuándo el lesionado tiene la obligación de soportar el daño o no de acuerdo con la Ley. En este sentido la jurisprudencia estima que no

⁵⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, cit., pág. 176.

⁵⁴² No nos detendremos en la crítica que merece la ubicación sistemática del apartado primero del art. 141, en el sentido de que el concepto de lesión es un principio de la responsabilidad por lo que debería figurar en el art. 139 de la Ley 30/1992.

⁵⁴³ Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, incluso antes de su plasmación en el art. 141.1 de la ley 30/1992, entre otras la de 15 de octubre de 1990 (RJ 1990\8126), 4 de julio de 1990 (RJ 1990\6019), 22 de junio de 1992 (RJ 1992/5996) y 5 de marzo y 2 de noviembre de 1993 (RJ 1993\1623 y 1993\8182, respectivamente). En el mismo sentido podemos citar algunos dictámenes del Consejo de Estado, por todos, el dictamen nº 35.783 de 5 de abril de 1986, o el dictamen nº 53.944, de 26 de julio de 1990.

existirá obligación de soportar el daño cuando no existan causas de justificación que legitimen el perjuicio, es decir, cuando no exista ningún título que imponga al administrado la obligación de soportar la carga. Estas causas de justificación que obligan a soportar el daño deben consistir en algún título que imponga como jurídicamente querido el daño causado de acuerdo con la ley (como pueda ser el cumplimiento de un contrato, la exacción de un impuesto o el cumplimiento de una obligación). La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2012 (JUR 2012\406502)⁵⁴⁴ señala que “[e]fectivamente, nuestra Sala tiene dicho - Sentencia de 10 de octubre de 1997 - que "el punto clave para la exigencia de la responsabilidad no está en la condición normal o anormal del actuar administrativo, sino en la lesión antijurídica sufrida por el afectado y que éste no tiene el deber jurídico de soportar, por lo que la antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio, 'un título que imponga al administrado la obligación de soportar la carga' (Sentencia de 3 de enero de 1979). La antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, no viene referida al aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es en el actuar de la Administración (STS 13 de enero de 2000)”.

Ahora bien, aún cuando la Administración puede responder de los daños derivados del funcionamiento normal de los servicios públicos (precisamente cuando no exista obligación de soportar el daño), no es indiferente la calificación como normal o anormal de aquel funcionamiento, fundamentalmente a la hora de determinar el posterior ejercicio de la acción de regreso. Para MUÑOZ GUIJOSA⁵⁴⁵, sería posible plantearse “si el criterio de la valoración de la conducta administrativa, del análisis del tipo de funcionamiento administrativo, debería constituir un primer criterio a manejar en todo

⁵⁴⁴ Recuerda previamente que “[r]eiteradísima jurisprudencia ha sostenido que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta”.

⁵⁴⁵ Vid. MUÑOZ GUIJOSA, M^a A.: “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 187, enero-abril, 2012, págs. 123 y ss., especialmente la nota al pie número 52.

caso a efectos de calificar el daño como antijurídico”. La autora se pregunta si habría obligación de soportar el resultado lesivo del funcionamiento administrativo anormal. La respuesta parece negativa, “y parece que la constatación de la anormalidad del funcionamiento administrativo puede conducir en todo caso a la afirmación de la concurrencia del requisito de la antijuridicidad del daño, siempre y cuando, como se ha dicho, pueda constatarse que aquel deriva de la actuación administrativa y, por tanto, sea imputable a título de culpa”.

Además de la antijuridicidad del daño, éste debe ser efectivo, lo que excluye de la indemnización los daños hipotéticos, eventuales, así como la frustración de determinadas expectativas, ya que uno de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración y de toda pretensión de daños y perjuicios lo constituye la efectividad de éstos, y la efectividad excluye por su propia naturaleza, la eventualidad, la posibilidad y contingencia⁵⁴⁶. De tal forma que aquellos daños que no sean efectivos o que no se hayan probado suficientemente no dan lugar a indemnización.

Respecto de la extensión del daño, debemos señalar que son indemnizables “todos” los daños sufridos por el particular como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, pueden ser tanto patrimoniales, como daños personales, ya sean corporales o incluso morales (la alusión en el art. 142.5 de la Ley 30/1992 a los daños de “carácter psíquico”, no deja lugar a dudas), si bien, respecto de los últimos las dificultades se plantean a la hora de su valoración económica. La evaluabilidad económica es justamente otro de los requisitos exigidos por la ley, es preciso que ese daño antijurídico sea cuantificable o valorable en dinero, independientemente del tipo de bienes o derechos lesionados.

Finalmente, se requiere que se trate de un daño individualizado en relación con una persona o grupo de personas, lo que significa que deben excluirse los daños que afecten a la generalidad de los ciudadanos. Tradicionalmente se ha considerado que el daño debe ser residenciable directamente en el patrimonio del reclamante y que exceda de los que pueden considerarse cargas comunes de la vida social, es decir, la lesión o el daño será indemnizable cuando implique un *sacrificio especial y singular* porque incida sobre

⁵⁴⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1986 (RJ 1986\5355), 2 de enero de 1990 (JR 1990\147) o 19 de octubre de 1990 (RJ 1990\8294).

el patrimonio del administrado o administrados, de tal manera que no puede conceptuarse como una limitación o carga general de obligado acatamiento⁵⁴⁷.

Una vez la Administración haya determinado el montante de la indemnización mediante el correspondiente procedimiento administrativo o, en su caso, mediante el correspondiente proceso judicial (en vía contencioso-administrativa, aunque también es posible que se haya declarado la responsabilidad subsidiaria de la Administración en un proceso penal), el abono de la misma a la víctima supone un detrimento patrimonial para ella que, cumpliéndose los requisitos del art. 145.2 de la Ley 30/1992, no tiene por qué soportar y que justificaría el ejercicio de la acción de regreso.

Ya hemos hecho alusión a que algún pronunciamiento judicial, y el propio Consejo de Estado, consideran que estaríamos ante un posible ejercicio de la acción de regreso cuando la Administración ha tenido que pagar una determinada indemnización nacida, no de un procedimiento de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, sino como consecuencia de un incumplimiento contractual u otro tipo de relación (por ejemplo, la indemnización por un despido improcedente, como alternativa a la readmisión del trabajador) que finalmente ha supuesto el desembolso de una determinada cantidad por parte la Administración como consecuencia de la actuación irregular de una autoridad o funcionario público, y que nosotros consideramos que encajaría mejor en el supuesto de daños y perjuicios en los bienes o derechos de la misma, en la medida en que éstos no se circunscriben a los derivados de actuaciones materiales de aquellos, sino que los daños a los bienes de la Administración pueden ser producto de actuaciones jurídicas aún cuando sus consecuencias afecten a terceros.

3.3. Daño indirecto al patrimonio administrativo: la indemnización previa.

Es absolutamente imprescindible que el particular dañado haya sido indemnizado para que la Administración pueda ejercitar la acción de regreso, se trata de un requisito *sine qua non* del inicio del procedimiento administrativo, así lo expresa el art. 145. 2 de

⁵⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1989 (RJ 1989\3916). Así ocurre, como señala FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., en el caso de obligaciones generales impuestas a los ciudadanos, como las de carácter tributario; en el supuesto de actuaciones administrativas discrecionales ejercidas de forma proporcionada, como en la actuación de las fuerzas policiales para la disolución de una manifestación ilegal; o cuando el daño deriva del riesgo de un servicio público como el sanitario, en “Riesgos, seguridad vial y responsabilidad patrimonial de la Administración por accidentes de tráfico en vías interurbanas”, QUINTANA LÓPEZ, T. (Coord.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio General y ámbitos sectoriales*, Tomo II, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 1762.

la Ley 30/1992, cuando señala que “[l]a Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves...”. Según este precepto, lo que habilita a la Administración para el ejercicio de la acción de regreso es el detrimento patrimonial que ésta sufre cuando paga a la víctima del daño, ello implica que la acción u omisión del funcionario o agente presuntamente responsable ha ocasionado un daño indirecto al patrimonio administrativo.

No obstante, se podría plantear si es necesario que el particular lesionado haya recibido el pago o que, aunque la responsabilidad de la Administración haya sido declarada a través de un proceso administrativo o judicial, todavía no se haya hecho efectiva, sin embargo, parece que la literalidad del precepto no deja lugar a dudas. Mucho más inequívoco es el Real Decreto 429/1993, cuyo art. 19.1 párrafo segundo, dispone que “satisfecha la indemnización, la Administración correspondiente podrá exigir de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave...”⁵⁴⁸. Por tanto, el abono efectivo de la indemnización por parte de la Administración al particular lesionado es el presupuesto necesario para que aquélla proceda al ejercicio de la acción de regreso⁵⁴⁹.

Sin embargo, no lo entiende así la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 15 de diciembre de 1999 (RJCA\1999\4445), en la que anula el acuerdo del Ministerio del Interior que declaró la responsabilidad patrimonial en vía de regreso de un Guardia civil, por los daños ocasionados como consecuencia de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado declarada en vía penal por la Audiencia Provincial de Lérida (Sentencia de 11 de marzo de 1989) en la que condenó a varios Guardias civiles, entre ellos el recurrente, como autores de un delito de detención ilegal practicada por funcionario público, y de una falta de imprudencia con resultado de

⁵⁴⁸ El precepto debe interpretarse de conformidad con lo establecido en el art. 145.2 de la Ley 30/1992, por lo que la Administración “exigirá” de oficio la responsabilidad en que hubieran incurrido las autoridades y personal a su servicio por dolo o culpa o negligencia “graves”. Como puede comprobarse es incuestionable la necesidad de una reforma urgente del Reglamento.

⁵⁴⁹ Para MIR PUIGPELAT, O: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit. págs. 97 y 98, no es suficiente el reconocimiento del deber indemnizatorio en vía administrativa o judicial, sino que se requiere que la Administración haya satisfecho efectivamente a la víctima el importe de la indemnización, y en el mismo sentido se pronuncian otros autores como BARCELONA LLOP, DE LA VALLINA VELARDE o MARTÍN REBOLLO, citados por el autor. Con ello se pretende evitar, afirma, el enriquecimiento injusto de la Administración, que recupere del funcionario o agente una cuantía que todavía no ha satisfecho.

lesiones. El abono por parte de la Administración se produjo el 24 de junio de 1994, y aunque el procedimiento en vía de regreso tuvo lugar dentro del plazo de un año desde el pago de la indemnización, el recurrente entiende que en aplicación del art. 4.2 *in fine*⁵⁵⁰, del Real Decreto 429/1993, la responsabilidad que se le imputa ha prescrito. La sentencia considera, tras mencionar el art. 19 del Real Decreto 429/1993, que *“si bien no se hace una referencia expresa al plazo que el Reglamento denomina de “prescripción”, de un año, según el art. 4, esta Sala entiende que debe aplicarse a este procedimiento de “repetición”. En efecto, si la Administración no responde cuando el particular tarda más de un año en ejercitar la acción de responsabilidad, es lógico entender que debe a su vez repetir contra el funcionario por la citada responsabilidad en el mismo plazo. Y si para la Administración el plazo (en el supuesto en que se derive de una sentencia) de responsabilidad se cuenta desde la firmeza de la sentencia en cuestión, el mismo “dies a quo” debe tenerse en cuenta para contar el plazo a los efectos de repetir contra el funcionario”*.

Prosigue la sentencia que el hecho de que la Administración no cumpliera en su obligación de indemnizar hasta el 24 de junio de 1994 (cinco años después de dictarse la sentencia penal, que en todo caso era firme el 23 de diciembre de 1992) *“no puede constituirse en obstáculo para el cómputo del plazo de prescripción. La responsabilidad del actor ha “prescrito” (según terminología del RD de 26 de marzo de 1993) y debe estimarse el recurso”*. La sentencia, de forma consciente o no, viene a considerar como dato determinante el de la firmeza de la sentencia.

Es cierto que, entre los hechos de los que surge la responsabilidad y el pago efectivo de la indemnización por parte de la Administración, puede transcurrir demasiado tiempo, y también lo es que no se puede mantener al funcionario en una situación de incertidumbre permanente, ya nos hemos referido a ello en varias ocasiones, y aunque desde el punto de vista de la justicia material la solución adoptada por la Audiencia Nacional podría considerarse impecable, no lo es desde el punto de vista jurídico por el propio planteamiento de la cuestión, pues no estamos en presencia de un supuesto de anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un

⁵⁵⁰ El precepto señala que *“la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a indemnización, pero si la resolución o disposición lo fuese por razón de su fondo o forma el derecho a reclamar prescribirá en el plazo de un año desde la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme, no siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado siguiente”*.

acto o disposición, sino de la declaración en vía penal de un delito de detención ilegal y de una falta de imprudencia con resultado de lesiones, y la declaración en la misma sentencia de la responsabilidad civil de los agentes y la subsidiaria de la Administración. No se puede equiparar el plazo de prescripción para reclamar los daños dimanantes de la anulación de actos o disposiciones con el de prescripción de la acción de repetición. A ello volveremos más adelante.

Cuestión distinta es el hecho de que la indemnización se pague de forma fraccionada tal y como permite el art. 141.4 de la Ley 30/1992. En este caso nos podríamos cuestionar, si la Administración puede ejercer la acción de regreso desde que haya abonado el primer pago o cuando haya abonado el montante total. Estamos de acuerdo con MIR PUIGPELAT, para quien lo lógico es que la acción de regreso pueda ejercitarse desde que se produce el primer pago, pues lo contrario podría llevar a retardar excesivamente el ejercicio de la acción de regreso, impidiendo que ésta desenvuelva sus beneficiosos efectos (reparación a la Administración, prevención de daños, control de la conducta de los funcionarios y agentes). Pero si se permite el ejercicio de la acción de regreso desde el primer pago, parece justo dar también la oportunidad al funcionario de pagar su deuda a la Administración de forma fraccionada, aunque para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración no tendría que estar obligada a pagar periódicamente a la Administración más de lo ella paga a la víctima⁵⁵¹.

El mismo problema podría plantearse respecto de la posibilidad de que la indemnización se realiza en especie, aunque no vemos ningún inconveniente, salvo el de cuantificar y valorar la reparación, que puede hacerse a lo largo de la tramitación del expediente.

Otra duda que se plantean algunos autores, a la que ya hemos aludido, es si se puede ejercer la acción de regreso cuando la Administración ha sido declarada responsable civil subsidiaria en una sentencia penal⁵⁵². No creemos que el hecho de que la Administración haya sido declarada civil subsidiaria en el proceso penal, suponga un obstáculo para que, en el caso de que efectivamente haya sido ella quien haya satisfecho

⁵⁵¹ MIR PUIGPELAT, O: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit. pág. 98. En el mismo sentido DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit., pág. 223.

⁵⁵² BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., págs. 49 y 50.

la indemnización a la víctima, la Administración le reclame al empleado público lo pagado previamente, siempre que se cumplan los requisitos del art. 145.2 de la Ley 30/1992, es decir, que la conducta haya sido dolosa, culposa o negligente graves⁵⁵³.

También nos hemos pronunciado, cuando estudiamos la cobertura por parte de la Administración de la responsabilidad del funcionario, respecto de los problemas que se presentan cuando la indemnización ha sido satisfecha por una compañía de seguros, ya que al faltar el requisito de la indemnización previa por parte de la Administración exigido por el art. 145.2 de la Ley 30/1992, parece quedar excluida cualquier posibilidad de repetición frente al causante directo del daño. Cuestión distinta es si la compañía aseguradora podría luego dirigirse frente al funcionario⁵⁵⁴. Ahora bien, si la póliza no cubre toda la responsabilidad (porque se ha contratado una franquicia) y la Administración ha tenido que pagar algo a la víctima, sí podría repercutir por la mencionada suma, en cualquier caso, nos remitimos a lo allí expuesto.

3.4. Título de imputación.

La responsabilidad patrimonial de la Administración surge, con carácter general, siempre que la conducta del autor material del hecho dañoso sea atribuible al funcionamiento de los servicios públicos; ahora bien, para el posterior ejercicio de la acción de regreso es necesario que se trate de un funcionamiento anormal, en el que necesariamente debe demostrarse la conducta dolosa, culposa o negligente graves del funcionario o agente. Por lo tanto es necesario abordar dos tipos de imputación diferentes, la imputación de la conducta del funcionario a la Administración para que surja la responsabilidad patrimonial de ésta⁵⁵⁵, y la imputación del daño a la conducta

⁵⁵³ En el mismo sentido, BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., págs. 49 y 50; y GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit. pág. 560.

⁵⁵⁴ BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit. págs. 50 y 51.

⁵⁵⁵ En este sentido, MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., págs. 100 a 102, distingue lo que denomina, imputación de primer nivel (es decir, que la conducta de la persona física se impute a la Administración, para lo que exige dos requisitos, la integración de la persona física, cuya conducta se esté valorando, en la organización administrativa, y por otro lado, que dicha persona actúe como un trabajador público y no como un particular), y la imputación de segundo nivel (que exige que el daño sufrido por la víctima sea imputable a la conducta del funcionario o agente público a su vez imputable a la Administración), se requiere que exista una determinada relación entre el daño sufrido y la actuación administrativa que justifique imputar aquel daño a esta actuación. La imputación de segundo nivel se producirá en términos generales cuando se pueda decir que el daño sufrido por la víctima es obra de la Administración.

dolosa o culposa o negligente graves de la autoridad, funcionario o agente.

Igualmente, para GAMERO CASADO cuando el daño deriva de la actividad de un funcionario o agente de la Administración, es preciso distinguir una serie sucesiva de etapas: una primera fase de imputación de responsabilidad frente al sujeto dañado, en la que se determina si el daño que ocasiona la Administración a través de sus agentes es susceptible o no de reparación (atendiendo a criterios de imputación objetiva), si se determina la existencia de un daño a resarcir, el deber subjetivo primario de reparación corresponde a la Administración, quien deberá responder frente al tercero (responsabilidad directa). La segunda fase es de imputabilidad de la responsabilidad del personal frente a la Administración, donde se analiza si, en atención a su conducta en el caso concreto, el agente de la Administración ha incurrido en un supuesto de responsabilidad personal frente a ella, el criterio a emplear es de naturaleza subjetiva (atiende a la conducta del funcionario o agente). En función del resultado de ese análisis puede surgir un deber subjetivo de reparación del funcionario o agente, quien se encontrará obligado a soportar con su propio patrimonio el resarcimiento previamente satisfecho por parte de la Administración⁵⁵⁶.

Respecto de la imputación de la actuación del empleado público a la Administración ya hemos tenido ocasión de abordarla, al hablar del concepto de funcionario a los efectos de su responsabilidad patrimonial, de manera que hemos aludido al concepto de funcionario público en sentido amplio para imputar su actuación a la Administración pública, pero es necesario que dicha actuación se produzca en el ejercicio de sus funciones como servidores públicos, salvo, como hemos visto, la imputación que determinada jurisprudencia realiza a la Administración respecto de la actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que actúan al margen del servicio.

En cualquier caso, la imputación a la Administración se realiza con total independencia de la posible actuación culposa del empleado público, pues la fórmula “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”, indica que la responsabilidad de la Administración es de carácter objetivo, aunque en muchos supuestos la jurisprudencia exige un funcionamiento anormal (no siempre identificable

⁵⁵⁶ Vid. GAMERO CASADO, E.: “Las transformaciones del sistema de la responsabilidad administrativa extracontractual”, cit., págs. 6 y 7. El autor realiza una distinción entre criterios de imputación, la imputabilidad del daño y el deber subjetivo de reparación.

con una conducta anómala personal) para poder declarar la responsabilidad de la misma, ello ocurre normalmente en el caso de actuaciones materiales o por inactividad de la Administración, en las que *de facto* se aplica un régimen de responsabilidad por culpa. Como demuestra DOMÉNECH PASCUAL, en estos casos, los Tribunales, sólo declaran el deber de indemnizar cuando el daño es consecuencia de un funcionamiento defectuoso del correspondiente servicio público⁵⁵⁷, sin embargo, esta regla se invierte en la práctica cuando se trata de daños originados por actuaciones jurídicas ilegales⁵⁵⁸. Aquí la jurisprudencia considera normalmente que la ilegalidad del acto dañoso es suficiente para que la Administración responda⁵⁵⁹. Según manifiesta el autor, los daños ocasionados por actos ilegales se estiman inexorablemente antijurídicos y por tanto indemnizables, sin que sea necesario que se haya producido una negligencia en la actuación administrativa⁵⁶⁰.

No obstante, advierte que en los últimos años se ha ido abriendo paso y extendiendo su ámbito de aplicación una línea jurisprudencial que exige una ilegalidad cualificada para considerar antijurídicos y subsiguientemente indemnizables los daños ocasionados por un acto administrativo ilegal⁵⁶¹. En este sentido se aplica la doctrina del

⁵⁵⁷ Tal suele ocurrir, como señala el autor, con los daños ocasionados por los servicios sanitarios o medioambientales, los producidos en establecimientos penitenciarios o educativos, los provocados por deficiencias en la vía pública, o por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, entre otros, en DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?”, cit., págs. 187 y 188. Concretamente, sobre la imputación a la Administración o su personal por daños medioambientales, vid. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: Derecho ambiental: aspectos generales sobre la protección jurídica del medioambiente”, *E-Derecho Administrativo (e-DeA)*, nº 12, 2004, págs. 4 y ss.

⁵⁵⁸ Sobre la responsabilidad de la Administración por actuaciones jurídicas en general, puede consultarse, además, BLASCO ESTEVE, A.: *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, cit.; MEDINA ALCOZ, L.: *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, cit., y del mismo autor “El resarcimiento del daño causado por acto administrativo ilegal. Análisis de la cuestión en los ordenamientos italiano, francés, alemán y español”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 9, 2005.

⁵⁵⁹ Y ello a pesar de la dicción del art. 142.4 de la Ley 30/1992: “La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5”.

⁵⁶⁰ Para demostrar tal aseveración analiza, como ejemplo, algunas sentencias del Tribunal Supremo, así como algunos preceptos contenidos en disposiciones legislativas sectoriales que parecen imponer el deber de indemnizar siempre que los daños hayan sido causados por un acto administrativo simplemente ilegal, sin requerir además que la ilegalidad sea suficientemente caracterizada, grave, manifiesta, inexcusable, o culposa, DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?”, cit., págs. 188 a 191.

⁵⁶¹ Y que ha sido estudiada pormenorizadamente por GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La modulación de la responsabilidad de la Administración en determinados casos de ejercicio ilegal de potestades urbanísticas”, *Revista de Administración Pública*, nº 169, enero-abril, 2006, citado en nota al pie, DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos

margen de tolerancia, cuyo defensor, BLASCO ESTEVE, entendía que sólo debían considerarse indemnizables los daños ocasionados por actos administrativos que incurriesen en ilegalidades “inexcusables”, constitutivas de un funcionamiento anormal de los servicios públicos, cuyo carácter inexcusable debía determinarse en función de varios criterios, como la evidencia de la irregularidad cometida, su gravedad, los recursos por la Administración para actuar, el grado de precisión, oscuridad y complejidad de las normas jurídicas aplicables, y la materia sobre la que hubiese recaído el acto⁵⁶². Esta segunda línea jurisprudencial se ha ido abriendo camino, a pesar, de sentencias posteriores de signo contrario y opiniones doctrinales encontradas⁵⁶³.

Ambas líneas doctrinal y jurisprudencial son expuestas por DÍEZ SASTRE, desde la perspectiva de la imputación de responsabilidad a la Administración por actos administrativos, de forma que si es la ilegalidad (entendida como la vulneración de cualquier norma que rige la relación entre la Administración y ciudadano en el marco del procedimiento) el criterio determinante, la exoneración sólo podrá venir en caso de fuerza mayor; mientras que si tenemos en cuenta el criterio de la culpa (concebida como inobservancia de un estándar objetivo de cuidado o servicio en una determinada actuación) la Administración podrá liberarse siempre con la prueba de que su actuación fue razonable y que se adaptó al canon objetivo de conducta que era exigible en este tipo de casos⁵⁶⁴.

Ante este panorama es preciso extraer como conclusión que no toda actuación jurídica ilegal es suficiente para acarrear la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que es necesaria una ilegalidad cualificada, de tal forma que la ilegalidad de un acto administrativo, no excluye la posibilidad, como señala DOMENECH PASCUAL, de que la Administración haya actuado diligentemente al dictarlo. Recuerda el autor que la negligencia consiste en la infracción de un deber de cuidado, o en “la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar” (art. 1104 del Código Civil), de tal forma que no se infringe por haber causado un hecho, sino por no

ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?, cit., pág. 194.

⁵⁶² BLASCO ESTEVE, A.: *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, págs. 222 y ss.

⁵⁶³ DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?, cit., págs. 198 y ss.

⁵⁶⁴ DÍEZ SASTRE, S.: “Culpa vs. Ilegalidad: de nuevo sobre el fundamento de la responsabilidad por acto administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 153, 2012, págs. 67 y 68.

haber llevado cierto cuidado a fin de prevenirlo, por no haber adoptado suficientes medidas de seguridad tendentes a evitarlo, y es evidente que el deber de cuidado exigible tiene un límite⁵⁶⁵.

En definitiva, no podemos aportar soluciones apriorísticas, por un lado, no toda actuación jurídica ilegal conlleva la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, y por otro, no toda ilegalidad jurídica susceptible de generar la responsabilidad patrimonial de la Administración implica una actuación negligente o culpable de la misma⁵⁶⁶.

Para MIR PUIGPELAT⁵⁶⁷, el funcionamiento anormal al que debe vincularse la responsabilidad de la Administración se predica de conductas y no de resultados, por ello las normas de diligencia, es decir, las normas que definan qué actuaciones de la Administración son correctas (y por tanto encuadrables en un funcionamiento normal de los servicios públicos) y cuáles no (anormales –funcionamiento anormal-), en definitiva las normas que establezcan el modelo de conducta de la Administración, encuentran mejor ubicación, en cuerpos normativos dirigidos a la Administración, es esto es en Leyes, Decretos legislativos y Reglamentos de servicios dirigidos a la Administración donde pueden y deben imponerse los concretos estándares de actuación, los concretos estándares de diligencia cuyo incumplimiento permita afirmar que ha habido un funcionamiento anormal de los servicios públicos generador de responsabilidad patrimonial⁵⁶⁸. Pero junto a estos estándares, el autor considera que se deben fijar también concretas normas de diligencia directamente dirigidas a los funcionarios y agentes públicos. En este sentido, cobran especial importancia los códigos deontológicos y de comportamiento de los funcionarios y agentes públicos⁵⁶⁹.

⁵⁶⁵ DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?, cit., pág. 207.

⁵⁶⁶ Para DOMÉNECH PASCUAL, G., tampoco sería deseable la existencia de soluciones monolíticas, sino que sería perfectamente lícito que los Tribunales diversifiquen las soluciones jurisprudenciales en atención a las peculiares circunstancias de cada contexto, siempre dentro del marco de posibilidades que les ofrece la legislación vigente, que es amplísimo, en “Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?, cit., pág. 206.

⁵⁶⁷ MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, cit. págs. 272 y ss. para el que las cartas de servicios no son buenas conductoras de normas de diligencia de la Administración porque sus destinatarios son los ciudadanos, no la Administración.

⁵⁶⁸ El autor enumera un sinfín de supuestos de estándares de diligencia que cabría imponer normativamente a la Administración, en MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, cit., págs. 273 y 274.

⁵⁶⁹ MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, cit. pág. 275, también págs. 276 a 280. Sin embargo, considera el autor, que, aún en el supuesto de que

Las anteriores observaciones evidencian que en el supuesto concreto que estamos estudiando, esto es el ejercicio de la acción de regreso, independientemente de que el resultado lesivo proceda de una actuación (u omisión) material o técnica de la Administración, o jurídica⁵⁷⁰, el funcionamiento anormal del servicio tiene que venir determinado por la conducta de las personas físicas responsables de dichas actuaciones.

Y ello porque para poder imputar, a través del ejercicio de la acción de regreso, la responsabilidad patrimonial a la autoridad o empleado público, la ley exige una conducta dolosa, culposa o negligente graves, es decir, un funcionamiento anormal de los servicios públicos en este sentido (art. 145.2 Ley 30/1992) pues, como hemos tenido ocasión de comprobar, no todo “funcionamiento anormal del servicio público” determina la existencia de responsabilidad personal del empleado público, ya que en muchos casos dicho funcionamiento anormal se da precisamente cuando el servicio público no ha funcionado, o ha funcionado mal, pero no se puede atribuir personalmente a nadie en concreto. Por tanto no toda imputación de los daños y perjuicios sufridos por la víctima a la Administración derivados de un funcionamiento anormal de los servicios públicos implica la responsabilidad de la autoridad o empleado público, sino que, una vez que la Administración ha respondido patrimonialmente frente al particular, para poder depurar dicha responsabilidad personal se tiene que demostrar el anormal funcionamiento del servicio público en cuyo seno se produjo la lesión, a través de la conducta dolosa, culposa o negligente grave del funcionario o autoridad, lo que evidencia el carácter subjetivo de la responsabilidad patrimonial de los empleados públicos.

3.5. Concepto de dolo, culpa y negligencia graves. Dificultades de su apreciación.

Como acabamos de avanzar, no cualquier actuación del personal al servicio de la Administración por la que ésta ha tenido que indemnizar una lesión antijurídica, determina el ejercicio de la acción de regreso, sino que el requisito imprescindible para

todas las actividades administrativas estuvieran perfectamente reguladas y sujetas a concretos y exhaustivos estándares normativos de actuación, de diligencia, ni siquiera eso bastaría, pues se plantearían otros problemas, que únicamente podrían solucionarse combinando este sistema con una cláusula general de cierre, en sustitución del actual sistema de responsabilidad objetiva global de la Administración pública.

⁵⁷⁰ Sobre el control de la actividad jurídica y la inmunidad de los agentes públicos, puede consultarse las interesantísimas observaciones que realiza BLANQUER CRIADO, D.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Ponencia especial de Estudios del Consejo de Estado*, cit., págs. 103 y ss.

que prospere la acción de regreso contra el funcionario o agente es que el daño se haya producido mediando dolo o culpa o negligencia graves, así lo exigen los artículos 145.2 de la Ley 30/1992⁵⁷¹, y 19 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, aunque este último mantiene su redacción original de tal forma que la gravedad únicamente se aplica a la negligencia. Sin embargo, el art. 145.2 de la Ley 30/1992 ha de prevalecer sobre el Reglamento y sobre aquellas otras disposiciones que establezcan un régimen diferente⁵⁷².

Una vez indemnizado al particular perjudicado, e identificado el autor del daño, para que prospere la acción de regreso se requiere probar que el perjuicio se ha ocasionado mediando dolo, culpa o negligencia graves, en la conducta del presunto responsable, lo cual no siempre es fácil de determinar⁵⁷³. Esta cualificación diferencia la regulación de la responsabilidad en legislación administrativa de la normativa civil, que como sabemos admite responsabilidad civil por culpa o negligencia leve, de ahí que se diga que los funcionarios gozan de un régimen mucho más flexible que el resto de los particulares, pero ya hemos explicado que la finalidad no es otra que la de permitir un cierto margen de acción a los mismos, por lo que los daños derivados de simples errores o imprudencias leves serán asumidos por la Administración. Pero el régimen administrativo no protege la intencionalidad en la causación del daño, o la gravedad de la culpa o negligencia del funcionario o agente en su actuación.

Qué deba entenderse por dolo, culpa o negligencia graves a los efectos de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y empleados públicos es un tema no resuelto legislativamente, por lo que se hace absolutamente necesario precisar cuando estamos en presencia de dichos comportamientos de los que se hace depender la

⁵⁷¹ Como recuerda BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 52, en nota al pie, la referencia al dolo no estaba presente en el texto del Proyecto, remitido a las Cortes (aunque sí en el apartado del mismo precepto alusivo a la exigencia de responsabilidad por daños a los bienes y derechos de la Administración), sino que su introducción, que ya había sido sugerida por el Consejo de Estado, se debió a una enmienda del Grupo nacionalista Vasco. Años más tarde sería el Consejo de Estado en el dictamen de 22 de enero de 1998, el que sugería la necesidad de que la gravedad se predicase no sólo de la negligencia, sino también de la culpa, propuesta que finalmente pasó al texto de la Ley a través de la reforma de 13 de enero de 1999.

⁵⁷² Vid. igualmente MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., pág. 103.

⁵⁷³ Sí ayudaría el hecho de que el legislador estableciera los parámetros del funcionamiento razonable del servicio, como sugiere BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 53. En este sentido consideramos de gran utilidad las Cartas de Servicios que elaboran algunas Administraciones y que pueden orientar acerca de lo que puede considerarse como una actuación culposa o negligente grave.

existencia o no de responsabilidad personal.

El dolo exige tradicionalmente la intencionalidad, es decir, el elemento volitivo de querer ocasionar el daño. Aunque como reconoce la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Melilla de 23 de febrero de 2010 (JUR\2010\124135), el dolo en el derecho civil *“se ha identificado con mala fe, pero es el derecho penal el que tiene una construcción más acabada del mismo, exigiendo para que éste se dé el elemento intelectual, es decir que el autor posea un conocimiento cabal de la ilegalidad, y otro volitivo, en el sentido de querer la ilegalidad”*. Para PEÑA LÓPEZ el comportamiento doloso aparece caracterizado por dos notas: en primer lugar, el autor del daño se ha representado mentalmente su acción u omisión como ilícita y productora de un daño; y en segundo lugar ha aceptado sus consecuencias⁵⁷⁴.

El dolo se configura, además, como uno de los criterios a ponderar para determinar la exigencia de responsabilidad según el art. 145.2 segundo párrafo de la Ley 30/1992 cuando habla de la existencia o no de intencionalidad. En este sentido, la Ley parece que permite reducir el montante indemnizatorio a satisfacer por el funcionario cuando no se aprecie en su conducta dicha intencionalidad pero, entendemos, que no al contrario, es decir, no por el hecho de que la conducta haya sido dolosa, puede incrementarse la cuantía indemnizatoria⁵⁷⁵. Sin embargo, no debemos olvidar que, en muchos supuestos, esta misma intencionalidad supondrá que la actuación dolosa sea constitutiva de delito.

Respecto de la culpa o negligencia, parecen ser conceptos muy similares, y en ambos casos se requiere la gravedad. Por ello, el régimen de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de la Administración es más limitado que la responsabilidad civil de cualquier particular, que responderá igualmente por culpa leve.

⁵⁷⁴ Vid. PEÑA LÓPEZ, F.: “La vía de regreso: un medio a disposición de la Administración Pública (y su aseguradora) para exigir responsabilidad civil a su personal”, cit., pág. 15. El autor distingue, además, tres modalidades de dolo, dos del llamado “dolo directo” (dolo de primer grado cuando el resultado antijurídico y dañoso no sólo es aceptado, sino también deseado por el autor; y dolo de segundo grado, en el que el daño no es querido pero sí aceptado); y el “dolo eventual”, en el que el autor del se ha representado el resultado ilícito y dañoso, sólo como una probabilidad, pero aún así realiza la actividad dañosa. Todas ellas tienen en común la aceptación de la realización del ilícito dañoso.

⁵⁷⁵ Vid. MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., pág. 108, que menciona el ejemplo de EEUU, donde en algunos casos se admite que el causante del daño haya de pagar una indemnización muy superior al importe de los daños, cuando se demuestra que han sido causados de forma dolosa.

Por culpa grave, entienden los autores, la inobservancia de las normas elementales propias del puesto ocupado por el funcionario, pero no intencionalidad, lo que como hemos visto puede suponer la reducción del importe de la indemnización⁵⁷⁶. La mencionada Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Melilla de 23 de febrero de 2010, señala que *“la culpa exigida para que pueda ejercitarse la acción de regreso ha de ser grave, en ella el actor conoce que puede darse la situación de ilegalidad pero cree que de ésta no se producirá ningún daño para la Administración. Se trata en el precepto legal de culpa grave de una culpa consciente, no de una simple imprudencia o culpa leve”*.

La gravedad es igualmente predicable de la negligencia, que básicamente consiste en la infracción de un deber de cuidado, o como dice el art. 1104.1 del Código civil, en la “omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Se trata de un deber de medios, no de resultado. No se infringe por haber causado un hecho –por ejemplo, un accidente- sino por no haber llevado cierto cuidado a fin de prevenirlo, por no haber adoptado suficientes medidas de seguridad tendentes a evitarlo⁵⁷⁷. Y es claro que el nivel de cuidado exigible tiene un límite, no es infinito⁵⁷⁸. Y ello porque, muchas veces la conducta de autor material del daño no depende de sí mismo, sino que depende de las condiciones del servicio, de los medios materiales o personales de los que disponga, de tal forma que la previsibilidad o no del daño, y por tanto la adopción de las oportunas medidas para evitarlo no están del todo en su mano⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶ Alcance de la responsabilidad que ha sido criticado por algunos autores, en el sentido anteriormente expuesto, es decir, la posibilidad de reducir el montante indemnizatorio cuando no se aprecie dolo, pero evidentemente si una conducta culposa o negligente graves del funcionario o agente. Así, MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., págs. 108 y 109, estima, que “un comportamiento gravemente imprudente es suficientemente reprochable como para imputarle la integridad de los daños que ha causado”. Por ello, para el autor, la posibilidad abierta por el art. 145.2 de la Ley 30/1992, significaría exonerar a los funcionarios y agentes, en la inmensa mayoría de los casos, del principio de reparación integral, otorgándoles un segundo gran privilegio, ya que no sólo no responden en caso de culpa leve, sino que sólo han de cubrir la integridad del daño en caso de dolo.

⁵⁷⁷ Salvo, lo que en el ámbito sanitario se conoce como la doctrina del daño desproporcionado, es decir, cuando el acto médico produce un resultado anormal, insólito inusualmente grave. La doctrina del daño desproporcionado –también denominado de resultado “clamoroso” o de “culpa virtual”- parte de la base de que si no se hubiera incurrido en ninguna culpa, ningún daño se habría producido, por lo que la mera comprobación del daño hace presumir que hubo culpa, en GALLARDO CASTILLO, M^a J.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, cit., págs. 30 a 35.

⁵⁷⁸ Vid. DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?”, cit., pág. 207.

⁵⁷⁹ BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las

Por eso precisamente se requiere la gravedad de la mencionada conducta, pero su apreciación, es decir, la distinción entre la culpa y la culpa grave no es sencilla, sino que dependerá del caso concreto, de las circunstancias que rodean la actuación del funcionario o agente, por lo que, en última instancia, serían los Tribunales los que determinarían cuando estamos ante un supuesto de simple culpa que no arrastra la responsabilidad del empleado público o agente y cuando ante un supuesto de culpa o negligencia grave que exige el ejercicio de la acción de regreso.

Si bien es cierto que, en muchos casos, no será fácil determinar cuando estamos en presencia de una actuación culposa o negligente grave, cuestión que debe dilucidarse a lo largo de la tramitación del expediente administrativo, puede ser de gran ayuda la calificación de la conducta de los autores materiales del daño que, en muchos casos, realizan los Tribunales en el proceso que declara la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños ocasionados por las autoridades o personal a su servicio. Para su determinación, y puesto que no existe una regulación concreta aplicable, lo cierto es que la doctrina considera de aplicación los principios generales del Derecho común en materia de responsabilidad civil. No obstante, ya hemos advertido, que los conceptos elaborados en el ámbito civil y penal no son trasladables sin más al ámbito jurídico administrativo, sino que no podemos perder de vista que se deben aplicar en el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos⁵⁸⁰. Por ello sería conveniente la regulación de unos estándares mínimos de actuación que pudieran al menos orientar sobre si su incumplimiento pudiera ser considerado una negligencia grave.

En cualquier caso, no podemos perder de vista que las autoridades y empleados públicos están sometidos a unos códigos éticos y de conducta, así como a una serie de deberes específicos ligados a su condición de servidores públicos -cuya actuación se orienta al servicio de los intereses generales-, que deben servir de parámetro para analizar si concurre una actuación culposa o negligente grave.

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 54. Compartiendo opinión con el autor citado, DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit., pág. 229, estima conveniente que el legislador estableciera los parámetros del funcionamiento razonable del servicio, ya que ello ayudaría a delimitar si procede o no ejercitar la acción de regreso, teniendo en cuenta las disponibilidades reales del servicio, o incluso otros factores que aún concurriendo dolo, culpa o negligencia graves, atemperaran la responsabilidad respecto de lo pagado a la víctima.

⁵⁸⁰ DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit., pág. 350.

Pero si la apreciación del elemento subjetivo es una tarea compleja, ni qué decir tiene cuando el perjuicio no procede de una actuación material o técnica de la Administración, sino de su actividad jurídica, es decir, de un acto administrativo.

Para BLANQUER CRIADO las referencias al dolo, culpa o negligencia grave encajan en los supuestos en los que el resultado lesivo deriva de una actuación y no de un acto administrativo. Sin embargo, afirma, la vía de regreso también procede en estos casos en que la autoridad o funcionario hubiese dictado un acto contrario a Derecho, y ello porque entiende que dictar un acto nulo de pleno derecho sólo es posible mediando negligencia grave de la obligación de especial conocimiento de la legislación administrativa que pesa sobre los servidores públicos, proponiendo trasladar al ámbito de la Administración pública la máxima “*iura novit curia*” que se aplica a los miembros del Poder Judicial⁵⁸¹.

Ahora bien, prosigue el autor, “una cosa es afirmar que algunas infracciones jurídicas pueden determinar la responsabilidad patrimonial de una autoridad o funcionario, y otra distinta extender esa conclusión a toda infracción cualquiera que sea su entidad o trascendencia. Es decir, no toda infracción jurídica sería determinante del ejercicio de la acción de regreso; quedan excluidas irregularidades no invalidantes y los vicios jurídicos que determinan la anulabilidad de un acto administrativo; en cambio el ejercicio de la acción de regreso debería ser obligatorio cuando se trate de un vicio de nulidad radical”⁵⁸².

Sería deseable que el legislador diera algunas pautas en este sentido para determinar en qué supuestos podría considerarse que la anulación de un acto administrativo, de la que se han derivado unos perjuicios ya indemnizados por la Administración, supone una actuación, sino dolosa, sí gravemente culposa o negligente de la autoridad o funcionario

⁵⁸¹ Pues, según el autor, debe tenerse en cuenta “que a través del privilegio de la autotutela las autoridades y funcionarios ejercen funciones materialmente judiciales modificando una situación jurídica por vía declarativa o ejecutiva sin necesidad de acudir a los Tribunales. Sería ciertamente llamativo (si no sorprendente) que en un Estado social y democrático de Derecho las autoridades y funcionarios investidos de potestades exorbitantes no estén jurídicamente obligados a conocer las normas que aplican o deben aplicar. Negar esa obligación conduciría a debilitar hasta su desaparición los rasgos configuradores del Estado de Derecho. No es de recibo negar esa obligación de los agentes públicos de conocer el ordenamiento jurídico que aplican, ni pretender que esa obligación sólo sea exigible si media un previo requerimiento por escrito mediante el que se exija el cumplimiento de la legalidad (lo que implicaría un vuelta a la Ley Maura de 5 de abril de 1904)”, BLANQUER CRIADO, D.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, cit., págs. 115 y 116.

⁵⁸² BLANQUER CRIADO, D.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, cit., pág. 116

que lo adoptó, por lo que podría considerarse la posibilidad de tener en cuenta el grado de invalidez, como apunta BLANQUER.

En este sentido podemos recordar que el artículo 377.2 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, de 17 de mayo de 1952, entendía que existía culpa y negligencia graves “cuando la resolución administrativa de la que dimanen los daños implique infracción manifiesta de las leyes”. Pero no se nos escapaban las dificultades que este supuesto presenta, aún cuando se trate de actuaciones manifiestamente ilegales; pues, con carácter general, no toda anulación de un acto administrativo presupone derecho a la indemnización (art. 142.4 de la Ley 30/1992), por lo que si la Administración ha respondido previamente por ello, la acción de regreso podría ejercitarse en caso de considerar que el elemento subjetivo exigido por la Ley se cumple cuando se produce la infracción grave de una norma jurídica; cuestión ésta que, si bien es cierto, podría presuponerse en el caso de supuestos de nulidad absoluta, no parece poder determinarse *a priori* en todos los casos en los que se hayan realizado actuaciones ilegales, cuya anulación haya generado el deber de indemnizar de la Administración.

Especialmente llamativa es la consideración realizada en la Sentencia del Juzgado de Melilla de 23 de febrero de 2010, respecto de la gravedad de la culpa exigida en el art. 145.2 de la Ley 30/1992, al señalar que *“no resulta evidente la culpabilidad exigida por cuanto el actor en el momento de los hechos era un Consejero, un cargo electo, no un funcionario al que se le exige un conocimiento de las leyes, y no consta que de los muchos controles que un expediente administrativo pasa en una Administración Local ningún funcionario advirtiera la ilegalidad de la actuación”*. Evidentemente, no compartimos el razonamiento de la mencionada sentencia en este punto, que incluso intuimos peligroso, pues las autoridades deben ejercer sus funciones asumiendo personalmente la responsabilidad de sus actos, es decir, no se les puede exonerar sin más por el hecho de ser cargos electos y no funcionarios públicos so pretexto de no conocer las normas jurídicas que tiene que aplicar y, si realmente eso fuera así en un momento dado, su obligación sería buscar el asesoramiento de dichos funcionarios (llámese Secretarios, Interventores, asesores jurídicos), considerando que incurrirán en una negligencia grave si no lo hacen. Cuestión distinta, es que se traslade a los mismos dicha responsabilidad por no advertir de la ilegalidad de la actuación.

En definitiva, si del expediente se deduce que no ha habido dolo, culpa o negligencia graves, la consecuencia es la exoneración de la responsabilidad del empleado público.

3.6. El nexo causal.

3.6.1. Problemas que plantea su determinación.

Para que pueda exigirse la responsabilidad patrimonial el daño o perjuicio debe ser consecuencia de la acción u omisión directamente imputable al funcionario o agente público.

Ya hemos abordado la previa imputación de su actividad a la Administración pública en la que se integra y que ha indemnizado al particular lesionado, ahora nos referimos a la necesidad, para el ejercicio de la acción de regreso, de que el perjuicio sufrido por el particular sea imputable, al menos en parte, a la acción u omisión dolosa, culposa o negligente graves de la autoridad o empleado público, es decir, a la necesidad de que exista un nexo causal entre su acción u omisión y el resultado lesivo.

Eso es precisamente lo que se deduce del criterio al que, junto a otros, alude el párrafo segundo del art. 145.2 de la Ley 30/1992 cuando se refiere a “su relación con la producción del resultado dañoso”. Este criterio parece referirse a la participación del funcionario o agente en la producción del resultado lesivo, pues en ocasiones traerá causa de la conducta exclusiva del empleado público, pero no es infrecuente que, dada la complejidad de la organización administrativa, a la producción del hecho lesivo concurrirán otras personas, u otras circunstancias⁵⁸³, como la falta de recursos, o una deficiente organización administrativa del servicio⁵⁸⁴.

Igualmente, GARCÍA-ÁLVAREZ afirma que este criterio, solo puede interpretarse

⁵⁸³ Los supuestos pueden ser de lo más variopinto, así por ejemplo, en el caso de instituciones públicas educativas, la causación de daños a un menor puede traer causa no sólo de una conducta irresponsable por parte de los profesores y demás personal, sino que a su causación ha podido contribuir también el deficiente estado de las instalaciones, o material, o la propia víctima. Para un estudio exhaustivo de la jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial en relación con los menores puede consultarse ARROYO YANES, L. M.: “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en relación con los menores de edad”, en QUINTANA LÓPEZ, T. (Coord.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, págs. 811 a 851.

⁵⁸⁴ MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., pág. 107.

como una referencia al grado de participación del sujeto en la producción del resultado, cuando en la producción del daño hubiera concurrido la culpa de la propia víctima o, especialmente relevante en estos casos, el hecho de terceros, ya sea la propia Administración, con una defectuosa organización del servicio, sean otras autoridades o funcionarios o finalmente, terceros extraños a la organización⁵⁸⁵.

Finalmente, dadas las complejas relaciones interadministrativas que pueden darse, no sería extraño que el daño pudiera dimanar de actuaciones concurrentes de varias Administraciones públicas cuando éstas tengan competencias compartidas sobre una materia⁵⁸⁶, por lo que una vez determinada la responsabilidad que corresponde a cada Administración, será en el ámbito interno donde puede plantearse el posible ejercicio de la acción de regreso.

También podría interpretarse el grado de participación en términos de autoría, de forma que la inducción, cooperación o el encubrimiento podrían generar igualmente la responsabilidad patrimonial de dichas personas, si de sus actuaciones u omisiones se ha derivado un daño que la Administración ha debido indemnizar⁵⁸⁷.

3.6.2. Varios sujetos productores del daño.

Puede ocurrir que la circunstancia generadora de los daños sea imputable a más de un sujeto, bien porque la decisión se haya adoptado por un órgano colegiado, o porque se deba a la actuación conjunta de varios sujetos, por lo que el problema básicamente consiste en determinar cómo responden, teniendo en cuenta que ni la Ley 39/1992, ni el Real Decreto 429/1993 se pronuncian al respecto.

Cuando no existan elementos conducentes a diferenciar la responsabilidad de cada

⁵⁸⁵ GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit. pág. 568.

⁵⁸⁶ Sobre el tema puede consultarse entre otros MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad civil concurrente de las administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1992; RIVERO ORTEGA, R.: “Responsabilidad concurrente (art. 140 LRJPAC)”, en QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

⁵⁸⁷ Esta posibilidad está expresamente contemplada en el art. 42.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, para depurar responsabilidades contables al señalar que “[s]erán responsables directos quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución”; igualmente en el art. 93.2 del Estatuto Básico del Empleado Público que establece que “los funcionarios públicos o el personal laboral que indujeran a otros a la realización de actos o conductas constitutivos de falta disciplinaria incurrirán en la misma responsabilidad que éstos” y en el apartado 3º del citado precepto cuando señala que “incurrirán en responsabilidad los funcionarios públicos o el personal laboral que encubriere las faltas consumadas muy graves o graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos”.

uno, la Jurisprudencia civil venía entendiendo que “*el vínculo de solidaridad es el procedente por ser el más adecuado, con relación al perjudicado, para la efectividad de la indemnización correspondiente*”⁵⁸⁸; esta falta de individualización de la responsabilidad era frecuente en actuaciones médicas que se practican en equipo y dónde es muy complejo individualizar y medir la responsabilidad de cada uno de los que intervienen en el acto médico⁵⁸⁹. La misma regla de la solidaridad se aplica, como veremos, en el caso de la responsabilidad contable directa por los daños ocasionados a los bienes y caudales públicos (art. 38.3 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas).

Sin embargo, esta regla que es muy adecuada cuando se trata de indemnizar al perjudicado por el hecho lesivo, pues lo prioritario es dejarlo indemne, no lo es tanto en el supuesto que contemplamos cuya finalidad no es ya indemnizar al particular, sino reintegrar a la Administración que ha satisfecho la indemnización lo que, de dicha cuantía, corresponde a la responsabilidad personal del funcionario o agente concreto. Ahora lo esencial es la determinación de la responsabilidad de cada autor, por lo que estimamos que sería más conveniente la responsabilidad mancomunada.

Igualmente, para MIR PUIGPELAT en el supuesto de que varios funcionarios hayan participado en la producción del daño, como en ninguna parte se dice que la responsabilidad de los funcionarios o agentes haya de ser solidaria (pues el art. 140 de la Ley 30/1992 se refiere a la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas, no a la de su personal) y la regla del Código Civil es la mancomunada general, el funcionario o agente cuya responsabilidad se está ventilando, sólo tendrá que hacer frente a su cuota de la deuda indemnizatoria, y la Administración tendrá que dirigirse contra el resto de los funcionarios para recuperar de ellos lo satisfecho previamente a la víctima⁵⁹⁰. En el mismo sentido GARCÍA ÁLVAREZ, señala que si los causantes de los daños fuesen varios, lo procedente sería un único procedimiento administrativo, en el que a falta de una previsión expresa deberá considerarse una obligación mancomunada,

⁵⁸⁸ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9170).

⁵⁸⁹ No obstante, para individualizar estas conductas se utilizan los protocolos y guías prácticas, donde se establecen las actuaciones que son exigibles a cada uno de los profesionales que intervienen en la atención de un paciente, que tratan de establecer parámetros de conductas exigibles como mínimo; vid. MUÑOZ MACHADO, S.: “Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria. (Con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil)”, en *Documentación Administrativa*, nº 237-238, pág. 278. Sobre la importante función que cumplen los protocolos médicos, vid. GALLARDO CASTILLO, Mº J.: La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, cit., págs. 24 y 25.

⁵⁹⁰ MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., págs. 107 y 108.

y por tanto, en la resolución deberá determinarse la cuota de responsabilidad correspondiente a cada uno⁵⁹¹.

Lo ideal sería que en el mismo procedimiento se tratase de determinar la cuota de responsabilidad de los distintos causantes del daño pero, como anticipamos, la compleja organización administrativa, ya se trate de actuaciones jurídicas, ya se trata de actuaciones materiales o técnicas, muchas veces no permite aislar conductas individualizadas, sino la constatación de que el perjuicio es producto de la confluencia de todas ellas, por ello estimamos que, en el caso de que no fuera posible la determinación de la medida o cuota de participación de cada empleado público en el resultado lesivo en orden a fijar su responsabilidad, la Administración podría repartir la cuota indemnizatoria a partes iguales.

3.6.3. El concurso de causas: la culpa de la víctima y el hecho de un tercero.

Puede ocurrir que a la causación del hecho lesivo haya concurrido bien la propia víctima (por ejemplo, en el caso de actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando la propia víctima ha propiciado con su acción la causación del daño- al huir o portar un arma-; o en el ámbito sanitario, cuando el paciente no sigue el tratamiento⁵⁹²) o un tercero ajeno a la Administración.

Como al ejercicio de la acción de regreso, normalmente le ha precedido un procedimiento de responsabilidad patrimonial frente a la Administración correspondiente⁵⁹³, en principio, en dicho procedimiento ha tenido que quedar acreditada la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el daño⁵⁹⁴,

⁵⁹¹ GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 565.

⁵⁹² GALLARDO CASTILLO, M^o J.: La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, cit., pág. 84, lo que puede dar lugar a un supuesto de concurrencia de causas o incluso a la ruptura del nexo causal.

⁵⁹³ Decimos “normalmente” pues así está configurada jurídicamente la acción de regreso aunque, como hemos advertido, los Tribunales aplican el art. 145.2 de la Ley 30/1992 cuando la obligación de indemnización de la Administración no deriva de un previo procedimiento de responsabilidad patrimonial, sino de otras causas como el incumplimiento de obligaciones o contratos por parte de la Administración.

⁵⁹⁴ La determinación de la relación de causalidad ha sido tradicionalmente uno de los caballos de batalla en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, vid. entre otros: NIETO GARCÍA, A.: “La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n^o 4, 1975 y del mismo autor “La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: doctrina jurisprudencial”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n^o 51, 1986; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: “El problema del nexo causal y la responsabilidad patrimonial de la Administración”, en el *Homenaje a Segismundo Royo Villanova*, Moneda y Crédito, Madrid, 1977; BLASCO ESTEVE, A.: “La

por lo que allí se habrá ventilado la cuestión de la concurrencia de la culpa de la propia víctima o de un tercero, sin que evidentemente se haya producido la ruptura del nexo causal, pues de lo contrario no se habría establecido la obligación de la Administración de indemnizar y, consecuentemente, el ejercicio posterior de la acción de regreso.

En este tipo de situaciones, en los que la jurisprudencia ha ido oscilando desde la exigencia de una relación de causalidad directa y exclusiva, sin intervención de elementos extraños que influyan alterando el nexo causal, a permitir la concurrencia de otras causas, que si bien no exoneran la responsabilidad, sí la atemperan, reduciendo el montante indemnizatorio, el problema habrá quedado resuelto en el procedimiento previo de exigencia de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, por lo que en vía de regreso habrá de dilucidarse, si efectivamente la cuantía finalmente pagada por la Administración al particular dañado, es la que corresponde a la responsabilidad personal del funcionario teniendo en cuenta los criterios que permiten modular dicha cuantía.

Únicamente en los supuestos admitidos jurisprudencialmente en los que la indemnización previa no ha derivado de un procedimiento de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, sino que la indemnización ha sido declarada por como consecuencia de otro tipo de acciones por parte de la Administración (ya hemos hecho referencia a las indemnizaciones procedentes de despidos declarados nulos, o de incumplimientos de contratos, por ejemplo), podría plantearse en el procedimiento en vía de regreso, el posible concurso de la actuación de un tercero o de la propia víctima. Siendo así, en el procedimiento administrativo en vía de regreso, el interesado tendrá que demostrar en qué medida la participación de la propia víctima o de una tercera persona, si bien no ha podido llegar a romper el nexo causal, sí puede contribuir a atemperar su responsabilidad, por lo que no podemos establecer soluciones apriorísticas, sino que estará en función del caso o supuesto concreto que se esté ventilando en un momento dado.

3.6.4. Culpa del funcionario en concurrencia con un funcionamiento anormal del servicio.

La responsabilidad patrimonial de la Administración puede declararse por los daños

relación de causalidad en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia reciente”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 53, 1987.

antijurídicos que son consecuencia, tanto de un funcionamiento normal de los servicios públicos, como de un funcionamiento anormal de los mismos, incluidas en este último supuesto las deficiencias del propio servicio.

La falta de medios materiales o personales, incluso una mala organización del servicio cuyo defectuoso funcionamiento ha producido la lesión indemnizable, podrían haber contribuido a la acción dolosa, culposa o negligente grave de la autoridad o empleado público presuntamente responsable, de tal forma que la Administración o, en su caso, el juez de lo contencioso-administrativo podrían tenerlo en cuenta a la hora de decidir su concreta responsabilidad en la causación del hecho dañoso. Incluso podría plantearse si dichas deficiencias del servicio no serían a su vez causa de la ruptura del nexo causal entre la actuación de la autoridad o personal al servicio de la Administración y el daño producido a la víctima y que ya ha sido reparado por la Administración.

Este argumento no sirve, sin embargo, cuando se trata de daños a bienes y derechos de la propia Administración pública constitutivos de responsabilidad contable, precisamente en este tipo de situaciones de precariedad de medios o deficiencias organizativas, es cuando el Tribunal de Cuentas exige a los empleados públicos extremar las precauciones, en cuanto entiende que dichas deficiencias refuerzan el deber de diligencia del gestor público, de manera que para el Tribunal de Cuentas no pueden admitirse como causa de exoneración de la responsabilidad contable⁵⁹⁵.

3.6.5. Ruptura del nexo causal.

Acabamos de exponer que el ejercicio de la acción de regreso presupone un procedimiento previo de responsabilidad patrimonial frente a la Administración en el que la relación de causalidad entre el perjuicio irrogado al particular y el funcionamiento del servicio ha debido quedar suficientemente acreditada, de modo que la intervención de otros elementos o concausas no ha producido la ruptura del nexo causal, sin embargo, en esta segunda fase de imputación de ese daño a la conducta dolosa, culposa o negligente grave de la autoridad o empleado público pueden existir elementos cuya concurrencia tenga como consecuencia, precisamente, la ruptura del mismo, y por tanto su exoneración.

⁵⁹⁵ Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 5/2008, de 1 de abril.

a) Orden del superior jerárquico.

En el ámbito disciplinario, una de las causas de exoneración de la responsabilidad disciplinaria es el cumplimiento de una orden superior, de tal forma que estarían exentos de responsabilidad quienes actúen en virtud de obediencia debida, al igual, por cierto, que en ámbito penal, el art. 20.7º del Código Penal exime de responsabilidad criminal a quienes obren en cumplimiento de un deber. Por ello nos preguntamos, si en el ámbito de la responsabilidad patrimonial podríamos aplicar esta regla por analogía, y considerar como causa de ruptura del nexo causal el cumplimiento por parte del presunto responsable de una orden de un superior o autoridad.

No tenemos ninguna duda de que así será, pues el cumplimiento de las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores es un deber de los empleados públicos contemplado en el art. 54.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, vinculado al principio de jerarquía administrativa proclamado por el art. 103.1 de nuestra Constitución⁵⁹⁶, cuyo incumplimiento puede constituir una falta grave, o muy grave (si se trata de desobediencia abierta a las órdenes e instrucciones, art. 95.2.i) del Estatuto Básico del Empleado Público) o incluso, en determinadas condiciones, una conducta delictiva (arts. 410 y 411 del Código Penal)⁵⁹⁷. En consecuencia, si la conducta causante del daño ha sido motivada por el cumplimiento de una orden que el empleado público ha llevado a la práctica, dicha obediencia debida será motivo de exoneración de su responsabilidad.

Si eso ocurriera, la imputación inicial del funcionario o autoridad presuntamente responsables tendría que desplazarse hacia el autor de la orden cuyo cumplimiento dio origen a la lesión indemnizable. En ese supuesto habrá de iniciarse un nuevo expediente en el que se tendrá que demostrarse la relación de causalidad junto con el resto de los requisitos exigidos legalmente, esencialmente la conducta dolosa, culposa o negligente grave de la autoridad correspondiente. Otra opción, sobre todo cuando el instructor del procedimiento en vía de regreso tenga dudas respecto de los términos y el alcance de la orden, sería llamar a su autor como interesado al mismo procedimiento.

Sin embargo, el tema de la obediencia debida dista de ser sencillo, no sólo en el

⁵⁹⁶ Sobre las implicaciones del principio de jerarquía en el ámbito de la función pública, vid. ARROYO YANES, L. M.: *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, cit., págs. 142 a144.

⁵⁹⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función pública*, cit. págs. 294 y 294

ámbito disciplinario donde, como señala SÁNCHEZ MORÓN, se plantean problemas prácticos de comportamiento, sobre todo cuando el funcionario o empleado público recibe una orden ilegal, en el sentido de que éste tiene la obligación de observar la legalidad en el ejercicio de sus funciones⁵⁹⁸, sino también a la hora de determinar la responsabilidad patrimonial cuando esto sucede.

Pues bien, el ordenamiento jurídico administrativo ha previsto expresamente este supuesto señalando al respecto, en el precitado art. 54.3, que los empleados públicos “obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes”, de tal forma que se libera al funcionario del deber de obediencia cuando dicha orden constituya una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico⁵⁹⁹, y al revés, la obediencia debida no ampara la comisión de este tipo de actos por el funcionario.

Lo determinante, pues, en orden a exonerar o no de responsabilidad al funcionario que recibe una orden ilegal es dilucidar si estamos en presencia de una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, supuesto en el que no puede argumentarse como causa de exoneración la obediencia debida, y podría declararse la responsabilidad patrimonial del mismo (siendo su obligación ponerla en conocimiento de los órganos de inspección procedentes, quienes le indicarían si dicha ilegalidad le exime de del deber de obediencia o no) que, entendemos, podría responder junto con la autoridad que dio la orden ilegal. En el caso de que no quede claro que se trate de una infracción manifiesta podría aducirse como causa de exoneración del funcionario la obediencia debida.

b) Otros supuestos.

Igualmente el presunto responsable puede alegar como causa de exoneración de la responsabilidad patrimonial la concurrencia de aquellos supuestos que excluyen la voluntariedad de la acción, o la privan de la normalidad necesaria para que pueda imputarse al sujeto, tales como haber sufrido algún tipo de coacción, amenaza o miedo

⁵⁹⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función pública*, cit. pág. 294.

⁵⁹⁹ Entendida ésta como “infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general” (art. 410.2 del Código Penal) o como “actos que constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las leyes” [art. 5.1.d) de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad], en SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función pública*, cit. pág. 294.

insuperable⁶⁰⁰, en estos casos, y sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir quienes ejerzan la coacción o amenaza, la constatación de que la actuación del inicialmente presunto responsable es debida a la existencia de dichas amenazas o coacciones, podría ser considerada como causa de exoneración de la responsabilidad de la persona cuya actuación ocasionó el daño o perjuicio al particular, trasladando igualmente la responsabilidad patrimonial al autor de las mismas⁶⁰¹.

Incluso la exoneración de responsabilidad podría venir determinada por la aplicación análoga del error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal (art. 14.3 del Código Penal). Así señala BLANQUER CRIADO, en relación a la responsabilidad penal de las autoridades locales, es obligación del Secretario y del Interventor de las Entidades Locales, advertir a los representantes políticos de la ilegalidad de los actos que infrinjan manifiestamente un precepto legal concreto, por lo que si el Secretario o el Interventor no formularon esa previa advertencia se excluye la eventual responsabilidad de los miembros de la Entidad Local que votaron a favor de la adopción de un determinado acuerdo... En estas circunstancias hay error invencible de prohibición que excluye la responsabilidad penal de los representantes políticos (cuestión distinta es la responsabilidad en que puedan haber incurrido el Secretario o el Interventor)⁶⁰². Nuevamente, y aplicando este supuesto a los acuerdos adoptados por autoridades que no han sido advertidas de la vulneración manifiesta de la legalidad no constitutiva de infracción penal, pero sí causante de daños y perjuicios, podría considerarse la exclusión de la misma por error invencible arrastrando, en consecuencia, la responsabilidad del Secretario o Interventor que no advirtió de la ilegalidad.

4.- LA INDEMNIZACIÓN.

4.1. Problemas que plantea su determinación.

Hemos señalado que realmente la acción de regreso configurada en el art. 145.2 de la Ley 30/1992, no tiene únicamente una finalidad resarcitoria, es decir, no se trata de dejar indemne, en este caso, a la Administración que es la que finalmente ha debido

⁶⁰⁰ Este último expresamente contemplado como causa de exoneración en el art. 20. 6º del Código Penal.

⁶⁰¹ No obstante, hay que ser cauteloso a la hora de aplicar analógicamente las causas de exoneración previstas en el ámbito penal, pues en muchos casos supone la exoneración criminal pero no la civil.

⁶⁰² BLANQUER CRIADO, D. V.: “Artículo 78”, en REBOLLO PUIG, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, Tomo II (Artículos 46 a 88)*, cit., págs. 2024 y 2024.

soportar las consecuencias de la conducta reprobable del funcionario o agente, pues no olvidemos que la víctima ya ha sido resarcida. La finalidad de la acción de regreso no es, por tanto, recuperar lo pagado previamente por la Administración, la finalidad es que la autoridad o el funcionario responsable pague, sí, que su conducta no quede impune (finalidad punitiva), y que tenga en cuenta que su actuación inadecuada sí tiene consecuencias que le afectan personalmente (función preventiva).

Así parece deducirse implícitamente del art. 145.2 de la Ley 30/1992 cuando en el párrafo segundo establece que “para la exigencia de responsabilidad se ponderarán, entre otros, el resultado dañoso, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de la Administración y su relación con la producción del resultado dañoso”⁶⁰³. Con el establecimiento legal de dichos criterios se hace más que evidente la intención del legislador de reducir el montante de la indemnización a pagar por el presunto autor personal del daño respecto de la indemnización previamente abonada por la Administración al particular perjudicado (teniendo en cuenta, además, que, desde un punto de vista absolutamente realista, muchos supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración serían cuantitativamente inasumibles por sus funcionarios o agentes), y aunque su previsión ha suscitado alguna crítica, en nuestra opinión, y en la de muchos autores, la referencia a los mismos merece una valoración jurídica positiva⁶⁰⁴. Coincidimos plenamente con DÍEZ SÁNCHEZ cuando

⁶⁰³ Para PEÑA LÓPEZ, F.: “La vía de regreso: un medio a disposición de la Administración Pública (y su aseguradora) para exigir responsabilidad civil a su personal”, cit., pág. 20, y teniendo en cuenta la tesis que defiende, los criterios de modulación deben ser interpretados de acuerdo con los parámetros de la responsabilidad por incumplimiento, señalados en los arts. 1102 a 1107 del Código civil, en consecuencia, “la aplicación de este criterio para determinar la indemnización exigible al funcionario no es más que una aplicación del criterio de que el daño indemnizable sólo es el originado por la actuación de sujeto que incumple su obligación”.

⁶⁰⁴ De acertados los califica RIVERO YSERN, E.: “Notas sobre el sistema de responsabilidad patrimonial de las autoridades y funcionarios”, en DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. y JIMÉNEZ FRANCO, E. (Dirs.): *Los empleados públicos. Estudios* cit., pág. 319; para BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., págs. 54 y 55, hay que diferenciar la responsabilidad objetiva de la Administración que debe responder por la totalidad del daño, de la acción de regreso del art. 145.2 Ley 30/1992, que está organizada sobre un patrón subjetivo en el que cabe la introducción de ciertos elementos llamados a moderar la responsabilidad personal del empleado público, y por tanto la cuantía que se le exige. También DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit., pág. 352, entiende que dichos criterios de modulación de la responsabilidad pueden resultar oportunos y positivos para la toma de decisión por el órgano competente, fundamentalmente respecto de la resolución del procedimiento; y ello, aún cuando el autor entiende 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 definitivamente abonada directamente por la Administración pública; igualmente para DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit., pág. 230, “ya que la acción de regreso está organizada sobre un patrón subjetivo –en el que

afirma que su trascendencia fundamental está directamente relacionada con la cuestión del *quantum* de la indemnización susceptible de reclamarse al causante⁶⁰⁵.

Ahora bien, el simple hecho de su regulación con carácter abierto, como enseguida veremos, puede generar inseguridad jurídica o, cuando menos, cierta desconfianza por cuanto al final, la indemnización vendrá determinada por una decisión discrecional de la Administración, que puede decidir reducir o no el montante de la misma, por ejemplo, si en la conducta del autor no se aprecia intencionalidad⁶⁰⁶. Este margen de discrecionalidad que permite la ley exige, en todo caso, que la decisión final adoptada por el órgano competente respecto de la responsabilidad patrimonial de una autoridad o empleado público en vía de regreso, esté perfectamente motivada, sobre todo cuando se ha utilizado los mencionados criterios para rebajar el *quantum* indemnizatorio.

4.2. Modulación de la indemnización.

A la hora de precisar la responsabilidad que finalmente corresponde al funcionario o agente y, en consecuencia, fijar el montante de la indemnización, habrán de tenerse en cuenta los criterios señalados en el art. 145.2 de la Ley 30/1992, a los que la Administración podría añadir alguno más⁶⁰⁷, pues el precepto citado prevé expresamente, “entre otros”, los siguientes:

- a) “*El resultado dañoso producido*”, es decir, el daño o perjuicio producido al

cabe la introducción de ciertos elementos llamados a moderar la responsabilidad patrimonial del empleado público, y por tanto de la cuantía que se le exige-; no es irrazonable que para la determinación de la cuantía a exigir al empleado público el legislador habilite la utilización de ciertas reglas que permiten ponderarla; y como la resolución del procedimiento ha de ser motivada, el interesado dispondrá de unos elementos de juicio de los que difícilmente dispondría en caso de inexistencia de criterios legales de ponderación”. En opinión de GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 567, estas reglas de ponderación deberán utilizarse para cuantificar la parte de los daños o la indemnización pagada que corresponde soportar al funcionario, e incluso, la propia existencia de responsabilidad civil, lo que resulta coherente en un régimen de responsabilidad por culpa, es más por culpa grave.

⁶⁰⁵ DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit., pág. 230 y 231.

⁶⁰⁶ En el mismo sentido LÓPEZ ÁLVAREZ, E.: «Comentarios a los artículos 140 y siguientes de la LRJAE y PAC» en SALA SÁNCHEZ, P. (Coord.): *Comentarios a la reforma del procedimiento administrativo (Análisis de la Ley 4/1999)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 610, cuando estima que se ha pasado de un sistema de discrecionalidad administrativa en la iniciación y en la decisión, a un sistema reglado en su iniciación y discrecional en su decisión sobre la base de los elementos proporcionados por la ley; DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit., pág. 232.

⁶⁰⁷ Se trata de un *numerus apertus* como señala RIVERO YSERN, E.: “Notas sobre el sistema de responsabilidad patrimonial de las autoridades y funcionarios”, en DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. y JIMÉNEZ FRANCO, E. (Dirs.): *Los empleados públicos. Estudios*, cit., pág. 319

particular lesionado en sus bienes o derechos, y que, curiosamente, viene determinado por el expediente de origen. Este criterio hace referencia al tipo y magnitud del daño⁶⁰⁸, si bien, dentro del procedimiento administrativo en vía de regreso hay que verificar si todos los daños son imputables al presunto responsable o no, de manera que sólo responderá por aquellos que se puedan considerar atribuibles a su actuación, en la medida que a la producción de los mismos hubieran podido coadyuvar otros factores, incluso, como ya hemos señalado, en términos de autoría.

b) “*La existencia o no de intencionalidad*”, en el sentido de que el elemento volitivo puede tener consecuencias a la hora de determinar el montante de la indemnización a satisfacer por el presunto responsable, de manera que podría reducirse el montante de la indemnización de los daños imputables al funcionario o agente, cuando se aprecie una conducta culposa o negligente graves⁶⁰⁹, mientras que si se apreciase dolo, es decir, la intencionalidad de causar el perjuicio, podrá responder por todos los perjuicios y daños cuantificados en el procedimiento de origen que le sean imputables, como ya hemos advertido al tratar el requisito subjetivo del dolo, o culpa o negligencia graves⁶¹⁰.

c) “*La responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones*”, se trata también de un criterio no exento de cierta polémica en cuanto puede considerarse no aplicable a las autoridades. Esta conclusión se infiere de

⁶⁰⁸ En palabras de MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., pág. 107, se trata de un criterio obvio, inherente a la propia esencia de la responsabilidad civil, en el sentido de que sin daño no hay responsabilidad civil y la cuantía de la indemnización dependerá de la magnitud de este daño.

⁶⁰⁹ Así lo estima también MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., págs. 108 y 109, si bien, esta posibilidad de reducir el importe de la indemnización en caso de culpa grave es, en su opinión, el criterio más discutible de todos, ya que los particulares sometidos al régimen general del Código Civil no tienen ese privilegio, y no alcanza a entender por qué lo han de tener los funcionarios y agentes públicos, considerando que un comportamiento gravemente imprudente es suficientemente reprochable como para imputarle la integridad de los daños que ha causado.

⁶¹⁰ Podríamos pensar que el legislador ha querido tener en cuenta la diferenciación que, respecto de la responsabilidad contable, realiza el art. 178.1 y 2 de la Ley General Presupuestaria cuando, a la hora de determinar la indemnización por los daños ocasionados como consecuencia de un acto administrativo o resolución, diferencia en función de que los daños se hayan ocasionado mediando dolo, supuesto en el que la responsabilidad alcanzará a todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la resolución; mientras que si se trata de culpa grave, sólo responderán de los daños y perjuicios que sean consecuencia necesaria del acto o resolución ilegal. En este sentido se manifiesta PEÑA LÓPEZ, F.: “La vía de regreso: un medio a disposición de la Administración Pública (y su aseguradora) para exigir responsabilidad civil a su personal”, cit., pág. 20, que, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción de regreso por él defendida, considera de aplicación el art. 1107 del Código civil que permite a la Administración, cuando concurra intencionalidad o dolo del autor, exigir que se indemnicen todos los daños que “conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.

la propia literalidad del art. 145.2 de la Ley 30/1992 al mencionar expresamente la responsabilidad profesional “del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, lo que, para la doctrina, supone la lógica exclusión de su aplicación a las autoridades⁶¹¹, sin embargo, en palabras de DÍEZ SÁNCHEZ, no deja de ser una discriminación que puede fundamentarse pero en absoluto asumirse sin más⁶¹².

El criterio de la responsabilidad profesional está conectado a la cualificación del funcionario o empleado público, es decir, la competencia técnica, el grado de titulación exigido para desempeñar el puesto de trabajo o el mayor o menor grado en que tengan asumidas funciones públicas⁶¹³. Por ello se deberá tener en cuenta la existencia de faltas de carácter técnico o profesional inexcusables, o de supuestos de negligencias profesionales cualificadas y extremadamente graves, inexcusables e inadmisibles en el ámbito profesional correspondiente⁶¹⁴, y cuya constatación en el expediente pondría de manifiesto la existencia del elemento subjetivo inherente a la responsabilidad patrimonial del personal al servicio de la Administración.

Se trata, creemos, de un criterio determinante, tanto para la constatación de la propia responsabilidad patrimonial del funcionario, pues en definitiva se lo que está en dilucidando es si hubo o no un anormal ejercicio de sus “funciones”, en el sentido de incumplimiento, dejación, u omisión grave de las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, como para precisar el concreto montante de la indemnización, teniendo en cuenta los otros factores.

Sin embargo, dicho criterio podría ser considerado también respecto de ciertas autoridades, a las que la legislación exige su nombramiento entre funcionarios, pues este requisito mismo denota una exigencia de profesionalidad en el ejercicio de las funciones

⁶¹¹ GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92, 26 de noviembre)*, cit., pág. 1388.

⁶¹² DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit., pág. 231, citando a LÓPEZ ÁLVAREZ, E.: «Comentarios a los artículos 140 y siguientes de la LRJAE y PAC» en SALA SÁNCHEZ, P. (Coord.): *Comentarios a la reforma del procedimiento administrativo (Análisis de la Ley 4/1999)*, cit., pág. 614.

⁶¹³ SERRERA CONTRERAS, P. L.: “Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Vol. II*, Madrid, 1993, pág. 146.

⁶¹⁴ DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit., pág. 231; GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit. pág. 567. Para MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., pág. 107, se trata de un criterio necesario, sobre todo para medir la responsabilidad por omisión, es decir, si la autoridad o funcionario tenía o no el deber de controlar y evitar el resultado lesivo.

concretas del cargo, lo mismo podría decirse respecto del personal directivo profesional previsto por el art. 13 del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo régimen jurídico habrá de establecerse por el Gobierno y los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. El apartado 3 del mencionado precepto señala que dicho personal “estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en función de los objetivos que les hayan sido fijados”, en este sentido, también podría considerarse su responsabilidad profesional como criterio a tener en cuenta para determinar la responsabilidad y la determinación de la indemnización.

d) “*La relación con la producción del resultado dañoso*”, este criterio sólo puede referirse a la determinación nexo causal entre el resultado lesivo y la actuación del funcionario o agente, y la posibilidad de que éste pueda romperse como consecuencia de la existencia de causas de exoneración, o modularse por la intervención de terceros, la propia víctima o deficiencias del servicio⁶¹⁵.

4.3. Límite de la indemnización.

Si bien el legislador permite modular el montante de la indemnización satisfecha previamente por la Administración al particular lesionado en atención a los diversos factores que acabamos de señalar, por lo que, lo normal, es que el *quantum* de la indemnización abonada por aquella no se corresponda exactamente con la que tiene que satisfacer finalmente el funcionario o autoridad responsable, sino que probablemente será inferior, sin embargo, existe un límite que la Administración tiene que respetar, esto es, el del montante indemnizatorio pagado efectivamente por la Administración a la víctima. En ningún caso, en vía de regreso, puede establecerse una responsabilidad patrimonial del funcionario superior a la responsabilidad patrimonial a la que ha tenido que hacer frente la Administración.

5.- EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN VÍA DE REGRESO.

El art. 145.2 de la Ley 30/1992, establece que la “Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y

⁶¹⁵MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., pág. 107; DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit., pág. 231; GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 567 y 568;

demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieren incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca”, y el apartado 4 del mismo precepto que “[l]a resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa”. La acción de regreso, por tanto, debe tramitarse en vía administrativa a través de un procedimiento que supone el ejercicio del poder de autotutela por parte de la Administración pública.

El desarrollo reglamentario del procedimiento se efectúa por el art. 21 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, de una manera un tanto *sui generis*, pues no sólo que deja en el aire muchísimos aspectos que la norma sencillamente elude, sino que aquellos que están específicamente tratados, suscitan todo tipo de dudas interpretativas para la doctrina administrativista y para los jueces que tienen que aplicarla. En cualquier caso, aún tratándose de un procedimiento especial, serán de aplicación las disposiciones generales del procedimiento administrativo común, regulado en el Título VI de la Ley 30/1992⁶¹⁶.

Como hemos advertido en el Capítulo I del presente trabajo, estamos en presencia de legislación estatal, pero legislación aplicable a todas las Administraciones públicas, sin perjuicio de las especialidades procedimentales que, con respecto a la Ley 30/1992 y al Reglamento regulador de los procedimientos de Responsabilidad Patrimonial, establezcan las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias normativas en materia de responsabilidad patrimonial, tal y como reconoce el propio art. 1.2 del Real Decreto 429/1993, cuando señala que las disposiciones del Reglamento son de aplicación a los procedimientos que inicien, instruyan y resuelvan todas las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, que tienen, en consecuencia, un único régimen de responsabilidad tanto en los aspectos sustantivos, como en los formales, coherentemente con el art. 149.1.18ª *in fine* de la Constitución española al imponer la competencia exclusiva del Estado respecto del “sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”⁶¹⁷.

⁶¹⁶ FORTES GONZÁLEZ, A. I.: “Los procedimientos para la determinación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 48, mayo-agosto, 1997, pág. 85; MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I.: “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, cit., pág. 255.

⁶¹⁷ Así lo entiende REBOLLO PUIG, M.: “La reclamación de la indemnización”, en QUINTANA LÓPEZ, M. (Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y*

Ya hemos destacado la importancia que para nosotros merece la regulación de dicho procedimiento, pues la indeterminación con la que está normativamente configurado en la actualidad y la grave inseguridad jurídica que ello provoca se puede considerar, en cierta medida, un motivo a tener en cuenta y que podría explicar en parte la falta de ejercicio de la acción de regreso.

5.1. Plazo para el ejercicio de la acción de regreso.

Se trata de un tema fundamental, pues lo primero que debe plantearse la Administración pública cuando pretende ejercitar la acción de regreso, es el plazo del que dispone para su ejercicio, es decir, el plazo de prescripción de la misma.

Al respecto debemos señalar que ni la Ley 30/1992, ni el propio Reglamento regulador de los procedimientos de Responsabilidad Patrimonial hacen referencia a ello, creando de este modo una grave inseguridad jurídica que, estimamos, debería subsanarse cuanto antes. En este punto, aunque la doctrina coincide en que no sería admisible que el funcionario o agente quede sometido indefinidamente a la posibilidad de que se inicie una acción de responsabilidad civil contra él⁶¹⁸, sin embargo, discrepa respecto del plazo concreto que haya de tenerse en cuenta.

Para algunos autores el plazo para el ejercicio de la acción de regreso debe ser el plazo de prescripción de un año (al igual que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad frente a la Administración señalado en el art. 142.5 de la Ley 30/1992 y que el de la acción de responsabilidad civil para el resto de los sujetos, señalado en el

ámbitos sectoriales, cit., págs. 92 y 93, aunque el autor reconoce que esto podría haberse interpretado de otro modo, que no excluyera por completo la competencia normativa autonómica respecto del procedimiento de responsabilidad, y pone de manifiesto como en algunos Estatutos de Autonomía hay, incluso, alguna referencia específica a ello. Concretamente sobre los procedimientos para la exigencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, puede consultarse, además, LEGUINA VILLA, J. y DESDENTADO DAROCA, E.: “las acciones en materia de responsabilidad de la Administración Pública” *Revista General de Derecho Administrativo* “portalderecho.www.iustel.com”; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: “Notas sobre el procedimiento abreviado en materia de responsabilidad de las Administraciones públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 81, 1994; FORTES GONZÁLEZ, A. I.: “Los procedimientos para la determinación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, cit.; RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J. A.: “Procedimiento y jurisdicción en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: análisis jurisprudencial y recientes novedades legislativas”, BIB 20047445, WESTLAW; COBO OLVERA, T.: *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas. Normativa, jurisprudencia, doctrina y formularios*, cit.

⁶¹⁸ MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., pág. 110; BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., págs. 55 y 56.

art. 1968 del Código Civil)⁶¹⁹, mientras que otros autores consideran que se trataría, con el ejercicio de la acción de regreso, de hacer efectivo un derecho de crédito reconocido legalmente a la Administración, lo que conlleva la aplicación del plazo que la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, establece actualmente para la prescripción de los créditos de la Hacienda Pública en su art. 15.1, esto es, de cuatro años⁶²⁰.

⁶¹⁹ En este sentido, MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., pág. 111, para quien tanto la acción de regreso, como la acción por los daños causados a los bienes y derechos de la Administración son verdaderas acciones de responsabilidad civil que tienen su origen en un daño provocado por el funcionario o agente público, se trata de procedimientos de responsabilidad civil, y por tanto no ve inconveniente en aplicar aquí el plazo de prescripción de un año de la responsabilidad patrimonial de la Administración (y la del resto de los sujetos, según el art. 1968 Código Civil); admitir el plazo establecido para el ejercicio de los derechos de crédito establecido en la Ley General Presupuestaria significaría, para el autor, situar de forma injustificada, a los funcionarios o agentes en una situación peor que la del resto de los sujetos. Para MARTÍN REBOLLO, L.: “La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)”, cit. págs. 17 y 18, aun considerando que desde la perspectiva de la Administración se trata de un verdadero derecho de crédito, desde el punto de vista del empleado, se trata de un supuesto de responsabilidad, por lo que habría que descartar el plazo de cinco años, y considerar aplicable el plazo común de un año aplicable a todos los supuestos de responsabilidad. También considera que el plazo debe ser de un año, pero teniendo en cuenta el art. 1968.2 del Código Civil, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, cit. pág. 715; a favor del plazo de un año, pero en contra de la aplicación del art. 1968.2 del Código se pronuncia MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I.: “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, cit., pág. 254, ya que la aplicación del art. 142.5 de la Ley 30/1992 es más acorde con la propia configuración del sistema, que se diferencia del regulado en el Código Civil en tres aspectos: en lo procedimental, pues las Administraciones públicas pueden exigir la responsabilidad por medio de un procedimiento administrativo, sin necesidad de acudir a los Tribunales a que la declaren; en lo sustantivo, puesto que el marco jurídico no es el del Código Civil sino el contenido en el art. 145 de la Ley 30/1992; y en lo jurisdiccional, ya que el orden competente es el contencioso, no el civil.

⁶²⁰ De esta opinión participa BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 56, al considerar la acción de regreso no como una pieza del sistema de responsabilidad patrimonial extracontractual, sino un elemento adicional a él y operativo una vez que éste ha funcionado, que persigue hacer efectivo el derecho de crédito que la Ley reconoce a la Administración frente al empleado público causante de una lesión que ya ha sido resarcida; también DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit., pág. 355, afirma que nos encontramos ante un verdadero derecho de crédito de la Administración directamente fundamentado en la Ley, por lo que se inclina a favor de esta tesis, porque además, el plazo de 5 años (ahora 4 años) facilita la acción de regreso al permitir que en muchos casos sea ejercida por autoridades distintas de aquellas que estarán implicadas y porque el plazo de un año está establecido para el ejercicio de la acción de responsabilidad directa; y en esta misma línea FERNANDEZ AJENJO, J. A.: “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y empleados públicos, en especial la responsabilidad contable derivada de la gestión financiera pública”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 13, tomo 2, págs. 2179 y ss., disponible en laleydigital.es 7762/2005, pág. 11; para BLANQUER CRIADO, D. V.: “Artículo 78”, en REBOLLO PUIG, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, Tomo II (Artículos 46 a 88)*, cit. págs. 2010 y 2011, aunque pudiera pensarse que al ser materia de responsabilidad patrimonial el plazo es de un año, en rigor se trata de un débito que tiene con la Administración Local que ha adelantado el pago para garantizar la indemnidad del tercero lesionado, por ello hay que entender que es de aplicación el plazo de cuatro años que rige para la exigencia de los créditos de los que es titular la Hacienda local. Por su parte, PEÑA LÓPEZ, F.: “La vía de regreso: un medio a disposición de la Administración Pública (y su aseguradora) para exigir responsabilidad civil a su

Nosotros estimamos que, al tratarse de un procedimiento para la determinación de la responsabilidad patrimonial del presunto autor del daño, en el que, por cierto, podemos saber el límite máximo de la cuantía a indemnizar (lo pagado previamente por la Administración al particular lesionado), pero no la cuantía exacta, que dependerá la valoración de los distintos criterios a tener en cuenta a lo largo de la tramitación del procedimiento (es decir, se convertirá en un crédito de la Hacienda Pública cuando se determine, en primer lugar, la existencia de responsabilidad personal, y en segundo lugar, la cuantía exacta a satisfacer en vía de regreso), lo lógico será la aplicación del plazo de prescripción de un año establecido con carácter general en el art. 142.5 de la Ley 30/1992, teniendo en cuenta, además, que la otra alternativa puede demorar en exceso la exigencia de dicha responsabilidad, si previamente ha habido un proceso judicial para declarar la necesaria responsabilidad patrimonial de la Administración⁶²¹. No obstante, hay que reconocer que la jurisprudencia en este punto no puede considerarse concluyente pues si bien algunas sentencias consideran de aplicación el plazo de prescripción de un año⁶²², también encontramos otras que aplican el plazo de la Ley General Presupuestaria⁶²³.

Una vez determinado que el plazo de prescripción ha de ser el de un año, hay que establecer el momento a partir del cual comienza a computarse el mismo (*dies a quo*) pues, aunque el Real Decreto 429/1993 tampoco lo señala de forma expresa, si es cierto

personal”, cit., pág. 18, tras excluir la aplicación del art. 1969 del Código civil, se plantea la posible aplicación del art. 15 de la Ley General Presupuestaria, ya que lo contrario supondría la aplicación del plazo de quince años previsto para las acciones personales carentes de plazo específico, sin embargo, desecha esta última solución por considerar que el plazo del art. 15 de la citada Ley ha sido regulado como plazo general para exigir derechos por parte de la Hacienda Pública estatal (configurada ésta como el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponda a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos), y a este conjunto de derechos y obligaciones pertenece, para el autor, el derecho a regresar contra el personal a su servicio.

⁶²¹ Coincidimos en ello con MARTÍN REBOLLO, L.: “La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)”, cit., pág. 17; para el que el plazo de cinco años (ahora cuatro), sería un plazo excesivo, no coherente con las necesidades de una buena Administración, pues no se puede tener pendiente al funcionario de una posible acción de regreso tres o cuatro años después de que la Administración haya indemnizado. En idéntico sentido se pronuncia, Díez Sánchez, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit., págs. 222 y 223, para quien, aunque ambas posturas no dejan de ser convincentes, es más lógico mantener el plazo de un año, fundamentalmente para evitar la problemática de un tan dilatado plazo sobre la actuación y situación del servicio y de la autoridad o funcionario posible objeto de la acción.

⁶²² La Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 15 de diciembre de 1999, que señala que si bien el Real Decreto 429/1993 no hace referencia expresa al plazo, la Sala entiende que debe aplicarse el plazo de “prescripción” de un año del art. 4 también al procedimiento de repetición, igualmente alude al plazo de prescripción de un año la Sentencia de 6 de octubre de 2000, RJCA\2000\312209).

⁶²³ Así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de septiembre de 2000 (JUR 2001\107793), aunque referido a un supuesto de responsabilidad por daños a la Administración.

que el art. 19 establece que “satisfecha la indemnización, la Administración correspondiente podrá exigir de sus autoridades y personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido”; de igual modo, el art. 145.2 de la Ley 30/1992 no parece dejar lugar a dudas cuando establece categóricamente que “la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio...”. Parece, pues, indudable que el momento a partir del cual debe comenzar el cómputo del plazo de un año y, por tanto a partir del cual, la Administración correspondiente puede iniciar el procedimiento administrativo en vía de regreso, es el del pago efectivo de la indemnización a la víctima⁶²⁴. Pero las cosas en la práctica no siempre resultan tan sencillas, la complejidad del tema de la determinación del “*dies a quo*” queda patente en las siguientes sentencias que comentamos.

En muchos supuestos de responsabilidad patrimonial, fundamentalmente cuando se trata de daños provenientes de un funcionamiento anormal de los servicios públicos, la indemnización a satisfacer por parte de la Administración al particular lesionado vendrá establecida en una sentencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo o del orden penal -cuando en dicha jurisdicción se establece la responsabilidad subsidiaria de la Administración-, pues bien, imaginemos que la Administración tarda en ejecutar la sentencia en la que se declara su responsabilidad varios años, en este caso la pregunta que nos planteamos es: ¿puede la Administración ejercer la acción de regreso contra el funcionario responsable después de tanto tiempo?

Precisamente éste es el supuesto de hecho resuelto de la ya comentada Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 15 de diciembre de 1999 (RJCA\1999\4454), en la que se impugna el acuerdo dictado el 16 de marzo de 1995 por el Ministro del Interior para depurar la responsabilidad patrimonial de un guardia civil por los perjuicios causados a la Administración del Estado que fue declarada responsable civil subsidiario⁶²⁵. En este caso, el recurrente, el guardia civil,

⁶²⁴ Opina exactamente igual BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 56. Tampoco cabe otra interpretación para MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I.: “Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en VVAA: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 1065, y en “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, cit., pág. 254

⁶²⁵ Aunque ya nos hemos referido a ella recordamos los hechos: la Audiencia Provincial de Lérida dictó sentencia el 11 de marzo de 1989 condenando al recurrente (guardia civil) y a otro, como autores de un delito de detención ilegal practicada por funcionario público, y de una falta de imprudencia con resultado

alega la prescripción por aplicación del art. 4.2 “in fine” del Real Decreto 429/1993 que establece que “la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional administrativo de los actos o disposiciones no presupone derecho a indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma el derecho a reclamar prescribirá en el plazo de un año desde la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme, no siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior...” Por su parte la regulación del art. 19 señala que “[s]atisfecha la indemnización, la Administración correspondiente 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 regulado en el art. 21 de este Reglamento”.

En este caso recordamos que la Audiencia Nacional considera que *“si bien no se hace una referencia expresa al plazo que el Reglamento denomina de “prescripción”, de un año, según el art. 4, esta Sala entiende que debe aplicarse a este procedimiento de “repetición”. En efecto, si la Administración no responde cuando el particular tarda más de un año en ejercitar la acción de responsabilidad, es lógico entender que debe a su vez repetir contra el funcionario por la citada responsabilidad en el mismo plazo. Y si para la Administración el plazo (en el supuesto de que se derive de una sentencia) de responsabilidad se cuenta desde la firmeza de la sentencia en cuestión, el mismo “dies a quo” debe tenerse en cuenta para contar el plazo a los efectos de repetir contra el funcionario”*. Por lo que, finalmente considera que la responsabilidad ha prescrito, y en consecuencia estima el recurso, aún cuando el procedimiento en vía de regreso por la Administración se inició dentro del plazo de un año contado a partir del momento del abono efectivo de la indemnización.

Llama la atención, sin embargo, que estos mismos hechos juzgados por la propia Audiencia Nacional (aunque con distinto ponente), en Sentencia de 6 de octubre de 2000 (RJCA\2000\312209), respecto del otro compañero responsable del delito de detención ilegal y falta de imprudencia con resultado de lesiones, no se consideren prescritos. En este caso la parte actora (el otro miembro de la Guardia civil) alega en su escrito de demanda la prescripción respecto de la indemnización de los intereses de

de lesiones. El Estado, como responsable civil subsidiario hubo de indemnizar al lesionado en la suma de 414.000 ptas. más los intereses. El efectivo abono de la indemnización tuvo lugar el 24 de junio de 1994 (es decir cinco años más tarde), aunque no consta la fecha de la firmeza de la sentencia, sí lo era el 23 de diciembre de 1992.

demora (cuyo reintegro interesa por resolución de la Subdirección General de Apoyo, de la Dirección General de la Guardia Civil), indicando que cuando se inicia el expediente de responsabilidad patrimonial a excitación del denunciante (el que sufre la detención ilegal) han pasado tres años y seis meses de adquirir firmeza la Sentencia de la Audiencia Provincial, en aplicación del art. 4.2 del Real Decreto 429/1993. Además en su escrito de conclusiones, señala que cuando el interesado y denunciante de los hechos juzgados por la Audiencia Provincial reclamó el pago de la indemnización (el 9 de octubre de 1992), ya era fuera de plazo, por lo que la Guardia Civil debería haber rechazado de oficio la petición del pago reclamado, y que ese error no debe soportarlo el recurrente.

Por su parte la Abogacía del Estado, al contestar la demanda señala que el expediente de responsabilidad se inició una vez que la Administración hizo efectiva la indemnización, incoándose el procedimiento dentro del plazo de año, por lo que la acción de repetición es conforme a la legalidad. Para la Audiencia Nacional, teniendo en cuenta las fechas que constan en el expediente, no puede deducirse que se haya incurrido en prescripción alguna⁶²⁶. Por lo que procede a desestimar el recurso.

En ambos casos se pone de manifiesto que la falta de una regulación precisa y clara sobre el plazo para el ejercicio de la acción de regreso, así como sobre la determinación exacta del día inicial de su cómputo, produce serias disfunciones en el sistema de responsabilidad que, como acabamos de ver, ante los mismos hechos, en un caso la misma Audiencia Nacional la considera prescrita, y en el otro no. Además, ya hemos señalado que no se puede mantener a los servidores públicos con la incertidumbre de una posible acción de regreso, cual espada de Damocles, durante tanto tiempo, máxime si tenemos en cuenta que el pago efectivo por parte de la Administración al particular lesionado puede demorarse en exceso, pues si bien es cierto que no puede ejercerse la acción de regreso mientras no se haya hecho efectiva la indemnización por parte de la Administración (lo contrario supondría un enriquecimiento injusto), también lo es, que no se puede dejar arbitrariamente en manos de la Administración la determinación del momento del pago y por tanto la decisión del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de aquella.

⁶²⁶ Concretamente señala que “[l]a acción de repetición, ya prevista en el art. 135 del Reglamento de la Ley de Expropiación, viene actualmente regulado en el artículo 145.2 de la Ley 30/92, de 26 –XI, y en el art. 21 del Real Decreto 429/93, sin que tampoco pueda deducirse prescripción alguna en relación a los mismos, según resulta de las fechas concretadas en el apartado 2 del fundamento de derecho anterior”.

Igualmente problemática puede ser la determinación del *dies a quo* si la Administración hubiera optado por pagar la indemnización mediante pagos periódicos, como autoriza el art. 141.4 de la Ley 30/1992, pues si entendemos que el plazo comienza desde que se satisface el primer pago, la Administración podría repetir, por lo que todavía tiene pendiente de abonar a la víctima (lo que podría considerarse igualmente como enriquecimiento injusto). Sin embargo, pensamos, al igual que la mayor parte de la doctrina, que el *dies a quo* se podría establecer en el del primer pago⁶²⁷, por las mismas razones expuestas anteriormente, en este caso se podría valorar la posibilidad de establecer igualmente el pago periódico de la indemnización fijada en vía de regreso, si finalmente el funcionario o agente es declarado responsable⁶²⁸.

5.2. Órganos competentes para iniciar, instruir y resolver el procedimiento.

El art. 21 no señala qué órganos son los competentes para la iniciación, instrucción y resolución del procedimiento administrativo, sino que en todo momento se refiere al “órgano competente”, pero sin especificar cuál. La concreción de dichos órganos es, desde nuestro punto de vista, una cuestión fundamental de la que dependerá, en buena medida, el éxito de la aplicación efectiva de la acción de regreso.

Es evidente, y parece que ello no deba ofrecer ninguna duda, que tal y como está configurada en la actualidad, los órganos competentes lo serán de la Administración de la que forme, o haya formado parte, la autoridad o empleado público, cuyo anormal funcionamiento produjo el hecho lesivo y que, por tanto, ha abonado la indemnización correspondiente a la víctima. No obstante, como certeramente observa DÍEZ SÁNCHEZ, el Reglamento regulador de los procedimientos de Responsabilidad Patrimonial no hace mención expresa al órgano competente para la instrucción, ni si éste es o no el mismo que incoa y resuelve, y aunque ello pueda resolverse conforme a las normas internas propias de cada Administración, y en ningún caso hay porqué exigir

⁶²⁷Así, BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 56; MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., pág. 111, en nota al pie; DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit., pág. 355; o DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit., pág. 223.

⁶²⁸ Posibilidad admitida por BARCELONA LLOP cuando, al hablar de la ejecución de la resolución declaratoria de responsabilidad, se plantea el que la Administración pueda “retener de la nómina del empleado público las cantidades que correspondan durante las mensualidades necesarias, puesto que ninguna razón hay para pretender que la cantidad se perciba de una sola vez”, en “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 57.

una separación entre dichos órganos (como prevé el art. 134.2 de la Ley 30/1992 para los procedimientos sancionadores, pues éste no lo es) implícitamente parece deducirse del texto reglamentario la necesidad de dicha separación⁶²⁹. Veamos qué señala al efecto la norma.

La iniciación e instrucción corresponderá, por aplicación de las reglas establecidas con carácter general en el art. 3.1 del Real Decreto 429/1993 (de aplicación a todos los procedimientos regulados en el mismo), a los órganos “que resulten de las normas que sobre atribución y ejercicio de competencias están establecidas en el Capítulo I del Título II de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”⁶³⁰. En cuanto al instructor será el que determinen las normas organizativas de cada Administración, y en su defecto el que decida el órgano competente para resolver⁶³¹, de no señalarse expresamente el art. 12.3 de la Ley 30/1992 establece que cuando alguna disposición atribuye competencia a una Administración, sin especificar el órgano que debe ejercerla, se entenderá que la facultad de instruir los expedientes, corresponde a los órganos inferiores competentes por razón de la materia y del territorio, y de existir varios de éstos, al superior jerárquico común⁶³². Finalmente, si se trata de autoridades o personal al servicio de la Administración institucional, será competente el órgano que disponga su norma de creación, o si no lo dispone, el correspondiente del ente matriz.

Por lo que respecta a la resolución, tal y como prevé el art. 3.2 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial serán de aplicación las normas de atribución de competencias del art. 142.2 de la Ley 30/1992, que determinan los órganos competentes en los procedimientos de responsabilidad patrimonial. Así, la resolución de los

⁶²⁹ Precisamente el Reglamento establece que una vez concluido el trámite de audiencia, la propuesta de resolución será formulada en el plazo máximo de cinco días y el órgano competente resolverá en otro plazo máximo idéntico, DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit. pág. 233,

⁶³⁰ Es decir, los artículos 11 a 21 de la Ley 30/1992. Por su parte el párrafo segundo del mencionado art. 3.1 añade que “en el caso de Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas, serán órganos competentes para iniciar e instruir los procedimientos los que cada entidad determine en aplicación de las normas de atribución de competencias previstas en su norma de creación”.

⁶³¹ REBOLLO PUIG, M.: “La reclamación de la indemnización”, cit., pág. 129.

⁶³² En este sentido DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit. pág. 354, para el que la regla del artículo 12.3 de la Ley 30/1992, 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.

procedimientos corresponde al Ministro respectivo o al Consejo de Ministros, si una Ley así lo establece, en el caso de la Administración General del Estado; a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, que normalmente será el Consejero respectivo por analogía con la Administración del Estado, salvo que exista norma expresa en contrario⁶³³; y a los órganos que determinen sus normas de creación respecto de los Entes Institucionales y Corporativos, y en el caso de que no esté previsto, será el Ministro, el Consejero o el órgano municipal o provincial correspondiente⁶³⁴. Precisamente las dudas se plantean respecto de los órganos correspondientes de las Entidades Locales cuando no esté especificada normativamente la competencia⁶³⁵, pues aquí la doctrina se encuentra dividida entre los que consideran que deba serlo el Pleno⁶³⁶, y los que piensan que el competente será el Presidente de la Entidad Local⁶³⁷.

⁶³³ Por ejemplo, el art. 136.3 de la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y Administración de la Comunidad autónoma de Extremadura, señala que “el órgano competente para la iniciación y resolución del expediente, que se tramitará de acuerdo con lo previsto en la normativa básica estatal, será el Consejero respecto de las infracciones atribuidas al personal de su Consejería, y la Junta de Extremadura cuando la infracción se atribuya a una autoridad o alto cargo de la misma, a propuesta del titular de la Consejería de la que dependa”; el art. Art. 140.2 de la Ley 2/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, dispone que “los procedimientos de responsabilidad serán resueltos por el consejero respectivo hasta el límite establecido para la contratación, respecto de los contratos de obras, y por el Gobierno en los demás casos, o cuando expresamente se disponga por ley. En los organismos públicos la reclamación se resolverá por los órganos a quien corresponda según la norma de creación de los mismos”; por su parte, el art. 78 de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, establece la competencia para resolver al “Consejero titular del Departamento” cuya actuación hay podido generar la responsabilidad.

⁶³⁴ REBOLLO PUIG, M.: “La reclamación de la indemnización”, cit. pág. 95, citando para corroborarlo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2003, sobre una reclamación dirigida al INSALUD. Las normas señalaban la competencia de la Vicesecretaría General para la iniciación e instrucción de los procedimientos, pero al no señalar la competencia para la resolución, el Tribunal entendió que ante el silencio correspondía al Ministro.

⁶³⁵ En general sobre las competencias municipales, puede consultarse FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. y PÉREZ ALENCART, A.: *Manual del alcalde*, 2ª ed., Diputación Provincial de Valladolid, 2004.

⁶³⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92, 26 de noviembre)*, cit., págs. 1386 y 1387, consideran que corresponde al Pleno de la Entidad, dada la trascendencia de la decisión. Igualmente, estima que la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración Local corresponde al Pleno COBO OLVERA, T.: *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas. Normativa, jurisprudencia, doctrina y formularios*, cit., págs. 196 y 197, en base a dos argumentos: la competencia para el reconocimiento extrajudicial de créditos, siempre que no exista dotación presupuestaria (art. 23 del TRRL, respecto del Pleno municipal y art. 70.12 del ROF, respecto del Pleno de la Diputación), y en segundo lugar, la posibilidad de terminar el procedimiento de forma convencional, lo que también era competencia del Pleno (arts. 23.1.a y 28.1.c del TRRL, actualmente derogados, por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público); y DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit., pág. 354, al considerar que se trata del ejercicio de una acción [artículos 22.2.j) y 32.2.j) de la Ley 7/1985, de 2 de abril].

⁶³⁷ REBOLLO PUIG, M.: “La reclamación de la indemnización”, cit., pág. 128, de conformidad con la cláusula residual que en su favor contienen los arts. 21.1.s), 34.1.o), y 124.1.ñ) de la Ley Reguladora de

No obstante, algunos autores diferencian en función de si el presunto responsable es un miembro electo de la Corporación o bien se trata de personal funcionario o laboral a su servicio, siendo en el primer caso el órgano competente para resolver el Pleno de la Entidad por tener encomendado el control y la fiscalización de los órganos de gobierno; mientras que tratándose de personal al servicio de la Entidad local, el órgano competente sería el Presidente de la Corporación en cuanto jefe de personal de la misma. En esta línea se sitúa la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Melilla, de 23 de febrero de 2010, (JUR 2010\124135)⁶³⁸.

Aunque dicha argumentación podría defenderse, nosotros estimamos que dada la trascendencia de la decisión y porque, además, en muchos casos la responsabilidad se exigirá al Presidente de la Corporación, lo más conveniente y garantista será que la competencia para la resolución del procedimiento en vía de regreso, corresponda siempre al Pleno de la Entidad, independientemente de que el presunto responsable sea un miembro electo o personal a su servicio. Cuestión distinta es, como veremos, que la diferenciación del órgano competente en función de que se trate de un miembro electo o personal al servicio de la Administración Local pueda mantenerse respecto de la competencia para iniciar el expediente.

En cualquier caso, para BARCELONA LLOP como la resolución pone fin a la vía administrativa, tendrá que resolver alguno de los órganos que dictan actos de esta naturaleza⁶³⁹.

Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, lo más interesante es determinar a qué órgano le corresponde la iniciación del procedimiento, pues sobre él pesa la obligación que señala el art. 145.2 de la Ley 30/1992 de exigir de oficio la responsabilidad en que hubiera incurrido la autoridad o empleado público

las Bases de Régimen Local, y que, además, era la solución que se deducía del art. 134.1 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, que establecía que el lesionado deberá dirigir su reclamación al Presidente de la Corporación o Entidad Local, aunque el propio autor reconoce que ello no significa que necesariamente fuera el competente para resolverla. También considera competente para resolver al Alcalde por aplicación del art. 142.2 de la Ley 30/1992, MARTIN REBOLLO, L.: *La responsabilidad patrimonial de las Entidades Locales*, cit., pág. 109.

⁶³⁸ Dicha sentencia declara la nulidad del acuerdo del Consejo de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Melilla declaratoria de responsabilidad en base a que fue adoptada por un órgano no competente para ello, siendo en ese caso la Asamblea, en cuanto órgano equivalente al pleno, la que “tiene encomendado el control y la fiscalización de los órganos de gobierno (ex art. 22 LBRL), y la exigencia de responsabilidad a un miembro electo es una forma de fiscalizar sus responsabilidades”.

⁶³⁹ BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 55.

correspondiente. De ello depende el éxito del ejercicio de la acción de regreso y por lo tanto de la exigencia en vía administrativa de la responsabilidad de las autoridades y demás empleados públicos. El acuerdo de iniciación de oficio se llevará a cabo por el órgano competente que a tenor de la normativa anteriormente citada, parece ser el mismo señalado para la resolución, tanto en la Administración General del Estado como en las Comunidades autónomas, sin embargo, su determinación plantea algunos problemas, nuevamente en el ámbito local.

Así para algunos autores la competencia para iniciar los expedientes podría corresponder al Presidente de la Corporación por tratarse de una competencia residual⁶⁴⁰, o entender que se trata del ejercicio de una acción y que como tal es atribución del Pleno [arts. 22.2 j) y 33.2 i) de la Ley 7/1985, de 2 de abril y arts. 50.17 y 70.16 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales]⁶⁴¹.

Para algunos autores cabría la posibilidad de que los órgano competentes para iniciar, al igual que para resolver el procedimiento según hemos avanzado *ut supra*, sean diferentes en función de la persona presuntamente responsable, así si se trata de un funcionario o personal laboral de la Corporación Local, podría considerarse competente al Alcalde o Presidente de la Corporación Local –como jefe de personal de la Entidad-, que a su vez podría delegar la competencia, pero si se trata de un miembro electo, la competencia correspondería al Pleno, en este sentido la citada Sentencia de 23 de febrero de 2010, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Melilla. En esta línea

⁶⁴⁰ Así lo entiende COBO OLVERA, T.: *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas. Normativa, jurisprudencia, doctrina y formularios*, cit., pág. 196, porque no viene esta competencia atribuida a otro órgano de forma expresa [arts. 21.1.s) y 34.1.o) LBRL] y porque, esta atribución viene a consistir en la dirección de una actividad pública, sin que en todo caso lleve aneja la potestad resolutoria, y la competencia de dirección de los servicios la ostenta el Presidente [arts. 21.1.d) y 34.1.d) LBRL]. Igualmente, HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M.: “La responsabilidad Patrimonial de las Autoridades y Personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Dir.): *Manual de responsabilidad pública. Homenaje a Pedro González Gutiérrez-Barquín.*, cit., pág. 210, considera que la competencia para iniciar el procedimiento de responsabilidad patrimonial (aunque referido a la Administración), puede corresponder al Alcalde o Presidente de la Corporación.

⁶⁴¹ Por esta segunda opción se inclina DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit., pág. 354, dada la significación y trascendencia que el acuerdo presenta, máxime cuando en gran número de supuestos será el propio Alcalde la autoridad implicada; los mismos preceptos fundamentan la opinión, aunque sólo menciona la responsabilidad de las autoridades locales, de BLANQUER CRIADO, D. V.: “Artículo 78”, en REBOLLO PURG, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, Tomo II (Artículos 46 a 88)*, cit., pág. 2010, de manera que si el Pleno hubiera acordado no ejercer la acción de regreso contra la autoridad local, estarán legitimados para impugnar ese acuerdo plenario los miembros de la Entidad Local que hubieran votado en contra.

se pronuncia MARTÍNEZ NOVELLA, que considera que cuando se trate de funcionarios la competencia es del Alcalde (o del Presidente de la Corporación, añadimos nosotros) en virtud de la cláusula residual del art. 21.1.s) de la Ley de Bases de Régimen Local, y por tratarse de una decisión de trascendencia análoga a la que le atribuye el art. 21 1.h) de la misma Ley, sin embargo, cuando se trate los corporativos locales, lo lógico sería la competencia plenaria, pues al Pleno le sigue correspondiendo la competencia de control y fiscalización de los órganos de Gobierno. Cuestión que, según la autora, podría concretar el Reglamento orgánico⁶⁴².

Ya hemos precisado que, aunque esta postura podría defenderse para iniciación del procedimiento pues podemos encontrar una plena justificación legislativa, sin embargo desde un punto de vista práctico sería mucho más interesante que la decisión de iniciación fuese del Pleno de la Corporación, de tal forma que el rechazo de la misma en un determinado asunto pudiera ser impugnado por los que votaron a favor de la incoación del expediente de responsabilidad. La resolución, insistimos, debe corresponder al Pleno de la Entidad en todo caso.

Sea como fuere, lo cierto es que el problema fundamental de este tipo de expedientes es el la posible falta de imparcialidad y, sobre todo en el ámbito local, la politización de los mismos. En este sentido, RIVERO ORTEGA, considera que gran parte del problema de la exigencia de responsabilidad a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas mediante expediente administrativo responde a los riesgos de pérdida de objetividad que plantea el que sea la propia Administración la que determine “si y cuánto” tiene que pagar uno de sus agentes por haberle causado un perjuicio actuando en el ejercicio de sus funciones.⁶⁴³

Para evitar los problemas que pueden plantearse en determinados ámbitos administrativos hay quien aboga por arbitrar otras soluciones o técnicas, así DÍEZ SÁNCHEZ, considera la posibilidad de rescatar –puesto que ya se intentó antes de la reforma de la Ley 4/1999- la opción de configurar esta acción como atribución a determinados órganos administrativos ajenos a la lucha partidista, tales como los

⁶⁴² MARTÍNEZ NOVELLA, S.: “La responsabilidad civil, penal y administrativa de las autoridades y los funcionarios”, cit., págs. 79 y 80.

⁶⁴³ RIVERO ORTEGA, R.: “Responsabilidad patrimonial exigida a los funcionarios y autoridades a través de expediente administrativo”, Conferencia pronunciada en el *II Curso de Fiscalización, Auditoría y control de la Gestión de Fondos Públicos*, Salamanca, del 13 al 17 de mayo de 2002.

Servicios Jurídicos del Estado, o los análogos de las Comunidades Autónomas, o los Secretarios de las Corporaciones Locales u otros órganos análogos de otras entidades públicas⁶⁴⁴. Ahondando en ello BLANQUER señala que “no parece aventurado considerar que resulta indicado distanciar y separar jerárquicamente al agente público responsable y a quien tiene la competencia de ejercer la acción de regreso”⁶⁴⁵. Por dicho motivo la solución anteriormente citada no nos parece en absoluto desacertada, incluso nos atreveríamos a proponer, como ya avanzamos, la creación de determinados órganos técnicos *ad hoc*, cuya finalidad fuera la tramitación de este tipo de expedientes.

5.3. Iniciación.

El procedimiento se iniciará de oficio mediante acuerdo adoptado por el órgano competente, que será notificado a los interesados con la indicación de los motivos, así como la posible responsabilidad, y concediéndoles un plazo de quince días para que aporten cuantos documentos, informes y pruebas estimen convenientes (art. 21.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo).

Como ya advertimos la Administración correspondiente ha debido identificar previamente al presunto responsable (bien en el procedimiento de reconocimiento de la responsabilidad patrimonial directa de la Administración, bien como consecuencia de la declaración de la responsabilidad subsidiaria de la Administración en vía penal), así como tener indicios claros de la responsabilidad de la autoridad o funcionario presuntamente causante del daño, de lo contrario, lo lógico sería la apertura de un período de información previa, tal y como permite el art. 69.2 de la Ley 30/1992⁶⁴⁶.

Aunque la iniciación del procedimiento sea de oficio por acuerdo del órgano competente, estimamos que nada impide que pueda instarse mediante una denuncia del propio particular perjudicado, o a instancia de asociaciones o grupos profesionales, pero convenimos con la doctrina en que difícilmente puedan llegar a formar parte en el

⁶⁴⁴ DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit., págs. 221 y 222.

⁶⁴⁵ BLANQUER CRIADO, D.: “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, cit., pág. 116.

⁶⁴⁶ DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit., págs. 220 y 221; DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit., pág. 351; y HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M.: “La responsabilidad Patrimonial de las Autoridades y Personal al servicio de las Administraciones Públicas”, cit., págs. 294 y 295.

procedimiento como interesados⁶⁴⁷. No obstante, ya hemos aludido a que, alguna legislación establece expresamente la posibilidad de solicitar la iniciación del procedimiento por parte de la víctima a la Administración, así el art. 26 de la Ley 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y de la Gestión Pública, reconocimiento legal que implica para la Administración correspondiente la obligación de resolver de forma expresa dicha solicitud, acordando la iniciación del procedimiento o, desestimando, entendemos de forma motivada, la solicitud de iniciación⁶⁴⁸. Esta posibilidad, que no implica un tratamiento de la responsabilidad que pueda considerarse contrario a la legislación general, puede ser muy interesante, por cuanto permite, en caso de desestimación de la solicitud, su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa y que sean, finalmente, los jueces los que se pronuncien⁶⁴⁹.

Por supuesto, y por aplicación del art. 69.1 de la Ley 30/1992, el acuerdo de iniciación puede adoptarse como consecuencia de la orden del superior jerárquico, o pueden instar su iniciación otros órganos, mediante petición razonada. En este último caso, parece que esos “otros órganos” deban serlo de la propia Administración, pero nada especifica la normativa al respecto⁶⁵⁰, por lo que compartimos con REBOLLO

⁶⁴⁷ MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J.I.: “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en *La responsabilidad patrimonial del Estado (II)*, cit. pág. 255. En el mismo sentido, MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., pág. 114, considera que la víctima tiene las mismas limitaciones que las del denunciante-víctima de una infracción administrativa cometida por un funcionario agente público: el ordenamiento no le reconoce la condición de interesado, y por tanto, no le permite iniciar el procedimiento, ni hacer alegaciones, ni impugnar la resolución que le pone fin.

⁶⁴⁸ Bien pensado, esta posibilidad tiene plena apoyatura legal en la propia Ley 30/1992 al regular la responsabilidad por la tramitación de los procedimientos, en este sentido parece entenderlo RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, cuando afirma que “como no podía ser de otra forma, el ciudadano cuenta con el derecho a solicitar a la Administración que exija esa responsabilidad (art. 41.2 LRJAPPAC). Constituyendo el ejercicio de esa facultad la presentación de una auténtica solicitud, y no de una mera denuncia, que obliga a la Administración a resolver y, en caso de que no lo hiciese, generaría los efectos propios del silencio administrativo”, en *Derecho Administrativo Español*, Tomo II, cit. pág. 166.

⁶⁴⁹ Y aunque hemos defendido que el sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas como competencia exclusiva del Estado, incluye la regulación del procedimiento administrativo, la previsión del art. 26 de la citada Ley 2/2010, de 11 de marzo no contradice ni los aspectos sustantivos ni los aspectos procedimentales de la regulación general, pues la iniciación sigue correspondiendo al órgano administrativo competente, que es en definitiva el que tiene que adoptar el acuerdo. Incluso, podría considerarse como una de las especialidades procedimentales a las que se refiere el art. 1.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

⁶⁵⁰ Así, la regulación que del procedimiento general para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones públicas realiza el Reglamento de los Procedimientos para la Determinación de la Responsabilidad Patrimonial, en el supuesto de la iniciación de oficio, el art. 5 exige que la petición razonada de otros órganos para la iniciación de oficio del procedimiento deberá individualizar la lesión, su relación de causalidad con el funcionamiento del servicio, su evaluación económica, si fuera posible y el momento en que efectivamente la lesión se produjo, pero sin concretar a qué órganos se refiere.

PUIG la opinión de que dicha petición podría venir de órganos no administrativos, como el Defensor del Pueblo u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva⁶⁵¹.

No es frecuente, pero podría ocurrir que el acuerdo de incoación del procedimiento de responsabilidad tuviera como causa la ejecución de una sentencia judicial que así lo ordena, constatando de este modo, la posibilidad de que el rechazo a la apertura de un procedimiento de responsabilidad en vía de regreso, pueda llegar a los Tribunales. En este sentido podemos citar la Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía, Granada de 4 de enero de 2000 (RJCA\2000\656), que admitiendo el recurso interpuesto por el grupo socialista contra el rechazo de la moción relativa a la incoación del correspondiente procedimiento para la declaración de responsabilidad patrimonial del Alcalde por la indemnización de daños y perjuicios reconocida por el Ayuntamiento como consecuencia de la ejecución de la sentencia de la Audiencia Provincial, confirmatoria de la del Juzgado de 1ª Instancia en el patrimonio municipal por el pago de las costas debidas en los mencionados procesos judiciales, anula el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento por el que se rechazó la moción presentada por el grupo socialista relativa a la incoación del correspondiente procedimiento para la declaración de responsabilidad patrimonial del alcalde y en consecuencia condena a la Corporación municipal demandada a incoar el oportuno expediente⁶⁵².

En cualquier caso, el art. 21.1 del Real Decreto 429/1993 exige que el acuerdo de

⁶⁵¹ Aunque el autor lo refiere a la iniciación de oficio del procedimiento de exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones públicas, pensamos que se podría aplicar igualmente en este supuesto, en REBOLLO PUIG, M.: “La reclamación de la indemnización”, cit. pág. 118. En este sentido lo aplica el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, cuando el art. 31.1 dispone que el procedimiento sancionador se iniciará de oficio... a petición de otros órganos, entre los que se encontraría el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno [art. 38.2.e) del Proyecto].

⁶⁵² La actuación del Alcalde consistió en la emisión de una orden de derribo de un inmueble sin la instrucción de previo expediente, ni la presencia de técnico municipal cualificado en el transcurso del cual se produjo el derrumbamiento de una pared que se proyectó sobre una farola, provocando su caída sobre un policía municipal de servicio, al que le causó la muerte, lo que motivó la condena a la Corporación Municipal a abonar más de 18.000.000 de pesetas, por indemnización y costas procesales. Sin embargo, el acuerdo impugnado entendió que el alcalde no incurrió en dolo o culpa o negligencia grave en la actuación administrativa imputada, por lo que no concurría el presupuesto exigido por la legislación aplicable para demandarle dicha responsabilidad. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, por el contrario considera que, *“con independencia de la posible calificación jurídica que pueda efectuarse respecto a la actuación del alcalde, a los efectos de declarar o no su responsabilidad patrimonial (lo que corresponde al Pleno del Ayuntamiento una vez se instruya el oportuno expediente, y posteriormente esta Sala si se sometiese a su control jurisdiccional la Resolución adoptada en el mismo) es lo cierto que sin ánimo de prejuzgar, existen razones suficientes para, al menos, incoar el referido expediente de la posible responsabilidad patrimonial del alcalde”*, por lo que ordena su inicio.

iniciación esté motivado⁶⁵³, de lo que la doctrina deduce una serie de contenidos necesarios para ejercitar la acción de regreso, así: la identificación de la persona o personas presuntamente responsables, las acciones o hechos imputables a las mismas, los daños producidos a los particulares, incluyendo la indemnización abonada por la Administración, la posible concurrencia de criterios de ponderación, y la posible suma que se reclama⁶⁵⁴.

5.4. Instrucción del procedimiento.

Una vez acordada la iniciación del procedimiento éste se impulsará de oficio en todos sus trámites, en aplicación del principio general de impulsión de oficio que para todo procedimiento establecen los arts. 74 y 78.1 de la Ley 30/1992. La instrucción del procedimiento se ajustará a las normas generales de los artículos 78 y siguientes de la Ley 30/1992. El órgano instructor deberá recabar los informes necesarios para su resolución, y se practicarán de oficio o a instancia del presunto responsable las pruebas que se consideran oportunas para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución⁶⁵⁵:

a) Alegaciones del interesado.

Notificado al interesado el acuerdo de iniciación del procedimiento para el ejercicio de la acción de regreso, éste dispone de un plazo de quince días para aportar documentos, informaciones y pruebas que estimen convenientes, que estarán orientados a justificar su falta de participación en los hechos, a hacerla extensiva a otras personas, a graduar su culpabilidad en los mismos en atención a los criterios previstos al efecto⁶⁵⁶ o incluso, a exonerar su responsabilidad.

⁶⁵³ Sobre la motivación de los actos administrativos, se puede consultar FERNANDO PABLO, M. M.: *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993; GALLARDO CASTILLO, M^a J.: “A vueltas con la motivación de los actos administrativos”, *Actualidad Administrativa*, n^o 2, 2010, también en *Diario La Ley*, n^o 7384, 2010.

⁶⁵⁴ Díez Sánchez, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit., pág. 232, y GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 568.

⁶⁵⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, cit., págs. 716 y 717.

⁶⁵⁶ MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA J. I.: “Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en VVAA: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo*, cit., pág. 1066, según el cual, el problema se planteará cuando los daños se hayan producido de manera solidaria por la actuación de empleados públicos integrados en distintas Administraciones o con la participación solidaria de un particular, ya que en este caso la Administración carece de la potestad de autotutela declarativa.

No obstante, por la aplicación del art. 79.1 de la Ley 30/1992, el interesado puede, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio que estime oportunos a su defensa. Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución.

b) Informe preceptivo del servicio cuyo funcionamiento ha ocasionado el daño.

Como en cualquier procedimiento administrativo, el órgano instructor puede recabar los informes que estime oportunos para dictar una resolución adecuada por aplicación con carácter general del art. 82 de la Ley 30/1992⁶⁵⁷, no obstante, en el procedimiento administrativo en vía de regreso hay que solicitar con carácter preceptivo el informe al servicio en cuyo funcionamiento, dice con muy mal criterio para este supuesto el art. 21.2 del Reglamento Responsabilidad Patrimonial, se haya ocasionado “la presunta lesión indemnizable”⁶⁵⁸. Lo cierto es que, como señala REBOLLO PUIG, aunque no existen reglas generales sobre lo que haya de entenderse por “servicio cuyo funcionamiento haya causado la presunta lesión”, lo más razonable sería que el informe lo emita la unidad organizativa que tenga un conocimiento directo de las circunstancias concretas del hecho⁶⁵⁹, así se establece en el art. 86.2 de la Ley foral 15/2004, de 3 de diciembre de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra⁶⁶⁰.

Pero no olvidemos que dicho informe ha tenido que ser emitido ya en el

⁶⁵⁷ Sobre el carácter de los informes en general y, en especial, de los informes en el procedimiento para la determinación de responsabilidad de las Administraciones públicas, pueden consultarse COBO OLVERA, T.: *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Normativa, jurisprudencia, doctrina y formularios*, cit., págs. 253 a 261. En el caso de que se trate de informes no preceptivos, por aplicación del art. 82 de la Ley 30/1992, deberá motivarse la conveniencia de los mismos y concretar el extremo o extremos acerca de los que se solicita, REBOLLO PUIG, M.: “La reclamación de la indemnización”, cit., pág. 130.

⁶⁵⁸ Decimos esto porque, si tenemos en cuenta que estamos en un procedimiento de ejercicio de la acción de regreso, no podemos hablar de una “presunta lesión indemnizable”, ya que para que proceda el mismo, la lesión no sólo ha de estar plenamente acreditada, sino que la indemnización ha debido ser satisfecha, lo que es todavía es presunta en este procedimiento es la responsabilidad del empleado público. Si bien es cierto, que sí sería adecuada dicha expresión cuando se trate de daños a bienes y derechos de la Administración dado que la regulación del procedimiento para este supuesto es la misma.

⁶⁵⁹ REBOLLO PUIG, M.: “La reclamación de la indemnización”, cit., pág. 130, pues, según constata el autor, en los procedimientos para la determinación de la responsabilidad de las Administraciones públicas, la práctica administrativa no siempre se acomoda a esta lógica, y pone como ejemplo, que en materia sanitaria es frecuente que se pida el informe a un órgano administrativo burocrático de competencia más general y menos especializado, o incluso, hay normas que lo atribuyen específicamente a los Inspectores Sanitarios, que a su vez, lo emite tras pedir informes clínicos de los servicios directamente implicados.

⁶⁶⁰ Artículo 86.2: “En todo caso, se solicitará informe a la unidad orgánica cuyo funcionamiento haya provocado la lesión indemnizada”.

procedimiento administrativo previo para la determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración correspondiente (art. 10.1 párrafo segundo, del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo), que previamente ha indemnizado al particular, y probablemente en el mismo se haga referencia a la conducta del autor material del hecho lesivo; si ello es así, es decir, si en dicho informe queda acreditada la conducta dolosa, culposa o negligente graves de la autoridad o empleado público causante del hecho lesivo, sería suficiente con su aportación al procedimiento.

No pensamos, sin embargo, que esto sea frecuente, entre otras cosas porque si se detecta la presunta responsabilidad de la autoridad o empleado público en el procedimiento de origen, y finalmente se establece la responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta no tendría excusa para no iniciar la vía de regreso, por lo que lo normal será que dicho informe no haga mención a la conducta del autor material del daño, sino que únicamente acredite que hubo un “funcionamiento anormal del servicio de que se trate”, en este caso, el órgano que instruye el procedimiento en vía de regreso deberá solicitar el informe a la unidad correspondiente.

El informe deberá ser emitido, con carácter general, en el plazo de diez días, salvo que una disposición o el cumplimiento del resto de los plazos del procedimiento permita o exija otro plazo mayor o menor (art. 83.2 de la Ley 30/1992), por ejemplo, teniendo en cuenta las especiales características del informe solicitado, como prevé el art. 10.2 del Real Decreto 429/1993 para el procedimiento para de la determinación de responsabilidad patrimonial de la Administración, y que aunque no esté expresamente previsto en el art. 21 de la citada norma, podría ser de aplicación en el procedimiento en vía de regreso.

Con carácter general, de no emitirse e informe en el plazo establecido, y sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir el causante de la demora⁶⁶¹, se podrá proseguir con las actuaciones, salvo que se considere que el mismo es determinante para la resolución del procedimiento, en cuyo caso, se podría interrumpir el plazo de los trámites sucesivos (art. 82.3 de la Ley 30/1992)⁶⁶².

⁶⁶¹ Vid. al respecto ARENAS MENDOZA, H. A.: *Responsabilidad y procedimiento: las dilaciones indebidas procedimentales*. Ratio Legis, Salamanca, 2013.

⁶⁶² FORTES GONZÁLEZ, A. I.: “Los procedimientos para la determinación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, cit., pág. 104. En general sobre el tema, vid. CIERCO SEIRA, C.: “La petición de informes y la suspensión del plazo para resolver el procedimiento

c) La práctica de la prueba.

Se trata de un trámite fundamental del procedimiento en el que debe quedar acreditado que el daño –cuya existencia ya ha sido probada en el expediente de orígenes, en todo o en parte, consecuencia de la actuación u omisión de la autoridad o empleado público a la que se le imputa y, además, que dicha actuación se ha llevado a cabo al menos de forma culposa o negligente grave.

De acuerdo con el art. 21.3 del Real Decreto 429/1993, el órgano instructor debe practicar en el plazo de quince días cuantas pruebas hayan sido admitidas, puesto que el interesado puede proponer la práctica de las pruebas que considere convenientes en el escrito de alegaciones -art. 21.1 del Reglamento regulador de los procedimientos de Responsabilidad Patrimonial- bien para intentar exonerarse de responsabilidad, hacerla extensiva a otras personas, o aminorar la cuantía indemnizatoria en atención a diversos criterios. Únicamente se podrán rechazar las pruebas propuestas por el interesado en el caso de que sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, siendo imprescindible un pronunciamiento expreso sobre los motivos⁶⁶³.

Lo lógico es que en el expediente de origen –el que dio lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración- hayan quedado acreditados algunos extremos⁶⁶⁴, pero como los requisitos para que nazca la responsabilidad en cada caso son diferentes, probablemente será necesario llevar a cabo este período probatorio, atendiendo fundamentalmente a las pruebas propuestas por el interesado. Pero la Administración

administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 145, enero-marzo, 2010.

⁶⁶³ Para MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, la denegación de las pruebas al interesado no supone un obstáculo para que pueda reiterarlas ante la jurisdicción contenciosa si hubiere lugar a ello por su pertinencia, en “Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, *VVAA: Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo*, cit., pág. 1066. Sobre la prueba en general, se puede consultar BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La prueba en el procedimiento administrativo*, Thomson/Aranzadi, Cicur Menor, 2003; y sobre la prueba en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, COBO OLVERA, T.: *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Normativa, jurisprudencia, doctrina y formularios*, cit., págs. 246 a 253.

⁶⁶⁴ En este sentido advierte PEÑA LÓPEZ, F.: “La vía de regreso: un medio a disposición de la Administración Pública (y su aseguradora) para exigir responsabilidad civil a su personal”, cit., pág. 19, que serán de fundamental importancia los hechos relativos al comportamiento de la persona al servicio de la Administración que hayan sido declarados probados en el procedimiento administrativo o contencioso en el que se haya ventilado la responsabilidad de la Administración, si bien estima que, por mucha fuerza de convicción que pueda tener la apreciación jurisdiccional de la prueba, ésta no puede nunca tener el valor de cosa juzgada, en relación con un sujeto al servicio de la Administración que no haya sido parte en el proceso, salvo que, el sujeto pasivo de la vía de regreso se haya personado y actuado como parte demandada en el proceso Contencioso-administrativo que haya resuelto la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, pues a él si le vincularía el efecto de cosa juzgada material de la sentencia judicial.

también puede, como hemos señalado, acordar la apertura de un proceso probatorio cuando no tenga por ciertos los hechos alegados por el mismo (en aplicación del art. 80.1 de la Ley 30/1992).

Los medios de prueba son los normalmente admitidos en Derecho, y su práctica se realizará teniendo en cuenta el principio de contradicción, recayendo en la Administración la carga de demostrar la responsabilidad del funcionario o agente en la causación del hecho lesivo, además del elemento subjetivo del dolo, culpa o negligencia graves en su actuación. Por su parte al interesado le correspondería probar las causas que alegue para su exoneración (cumplimiento de la orden del superior jerárquico, falta de gravedad en la conducta...), o para aminorar la cuantía de la indemnización (condiciones del servicio, ausencia de intencionalidad en la conducta, concurrencia de la culpa de la víctima o de un tercero...).

d) Audiencia y vista del expediente.

Instruido el procedimiento, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrá aquél de manifiesto al interesado, concediéndole un plazo de diez días para que formule las alegaciones que estime convenientes. (art. 21.4 del Real Decreto 429/1993). Como puede advertirse, las posibilidades de este precepto no coinciden exactamente con las que permite el art. 84 de la Ley 30/1992 y el art. 11.1 del Real Decreto 429/1993 (que prevén, además de poder formular las alegaciones que el interesado estime oportunas, la posibilidad de aportar nuevos documentos o justificaciones), restricción del art. 21.4 del Reglamento que ha sido calificada por algunos autores como una especialidad del procedimiento, y que también luce en el art. 86.4 de la Ley de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. Sin embargo, entendemos con DÍEZ SÁNCHEZ⁶⁶⁵, que siendo el trámite de audiencia esencial e inviolable ha de admitirse la posibilidad prevista en el precepto legal que permite al interesado la aportación de nuevos documentos o justificaciones⁶⁶⁶.

⁶⁶⁵ DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit., pág. 233, aunque considera que no debiera interpretarse restringiendo las facultades que atribuye el precepto legal.

⁶⁶⁶ En este sentido, señala GALLARDO CASTILLO, M^a J.: “La creciente decadencia jurisprudencial del principio de audiencia al interesado en el procedimiento administrativo: una visión crítica”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 57, 2005, pág. 162, que el trámite de audiencia necesariamente ha de constar de dos partes: Una primera, que consiste en el examen del expediente para que el interesado pueda realizar una defensa eficaz de sus intereses; y una segunda, en que el interesado puede alegar y

Como es de sobra conocido, la funcionalidad del dicho trámite no es tanto la formulación de alegaciones, que el interesado puede realizar a lo largo de la tramitación del expediente, cuanto que se le permita ver la totalidad del expediente, en aras de una defensa completa y eficaz de sus intereses sobre la base de lo actuado en él⁶⁶⁷.

Si antes del vencimiento del plazo el interesado manifiesta su decisión de no efectuar alegaciones ni, como hemos defendido, aportar nuevos documentos o justificaciones, el trámite se tiene por realizado y se continúa con el procedimiento.

Se podrá prescindir de dicho trámite cuando, de conformidad con lo dispuesto en el art. 84.4 de la Ley 30/1992, “no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”. En caso contrario, la omisión del trámite de audiencia y vista del expediente, dado su carácter esencial puede determinar la invalidez de todo lo actuado a partir del trámite omitido, siempre y cuando se produzca indefensión para los interesados⁶⁶⁸.

Concluido el trámite de audiencia, la propuesta de resolución será formulada en el plazo máximo de cinco días (art. 21.5 Real Decreto 429/1993), señalando el siguiente apartado que el órgano competente resolverá igualmente en el plazo máximo de cinco días.

e) ¿Es necesario el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma?

Sobre este extremo nada dice ni el art. 145 de la Ley 30/1992, ni el art. 21 del Real Decreto 429/1993 que, sin embargo, sí se pronuncia respecto de su exigencia en el procedimiento para declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (arts. 12 y 16 de la citada norma reglamentaria), remitiendo a lo dispuesto en la

presentar los elementos, justificaciones y demás elementos probatorios que estimen procedentes.

⁶⁶⁷ COBO OLVERA, T.: *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Normativa, jurisprudencia, doctrina y formularios*, cit., pág. 262.

⁶⁶⁸ Respecto de las consecuencias de la omisión del trámite de audiencia en los procedimientos puede consultarse GAMERO CASADO, E.: “Omisión del trámite de audiencia y el derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 85, enero-marzo, 1995; igualmente puede consultarse GALLARDO CASTILLO, M^a J.: “La creciente decadencia jurisprudencial del principio de audiencia al interesado en el procedimiento administrativo: una visión crítica”, cit., págs. 164 y ss.

Ley Orgánica del Consejo de Estado⁶⁶⁹.

De la legislación estatal se desprende la necesidad del dictamen en el caso de reclamaciones de responsabilidad *a la Administración del Estado*, en cuantía superior a 50.000 euros, pero nada se dice en otros supuestos, por lo que en el caso de procedimientos de ejercicio de la acción de regreso en los que se pretende declarar la responsabilidad de la autoridad o empleado público correspondiente, no se deduce la obligatoriedad del mismo. Así, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Melilla, de 23 de febrero de 2010 considera en su fundamento jurídico sexto que *“no se precisa el dictamen del Consejo de Estado por cuanto éste solamente es exigible en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, pero no en el ejercicio de la acción de regreso, sin que lo prevea el artículo 21 RPRP, precepto que regula el ejercicio de la acción de regreso, sin que para nada este precepto exija tal dictamen”*.

Siguiendo esta línea argumental, únicamente en los procedimientos de responsabilidad sustanciados frente a las Administraciones públicas se exige preceptivamente el dictamen del Consejo de Estado, y siempre que supere la cuantía señalada por la legislación aplicable en cada caso. Así lo interpreta el propio Consejo de Estado, en una consulta realizada en el trámite correspondiente de un procedimiento administrativo de ejercicio por parte la Administración de la acción de regreso frente a un médico de las Fuerzas Armadas, en el Dictamen 909/2007, de 12 de julio, cuando señala que *“desde una perspectiva procedimental, conviene referirse al carácter de la consulta formulada, que se estima preceptiva por la Intervención General de la Defensa y la Asesoría Jurídica General así como en la orden de remisión, con base en el artículo 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado. A juicio de este Alto Cuerpo Consultivo, en contra del parecer manifestado por dichos*

⁶⁶⁹ El art. 22.13 de la misma señala que, la Comisión permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los siguientes asuntos: “Reclamaciones que, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, se formulen a la Administración General del Estado en los supuestos establecidos por las leyes”. En este caso debemos acudir al art. 142.3 de la Ley 30/1992, modificado en este punto por la disposición final 40ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que establece que “[e]n el procedimiento general será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica”. Por lo que respecto de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial a la Administración del Estado, el dictamen será preceptivo cuando la cuantía reclamada sea superior a 50.000 euros, y respecto de las reclamaciones al resto de las Administraciones públicas habrá que estar a lo dispuesto en la legislación autonómica reguladora de dichos órganos consultivos.

órganos, no concurre dicha preceptividad en los procedimientos del artículo 145.2 de la Ley 30/1992, toda vez que en ellos no se ventila una reclamación frente a la Administración, sino que es ésta la que exige responsabilidad de oficio”.

No obstante, en algunas leyes reguladoras de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas, no se establece dicha restricción (la necesidad de que se trate una reclamación de responsabilidad frente a la Administración Pública), así la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León⁶⁷⁰, cuyo art. 4 dedica a las consultas preceptivas, establece en el apartado 1º que el Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Administración en los siguientes asuntos: “ *i) Expedientes tramitados por la Administración de la Comunidad de Castilla y León y por las Administraciones Locales que versen sobre las siguientes materias: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 6.000 € en el ámbito de la Administración autonómica y 3.000 € en el ámbito de otras administraciones públicas*”⁶⁷¹.

A diferencia de la regulación señalada en el art. 22.13 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, podemos observar que en la legislación autonómica no se especifica que la reclamación haya de ir dirigida necesariamente frente a la Administración Autonómica o Local, en este sentido, y considerando que el procedimiento en vía de regreso no es más que un expediente de responsabilidad patrimonial frente al autor material del daño y, puesto que en dicha normativa se habla de “reclamaciones administrativas de indemnización de daños y perjuicios” o “reclamaciones de responsabilidad patrimonial” tramitadas por las distintas Administraciones públicas, podría deducirse la preceptividad del dictamen en los procedimientos de ejercicio por parte de la Administración de la acción de regreso, siempre y cuando la cuantía de la indemnización reclamada supere lo establecido legislativamente.

⁶⁷⁰ En la redacción efectuada por Ley 4/2013, de 19 de junio, por la que se modifica la organización y el funcionamiento de las instituciones propias de la Comunidad de Castilla y León.

⁶⁷¹ En la misma línea podemos citar, entre otros: el art. 17.10 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo Andaluz, señala que será consultado preceptivamente en los expedientes tramitados por la Administración de la Comunidad Autónoma, en que la consulta venga exigida por Ley, que se refieran entre otras a las siguientes materias... “ a) Reclamaciones administrativas de indemnización de daños y perjuicios de cuantía superior a 60.000 euros...”; o el art. 13.1. f) de la Ley 6/2007, 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que estable la consulta preceptiva en “Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada”.

Podría objetarse, como ha puesto de manifiesto REBOLLO PUIG, si el hecho de que se hable de “reclamación” se refiera expresa y únicamente a los expedientes administrativos de responsabilidad patrimonial iniciados por los interesados, pues para el autor, incluso en los casos que el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración se inicie de oficio, se exige finalmente que el perjudicado formule su pretensión indemnizatoria, por lo que, argumenta, en los procedimientos iniciados de oficio acaba por existir una reclamación⁶⁷².

En realidad, sólo forzando la letra de las leyes reguladoras de las competencias de los Consejos Consultivos autonómicos (el art. 22.13 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado es tajante al respecto) y realizando una interpretación flexible o en sentido amplio de lo que deba entenderse por “reclamación”, como la acción que permite a la Administración reclamar del funcionario, todo o parte de lo que ella ya ha pagado al particular, podría deducirse la necesidad del dictamen que, estimamos, en este tipo de expedientes no estaría de más.

De todas formas tampoco puede olvidarse que al tratarse de la acción de regreso, el expediente previo puede haber sido dictaminado por el Consejo de Estado u Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma correspondiente, por lo que se podría haber pronunciado ya respecto de la posible responsabilidad del funcionario o agente⁶⁷³.

5.5. Terminación del procedimiento

El órgano competente debe dictar la resolución en el plazo de cinco días desde que se formula la propuesta de resolución⁶⁷⁴. Dicha resolución deberá determinar la responsabilidad o no del empleado público o titular del órgano y, en su caso, la cantidad por la que debe responder⁶⁷⁵.

⁶⁷² Si bien, el autor se refiere al procedimiento general de exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración, en el que “tampoco pierde su carácter preceptivo el dictamen por el hecho de que el procedimiento, en vez de iniciarse por *reclamación del interesado*, se haya *iniciado de oficio*”, en REBOLLO PUIG, M.: “La reclamación de la indemnización”, cit., pág. 142.

⁶⁷³ Aunque es evidente que estas consideraciones no podrían trasladarse al procedimiento de responsabilidad patrimonial directa frente a la Administración, cuya regulación comparten.

⁶⁷⁴ De lo que la doctrina deduce la distinción entre el órgano instructor y el órgano resolutorio, propia de los procedimientos sancionadores, aunque este no lo sea, vid. al respecto GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit. pág. 568; y DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit., pág. 233.

⁶⁷⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.*, cit., pág. 717.

En el caso de que la resolución declare la responsabilidad del funcionario o agente necesariamente deberá contener las siguientes menciones:

- La indemnización que la Administración ha satisfecho al particular lesionado en sus bienes o derechos, así como la fecha en que dicha indemnización se ha hecho efectiva.
- La acreditación de que todo o parte del perjuicio antijurídico sufrido por el particular lesionado es imputable a la actuación u omisión del declarado responsable.
- Acreditación de que en dicha actuación ha mediado dolo, o culpa o negligencia graves.
- La cuantificación económica de los daños o perjuicios de los que sea personalmente responsable, así como la mención de los criterios que la Administración haya podido tener en cuenta para su determinación.
- La indicación de que dicha resolución pone fin a la vía administrativa (art. 145.4 de la Ley 30/1992) y los recursos que caben frente a la misma, teniendo en cuenta que el art. 116 de la Ley 30/1992 señala al efecto que “los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”.

Otra de las imcomprensibles lagunas del Reglamento regulador de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial es que no señala el plazo máximo de duración del procedimiento administrativo, por lo que tampoco regula los efectos en el caso de la no resolución del mismo dentro del plazo.

Respecto del plazo de duración del procedimiento en vía de regreso cabría plantear dos posibilidades: la primera entender que el plazo es el mismo que el de los procedimientos generales de responsabilidad patrimonial de la Administración, esto es, un plazo de seis meses (art.13.3 del Real Decreto 429/1993), a contar desde el acuerdo administrativo de iniciación de oficio por parte del órgano competente, éste es el plazo que aplica la sentencia del del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo de Melilla, de 23 de febrero de 2010; o, en segundo lugar, entender que al no especificarse plazo alguno serían de aplicación las normas reguladoras del procedimiento común de la Ley

30/1992, que establecen que cuando la norma no fije plazo máximo para recibir la notificación éste será de tres meses a contar, en este caso, desde la fecha del acuerdo de iniciación [art. 42.3.a)]⁶⁷⁶. En ambos casos podría, excepcionalmente, acordarse la ampliación del plazo de resolución, siempre mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles. Nos inclinamos, no obstante, por la aplicación a dicho procedimiento del plazo que se establece con carácter general para la tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración, esto es, el plazo de seis meses.

Por otro lado y tratándose de un procedimiento iniciado de oficio susceptible de producir efectos desfavorables para el interesado, la no resolución en el plazo producirá la caducidad del mismo (salvo que se hubiera paralizado por causa imputable al propio interesado, en cuyo caso se interrumpiría el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución), art. 44.2 Ley 30/1992. Siendo así, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92 de la Ley 30/1992⁶⁷⁷.

Por supuesto, debemos interpretar, aunque el art. 145.4 de la Ley 30/1992 únicamente alude a que la resolución declaratoria de responsabilidad pone fin la vía administrativa, que puede aplicarse a todos los pronunciamiento posibles, es decir, la no declaratoria de responsabilidad, así como la que declare sólo parte de la responsabilidad inicialmente imputada al funcionario o agente⁶⁷⁸.

La resolución podrá impugnarse potestativamente ante el mismo órgano que dictó el acto (arts. 116 y 117 de la Ley 30/1992), o impugnarse directamente ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, siendo la única competente para el conocimiento de este tipo de acciones, excepto cuando la conducta sea constitutiva de delito (en este sentido el art. 145.5 de la Ley 30/1992, establece que “[l]o dispuesto en los párrafos anteriores, se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa

⁶⁷⁶ MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., pág. 112.

⁶⁷⁷ Debemos tener en cuenta que el apartado tercero del mencionado precepto establece que “[l]a caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción”.

⁶⁷⁸ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92, 26 de noviembre)*, cit., pág. 1392; DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit. pág. 233; MARTÍNEZ NOVELLA, S.: “La responsabilidad civil, penal y administrativa de las autoridades y los funcionarios”, cit., pág. 82.

a los Tribunales competentes”). Para MIR PUIGPELAT, en la determinación del Juzgado o Tribunal competente hay que tener en cuenta que se trata de una cuestión de personal y no ya de responsabilidad patrimonial de la Administración⁶⁷⁹, conclusión que para nosotros es discutible.

En caso de impugnación, como señala GONZÁLEZ PÉREZ, la persona declarada responsable puede deducir la pretensión de anulación, reconocimiento de improcedencia de la indemnización y si procede de condena a la devolución de la cantidad que hubiese pagado en el ejercicio del acto con la consiguiente indemnización de perjuicios⁶⁸⁰.

Pero si la resolución considera que el funcionario o empleado público no es responsable, al estimar, por ejemplo, que no existe relación de causalidad entre el perjuicio irrogado al particular y su actuación, que estamos en presencia de algún supuesto de exoneración de la responsabilidad personal del funcionario o agente, o que, en definitiva, no se haya podido acreditar el elemento subjetivo de la culpa o negligencia graves, dicha resolución igualmente se podría recurrir. La cuestión sería, entonces, quién estaría legitimado para hacerlo, pues ya hemos advertido que es difícil que el particular perjudicado aparezca como parte interesada en el mismo. En estos supuestos, y cuando se trate del acuerdo de un órgano colegiado, estarían legitimados para su impugnación los que votaron en contra de la no exigencia de responsabilidad.

Finalmente, la resolución que declare la responsabilidad del funcionario o agente será inmediatamente ejecutiva, debiendo proceder éste al pago de la cuantía señalada en la misma. De no llevarse a cabo de forma voluntaria y en el plazo otorgado al efecto, la Administración pública correspondiente, que goza del privilegio de autotutela ejecutiva, procederá a ejecutar por sí misma la resolución declarativa de la responsabilidad, con los mismos medios y procedimientos que se regulan en la Ley 30/1992⁶⁸¹. En este caso, la ejecución forzosa de la resolución, de ser necesaria, se podrá llevar a cabo, para los empleados públicos mediante la retención de la nómina⁶⁸², no para los que ya no tienen

⁶⁷⁹ MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., pág. 113.

⁶⁸⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, cit. pág. 718; igualmente MARTÍNEZ NOVELLA, S.: “La responsabilidad civil, penal y administrativa de las autoridades y los funcionarios”, cit., pág. 82.

⁶⁸¹ MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA J. I.: “Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en VVAA: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo*, cit., pág. 1067.

⁶⁸² BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las

vinculación con la Administración, un ex concejal, ex alcalde, o simplemente por estar apartados del servicio, respecto de los cuales se deberá acudir a la vía de apremio⁶⁸³.

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 57, ya que para el autor no hay ninguna razón para pretender que la cantidad se perciba de una sola vez; MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., pág. 112.

⁶⁸³ BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 57; y DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit. págs. 233 y 234.

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS EN SUS BIENES Y DERECHOS

1.- RÉGIMEN JURÍDICO Y CONSIDERACIONES PREVIAS.

La llamada acción directa de la Administración frente a las autoridades y personal a su servicio, es la que debe ejercer la misma por los daños y perjuicios que la actuación u omisión de su personal haya ocasionado en sus bienes o derechos. Dicha acción esta prevista en el art. 145.3 de la Ley 30/1992 al preceptuar que “la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daño y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves”, y en los arts. 20 y 21 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, concretamente el art. 20.1 señala que “[l]a Administración pública correspondiente podrá exigir de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por los daños y perjuicios causados a la misma mediando, dolo, culpa o negligencia grave, de conformidad con lo previsto en los artículos 145 y 146 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siguiendo el procedimiento previsto en el art. 21 de este Reglamento”.

La posibilidad de que la Administración exija de su personal la responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados en sus bienes o derecho está contemplada igualmente en otras normas, a las que nos hemos referido en el Capítulo I de este trabajo, tanto a nivel autonómico, como a nivel local, así por ejemplo, el art. 78 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, cuyo apartado 3º señala que “[l]as Corporaciones Locales podrán exigir la responsabilidad de sus miembros, cuando por dolo o culpa grave, hayan causado daños y perjuicios a la Corporación...”; o el art. 225.1 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, que aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales, cuando establece que éstas “podrán instruir expediente, con audiencia del interesado, para declarar la responsabilidad civil de sus autoridades, miembros, funcionarios y dependientes que, por dolo, culpa o negligencia graves, hubieren causado daños o

perjuicios a la Administración...”

También existe una regulación específica respecto de la responsabilidad patrimonial de los miembros de las Fuerzas Armadas por los daños ocasionados a la propia Administración, contemplada en el vigente Real Decreto 567/1979, de 22 de febrero, que regula el procedimiento a seguir en los expedientes administrativos que se sustancien para determinar la responsabilidad de esta naturaleza de los funcionarios encargados de la custodia, utilización y mantenimiento del material y efectos de los Ejércitos⁶⁸⁴ y que, de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 485/1980 de 22 de febrero, por el que se regula el procedimiento a seguir en los expedientes para la declaración de responsabilidad administrativa y resarcimiento por daños a los bienes de los miembros del Instituto de la Guardia Civil, es aplicable también a dicho Instituto al disponer su art. 1º que “[p]ara determinar la responsabilidad administrativa de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil que estén encargados de la custodia, utilización o mantenimiento de material y efectos del citado Instituto será aplicable la legislación general citada para las Fuerzas Armadas, con las especialidades que en los artículos siguientes se determinan”⁶⁸⁵.

El art. 3 del Real Decreto 567/1979, dispone que “[l]as personas que tengan a su cargo los bienes comprendidos en el artículo anterior⁶⁸⁶, incurrirán en responsabilidad administrativa en los casos en que, interviniendo culpa o negligencia, causaren perjuicio al Estado por mal uso, menoscabo, deterioro prematuro, inutilidad o pérdida de los bienes. Esta responsabilidad será penal en los casos de dolo, culpa o negligencia graves, conforme a lo previsto en el Código de Justicia Militar”.

Consecuentemente con lo preceptuado en el mencionado artículo, el art. 5 señala

⁶⁸⁴ Un estudio del mismo puede verse en QUIROGA DE ABARCA, J. M^a: *La Administración militar y su responsabilidad patrimonial*, cit., págs. 477 y ss.

⁶⁸⁵ Para un estudio completo del régimen jurídico de las Fuerzas Armadas, vid. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., NEVADO-BATALLA MORENO, P. T., FERNANDO PABLO, M. M., DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. (Coords.): *Constitución, policía y fuerzas armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997; NEVADO-BATALLA MORENO, P. T.: *La función pública militar: régimen jurídico del personal militar profesional*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

⁶⁸⁶ El art. 2 señala que entenderá por material y efectos “todos los bienes inventariables que, para el cumplimiento de sus fines, posean los buques, centros, unidades y dependencias militares, propiedad del Estado o que hayan sido adquiridos con fondos públicos; y en general, todo el material, efectos combustible, víveres, documentación, metálico o fondos públicos, inmuebles, vestuario, equipo, armamento, munición, ganado, mobiliario, vehículos, buques, aeronaves, instrumentos libros y aparatos de uso profesional”

que “la competencia para resolver, con o sin responsabilidad, los expedientes administrativos corresponderá a la respectiva autoridad jurisdiccional, estando reservada al Tribunal de Cuentas la facultad de exigir el resarcimiento de los daños, en los casos de responsabilidad administrativa por culpa o negligencia leves”.

Es evidente que el Reglamento se refiere a los distintos tipos de responsabilidad, penal, administrativa y patrimonial, de una forma bastante confusa, basando la distinción en el criterio de la culpa o negligencia, de tal forma cuando pueda apreciarse dolo, culpa o negligencia graves, la responsabilidad será penal, (por lo que, según los arts. 6.4 y 7.3, el órgano competente dará inmediata cuenta a la autoridad judicial), en cambio si se trata culpa o negligencia leve la responsabilidad será administrativa, en cuyo caso se seguirá la tramitación del expediente establecida en los artículos correspondientes, teniendo en cuenta que la responsabilidad por los perjuicios ocasionados al Estado será exigida por el Tribunal de Cuentas (arts. 5, 7.4 y 10).

Ciertamente, la regulación establecida en este ámbito es bastante equívoca, pues establece la obligación de resarcimiento incluso en los casos de “culpa o negligencia leve”, y remite su exigencia al Tribunal de Cuentas, tal vez por “una hipertextensión de la responsabilidad de la responsabilidad contable a supuestos como el mantenimiento o la utilización del material militar, que escapan claramente del ámbito lógico de esa modalidad específica de responsabilidad de los funcionarios”, como argumenta GARCÍA-ÁLVAREZ⁶⁸⁷, propiciada por la propia inclusión entre los bienes que pueden resultar perjudicados el “metálico o fondos públicos”. Sin embargo, como tendremos ocasión de comprobar mediante el estudio de la responsabilidad contable, cuando se trate de responsabilidad por defectuoso mantenimiento o por utilización inadecuada del material – con exclusión de los daños a efectos y caudales públicos- la remisión de su exigencia al Tribunal de Cuentas carece de sentido⁶⁸⁸.

Aún así, debemos reconocer que, pese a la ambigüedad de la misma, se trata de una norma no sólo vigente, sino que como demuestra el autor anteriormente citado se

⁶⁸⁷ GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 590, a favor de esta interpretación cita el autor, el hecho de que en una norma coetánea aunque de inferior rango, la Orden del Ministerio de Defensa de 15 de enero de 1979, sobre pago de indemnizaciones por daños causados por vehículos de Fuerzas Armadas, sólo prevea la exigencia de resarcimiento por parte de la Administración cuando los conductores hubiesen incurrido en los consabidos –aunque no en el orden habitual- “culpa, dolo, o negligencia graves”.

⁶⁸⁸ Igualmente GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 593

aplica⁶⁸⁹. Con todo, los pronunciamientos judiciales son bastantes contradictorios, no sólo en cuanto a los requisitos que debe exigirse para su exigencia⁶⁹⁰, sino en cuanto al régimen jurídico aplicable⁶⁹¹, a pesar de lo cual, convenimos con GARCÍA-ÁLVAREZ en que, dado el amplio ámbito subjetivo del art. 145 de la Ley 30/1992 que se refiere a “todas las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, sin hacer ninguna excepción para la Administración militar, los requisitos exigidos por el mismo deben ser de aplicación también en este ámbito, siendo la gravedad de la culpa o negligencia el elemento imprescindible que justifica la exigencia de la responsabilidad patrimonial⁶⁹².

La necesidad de la gravedad de la culpa o negligencia y la aplicación del régimen general a los daños ocasionados por miembros de la Guardia Civil parece incuestionable para el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria [Sentencia de 29 de mayo de 2006

⁶⁸⁹ Al revés de lo que ocurre con la regulación general, GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 590; para demostrarlo cita dos expedientes en el ámbito militar, y analiza varias sentencias en relación a daños ocasionados por miembros de la Guardia Civil: las Sentencias del Tribunal Superior de Madrid de 4 de diciembre de 1999, y de 28 de abril de 2001, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 15 de marzo de 2005 y del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 14 de enero de 2007, op. cit., págs. 590 a 593.

⁶⁹⁰ Así, señala GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., págs. 592 y 593, en la sentencia de 24 de enero de 2007, el Tribunal valenciano rechaza dar valor exoneratorio a la alegación de fuerte estrés con tratamiento psiquiátrico, del funcionario, puesto que se ha producido la pérdida de un radioteléfono “sin que alcance a dar razón ninguna de dicha pérdida...”; en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de abril de 2001, únicamente se hace referencia como norma sustantiva aplicable al Real Decreto 567/1979; sin embargo, en el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 15 de marzo, en la que se imputa al declarado responsable no haber adoptado las medidas preventivas necesarias para evitar la pérdida de material, aunque en la demanda se alega la aplicación de la normativa general (art. 145.3 de la Ley 30/1992), luego el Tribunal parece estar aplicando, sin matices, el Real Decreto 567/1979. Finalmente, el autor alude a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de diciembre de 1999, en la que invoca expresamente el art. 145 de la Ley 30/1992 – concretamente, el carácter grave que debe tener la negligencia y la posibilidad de ponderación de las circunstancias- pero la decisión se basa en que dado el absoluto desconocimiento por parte del funcionario que puso en marcha el vehículo desde el asiento del copiloto, sin tener en cuenta que una marcha estaba engranada, estrellándolo contra una columna, considera que existe un error invencible en su conducta, que no se puede calificar la misma de negligencia, ni siquiera leve.

⁶⁹¹ En este sentido podemos citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de 23 de abril de 2010 (JUR\2010\216727), en la que se desestima el recurso interpuesto por un Guardia civil frente a la resolución por la que se declara la obligación de indemnizar al Estado por la desaparición de varias prendas de uniformidad adjudicadas al mismo en el transcurso de un traslado por cambio de destino, pues a pesar de mencionar expresamente el art. 145.3 de la Ley 30/1992 -que exige dolo, o culpa o negligencia graves-, así como el Real Decreto 567/1979, de 22 de febrero, aplicable a los miembros de la Guardia civil, el Tribunal considera que queda acreditada la negligencia en el expediente disciplinario por el que se le sancionó con la sanción de reprensión por la comisión de una falta leve que el interesado no recurrió

⁶⁹² GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 592.

(JUR\2006\212019)⁶⁹³] cuando señala que: “El artículo 145.3 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, dispone que la Administración podrá instruir procedimiento de responsabilidad patrimonial a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños o perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, culpa o negligencia grave. Por otro lado, el Real Decreto 567/79, de 22 de febrero, regula el procedimiento a seguir en los expedientes administrativos que se substancien para determinar la responsabilidad de los funcionarios encargados de la custodia, utilización o mantenimiento del material y efectos de los Ejércitos, Reglamento aplicable a los miembros de la Guardia Civil de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º del Real Decreto 485/80.

A tenor de lo establecido en el artículo 2º del Real Decreto 567/79, se entiende por material y efectos todos los bienes inventariables que posean los Centros, Unidades y Dependencias para el cumplimiento de sus fines y que sean propiedad del Estado a hayan sido adquiridos, con fondos públicos, incluyendo expresamente los vehículos, especificando el artículo 3º del mismo texto reglamentario que “las personas que tengan a su cargo los bienes comprendidos en el artículo anterior, incurrirán en responsabilidad administrativa en los casos en que, interviniendo culpa o negligencia, causaren perjuicio al Estado por mal uso, menoscabo, deterioro prematuro, inutilidad o pérdida de los bienes”.

Pues bien, de los preceptos transcritos se infiere que son tres los requisitos exigidos para poder declarar la responsabilidad que nos ocupa: a) que en la actuación de la autoridad o funcionario concurra dolo, culpa o negligencia grave; b) que los bienes de la Administración sufran un daño material y evaluable económicamente; c) que exista relación de causa a efecto entre dicha actuación y el resultado dañoso”.

En el mismo sentido parece inclinarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de marzo de 2012 (JUR\2012\200793), en un supuesto de pérdida por parte de un Guardia Civil de un radioteléfono, que resuelve el recurso interpuesto frente a la Resolución de la Dirección General de la Guardia Civil (que considera la conducta del agente negligente al no haber actuado con la diligencia exigible, debiendo resarcir por tanto el importe del radioteléfono), en ella señala que “es preciso analizar la normativa aplicable. El art. 145.3 de la Ley 30/1992 dispone que: asimismo, la

⁶⁹³ Resuelve el recurso interpuesto contra la resolución que declara la responsabilidad administrativa del recurrente por la pérdida de diversas prendas de vestuario y efectos militares en la cuantía de 1.454,09 euros con la obligación de entregar a la Hacienda Pública dicha cantidad, en calidad de resarcimiento.

Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves. Por su parte el art. 20 del Real Decreto 429/1993 dispone “la Administración pública correspondiente podrá exigir de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por los daños y perjuicios causados a la misma mediando dolo, culpa o negligencia grave, de conformidad con lo previsto en los arts. 145 y 146 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siguiendo el procedimiento previsto en el art. 21 de este Reglamento”.

Por su parte, el art 3 del RD 567/1979, se refiere a las personas que tengan a su cargo los bienes comprendidos en el artículo anterior, incurrirán en responsabilidad administrativa en los casos en que, interviniendo culpa o negligencia, causaren perjuicio al Estado por mal uso, menoscabo, deterioro prematuro, inutilidad o pérdida de los bienes. Esta responsabilidad será penal en los casos de dolo, culpa o negligencia graves, conforme a lo previsto en el Código de Justicia Militar. Se completa con la OG núm. 4 de 18 de febrero de 1998, sobre responsabilidad administrativa y resarcimiento, que dispone la responsabilidad en el apartado primero uno 3 en casos en que intervenga culpa o negligencia y causen perjuicio al estado por mal uso, menoscabo, deterioro prematuro, inutilidad o pérdida de los bienes.

En este caso, se ha considerado que el recurrente es responsable por la pérdida del radioteléfono, considerando que su actuación ha sido negligente”.

Después de citar expresamente dichos preceptos prosigue en su fundamento de derecho cuarto: “La normativa aplicable, se refiere a la responsabilidad del interesado en caso de dolo, culpa o negligencia grave. Es preciso acudir a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y al Real Decreto citado, que en todos los casos se refieren a “dolo, culpa o negligencia grave”. Por tanto, la consideración de “grave” de la negligencia es el dato relevante que debe tenerse en cuenta, puesto que una mera negligencia no parece que dé lugar a la responsabilidad citada. La Orden General incluye, deterioro, inutilidad o pérdida de los bienes, pero no podemos apartarnos del tenor literal de la Ley, que se refiere a “negligencia grave” como requisito para la exigencia de responsabilidad.

Para la calificación de la negligencia como grave es preciso atender a las

*circunstancias concurrentes*⁶⁹⁴ ... lo cierto es que en esa situación no se colocó el radio teléfono de manera adecuada. La calificación de estos hechos como “negligencia grave” resulta difícil de asumir. Ninguna gravedad se aprecia en la conducta del interesado, por el hecho de que acudiendo rápidamente a la llamada telefónica advirtiéndole de que se estaba cometiendo un robo, no colocara con la debida seguridad el aparato en el encastre adecuado. Ciertamente debe hacerse así, y está obligado a asegurarse de ello, pero no puede considerarse que dadas las circunstancias concurrentes, se esté ante una negligencia “grave” susceptible de dar lugar a la responsabilidad que se exige...”. Por lo que concluye que “con estos datos, y una valoración cuidadosa de las circunstancias concurrentes, las declaraciones practicadas, y la propia calificación de la Administración, no se aprecia la gravedad en el sentido que exige la Ley 30/1992, y Real Decreto de desarrollo, sin perjuicio de la necesaria atención y cuidado exigibles en los bienes de la Administración que necesariamente han de manejar los miembros de la Guardia Civil”.

Por tanto, y a tenor de las citadas sentencias, queda patente la aplicación de la normativa general (art. 145.3 de la Ley 30/1992), tanto respecto de los requisitos exigidos, como respecto de la regulación del Real Decreto 429/1993 en este ámbito.

En definitiva, podemos señalar que, la exigencia de responsabilidad por parte de la Administración a las autoridades y personal a su servicio, es una manifestación más de la autotutela de la Administración, que puede resarcirse del perjuicio sufrido dictando por sí misma el correspondiente acto administrativo⁶⁹⁵. En este caso la parte perjudicada por la actuación de su personal es la propia Administración, y será ella misma la que puede acordar unilateralmente la indemnización que proceda, mediante el ejercicio de la acción responsabilidad de oficio frente al presunto responsable, siempre que pueda apreciarse dolo, culpa o negligencia graves en su conducta, quedando abierta a continuación la vía contencioso-administrativa, y sin perjuicio de pasar el tanto de

⁶⁹⁴ El recurrente tenía a su cargo el radioteléfono cuando fueron avisados de que se estaba produciendo un robo, y lo encastró en el lugar correspondiente, de manera que cuando llegaron al lugar del robo éste se había extraviado, lo que podría deberse a que no funcionara el sistema de encastre, respecto de lo que nada se ha acreditado o a que no se colocara suficientemente bien en su punto, que resulta la opción más razonable y que de hecho admite el propio recurrente.

⁶⁹⁵ GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 560.

culpa, a los tribunales competentes⁶⁹⁶.

Cuando la responsabilidad patrimonial surja del manejo de caudales o fondos públicos y de la obligación de rendir cuentas, estamos en presencia de lo que la mayor parte de la doctrina administrativista considera una especialidad de la responsabilidad patrimonial directa frente a la Administración⁶⁹⁷, esto es, la responsabilidad contable que puede alcanzar a quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos. En este caso será de aplicación, de conformidad con el art. 20.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, lo previsto en los artículos 140 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (arts. 176 y siguientes de la vigente Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria), o de las normas sobre la materia que resulten de respectiva aplicación al resto de las Administraciones Públicas, así como de las previsiones contenidas en la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, y la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Dicha responsabilidad contable disfruta de una serie de peculiaridades – partiendo de un régimen jurídico específico- que exigen, desde nuestro punto de vista, un estudio diferenciado que abordaremos en el capítulo siguiente.

Pues bien, la responsabilidad patrimonial derivada de los daños ocasionados a los bienes y derechos de la Administración, sin embargo, no ha interesado en exceso a la doctrina administrativista española, que se ha ocupado relativamente poco del tema⁶⁹⁸, y se ha mostrado siempre mucho más preocupada por delimitar los contornos de la

⁶⁹⁶ LEGUINA VILLA, J.: “La responsabilidad patrimonial de la Administración”, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M.: *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, cit., págs. 407 y 408. Tribunales competentes, que no pueden ser otros que los Tribunales del orden Penal, en este sentido DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit., págs. 356 y 357.

⁶⁹⁷ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, cit., pág. 449; para MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit. pág. 105, la responsabilidad contable es un supuesto específico de responsabilidad por daños a los bienes o derechos de la Administración; y GARCÍA-ÁLVAREZ, G. considera la responsabilidad contable como una subespecie de la responsabilidad civil frente a las Administraciones públicas, en “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit. pág. 569.

⁶⁹⁸ Ya lo advirtió en su día RIVERO YSERN, E.: “La responsabilidad civil de los funcionarios públicos frente a la Administración”, cit., pág. 25, al señalar que la doctrina no la había examinado, vid. igualmente RIVERO YSERN, E.: “La responsabilidad civil frente a la Administración pública”, cit.. Entre los autores que posteriormente se han ocupado de su estudio podemos citar, CARLÓN RUIZ, M.: “La responsabilidad civil frente a las Administraciones públicas: la Administración como perjudicada”, en *Revista de Estudios de la Vida Local y Autonómica*, nº 270, abril-junio, 1996; URSI, R.: “Daño a la imagen de la Administración y responsabilidad patrimonial de los funcionarios”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 19, 2001; y de forma circunstancial el resto de autores al hilo de los comentarios al artículo 145 de la Ley 30/1992.

responsabilidad patrimonial de la Administración pública. No obstante, la actual coyuntura económica y social por la que atraviesa nuestro país en los últimos años, ha propiciado un replanteamiento, no sólo de la amplitud de la configuración jurídica de la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro Derecho, que viene de años atrás, sino de algunas cuestiones relacionadas con la actuación y gestión de los responsables públicos, fundamentalmente en lo que atañe a su responsabilidad, o mejor dicho a su irresponsabilidad, lo que sin duda hace mucho más interesante su estudio.

Debemos advertir que, como es obvio, muchos de los aspectos de la acción de responsabilidad directa son comunes al ejercicio de la acción de regreso (ambas comparten el procedimiento regulado en el art. 21 del Real Decreto 429/1993), por lo que nos remitiremos a lo allí expuesto, sin embargo hay otros aspectos de la misma que merecen un análisis mucho más detallado, pues entre ambas acciones existen algunas diferencias sustanciales, entre las que destaca, en primer lugar, el sujeto perjudicado, que en la acción de regreso es un tercero y, en este caso, es la propia Administración a cuyo servicio se encuentra el propio sujeto responsable; en segundo lugar, la posibilidad en aquélla de rebajar el montante de la indemnización en función de los criterios ya estudiados; o finalmente, la posible distinción de la finalidad perseguida en ambas acciones.

2.- NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN DIRECTA DE RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS A LA PROPIA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

La exigencia de responsabilidad patrimonial por parte de la Administración a las autoridades y personal a su servicio por los daños ocasionados en sus bienes o derechos se encuadra dentro de la regulación del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas⁶⁹⁹, que aplica normas y principios de Derecho Administrativo, de manera que, como expusimos en el Capítulo II, tiene una naturaleza jurídico-pública.

Ahora bien, una cosa es la naturaleza y otra el fundamento de dicha responsabilidad, es decir, la justificación que determina la obligación de indemnizar unos daños y perjuicios ocasionados en los bienes o derechos de la Administración en la

⁶⁹⁹ En este supuesto, aunque los daños y perjuicios se ocasionen a bienes y derechos de la Administración, en realidad podríamos considerar que los daños se perpetran a la colectividad, a los intereses generales.

que prestan sus servicios. También nos hemos referido ya a ello, por lo que simplemente recordaremos que la obligación de reparar los daños surge única y exclusivamente como consecuencia de la actuación dolosa, o culposa o negligente graves, de manera que sin la concurrencia de dicho requisito dicha responsabilidad no puede exigirse. El mismo fundamento cabe atribuir a la acción de regreso, pero la finalidad de esta última es, como vimos, no tanto reparadora, que lo es, cuanto preventiva y de control (sancionadora) de una conducta reprochable. Y decimos esto, porque la indemnización en la acción de regreso puede ser inferior a lo pagado previamente por la Administración al particular, ya que a la hora de establecer el montante de la misma por la responsabilidad que personalmente quepa atribuir al funcionario, puede tenerse en cuenta otros criterios apreciados discrecionalmente por el órgano competente que aconsejen su rebaja. En cambio, los criterios mencionados en el art. 145.2 *in fine* aplicables a la acción de regreso no parece que puedan ser tenidos en cuenta (algunos es incuestionable que lo serán, en cuanto se trata de requisitos necesarios para la determinación de la responsabilidad) para rebajar la indemnización.

Efectivamente, así parece deducirse de la regulación efectuada en la Ley 30/1992 tras su modificación por Ley 4/1999. Como advertimos, la redacción original del art. 145.3 contenía un segundo párrafo en el que establecía que “en este supuesto los criterios de ponderación aplicables serán los previstos en el punto 2”, es decir, los aplicables a la acción de regreso. Dicha mención desapareció con la modificación operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de lo que se desprende que una vez determinados los daños ocasionados, y la relación de causalidad existente entre los mismos y la actuación dolosa, culposa o negligente graves, del funcionario o agente –teniendo en cuenta, eso sí, los que le sean directamente imputables-, lo único que resta a la Administración es su cuantificación exacta. No creemos, por ejemplo, que pueda moderarse el montante de la indemnización en función de que en vez de dolo, en la conducta se haya apreciado la concurrencia de culpa grave.

Por consiguiente, y retomando el hilo de nuestro discurso, podemos concluir que la finalidad de la acción directa es, fundamentalmente, reparadora en cuanto tiene por objeto que la Administración sea indemnizada de todos los perjuicios causados en sus bienes o derechos que sean consecuencia de la actuación dolosa, culposa o negligente graves del funcionario o agente, pensamos, que sin posibilidad de rebajar el montante de

la indemnización de forma discrecional, aunque es evidente que no podemos prescindir de las funciones preventiva y de control ínsitas en la institución de la responsabilidad. Sin embargo, debemos destacar la estrecha conexión de esta responsabilidad con la responsabilidad disciplinaria, por cuanto causar daños en los bienes o intereses de la Administración puede ser constitutivo de falta disciplinaria, por lo que la finalidad sancionadora está cubierta por el ejercicio de dicha potestad disciplinaria, que sirve de mecanismo de control jurídico de la actuación del personal al servicio de la Administración⁷⁰⁰.

Por otro lado, la tradicional restricción de la potestad disciplinaria al personal al servicio de la Administración con un vínculo estatutario o laboral, queda superada por la posibilidad abierta en el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de sancionar disciplinariamente a las autoridades, aunque limitada al ámbito subjetivo señalado en el art. 25, que no incluiría a todas las autoridades.

3.- ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DIRECTA DEL FUNCIONARIO FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN.

3.1. Elementos subjetivos:

El sujeto pasivo de la acción de responsabilidad patrimonial directa, no es otro que las autoridades y personal al servicio de la Administración que puedan considerarse responsables de los daños ocasionados a la misma. En este sentido, podrán ser declarados responsables por la Administración tanto el personal al servicio de la misma (funcionarios, personal laboral, estatutario,...), como las autoridades, es decir, el titular o titulares del órgano administrativo correspondiente (art. 145.3 de la Ley 30/1992, arts. 20 y 21 del Real Decreto 429/1993, y 78.3 de la Ley de Bases de Régimen Local).

Respecto de las personas que están vinculadas a la Administración por una relación de servicios, es indiferente el tipo de relación que les una, puede ser una relación estatutaria o laboral, quedando al margen de este régimen que ahora analizamos, por tanto, aquellas personas que no mantengan relación de servicios de ningún tipo con la

⁷⁰⁰ Un estudio de las Sentencias citadas respecto de los daños ocasionados por miembros de la Guardia Civil revela que previamente al ejercicio de la acción de responsabilidad se ha llevado a cabo un expediente disciplinario.

Administración. Cuestión distinta es que, en el momento de iniciarse el procedimiento de responsabilidad patrimonial, el causante de los daños se hubiera desligado de la misma, lo que no obsta para que, por su vinculación a la Administración en el momento de producirse el daño se le pueda exigir la responsabilidad correspondiente⁷⁰¹.

Como hemos señalado, la responsabilidad se extiende también a las personas vinculadas a la Administración por una elección o nombramiento, esto es, autoridades o titulares de los órganos administrativos, que pueden ser unipersonales, con lo que la responsabilidad alcanzará a la persona física, u órganos colegiados, en cuyo caso, como sabemos, la responsabilidad se extenderá a los miembros del mismo que votaron favorablemente el acuerdo o resolución causante de los perjuicios (en este sentido, el art. 78.2 de la Ley de Bases de Régimen Local), y no responderán los que no hubiesen asistido, o los que hubiesen votado en contra o los que se hubiesen abstenido.

Pero si la responsabilidad deriva de la inactividad u omisión administrativa del titular del órgano unipersonal o colegiado, serían responsables todos los que debiendo actuar no lo hicieron, tratándose de un órgano colegiado, a la totalidad del órgano mismo, o a aquellos que con su voto impidieron la adopción del acuerdo o decisión que debía haberse adoptado.

Cuando son varias las personas responsables lo más lógico sería la determinación, en la resolución que finalice el procedimiento, de la cuota de responsabilidad que corresponda a cada uno, si ello es posible⁷⁰². De todas formas nos remitimos a lo expuesto respecto de la acción de regreso.

Por otro lado, existe la posibilidad de que no sólo responda la persona o personas a las que directamente se le pueda imputar (con su acción u omisión) los daños ocasionados en los bienes o derechos de la Administración; sino que se podría determinar la responsabilidad de aquellas personas que o bien no han evitado, pudiendo hacerlo, el daño o perjuicio, o bien lo han ocultado; o incluso han contribuido a su causación, forzando o induciendo a ejecutarlo, o cooperando en la comisión de los hechos⁷⁰³. En estos supuestos podríamos considerar la aplicación de la regla que

⁷⁰¹ GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 564.

⁷⁰² En este sentido GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 565.

⁷⁰³ Al respecto debemos advertir que la regulación de la responsabilidad contable, distingue en estos casos

expresamente prevé la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas al establecer la responsabilidad solidaria.

En el otro lado de la relación, como sujeto activo de la acción de responsabilidad, se sitúa la Administración efectivamente perjudicada o lesionada en sus bienes o derechos por la actuación u omisión de las autoridades o personal a su servicio, que será la competente para el ejercicio de la acción de responsabilidad.

3.2. Daños a los bienes y derechos de la Administración.

Como en cualquier acción de responsabilidad patrimonial el requisito *sine qua non* de la misma es la causación de un daños o perjuicio, en este caso, irrogado a la propia Administración pública en la que sirve el funcionario o agente. No entraría dentro de la regulación del art. 145. 3 de la Ley 30/1992, los daños ocasionados en los bienes y derechos de otra Administración pública pues, como ya hemos indicado, la Jurisprudencia y la doctrina la considera incardinada en la expresión “los particulares” del art. 139.1 de la misma norma, siendo aplicable el régimen general de responsabilidad patrimonial de la Administración pública⁷⁰⁴.

También quedarían excluidos los bienes que constituyen el demanio público, que por su propia naturaleza cuenta con un sistema de protección específico⁷⁰⁵, que se articula a través del ejercicio de la potestad sancionadora como una manifestación más del principio de autotutela de la Administración, o del orden penal si constituyen delito⁷⁰⁶.

dos tipos de responsabilidad: en primer lugar, la responsabilidad directa de los que han ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos, o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución (art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas); y en segundo término, la responsabilidad subsidiaria, de quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de las obligaciones atribuidas por las leyes o reglamentos han dado ocasión directa o indirecta al daño o perjuicio (art. 43 de la citada Ley).

⁷⁰⁴ RIVERO YSERN, E.: “La responsabilidad civil frente a la Administración pública”, cit. pág. 833, CARLÓN RUIZ, M.: “La responsabilidad civil frente a las Administraciones Públicas: la Administración como perjudicada”, cit., pág. 409

⁷⁰⁵ Como señala FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ aunque el régimen de protección de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas es común para los bienes públicos (demaniales y patrimoniales), no obstante y debido a la distinta finalidad de unos y otros, el régimen protector, se distingue en los medios concretos de protección, dando prioridad a los bienes demaniales, debido a su consideración como de mayor importancia, en “La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito de los bienes públicos”, *Documentación Administrativa*, nº 282-283, 2009, (ejemplar dedicado a: La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas II), pág. 471.

⁷⁰⁶ CARLÓN RUIZ, M.: “La responsabilidad civil frente a las Administraciones Públicas: la Administración como perjudicada”, cit., pág. 409 y 426. Al respecto puede verse también GONZÁLEZ-

Dentro de la expresión “bienes y derechos”, no sólo hay que entender incluidos aquellos de los que se sirven los propios funcionarios para su trabajo o respecto de los que tienen la custodia⁷⁰⁷, sino que puede alcanzar a cualquier bien o derecho con el que se relacione el funcionario siempre que se haya lesionado como consecuencia del desempeño de su trabajo o actividad, debiendo interpretarse la expresión en un sentido amplio. Por ello estimamos, que los daños pueden generarse no sólo como resultado de actuaciones u omisiones materiales, sino que también pueden ser producto de actuaciones jurídicas de las que puede resultar un detrimento patrimonial para la Administración. Fundamentalmente cuando se trata de actuaciones jurídicas ilegales, en muchos casos los perjuicios lo son directamente a la Hacienda pública, por cuanto de dicha actuación ha podido derivar un desembolso concreto por parte de la Administración correspondiente, no obstante, ya hemos aludido a la posición del Consejo de Estado y también de algunos tribunales, que consideran que, cuando esto ocurre, la Administración debe ejercer la acción de regreso⁷⁰⁸.

Podríamos cuestionarnos si el daño incluso podría causarse respecto de bienes inmateriales⁷⁰⁹, aunque es dudoso en estos casos hablar “daño moral”⁷¹⁰, la legislación hace referencia a bienes como “el interés público” o “la imagen pública de la Administración”⁷¹¹. No parece, sin embargo, que pueda hablarse de daño al honor de la

VARAS IBÁÑEZ, S.: *La reparación de los daños causados a la Administración*, CEDECS, Barcelona, 1998.

⁷⁰⁷ Como de forma restrictiva estima PARADA VÁZQUEZ, R.: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, cit., págs. 449 y 450. El autor, además, diferencia la responsabilidad directa de la contable, precisamente, en función de los bienes o derechos lesionados; así la responsabilidad contable que se exige ante el Tribunal de Cuentas tiende a controlar los bienes públicos, se trate de dinero, caudales o efectos públicos u otros bienes muebles, contra el fraude la malversación o la mala administración, mientras que la acción directa que la Administración ejerce por medio de un procedimiento común y que sería directamente impugnante ante la Jurisdicción contencioso-administrativa debe referirse a daños físicos sobre inmuebles o a la pérdida y deterioro de bienes muebles que se utilizan para el servicio.

⁷⁰⁸ Cfr. el punto 2.1 del Capítulo III.

⁷⁰⁹ Ya se planteaba esta cuestión RIVERO YSERN, E. cuando se preguntaba si caben los daños morales contra la Administración pública, en su clásico trabajo “La responsabilidad civil frente a la Administración pública”, cit. págs. 829 y 830, sin que en ese momento se hubiese pronunciado ni la doctrina, ni la jurisprudencia, no obstante afirmaba que “no existe en nuestro Derecho ningún obstáculo para que el Estado, la Provincia o el Municipio puedan accionar ante los Tribunales, solicitando una indemnización por daños morales”; en el mismo sentido CARLÓN RUIZ, M.: “La responsabilidad civil frente a las Administraciones Públicas: la Administración como perjudicada”, págs. 415 y 416.

⁷¹⁰ Por cuanto el daño moral parece atribuible solamente a las personas físicas.

⁷¹¹ Así, el art. 95.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, cuando después de tipificar las faltas muy graves, remite a la legislación de desarrollo el establecimiento de las faltas graves, señala que para ello se atenderá entre otras circunstancias a “la gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración...” y al “descrédito para la imagen pública”. Un estudio pormenorizado de la evolución jurisprudencial sobre esta materia en el Derecho italiano, puede consultar en URSI, R.: “Daño

Administración⁷¹². Siguiendo a URSI el daño a la imagen de la Administración es el que deriva de su descrédito ante la opinión pública provocado por la actuación de un empleado público⁷¹³.

Si bien, como pone de manifiesto GARCÍA –ÁLVAREZ, en el derecho italiano la jurisprudencia de la *Corte dei Conti*, tras haber equiparado “alcance contable” o daño financiero a “daño público”, ha dado un paso más, apoyándose en el hecho de que la legislación vigente no establece expresamente que el daño público haya de ser un daño patrimonial, y ha extendido su competencia a los casos de “daño moral”, entendiendo como tales los perjuicios irrogados al prestigio de la Administración por el hecho de conductas gravemente irregulares de sus agentes, el problema, como señala el autor, es la falta de traducción matemática⁷¹⁴.

La legislación española habla de daños a la imagen, al descrédito de la Administración, de daños al interés público que, ciertamente pueden ser constatables, pero no exactamente cuantificables, salvo que evaluemos los gastos que sería necesario llevar a cabo para lograr la reparación del bien lesionado, y aún así no se podría garantizar una reparación completa⁷¹⁵, y no podemos olvidar que la responsabilidad

a la imagen de la Administración y responsabilidad patrimonial de los funcionarios”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 19, 2001.

⁷¹² GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: La reparación de los daños causados a la Administración, CEDECS, Barcelona, 1998, págs. 401 a 411, aunque sí se admite el reconocimiento de la titularidad de las personas jurídicas a determinados derechos fundamentales. El autor analiza la evolución jurisprudencial al respecto, diferenciando para ello dos momentos: el anterior a la creación del Tribunal Constitucional y el posterior.

⁷¹³ URSI, R.: “Daño a la imagen de la Administración y responsabilidad patrimonial de los funcionarios”, cit., pág. 401.

⁷¹⁴ GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 605.

⁷¹⁵ Como señala URSI, es en este sentido, en el que una línea jurisprudencial mayoritaria de la *Corte dei Conti* entiende que el daño a la imagen de la Administración es un daño patrimonial en sentido lato, por tanto no estamos ante un daño no patrimonial porque dentro de esta categoría sólo cabría el daño moral subjetivo que, como tal, no es susceptible de ser aplicado fuera del ámbito de las personas jurídicas, (línea que aparecía avalada por la Unidad de Casación, según la cual la lesión a la imagen de la Administración, aunque no determina una disminución patrimonial directa, debe considerarse “susceptible de una valoración patrimonial desde la perspectiva de los gastos ocasionados para reparar el bien jurídico lesionado”). Frente a ella, existe otra línea minoritaria que considera el daño a la imagen como daño no patrimonial, y aunque la imagen de la Administración no constituya un bien objeto de intercambio y susceptible de valoración pecuniaria es un bien protegido por el ordenamiento jurídico, en consecuencia la gravedad de la lesión no se reduce a una simple actividad reparatoria, porque, a diferencia de la de un sujeto privado, la imagen pública puede repararse, pero nunca por completo, en la medida en que lo que se ha alterado es la relación de confianza entre los ciudadanos y la Administración, para esta línea jurisprudencia los gastos necesarios para reparar la imagen de la Administración se escapan de una determinación precisa, y quedan en la parte no soportada por el responsable, a cargo de la colectividad. En este sentido el Tribunal de Cuentas realiza una valoración en equidad de la lesión sufrida con independencia de los gastos necesarios para restaurar esa imagen, en “Daño a la imagen de la

patrimonial por los daños ocasionados a la propia Administración es una responsabilidad que persigue prioritariamente la reparación integral de unos perjuicios evaluables económicamente⁷¹⁶.

En nuestro país no deja de ser un tema polémico, abordado fundamentalmente respecto de empresas o personas jurídico-privadas, en el que la jurisprudencia normalmente se resiste a hablar de “daños morales”⁷¹⁷, sin embargo pensamos que las consideraciones por parte de la jurisprudencia civilista y penal al respecto, en modo alguno pueden ser trasladables al ámbito de la Administraciones pública en cuanto que esta última ni se comporta, ni se organiza, ni tiene la misma finalidad que una empresa o persona jurídica privada.

Cuando se trata de instituciones públicas el Tribunal Constitucional ha señalado al respecto (Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1989, de 22 de febrero) que *“el honor es un valor referido a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispensa el legislador”*.

Desde esta perspectiva, para DEL RÍO MUÑOZ no ofrece duda que estos conceptos constituyen auténticos bienes inmateriales, cuya lesión ilegítima puede dar lugar a una reclamación por daños morales. La agresión ilegítima a la dignidad y autoridad moral de las instituciones públicas, perjudica a los ciudadanos en cuanto provoca pérdida de confianza en las mismas con las que tiene que relacionarse, pudiendo moverle a optar por servicios ajenos a ellas, con las consecuentes cargas económicas, y causando perjuicios en la propia organización derivados del desánimo y

Administración y responsabilidad patrimonial de los funcionarios”, cit., pág. 409.

⁷¹⁶ Nuestra legislación incluye dichos daños en el contexto del derecho sancionador, normalmente como criterio a tener en cuenta a la hora de graduar la sanción.

⁷¹⁷ Algunas sentencias del Tribunal Supremo al respecto son comentadas por, GÓMEZ POMAR, F.: “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 20.2.2002: el daño moral de las personas jurídicas”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, nº 105, octubre, 2002; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: “Daño moral y persona jurídica: ¿Contradicción entre la doctrina de la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo?”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, nº 334, abril, 2006. Para el primero, así como para la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en realidad el daño a la imagen o al prestigio de una empresa o persona jurídica no se puede calificar como “daño moral”, sino que se trata de daños patrimoniales aunque de difícil cuantificación.

sentido de frustración⁷¹⁸.

Sin embargo, para GARCÍA ÁLVAREZ nuestra legislación tal y como está configurada actualmente no permite la incorporación del “daño moral”, porque “parte de la existencia de un perjuicio económico en sentido material, no simplemente susceptible de valoración económica, como presupuesto necesario de una eventual responsabilidad civil del funcionario”⁷¹⁹.

Independientemente de la concepción patrimonial o no de dichos daños, sería ingenuo por nuestra parte pensar que si hasta ahora prácticamente no se han exigido responsabilidades por daños reales y efectivos a bienes o derechos materiales de la Administración, que además son perfectamente cuantificables, se vayan a exigir cuando se trata de perjuicios a bienes inmateriales de difícil cuantificación y valoración. No tenemos en nuestro país, ni el sistema de responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios que tienen en Italia, que puede considerarse realmente efectivo, ni el recorrido jurisprudencial en la materia. Dicho lo cual, no queremos decir que no pueda llegar a hacerse efectiva mediante la oportuna modificación legislativa en la materia.

Por supuesto, del régimen de la acción directa regulada en el art. 145.3 de la Ley 30/1992 quedan excluidos los daños y perjuicios ocasionados en los caudales o efectos públicos determinantes de la responsabilidad contable (art. 20.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo).

Por lo demás, los daños y perjuicios ocasionados a la Administración deben cumplir con los siguientes requisitos⁷²⁰:

⁷¹⁸ DEL RÍO MUÑOZ, F.: “La Responsabilidad Civil en los procedimientos Sancionadores administrativos”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 25, 1996, págs. 20 y 21; por ello estima, al igual que RIVERO YSERN, que es posible que las Administraciones públicas sufran lesión en bienes inmateriales, que sean susceptibles de ser calificadas de daños morales y reclamadas en tal concepto.

⁷¹⁹ La incorporación de dicho daño moral, constituiría, según el autor, un mecanismo potencialmente perverso, que puede llegar a desvirtuar la responsabilidad civil como mecanismo de reparación de daños, para convertirla en un instrumento represivo sin los límites y garantías de la potestad disciplinaria, vid. GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 610.

⁷²⁰ RIVERO YSERN, E.: “La responsabilidad civil de los funcionarios públicos frente a la Administración”, cit., pág. 26, señala que el daño ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado; igualmente MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I.: “Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en *VVAA: Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, cit., pág. 1062, para quien, cuando la mala gestión dé lugar a daños efectivos, evaluables económicamente e individualizados, los administradores

3.2.1 El daño debe ser real y efectivo.

El perjuicio en los bienes o derechos de la Administración debe ser real y efectivo, por tanto no se pueden indemnizar daños hipotéticos o futuros. En este sentido podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1993 (RJ\1993\4334) cuando rechaza la pretensión por cuanto *“la obligación de indemnizar a la Corporación de los daños y perjuicios que se pueden derivar del Acuerdo –en el que parecen concretar los apelantes su inconcreta petición de declaración de responsabilidad- tampoco puede prosperar porque no se ha determinado si existen y en qué consisten los perjuicios irrogados a la corporación ni, menos aún, se han cuantificado dichos perjuicios ni aportado ningún criterio o elemento de juicio que permita a esta Sala su eventual determinación...”*, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2000 (RJ\2000\8233) cuando señala que en un *“procedimiento dirigido a exigir la responsabilidad civil de un funcionario por daños a la Administración Pública se debe partir, como presupuesto, de la constancia real, efectiva y evaluada del mismo”*.

Por este motivo, daños como el descrédito a la imagen de la Administración tiene difícil encaje en nuestro Derecho, pues en muchos casos los perjuicios ocasionados no son constatable de inmediato, sino que lo normal es que los resultados lesivos sean constatables a largo plazo⁷²¹.

3.2.2. Evaluable económicamente.

El daño ha de ser evaluable, cuantificable en dinero, lo que en principio no origina más problemas de los que conlleva cualquier valoración cuando se trata de bienes materiales, ya sean muebles o inmuebles, pero como ya avanzamos, la cuantificación de los perjuicios ocasionados al interés público o el daño que implica el descrédito de la Administración es bastante complejo de valorar en dinero. Tratándose de bienes inmateriales, señala DEL RÍO MUÑOZ, es algo que corresponde al criterio prudencial del juzgador, dado que en ellos no es posible la prueba material⁷²², en última instancia

deben responder como cualquier otros ciudadano, asumiendo personalmente la obligación de indemnizar.

⁷²¹ URSI, R.: “Daño a la imagen de la Administración y responsabilidad patrimonial de los funcionarios”, cit., pág. 424.

⁷²² DEL RÍO MUÑOZ, F.: “La Responsabilidad Civil en los procedimientos Sancionadores administrativos”, cit., pág. 22, a tal efecto, señala, cuando estamos en presencia de Administraciones públicas, la valoración del daño tendría que tener en cuenta, no las circunstancias de la persona afectada, sino las del causante del daño, formación profesional, intencionalidad, fines económicos o políticos que pretendía obtener e incluso situación patrimonial personal. Todo ello habría que valorarlo en el momento

se acudiría al criterio de la equidad.

También podría valorarse económicamente el resultado lesivo consecuencia de determinadas actuaciones o decisiones ilegales del funcionario o autoridad competente, consistentes por ejemplo, en la pérdida de un derecho (en este sentido podemos citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 3 de abril de 1999 [RJ\1999\2237], en la que el daño que se reclama del funcionario consiste en la pérdida de una subvención⁷²³) aunque a veces, directamente implican un detrimento patrimonial de la Administración, por la necesidad de satisfacer una determinada cantidad de dinero (así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 4 de mayo de 2002 (JUR\2005\192529), que resuelve la impugnación de la desestimación presunta del recurso de reposición deducido contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Villanueva de Gallego, por el declarado responsable de los perjuicios económicos ocasionados a la Administración municipal con su actuación como Alcalde en los años 2000 y 2001⁷²⁴).

3.2.3. Individualización del daño.

La exigencia de la individualización en el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas está orientada a excluir el resarcimiento de los daños derivados de medidas generales que puedan afectar a la colectividad, por lo que se exige que el perjuicio sea residenciable en el patrimonio del perjudicado o perjudicados (el art. 139.2 de la Ley 30/1992 requiere que “en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o

de la fijación de la cuantía, de modo que figure fundamentado ante el Tribunal en que, más que probable, se residenciará el asunto.

⁷²³ El Patronato Municipal de Deportes dependiente del Ayuntamiento de Bermeo, declara la responsabilidad de un empleado del mismo, por los daños ocasionados a los derechos del citado Organismo, por la falta de asistencia de dicho empleado a las clases de euskera. En el acuerdo que declara la responsabilidad del empleado se constata la denegación por parte del IVAP de una subvención que debía percibir el patronato para pagar su sustitución, mientras asistía a las clases de euskera, fundándose la denegación en el hecho de que el empleado no cumplió con el requisito de asistir al 80% de las clases.

⁷²⁴ Los perjuicios irrogados al Ayuntamiento, y cuantificados en 114.460,32 €, derivan de los actos realizados en relación con la modificación de la jornada y despido de una trabajadora, por lo pagos que ha debido realizarse a la trabajadora y como cotizaciones a la Seguridad Social, así como en la contratación, ejecución y pago de determinadas facturas de las obras de renovación del césped en la piscina y el campo de fútbol (que o bien no se realizaron, o se realizaron defectuosamente o existe duplicidad en su pago). El Tribunal estima parcialmente el recurso, al considerar que no existe responsabilidad respecto de las obras de renovación del césped (pues no ha quedado acreditado ni la irregularidad en la actuación ni el nexo entre ésta y el supuesto perjuicio), pero sí, en cambio respecto de las actuaciones llevadas a cabo contra la trabajadora, tendentes en un primer momento a la reducción de la jornada, despido y eliminación de la plaza convocando otra nueva, sin tener en cuenta los derechos inherentes a la condición de representante sindical, actuaciones anuladas por los Juzgados y Tribunales, tanto del Orden Social como del Contencioso-Administrativo, que supusieron su readmisión, con los consiguientes costes para las arcas municipales, sin contar las multas que le fueron impuestas por la Inspección de Trabajo.

grupo de personas), sin embargo, en el supuesto que analizamos, al ser la parte perjudicada la Administración, la individualización de los daños ha de referirse al patrimonio de la misma, aunque sí se podrían plantear dudas en este sentido, respecto de la lesión a los intereses públicos, en cuanto que, en definitiva, éstos afectan en general a todos los ciudadanos.

3.2.4. ¿Es necesaria la antijuridicidad del daño?

En el sistema general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, es un requisito indispensable para que pueda declararse la obligación de indemnizar, que el daño o perjuicio ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos sea antijurídico, es decir, que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportarlos de acuerdo con la Ley (art. 141.1 de la Ley 30/1992). Sin embargo, a diferencia del procedimiento en vía de regreso, en el que el perjudicado sí es un particular (y la antijuridicidad del daño en este sentido habrá quedado acreditada en el procedimiento de origen), en este supuesto el sujeto perjudicado es la propia Administración, por lo que podríamos preguntarnos si es necesario este requisito y en qué se concreta exactamente.

Pues bien, acabamos de afirmar que en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración el daño es antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tiene la obligación legal de soportarlo, con independencia de que se trate de un funcionamiento normal o anormal del servicio en cuestión, es decir, en sí, lo que es antijurídico es el resultado; sin embargo, cuando el daño lo recibe la propia Administración en la que se integra el funcionario o agente la cuestión es distinta.

Pensamos que por la especificidad de la relación que une al funcionario o agente con la Administración la antijuridicidad del daño podría venir determinada, no tanto por el resultado, cuanto por la actuación antijurídica que lo ha provocado, bien por tratarse de actuaciones que vulneran la legalidad, esto es, actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico o, tratándose de actuaciones materiales o técnicas, la antijuridicidad puede venir de la vulneración dolosa o negligente grave de los deberes y obligaciones que con carácter general le impone el ordenamiento jurídico (a modo de ejemplo, el art. 54.5 del Estatuto Básico del Empleado Público señala entre los principios de conducta de los empleados públicos la administración de “los recursos y

bienes públicos con austeridad, y no utilizarán los mismos en provecho propio o de personas allegadas. Tendrán, asimismo, el deber de velar por su conservación”; o el art. 26.2.b) 4º del Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen Gobierno, que establece como principio de actuación de las autoridades correspondientes el ejercicio de “los poderes que les atribuye la normativa vigente con la finalidad exclusiva para la que les fueron otorgados y evitarán toda acción que pueda poner en riesgo el interés público, el patrimonio de las Administraciones”); pero entre todos destaca el deber genérico de cumplir con diligencia las tareas del cargo o puesto que ostenten (art. 52 del Estatuto Básico del Empleado Público). Por lo tanto el daño sería antijurídico, y en este sentido relevante a los efectos de su reparación por parte de la persona física responsable del mismo, por cuanto la conducta que lo origina es antijurídica en el sentido de dolosa, culposa o negligente grave, respecto de los deberes y obligaciones de las autoridades y funcionarios públicos⁷²⁵. Si bien, es preciso advertir, que no se puede determinar *a priori* que cualquier vulneración dolosa, o negligente grave de la legalidad (ya nos hemos manifestado al tratar el tema de la responsabilidad que dimana de actuaciones jurídicas) o de las obligaciones genéricas de las autoridades o agentes públicos lleva aparejada la obligación de reparar los posibles daños, sino que tiene que demostrar existencia misma de tales daños así como la concurrencia del resto de requisitos exigidos por la legislación.

Existiría, en consecuencia, una zona en la que la Administración está obligada a soportar los posibles daños provocados por la actuación de su personal (por no tratarse de daños antijurídicos en el sentido que hemos expuesto), nos referimos a los causados con culpa o negligencia leve y, respecto de las infracciones jurídicas, al menos, los provenientes de las irregularidades no invalidantes⁷²⁶, siempre que consideremos que en estos casos no puede apreciarse la existencia de culpa o negligencia graves. Estaríamos hablando de daños irrelevantes jurídicamente que son consecuencia del propio quehacer administrativo, y que serían asumidos por la propia Administración.

⁷²⁵ Así para BLANQUER CRIADO, (aunque lo refiera a la procedencia de la vía de regreso se puede aplicar igualmente a la acción directa) dictar un acto nulo de pleno derecho por parte de una autoridad o funcionario sólo es posible mediando negligencia grave de la obligación de especial conocimiento de la legislación administrativa que pesa sobre los funcionarios y servidores públicos, en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, cit. pág. 115.

⁷²⁶ En este sentido se pronuncia BLANQUER CRIADO, D.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, cit., pág. 116, que considera que en esa zona en la que la Administración está obligada a soportar los daños se incluirían también los vicios jurídicos que determinan la anulabilidad de un acto administrativo.

3.3. Imputación y nexo causal.

Para que pueda declararse la responsabilidad del funcionario o agente se requiere que la lesión indemnizable sea consecuencia de la acción u omisión dolosa o gravemente culposa o negligente del mismo, es decir, entre la acción u omisión y el resultado lesivo debe existir una relación de causalidad que permita la imputación del daño al causante del mismo, lo que en el seno de una organización administrativa no siempre es sencillo de determinar, como sabemos.

De entrada podríamos plantearnos, si basta con que se acredite que el daño o perjuicio en los bienes o derechos de la Administración procede de una actuación u omisión del personal a su servicio, o es necesario que se produzca como consecuencia del funcionamiento del servicio, es decir, que la acción u omisión causante del daño lo sea en el ejercicio de las funciones o cargo que ostenta el funcionario o autoridad.

Ya hemos señalado que los daños ocasionados por el personal al servicio de la Administración en su vida privada quedan excluidos de este régimen de responsabilidad, de tal forma que respondería como cualquier otro particular en vía civil que además no exige la gravedad de la culpa, o en vía administrativa, si por ejemplo, se trata de daños ocasionados en bienes de dominio público. Ahora bien, ¿qué pasaría si, por ejemplo, un funcionario utiliza un vehículo oficial para su faceta privada y le ocasiona daños? No se trata de una cuestión baladí pues, según acabamos de señalar, el régimen jurídico aplicable y los requisitos exigidos en cada caso varían sustancialmente.

Pues bien, al respecto consideramos que una cosa es la responsabilidad que surge de los daños ocasionados por las autoridades o personal fuera de servicio, o al margen de las funciones que tengan encomendadas y, otra distinta es que entre las funciones de los mismos se encuentre las de guarda, custodia o conservación de los bienes o derechos de la Administración de los que se sirven y que han sido lesionados como consecuencia de su actuación u omisión en relación con aquellas funciones⁷²⁷. Así, se deduce de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia

⁷²⁷ Así por ejemplo, la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, aplicable tanto a los bienes demaniales como a los patrimoniales establece en su art. 29.1 que “[l]os titulares de los órganos competentes que tengan a su cargo bienes o derechos del Patrimonio del Estado están obligados a velar por su custodia y defensa, en los términos establecidos en este título”, vid. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: “La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito de los bienes públicos”, cit., 471.

de Madrid, de 19 de septiembre de 2000 (JUR\2000\107793), en la que se declara la responsabilidad patrimonial de un miembro de la Guardia Civil que encontrándose fuera de servicio y sin autorización para utilizar un vehículo oficial, ocasiona graves daños a éste cuando regresaba de una cena privada, el Tribunal estima que tal actuación constituye un supuesto de mal uso de bienes del Estado, lo que comporta una grave transgresión de los deberes profesionales del funcionario⁷²⁸. La sentencia exige la concurrencia de tres requisitos para que pueda declararse la responsabilidad a que se refiere el art. 145.3 de la Ley 30/1992: a) que en la actuación de la autoridad o funcionario concorra dolo, culpa o negligencia grave; b) que los bienes de la Administración sufran un daño material y evaluable económicamente; y c) que exista relación de causa a efecto entre dicha actuación y el resultado dañoso, considerando que concurren los tres. En la misma línea se pronuncian las Sentencias de 29 de mayo de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, y de 23 de abril de 2010, del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, por la pérdida o posible sustracción de diversas prendas de vestuario y efectos militares al no haber adoptado las medidas mínimas de custodia y conservación de los mismos.

La exigencia del nexo causal implica que los daños han de ser consecuencia de la acción u omisión del sujeto causante de los mismos, no sólo cuando se trata de actuaciones físicas o materiales, pues normalmente se tiende a identificar este supuesto de responsabilidad con los daños ocasionados a bienes producidos como consecuencia de actuaciones materiales o técnicas de la Administración, sin embargo, no podemos obviar que también están incluidos daños o perjuicios derivados de actuaciones u omisiones jurídicas adoptadas por las autoridades o funcionarios correspondientes (los ejemplos pueden ser muy variados: la resolución de un procedimiento contrario a los intereses de la Administración, la emisión de un informe ilegal, la mala gestión económica...). En este sentido cabe citar el art.60 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local al señalar que “[l]as autoridades y funcionarios de cualquier orden que, por dolo o culpa o negligencia, adopten resoluciones o realicen actos con

⁷²⁸ La sentencia hace mención al Real Decreto 567/1979, de 22 de febrero que regula el procedimiento a seguir para determinar la responsabilidad de los funcionarios encargados de la custodia, utilización o mantenimiento del material y efectos de los Ejércitos aplicable a los miembros de la Guardia Civil, cuyo art. 3º, recordamos, señala que “las personas que tengan a su cargo los bienes comprendidos en el artículo anterior, incurrirán en responsabilidad administrativa en los casos en que, interviniendo culpa o negligencia, causaren perjuicio al Estado por mal uso, menoscabo, deterioro prematuro, inutilidad o pérdida de los bienes”.

infracción de las disposiciones legales, estarán obligados a indemnizar a la Corporación Local los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquellos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder”⁷²⁹. Este precepto hay que ponerlo en relación con el art. 78.3 de la Ley de Bases de Régimen Local, que exige dolo o culpa grave, de tal forma que según la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2000 (RJ\2000\8233) entre ellos no hay contradicción, en ambos preceptos se permite exigir responsabilidades a las autoridades y funcionarios, matizando uno que el dolo o la culpa deberán ser graves, mientras que el art. 60 citada anuda estas conductas a la infracción de disposiciones legales. Continúa la Sentencia argumentando que *“tratándose de funcionarios públicos, la eventual responsabilidad derivada de dolo, culpa o negligencia grave en el ejercicio de sus funciones, tienen siempre, o en la mayoría de los casos, una referencia a previsiones normativas”*.

No obstante, cuando los daños tengan su origen en actuaciones jurídicas, se ha de demostrar que el acto u omisión en cuestión es el causante del daño, imputando su resultado dañoso al funcionario o autoridad que lo adoptó o, en su caso, debió adoptarlo, o a los titulares órgano colegiado que votaron a favor de su adopción, o en caso de omisión a sus responsables.

Al igual que sucedía respecto de la acción de regreso (nos remitimos a lo allí expuesto), la determinación de la relación de causalidad no siempre es fácil, pues junto a la acción del presunto responsable pueden concurrir diversos factores, e incluso el nexo causal puede romperse por diferentes motivos o atenuarse la responsabilidad por la concurrencia de otras causas, como deficiencias del servicio, falta de medios materiales o personales, o la intervención de otras personas que pueden haber coadyuvado a la causación de los daños, ya sean terceras personas ajenas a la organización, o integradas en la misma. Será en el curso del procedimiento administrativo donde se determine la imputación teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso.

3.4. Necesidad de apreciar dolo, culpa o negligencia graves.

La ley exige como requisito indispensable para que pueda determinarse la responsabilidad de la autoridad o empleado público, bien la intencionalidad del hecho dañoso, es decir, el dolo, o la gravedad de la culpa o negligencia. Gravedad que, ya

⁷²⁹ Vid. BLANQUER CRIADO, D.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, cit. pág. 115.

aclaremos, iba referida tanto a la culpa como a la negligencia tras la modificación de la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y aunque art. 20.1 del Real Decreto 429/1993 siga refiriéndose únicamente a la gravedad de la negligencia, debe prevalecer lo dispuesto en la Ley.

Pues bien, aunque hemos abordado este requisito subjetivo al examinar la acción de regreso, no resulta ocioso volver a recordar algunas cuestiones, teniendo en cuenta, por otro lado, la existencia de un régimen específico que prevé una regulación más exigente cuando se trata de daños ocasionados por miembros de las Fuerzas Armadas.

Ya vimos que requisito subjetivo del dolo parece más sencillo de apreciar por cuanto hay un cierto consenso doctrinal y jurisprudencial en exigir el elemento volitivo, es decir, la intencionalidad en cuanto supone la conciencia y la voluntad de producir el daño o perjuicio en los bienes y derechos de la Administración. Por su parte la existencia de culpa o negligencia en la actuación es más problemática, no sólo en cuanto a su apreciación, sino fundamentalmente, en cuanto a su cualificación, pues la Ley exige la gravedad de la misma.

Exigencia que, según la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, de 3 de abril de 1999 (RJCA\1999\2237) supone *“que en la acción u omisión del personal al servicio de la Administración que dé lugar al daño o perjuicio, concurra dolo, esto es, que se adopte intencionalmente con mala fe, a sabiendas o con conciencia de su ilicitud, o que se infrinja el deber de comportamiento diligente de manera grave, de modo que se omita el que resulte exigible al común de los funcionarios o servidores públicos en igual circunstancia, la conocida como culpa lata o negligencia grave que se equipara al dolo según la antigua máxima “culpa lata dolo aequiparatur”. En ambos tipos de conducta ha de existir la posibilidad de conocer o representarse el funcionario el resultado lesivo para la Administración a consecuencia de su comportamiento activo u omisivo”*.

Nos interesa destacar que el comportamiento ha de ir referido a la diligencia exigible no ya de cualquier persona, sino en cuanto sujeto al servicio de la Administración pública, ya sea porque media una relación laboral, ya sea mediante elección o nombramiento. Como veremos más adelante, la doctrina y la jurisprudencia estudiada en materia de responsabilidad contable, vienen entendiendo que podemos

hablar de culpa muy grave cuando no concurre el mínimo grado de reflexión o prudencia en la conducta del autor (sería la atribuible al *bonus pater familias*), mientras que hablaríamos de culpa grave cuando no existe el grado de reflexión o prudencia demandable a una persona por su formación, experiencia y grado de responsabilidad (diligencia profesional).

Así, recordamos que para BLANQUER CRIADO, y en ello coincidimos con él, el hecho de dictar por parte de una autoridad o funcionario un acto nulo de pleno derecho sólo es posible mediando negligencia grave de la obligación de especial conocimiento de la legislación administrativa que pesa sobre los funcionarios y servidores públicos⁷³⁰. Pero, como vimos, dicha obligación de conocimiento de la legislación no parece operar igual en función de la condición de la persona que la vulnere, al menos así parece desprenderse citada Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Melilla⁷³¹, cuando exime de responsabilidad a un Consejero, por considerar, entre otras cosas, el hecho de tratarse de *“un cargo electo, no un funcionario al que se le exige un conocimiento de las leyes, y no consta que de los muchos controles que un expediente administrativo pasa en una Administración Local ningún funcionario advirtiera de la ilegalidad de la actuación”*, es decir, deducimos que para el Juzgado esta obligación de conocimiento de la legalidad no actúa con la misma intensidad para todos los servidores públicos, estimando en el supuesto que comentamos que la única *“negligencia reprochable al actor debe ser la de no solicitar informe previo a la contratación de los servicios con las Cooperativas, algo a lo que como gestor político está obligado, pero el hecho de que ningún funcionario le advirtiera de tal cuestión, ni de la ilegalidad de ello impide presumir, como hace la resolución impugnada, la existencia de culpa o negligencia grave, requisito para que pueda ejercitarse la acción de regreso”*. Ya advertimos, que estas consideraciones nos parecen un poco peligrosas, por cuanto su generalización supondría la exoneración de toda responsabilidad por actuaciones ilegales de cargos electos que no le sean advertidas, pues es indudable que si le son

⁷³⁰ BLANQUER CRIADO, D.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, cit., pág. 115.

⁷³¹ Sentencia núm. 99/2010 de 23 de febrero, sobre el ejercicio de la acción de regreso contra un Consejero por contrataciones irregulares con diversas Sociedades Cooperativas que ocasionaron a la Hacienda Pública gastos en las indemnizaciones por despido y demás cotizaciones. Vid. el “Comentario a la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 1 de Melilla de 23 de febrero de 2010 Responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas. Aplicación de la acción de regreso de ejercicio obligatorio como prevención frente a la actuación de los agentes públicos”, en *Revista de Estudios Locales*, nº 130, 2010, págs. 102 y ss.

advertidas y hace caso omiso, estaríamos en presencia de un claro supuesto de dolo. Pensamos que cuando se duda o desconoce la normativa sobre un determinado asunto, es obligación de las autoridades que deban aplicar la norma en cuestión asesorarse respecto de la legalidad o no de su actuación, de tal manera que si no lo hacen estarían infringiendo de forma grave ese deber de comportamiento diligente que justificaría la asunción de responsabilidad.

El hecho cierto es que, en las pocas sentencias que hemos encontrado sobre responsabilidad por daños a bienes de la Administración, siendo la mayor parte de ellas por daños ocasionados por miembros de la Guardia Civil, la constatación del elemento subjetivo de la culpa o negligencia, así como su gravedad, es bastante dispar y, aunque ya nos hemos referido a ello al inicio de este Capítulo, repasaremos algunos pronunciamientos.

Así, por ejemplo, en la Sentencia mencionada anteriormente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de septiembre de 2000, queda perfectamente acreditada para el Tribunal la gravedad de la culpa o negligencia del agente de la Guardia Civil, cuando el hecho de utilizar fuera de servicio y sin autorización el vehículo oficial para su vida privada, *“constituye un supuesto de mal uso de los bienes del Estado, lo que comporta una grave transgresión de los deberes profesionales del funcionario. Además, la ausencia de otros vehículos implicados en el siniestro y la salida del turismo oficial de la vía pública, son datos que demuestran la concurrencia de negligencia por parte del conductor al no haber adoptado las medidas de precaución exigibles... En definitiva, la declaración de responsabilidad administrativa tiene la necesaria cobertura jurídica al concurrir la culpa o negligencia grave exigida por el art. 145.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”*. Ocurre, como avanzamos, que en el supuesto concreto de daños causados por los miembros de la Guardia Civil los pronunciamientos judiciales no resultan concluyentes (por aplicación de la normativa específica) sobre el grado de culpa o negligencia exigido para hacer surgir dicha responsabilidad⁷³².

Lo tiene claro el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en otro supuesto de daños en un coche oficial de la Guardia Civil, ocasionados cuando el responsable, que carecía de permiso de conducir y de nociones sobre mecánica, accionó la llave de contacto para

⁷³² GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., págs. 592 y 593.

calentarlo sin percatarse de que la primera marcha estaba engranada, lo que ocasionó que se empotrara contra una columna. En este caso el Tribunal, en Sentencia de 4 de diciembre de 1999, estima el recurso interpuesto frente a la declaración de responsabilidad por entender que no puede apreciarse negligencia o imprudencia, ni siquiera leve, alegando el responsable de los daños un error invencible, justificación ésta que para el Tribunal *“parece razonable cuando valoramos unos datos fácticos de especial relevancia, como son que el demandante se hallaba sentado en el asiento del lado del conductor, por lo que no conducía el vehículo (folio 19); que al ver las llaves de contacto puestas sólo pretendía «calentarlo»; y que efectivamente carecía de permiso oficial para hacerlo (folios 8, 58, 61 y 62 del expediente), por lo que resulta igualmente razonable presumir que también carecía de los conocimientos necesarios de manejo y mecánica de un coche, resultando también lógico pensar que creía erróneamente que al encender la llave de contacto de un vehículo para calentar el motor, sin comprobar si se hallaba metida alguna velocidad, no se desplazaría éste contra la columna que estaba delante”*.

Por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, (Sentencia de 24 de enero de 2007) considera que existe responsabilidad en un caso de pérdida de un radioteléfono portátil, respecto de la que el responsable, un Guardia civil, no alega razón alguna, lo que para el Tribunal se trata de una *“conducta que desconoce el deber de cuidado y conservación de los bienes y por tanto de la responsabilidad declarada”*⁷³³.

Junto a este tipo de sentencias, encontramos otras en las que el Tribunal determina sin vacilación la aplicación de la Ley 30/1992. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 14, de marzo de 2012 (JUR\2012\200793), estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Guardia civil, contra la resolución de la Dirección General de la Guardia Civil que declaraba la responsabilidad patrimonial del mismo, por el extravío de un aparato de radioteléfono, por entender la conducta del mismo no puede calificarse como negligente grave. En ella se establece que, y pese a citar entre la normativa a tener en cuenta el art. 3 Real Decreto 567/1979 y la Orden General núm. 4 de 18 de febrero 1998, *“es preciso acudir a la Ley de Régimen Jurídico*

⁷³³ La sentencia considera de aplicación el Real Decreto 485/1980, de 22 de febrero, que remite al Real Decreto 567/1979, de 22 de febrero (que, como sabemos, exige únicamente culpa o negligencia), así como el art. 145.3 de la Ley 30/1992, que requiere la gravedad de la culpa o negligencia, a pesar de lo cual luego no haga referencia a ella.

de las Administraciones Públicas, y al Real Decreto citado (se refiere al Real Decreto 429/1993), que en todos los casos se refieren a "dolo, culpa o negligencia grave". Por tanto, la consideración de "grave" de la negligencia es el dato relevante que debe tenerse en cuenta, puesto que una mera negligencia no parece que dé lugar a la responsabilidad citada. La Orden General incluye deterioro, inutilidad o pérdida de los bienes, pero no podemos apartarnos del tenor de la Ley, que se refiere a "negligencia grave" como requisito para la exigencia de responsabilidad.

Para la calificación de la negligencia como grave es preciso atender a las circunstancias concurrentes. El propio recurrente ha admitido que tenía a su cargo el radioteléfono, y que cuando fueron avisados de que se estaba produciendo un robo, lo encastró en el lugar correspondiente, de modo que se extravió puesto que cuando llegaron al lugar del robo, no estaba el aparato en el lugar correspondiente. Ello solo pudo deberse a que no funcionara el sistema de encastre, respecto de lo que nada se ha acreditado o a que no se colocara suficientemente bien en su punto, que resulta la opción más razonable, y que admite de hecho el recurrente .

Por tanto, lo cierto es que en esa situación, no se colocó el radioteléfono de manera adecuada. La calificación de estos hechos como "negligencia grave" resulta difícil de asumir. Ninguna gravedad se aprecia en la conducta del interesado, por el hecho de que acudiendo rápidamente a la llamada telefónica advirtiéndole de que se estaba cometiendo un robo, no colocara con la debida seguridad el aparato en el encastre adecuado. Ciertamente debe hacerse así, y está obligado a asegurarse de ello, pero no puede considerarse que dadas las circunstancias concurrentes, se esté ante una negligencia "grave" susceptible de dar lugar a la responsabilidad que se exige”.

En cualquier caso, ya dejamos claro que nuestra opinión en los supuestos de responsabilidad de miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil es la aplicación de la normativa general, esto es, el régimen de responsabilidad regulado en el art. 145 de la Ley 30/1992 (de cuya aplicación sólo exceptúa de forma expresa la responsabilidad contable), que debe prevalecer sobre una regulación específica dispuesta, además en normas de carácter reglamentario.

Sin embargo, llama la atención la apreciación del elemento subjetivo que realizan otras veces los tribunales, nos referimos al supuesto analizado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 25 de junio de 1998 (RJCA\1998\2034),

donde un trabajador en régimen laboral de la Autoridad Portuaria de Vigo ocasiona daños en un vehículo de la Autoridad Portuaria⁷³⁴, por unos hechos que no aparecen muy claros, pero respecto de los cuales sí resulta acreditado que circulaba a mayor velocidad de la permitida, y se daba la circunstancia de que el causante del perjuicio carecía del permiso de conducir. Pues bien, el Tribunal considera respecto de la primera infracción que *“cuando el exceso sobre lo autorizado no es grande, y en el caso presente no está acreditado que lo sea, no llega a alcanzar la consideración de grave, que significa una omisión importante de las medidas de precaución necesarias para evitar accidentes”* y respecto *“de la circunstancia de carecer del permiso de conducir es también una infracción reglamentaria, pero el hecho de conducir sin él no constituye negligencia cuando la persona de que se trata sabe conducir bien, como parece ser el caso del actor”*, por lo que el Tribunal concluye que *“al no resultar acreditada la gravedad de la culpa o negligencia en que, sin duda, incurrió el actor al conducir a velocidad superior a la establecida, no se dieron las circunstancias que determinan la obligación de reparar el daño causado a la Administración a cuyo servicio se estaba, y en consecuencia el recurso debe ser estimado”*⁷³⁵.

Desde luego no alcanzamos a entender –aunque es cierto que no disponemos de todos los datos fácticos del suceso- qué llevó al Tribunal a considerar la falta de gravedad de dos infracciones a todas luces negligentes graves, máxime cuando por los mismos hechos se había iniciado un proceso penal con anterioridad.

De todo ello podemos deducir nuevamente que la falta de criterios en la normativa aplicable deja a los tribunales con pocos recursos, aplicando en algunas ocasiones criterios extraídos de la doctrina civilista a la hora de definir el concepto de culpa o negligencia, y en otras los criterios manejados en el orden penal, dando lugar a resoluciones, en ocasiones, bastante cuestionables. Por ello sería deseable un esfuerzo del legislador a la hora de definir qué haya de entenderse, fundamentalmente, por culpa o negligencia graves en el seno de una relación de servicio, que es en la que se desenvuelve esta responsabilidad.

⁷³⁴ En ella se recurre la resolución dictada por la Autoridad Portuaria de Vigo por la que se le requiere al empleado público a que repare los daños ocasionados al vehículo oficial o alternativamente que indemnice a la Autoridad Portuaria en la suma de 1.100.000 pesetas.

⁷³⁵ Téngase en cuenta que el Tribunal está aplicando el art. 145.3 de la Ley 30/1992 en su versión originaria, es decir, antes de que la Ley 4/1999 refiriera la gravedad tanto de la culpa, como de la negligencia.

3.5. La indemnización.

El ejercicio de la acción directa por parte de la Administración tiene por objeto la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados en sus bienes o derechos por las autoridades y personal a su servicio.

Hay que tener en cuenta que a diferencia de lo que está legalmente previsto respecto de la acción de regreso, la modificación del art. 145.3 llevada a cabo por la Ley 4/1999 eliminó cualquier referencia a los criterios de ponderación que en su redacción originaria establecía para determinar la responsabilidad correspondiente⁷³⁶. De ello, deducimos que la responsabilidad que se exija, esto es, la indemnización que deberá satisfacer la autoridad o funcionario eventualmente responsable debe cubrir los daños efectivamente ocasionados y a él imputables, que serán cuantificados sin tener en cuenta ningún otro criterio que permita moderar de forma discrecional el montante de la indemnización.

Dicha eliminación no tiene mucho sentido para MIR PUIGPELAT, pues considera que la Administración se verá obligada a manejarlos también en la acción de que dispone la Administración frente al funcionario o agente, porque los criterios mencionados en el art. 145.2 de la Ley 30/1992 respecto de la acción de regreso –el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso- no son sino la concreción de los requisitos generales exigidos para que nazca la responsabilidad⁷³⁷.

No cabe duda que muchos de los criterios mencionados han de ser tenidos en cuenta para determinar la existencia de responsabilidad patrimonial (los requisitos son los que conocemos, por lo que no se ve la necesidad de repetirlos), sin embargo, el legislador introdujo la posibilidad de tener en cuenta una serie de circunstancias respecto de la acción de regreso que permitieran rebajar el montante de la

⁷³⁶ Debemos recordar que la redacción originaria del art. 145.3 de la Ley 30/1992 establecía que: “Asimismo, podrá la Administración instruir igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños o perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiere concurrido dolo, culpa o negligencia grave.

En este supuesto, los criterios de ponderación aplicables serán los previstos en el punto 2”.

⁷³⁷ MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., págs. 107 y ss. Así parece entenderlo también GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 567.

indemnización que la Administración ya había satisfecho al particular por los daños ocasionados por la autoridad o funcionario, pero parece, no consideró necesario, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, que fuesen de aplicación a la acción de responsabilidad directa⁷³⁸.

Ciertamente, algunos de los criterios son la concreción de los requisitos generales, pero no necesariamente, es decir, la Ley no señala que el montante de la indemnización deba reducirse cuando en la conducta del responsable en vez de dolo o intencionalidad, se haya apreciado culpa grave. Diferenciación, por cierto, que si está expresamente recogida en el art. 178 de la Ley general Presupuestaria, respecto de la cuantificación de los daños de la responsabilidad contable que distingue entre los que se producen mediando dolo –en cuyo caso la indemnización se extiende a todos los daños y perjuicios que conocidamente deriven de la infracción cometida- de la culpa grave –en los que la responsabilidad se limita a los daños y perjuicios que sean consecuencia necesaria de la infracción-. Además, no es lo mismo la necesidad de su concurrencia para declarar la responsabilidad que la posibilidad de tenerlos en cuenta a la hora de determinar el montante indemnizatorio. Consecuentemente, entendemos que la indemnización debe extenderse a los daños efectivamente probados que le sean personalmente imputables al funcionario o agente.

Evidentemente, si a la producción del daño ha concurrido otra persona o, incluso, cuando el daño pueda imputarse a la propia organización administrativa, por ejemplo, por falta de recursos, el funcionario no deberá satisfacer la totalidad del importe de los daños, pero no por aplicación de ningún criterio, sino por las propias reglas de la imputación y la determinación del nexo causal.

Si el resultado dañoso es imputable a la conducta de varias personas, ya sean funcionarios o autoridades, habrá que determinar la cuota de responsabilidad de cada uno, pues la regla de la solidaridad es de aplicación a la responsabilidad patrimonial cuando los daños se originan como consecuencia de la actuación concurrente de varias Administraciones públicas⁷³⁹, pero dicha regla no es la más adecuada cuando lo que se

⁷³⁸ Es verdad que tampoco se puede afirmar con rotundidad que esa fuera la pretensión del legislador, pues no encontramos referencia alguna a ello, ni en el Dictamen del Consejo de Estado al informar sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 30/1992, ni tampoco a lo largo de la tramitación parlamentaria de la misma.

⁷³⁹ MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., pág. 108.

pretende es que cada persona responda por los daños que le son directamente imputables, salvo que dicha cuota de participación no pueda establecerse, o que se trate de decisiones o actos tomados por parte de un órgano colegiado, en cuyo caso, podrían responder a partes iguales.

Por otro lado, la indemnización podría ser sustituida en casos de daños materiales a los bienes de la Administración por la restitución la cosa dañada, incluso se le podría dar la opción al responsable de decidir entre proceder a la reparación del bien dañado o el pago de la indemnización en que se han valorado los daños.

Igualmente, por aplicación analógica del art. 141.4 de la Ley 30/1992, cuando la resolución establezca el pago de una determinada cantidad, ésta podría “ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado”.

4.- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA DEPURAR LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LA PROPIA ADMINISTRACIÓN POR LAS AUTORIDADES Y PERSONAL A SU SERVICIO.

4.1. Introducción.

El procedimiento para depurar la responsabilidad patrimonial directa es el mismo que hemos analizado en el capítulo anterior para el ejercicio de la acción de regreso, el que se regula en el art. 21 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Pero a diferencia del procedimiento administrativo en vía de regreso, el objeto de este procedimiento no sólo consistirá en la determinación del grado de responsabilidad de la autoridad o funcionario presuntamente responsable, sino que hay que determinar al mismo tiempo tanto la existencia de los daños como su cuantificación⁷⁴⁰.

Tres son los requisitos que legalmente se exigen para poder declarar esta responsabilidad y que se tendrán que acreditar en el mencionado procedimiento: que los bienes o derechos de la Administración han sufrido un daño real, efectivo y evaluable

⁷⁴⁰ HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M.: “La responsabilidad Patrimonial de las Autoridades y Personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Dir.): *Manual de responsabilidad pública. Homenaje a Pedro González Gutiérrez-Barquín.*, cit. pág. 295.

económicamente; que en la actuación (u omisión) de la autoridad o funcionario concurra dolo, culpa o negligencia graves; y que exista una relación de causa a efecto entre dicha actuación y el resultado dañoso.

Ahora bien, a decir verdad la Administración apenas utiliza esta vía de exigencia de responsabilidad (buena parte de los supuestos analizados se refieren a la responsabilidad de miembros de la Guardia Civil que, como vimos, en muchos casos aplican su normativa específica), lo que no sucede respecto de la responsabilidad contable, donde detectamos una mayor actividad en este sentido motivada, en gran medida, porque la inmensa mayoría de las acciones de responsabilidad contable -las derivadas de alcance y malversación-, se efectúan ante el Tribunal de Cuentas, órgano al margen de la propia Administración con competencias jurisdiccionales para depurar responsabilidades contables, si bien, la Ley General Presupuestaria prevé la tramitación del expedientes administrativos de responsabilidad contable, que en menor número y circunscritos la mayor parte al ámbito local, llegan a través de la vía del recurso al Tribunal de Cuentas.

El hecho de que se trate de un órgano que no forma parte de la Administración le dota de una imparcialidad y objetividad, que no se da cuando es la propia Administración la que inicia, instruye y resuelve los procedimientos de responsabilidad patrimonial, sobre todo si el presunto responsable forma parte de alguno de los órganos competentes en el procedimiento.

Para garantizar en cierta medida la objetividad y evitar las luchas partidistas, DÍEZ SÁNCHEZ propone, como ya vimos respecto de la acción de regreso, que las acciones frente a las autoridades y personal al servicio de la Administración se lleven a cabo por otros órganos administrativos tales como el Servicio Jurídico del Estado, u órganos equivalentes de la Administración Autónoma o el Secretario de las Corporaciones Locales, en ese sentido podemos citar la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración del Estado, cuyo art. 18.3 dispone que al margen de la responsabilidad que regula expresamente la Ley “cuando aparezcan indicios de otras responsabilidades, se ordenará a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado el ejercicio de las acciones que correspondan⁷⁴¹ .

⁷⁴¹ DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, cit.,

4.2. Plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad.

Al igual que ocurría respecto del plazo para el ejercicio de la acción de regreso, las dudas se mantienen respecto de la acción directa de la Administración frente a la autoridad o funcionario presuntamente responsable, pues en ningún precepto se hace referencia al mismo. Sin embargo, no podemos olvidar que estamos en presencia de un procedimiento tramitado con el objeto de determinar la responsabilidad patrimonial de un funcionario o agente por los daños y perjuicios presuntamente ocasionados en los bienes o derechos de la propia Administración, por lo que estimamos que el plazo para el ejercicio de la acción, por aplicación análoga del art. 142.5 de la Ley 30/1992, será el de prescripción de un año desde que se produzca el hecho lesivo o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo⁷⁴².

No es, sin embargo, una opinión unánime en la doctrina, tampoco por parte de los Tribunales que en determinadas ocasiones consideran aplicable el plazo de prescripción que la Ley General Presupuestaria fija para el reconocimiento de créditos a favor de la Hacienda Pública (actualmente de cuatro años)⁷⁴³, y en otras ocasiones parecen aplicar el plazo de prescripción de un año⁷⁴⁴.

Como avanzamos, nos inclinamos por entender que el plazo para el ejercicio de la acción será el plazo general de prescripción de un año que el art. 142.5 de la Ley

págs. 221 y 222.

⁷⁴²MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I.: “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, cit., pág. 254, igualmente para GARCÍA-ÁLVAREZ, lo lógico parece aplicar analógicamente las reglas de la responsabilidad patrimonial, que parten de la efectividad y posibilidad de determinación del daño, en “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 564.

⁷⁴³ Este es el tenor de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 19 de septiembre de 2000, que resuelve el recurso presentado frente a la resolución de la Dirección General de la Guardia Civil que declaró la responsabilidad por los daños ocasionados en un vehículo oficial de un Teniente de la Guardia Civil conducido fuera de servicio y sin autorización. El recurrente alega que entre la fecha del accidente y el día en que le fue notificada la apertura del expediente había transcurrido con exceso el plazo de un año fijado en el art. 23 del Real Decreto 485/1980 para reclamar el resarcimiento, sin embargo el Tribunal la rechaza alegando que el citado Real Decreto no es de aplicación al caso, que por tanto “*la pérdida del derecho sólo puede derivar del transcurso del plazo de prescripción de 5 años que el art. 40.1.a) de la Ley General Presupuestaria fija para el reconocimiento de créditos a favor de la Hacienda Pública*”.

⁷⁴⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 25 de junio de 1998 (RJCA/1998/2034), en la que frente a las alegaciones invocadas por el recurrente respecto de la prescripción de la responsabilidad argumentando que, aunque el art. 142.5 de la Ley 30/1992 se refiere a la responsabilidad de las Administraciones públicas frente a los particulares, debe igualmente aplicarse a la de las personas al servicio de las Administraciones por los daños que causen a estas, por no estar señalado ningún otro y ser además el que el Código Civil establece en el art. 1968 para la responsabilidad patrimonial; el Tribunal considera que no ha prescrito por cuanto dicho plazo estuvo interrumpido por la pendencia de un proceso penal, pero no cuestiona que sea éste el plazo aplicable.

30/1992 establece para los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración, y no por aplicación del plazo general establecido en el Código Civil⁷⁴⁵, pues no cabe duda de que se trata de un procedimiento administrativo que tiene por objeto la fijación de responsabilidad patrimonial del autor del daño conforme a criterios de Derecho Administrativo⁷⁴⁶.

Al margen de la determinación del plazo concreto de prescripción de la acción directa de responsabilidad patrimonial, también se pueden plantear problemas derivados de la determinación del *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo. En contraposición con el ejercicio de la acción de regreso en la que el *dies a quo* del plazo de prescripción es el del pago efectivo de la indemnización por parte de la Administración al tercero lesionado (lo que en la práctica implica que normalmente los hechos habrán sucedido unos cuantos años antes, si la resolución administrativa se impugnó); en la acción directa el día inicial del cómputo del plazo es el de la producción del hecho, acto u omisión determinante de los daños o, cuando sin tener conocimiento del mismo, aparezcan sus efectos lesivos independientemente de la fecha en la que aquéllos se hubieran producido⁷⁴⁷.

Decimos que se pueden plantear problemas en la determinación del día inicial para el cómputo del plazo porque muchos supuestos de responsabilidad por daños a la Administración pueden ser constitutivos de responsabilidad disciplinaria. En este sentido existen determinadas conductas que están tipificadas como faltas disciplinarias muy graves o graves, respecto de las cuales, el causar daños a la Administración forma

⁷⁴⁵ Así lo cree MARTÍNEZ NOVELLA, S.: “La responsabilidad civil, penal y administrativa de las autoridades y los funcionarios”, cit., pág. 81, al afirmar que el plazo para incoar el procedimiento será de un año en aplicación de las reglas generales sobre acción para exigir la responsabilidad civil (art. 1968.2 del Código Civil).

⁷⁴⁶ Igualmente, DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit., pág. 357; MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I.: “Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en VVAA: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, cit., pág. 1065, para quien la aplicación del plazo contenido en el art. 145.2 de la Ley 30/1992 es más acorde con la propia configuración del sistema de responsabilidad que se diferencia del regulado en el Código Civil en tres aspectos: primero, en lo procedimental puesto que las Administraciones pueden exigir la responsabilidad sin necesidad de acudir a los tribunales para que la declaren, segundo, en lo sustantivo, pues el marco jurídico aplicable es el del art. 145 de la Ley 30/1992 y no el Código Civil; y tercero, en lo jurisdiccional, pues el orden competente es el contencioso-administrativo.

⁷⁴⁷ En este sentido, MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I.: “Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en VVAA: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, cit., pág. 1065; GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 564; MARTÍNEZ NOVELLA, S.: “La responsabilidad civil, penal y administrativa de las autoridades y los funcionarios”, cit., pág. 81.

parte del tipo, así por ejemplo, la contemplada en los arts. 95.2.d) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del empleado Público, y 29.1.c) del Proyecto de Ley de transparencia que tipifican como falta muy grave “*la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración...*”⁷⁴⁸; o en el art. 7.1.f) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado que considera falta grave “*causar daños graves en los locales, material o documentos de los servicios*”⁷⁴⁹. Pues bien, el art. 97 del Estatuto Básico del empleado Público, establece que la prescripción de las faltas muy graves se produce a los tres años y de las graves a los dos años, a contar desde que la falta se hubiera cometido, o desde el cese de la comisión cuando se trate de faltas continuadas, con lo que se podría producir la paradoja de que conductas que pueden ser sancionadas disciplinariamente, dentro de los tres años o dos años de haberse cometido, no puedan ser objeto de un procedimiento de responsabilidad patrimonial porque ha transcurrido el plazo de prescripción de un año desde que tuvo lugar el hecho lesivo. Aunque también podríamos considerar la posibilidad de que el plazo de prescripción de la responsabilidad patrimonial se computase desde la resolución o sentencia que declarase la responsabilidad disciplinaria, en la que se declaran acreditados los daños⁷⁵⁰. Pero además resulta que el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno regula un plazo de prescripción de las infracciones muy graves, graves y leves de cinco, tres y un año respectivamente; lo que sin duda podría suponer un tratamiento desigual, que podría justificarse respecto de las infracciones derivadas de la gestión económico-financiera, en la medida que los daños originarían la responsabilidad

⁷⁴⁸ Según SÁNCHEZ MORÓN, la aplicación de este tipo implica la adopción de un acuerdo o decisión, ya sea por un órgano colegiado o por un órgano unipersonal, aunque no necesariamente de un acto administrativo, su carácter evidentemente o claramente contrario a la ley y el efecto o resultado de producción de un daño a la Administración o a terceros, que debe ser grave y probado por la Administración. En ausencia de este último elemento, el daño grave, la falta debe considerarse simplemente grave, en *Derecho de la Función Pública*, cit., págs. 329 y 330.

⁷⁴⁹ Supuestos igualmente contemplados en la legislación autonómica que regula el régimen disciplinario de sus empleados públicos.

⁷⁵⁰ Sería como aplicar, aunque es evidente que no se trata del mismo supuesto de hecho, la regla general del art. 142.4 de la Ley 30/1992, cuando los daños o perjuicios sean consecuencia de la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de actos o disposiciones impugnadas por razón de su fondo o forma, en cuyo caso el citado precepto prevé que el derecho a reclamar (en este supuesto sería al ejercicio de la acción) prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva. Aunque ni siquiera este artículo está exento de polémica, pues la regulación que al respecto establece el Real Decreto 429/1993, en su art. 4 habla de que “el derecho a reclamar prescribirá en el plazo de un año desde la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme”. Concretamente sobre la problemática que plantea este supuesto vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: “Plazo para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración pública”, en QUINTANA LÓPEZ, T.: *La responsabilidad de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, cit., págs. 168 a 172

contable, pero difícilmente defendible en los casos de responsabilidad disciplinaria⁷⁵¹.

Ocurre que en la mayor parte de los expedientes de responsabilidad patrimonial tramitados frente a miembros de la Guardia Civil, se pone de manifiesto la previa instrucción de un expediente disciplinario, después del cuál la Administración inicia el expediente para la indemnización de los daños, por ello sería importante, en estos casos, determinar exactamente el *dies a quo* para el cómputo del plazo, e igualmente si puede entenderse suspendido el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial por la tramitación de un procedimiento disciplinario.

No obstante, también podríamos plantearnos la cuestión inversa, es decir, si la determinación de la infracción disciplinaria cuyo tipo exige la causación de daños a la Administración requiere que previamente se haya demostrado su existencia, lo que quedaría fuera de cualquier duda si con anterioridad se hubiese tramitado el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que así se hubiese declarado; pero un simple vistazo de la jurisprudencia demuestra que esto último no sucede. Todas estas reflexiones ponen de manifiesto la necesaria conexión de ambos tipos de responsabilidad en estos casos.

Esto no ocurrirá respecto de la falta disciplinaria contemplada en el art. 7.1.c del Reglamento de Régimen Disciplinario de la Administración del Estado, que tipifica como falta grave las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio o que causen daño a la Administración o a los administrados. En este caso, lo normal será que la responsabilidad civil se determine en vía penal, de acuerdo con el art. 146.1 de la Ley 30/1992, por lo que el plazo de prescripción podría ser muy superior, llegando hasta los 15 años. Aunque, como veremos más adelante, si la conducta es constitutiva de infracción penal, la Administración lesionada podría reservarse el ejercicio de la acción de responsabilidad civil, siendo en este caso aplicable el art. 145.3 de la Ley 30/1992 por lo que dicha responsabilidad se exigirá de oficio en vía administrativa.

Pero el tema sigue complicándose si se trata de responsabilidad contable, ya que este tipo de responsabilidad mantiene un régimen específico de prescripción establecido

⁷⁵¹ Ya plantea problemas la determinación del plazo de prescripción con carácter general, como pone de manifiesto RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: “La prescripción “relativa” de las infracciones y sanciones”, *Actualidad Administrativa*, nº 7, 2011.

en la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, que con carácter general, señala el plazo de cinco años. Ello implica que, si determinados hechos u omisiones del personal al servicio de la Administración han ocasionado presuntamente daños a los caudales o efectos públicos de la misma y ésta inicia un expediente administrativo de responsabilidad contable –respecto del que la Ley general Presupuestaria, tampoco señala plazo de prescripción, como después comprobaremos- por ejemplo, a los dos años de producirse el hecho dañoso, y de dicho procedimiento se deduce que los daños efectivos no lo son a los caudales o efectos públicos (requisito indispensable para que pueda exigirse responsabilidad contable) sino a otro tipo de bienes, el plazo de prescripción de un año, para la exigencia de responsabilidad patrimonial *ex art. 145.3* de la Ley 30/1992 ya habría transcurrido, por cuanto tampoco se podría entender interrumpido si el procedimiento de responsabilidad contable se inició, por ejemplo, a los dos años de producirse el hecho dañoso, salvo que fuesen daños continuados.

Resulta ostensible la imperiosa necesidad de que en vía legislativa se adopten soluciones capaces de conciliar las disfunciones originadas por la falta de regulación expresa de determinados aspectos que consideramos esenciales para la efectividad del régimen de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones.

4.3. Tramitación del procedimiento administrativo de exigencia de responsabilidad directa.

El desarrollo del procedimiento administrativo del art. 21 del Real Decreto 429/1993, y los problemas que la tramitación del mismo suscita, han sido abordados suficientemente en el Capítulo precedente, al cual nos remitimos, por lo que únicamente recordaremos los trámites esenciales, insistiendo en aquellas peculiaridades que lo puedan diferenciar del procedimiento en vía de regreso.

4.3.1. Iniciación.

Está legitimada para exigir dicha responsabilidad, la Administración en la que se integra la autoridad o funcionario presuntamente responsable del daño, ya que si los daños se causaren a otra Administración, habría que seguir la vía del art. 139.1 y 2 de la Ley 30/1992.

Respecto de los órganos competentes para iniciar el expediente nos remitimos a lo ya expuesto en el Capítulo anterior. Sin embargo, a diferencia de la acción en vía de regreso, donde el presunto responsable estará identificado en el procedimiento administrativo o jurisdiccional de origen, en este caso resultará más que conveniente, antes de la adopción del acuerdo de iniciación del mismo, la apertura de un período de información previa, con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de su incoación, tal y como prevé con carácter general el art 69.2 Ley 30/1992. No será necesaria esta información previa cuando el funcionario o agente esté perfectamente identificado como consecuencia de haberse tramitado un expediente disciplinario

En consecuencia, y a tenor de lo dispuesto en el art. 145.3 de la Ley 30/1992 desde el mismo momento en que el órgano competente tenga conocimiento de los daños, o le sean manifestados, por ejemplo, a través de la denuncia, o de la resolución de un expediente disciplinario (en este sentido, debería establecerse normativamente que, si de la instrucción de un expediente disciplinario se derivan indicios claros de la existencia de daños ocasionados a la Administración, se comunique al órgano correspondiente, si no fuera el mismo, a los efectos oportunos), “*instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio*”⁷⁵².

Los términos conminativos del precepto no dejan lugar a dudas, sin embargo el incumplimiento sistemático de este “mandato” legislativo por parte de la Administración pública, anudado a la falta de consecuencias de su incumplimiento⁷⁵³, nos lleva a cuestionarnos nuevamente, ¿quién puede solicitar el ejercicio de la misma, en el supuesto de que la Administración no lo haga?

Al igual que nos manifestábamos cuando tratamos la acción de regreso, muchas de las consideraciones allí expuestas serían trasladables a este supuesto. Ya expusimos que cuando se trata de petición de otros órganos, éstos no tienen que ser necesariamente de la propia Administración, de manera que al instar su inicio al órgano competente, están provocando una decisión que el órgano competente deberá motivar en caso de no

⁷⁵² La cursiva es nuestra.

⁷⁵³ BARCELONA LLOP, J.: “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cit., pág. 46, considera que al igual que se establece la responsabilidad de las autoridades y funcionarios por la no resolución en plazo del procedimiento, podría plantearse la responsabilidad por el no ejercicio de la acción de regreso o de la acción directa.

incoarse el procedimiento. Creemos que debiera potenciarse la acción contemplada en el art. 26 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, que prevé la posibilidad de que el Defensor del Pueblo, de oficio, pueda ejercitar la acción de responsabilidad contra las autoridades, funcionarios o agentes, y en el mismo sentido los órganos equiparables de las Comunidades Autónomas.

Esta vía nos parece muy interesante, pues permite el ejercicio de la acción a un órgano al *ad extra* de la Administración implicada, lo que evita desde el punto de vista interno de la organización administrativa los problemas de falta de imparcialidad u objetividad de los órganos competentes en el procedimiento, fundamentalmente cuando se trate de depurar la responsabilidad de autoridades, en cuanto puedan ser más proclives a dejarse llevar por intereses partidistas o políticos. La falta de imparcialidad en estos procedimientos es lo que denuncia la doctrina como uno de los principales escollos a superar, y causa principal de la falta de ejercicio de dichas acciones de responsabilidad directa por los daños ocasionados a la propia Administración⁷⁵⁴.

El acuerdo de iniciación debe ser notificado al interesado, con indicación de los motivos del mismo (hechos que se le imputan, los daños ocasionados y cuantificación, la existencia de dolo, o culpa o negligencia graves), concediéndole un plazo de quince días para que aporte cuantos documentos, informaciones y pruebas estime convenientes (art. 21.1 del Real Decreto 429/1993).

4.3.2. Instrucción

De la regulación establecida en el art. 21 del Real Decreto 429/1993 parece deducirse que la instrucción del procedimiento se llevará a cabo por un órgano distinto, e incluso, aunque la normativa no lo prevea expresamente, podría plantearse la posibilidad, si las circunstancias del expediente lo requieren, de nombrar un secretario (por aplicación análoga de los expedientes administrativos de responsabilidad contable). Sería conveniente que la instrucción de este tipo de expedientes la llevaran a cabo órganos con una cierta cualificación (al menos con conocimientos jurídicos) y lo más neutrales posible. Por lo demás, la instrucción del procedimiento sigue los mismos trámites que ya conocemos respecto de la acción de regreso, que en síntesis pasamos a

⁷⁵⁴ Por ello, autores como BLANQUER CRIADO defienden, como vimos, el conocimiento por parte de la Jurisdicción contencioso-administrativa de las pretensiones de responsabilidad contra autoridades y funcionario, en.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, cit., págs. 118 y 119.

recordar.

El acuerdo de iniciación del procedimiento debe ser notificado al interesado o interesados, que dispone de un plazo de quince días para aportar documentos, informaciones y pruebas que estimen convenientes, que estarán orientados a justificar la falta de participación en los hechos, a hacerla extensiva a otras personas, incluso a las condiciones del servicio, o bien a la falta de alguno de los requisitos exigidos legalmente, como la culpa o negligencia grave en su actuación.

Se emitirán los informes necesarios para su resolución, en todo caso es preceptivo el informe del servicio en cuyo funcionamiento se haya ocasionado la presunta lesión indemnizable (art. 21.2 del Real Decreto 429/1993)⁷⁵⁵. La apertura de un período de prueba puede ser acordada por el órgano competente o propuesta por el presunto responsable, la práctica de las mismas se llevará a cabo en un plazo de quince días (art. 21.3 de la citada norma).

Una vez instruido el expediente y antes de redactar la propuesta de resolución, el art. 21.4 del Real Decreto 429/1993, prevé el trámite de audiencia y vista del expediente, señalando que se pondrá aquel de manifiesto al interesado concediéndole un plazo de diez días para que formule las alegaciones que estime oportunas⁷⁵⁶.

Concluido dicho trámite, o habiendo transcurrido el plazo sin formular alegaciones, la propuesta de resolución será formulada en el plazo de cinco días.

4.3.3. Resolución

Como advertimos al tratar la responsabilidad patrimonial en vía de regreso, el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo no prevé el plazo de duración del procedimiento, por

⁷⁵⁵ La necesidad del informe del servicio en cuyo funcionamiento se haya ocasionada la presunta lesión indemnizable, se pone de manifiesto en la Ley 15/2004, de 3 de diciembre de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra que regula en el art. 86.2 el procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las autoridades y personal al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, si bien, parece enfocado únicamente al ejercicio de la acción de regreso, pues señala que “en todo caso, se solicitará informe a la unidad orgánica cuyo funcionamiento haya provocado la *lesión indemnizada*” (la cursiva es nuestra). Sin embargo, debe entenderse que también se aplica a este procedimiento.

⁷⁵⁶ Ya dijimos que, aunque el precepto únicamente prevea la posibilidad de formular alegaciones, debería poder interpretarse en el sentido que establece, con carácter general, el art. 84 de la Ley 30/1992, que permite presentar los documentos y justificaciones que estime oportunas. Si bien esta restricción, así como la reducción del plazo, pueden interpretarse como especialidades del procedimiento. Vid. DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, en MORENO MARTÍNEZ J. A. (coord.) *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit. pág. 233.

lo que las posibilidades que se abren son dos: la aplicación análoga del plazo general aplicable a los procedimientos de responsabilidad patrimonial frente a las Administraciones públicas, que según el art. 13.3 del real Decreto 429/1993 es de seis meses (salvo ampliación o acuerdo de apertura de período extraordinario de prueba); o la aplicación de la regla del art. 42.3.a) de la Ley 30/1992, en cuyo caso el plazo de duración del mismo será de tres meses⁷⁵⁷.

Para decidimos por la aplicación de uno u otro debemos tener en cuenta, que frente al procedimiento en vía de regreso, en el que ya están fijados los daños y la más que probable autoría del presunto responsable derivada del expediente originario de responsabilidad patrimonial, por lo que atendiendo a los criterios de modulación que serán de aplicación en el procedimiento, el objeto del mismo se centrará fundamentalmente en determinar la cuantificación exacta de la indemnización a abonar por el presunto responsable; en este procedimiento, en principio, estaría todo por demostrar (la veracidad de los daños, la imputación de los mismos al presunto responsable, la relación de causalidad, el elemento subjetivo del dolo o la culpa o negligencia graves –salvo que previamente haya existido un procedimiento disciplinario-) por lo que el plazo de tres meses se nos antoja excesivamente breve, aún cuando con carácter general se pueda ampliar, por lo que nos inclinamos por la aplicación del plazo general de seis meses, establecido en el art. 13.3 Reglamento Regulator de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial que, por otro lado, es el que hemos defendido también respecto del ejercicio de la acción de regreso.

A mayor abundamiento, este plazo general de seis meses establecido en el art. 13.3 del Real Decreto 429/1993 para el procedimiento ordinario de responsabilidad patrimonial de la Administración, es el que aplica el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en la Sentencia 324/2005 de 4 de mayo (JUR\2005\192529), por cuanto dicho Real Decreto según su art.1 señala que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y la de sus autoridades y demás personal a su servicio se hará efectiva de acuerdo con las previsiones de la Ley 30/1992 y *“con los procedimientos establecidos en dicho Reglamento, en su artículo 21, al regular específicamente este procedimiento no contiene previsión alguna en cuanto a su duración máxima; por otro lado, la previsión contenida en el artículo 13.3 de este*

⁷⁵⁷ MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., pág. 112.

último, relativa a que transcurridos seis meses desde el inicio del procedimiento con la adición en su caso del plazo extraordinario de prueba, sin recaer resolución expresa o, en su caso, formalizar el acuerdo, se entenderá desestimada la petición de indemnización del particular, ha de entenderse referida al procedimiento general en cuyo Capítulo se incluye el precepto.

Por ello, el plazo a tener en cuenta no es el de tres meses antes referido, sino el previsto en el propio Reglamento regulador de estos procedimientos para el de carácter general, no siendo en consecuencia aplicable el del artículo 42.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, de carácter supletorio para caso de ausencia de previsión en la norma específica”.

Insistimos en que el legislador debería evitar este tipo de indeterminaciones y abordar la regulación detallada de este procedimiento, en primer lugar, adecuándolo a la regulación legal, en segundo lugar solventando los problemas que las pocas sentencias recaídas en expedientes de este tipo sacan a la luz y, finalmente, cubriendo las lagunas que la regulación reglamentaria pone de manifiesto.

La resolución del procedimiento se formulará por el órgano competente en el plazo máximo de cinco días y se pronunciará sobre la existencia o no de responsabilidad por parte de la autoridad o empleado público presunto autor del daño. En caso de que se determine la existencia de la misma, la resolución que finaliza el procedimiento habrá de contener las siguientes menciones: la acreditación de los daños o perjuicios a la Administración pública; que los mismos son consecuencia de la acción u omisión imputable a la autoridad o agente; además que dicha actuación u omisión se ha llevado a cabo mediando dolo o culpa o negligencia graves; la indemnización a satisfacer, esto es, la cuantificación económica de los daños y perjuicios que le sean exigibles; y finalmente, como en cualquier resolución la indicación de los recursos que caben frente a la misma⁷⁵⁸.

La resolución del expediente administrativo pone fin a la vía administrativa⁷⁵⁹, por

⁷⁵⁸ MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I.: “Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en VVAA: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, cit., pág. 1067.

⁷⁵⁹ Ya advertimos que la dicción del apartado 4 del art. 145 de la Ley 30/1992 (“la resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa”), había que entenderla en sentido amplio, es decir, no sólo la que declare la responsabilidad, sino que igualmente pone fin a la vía administrativa y es directamente impugnante ante los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo la

lo que se abre la vía jurisdiccional contencioso-administrativa (aunque potestativamente puede interponerse recurso de reposición ante el mismo órgano que la hubiera dictado), única jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad patrimonial del funcionario frente a la Administración, consecuentemente la remisión que hace el art. 145.5 de la Ley 30/1992 a los tribunales competentes para conocer del tanto de culpa, hay que entenderla referida al orden penal exclusivamente⁷⁶⁰.

En caso de incumplimiento de lo dispuesto en la resolución declaratoria de responsabilidad, la Administración está capacitada para ejecutarla por sí misma utilizando los medios y procedimientos regulados al respecto en la Ley 30/1992, y que ya abordamos al estudiar la acción de regreso, consideraciones que son igualmente trasladables a este supuesto.

Por otro lado, la no resolución en plazo establecido del procedimiento conllevará la caducidad del mismo (art. 44.2 de la Ley 30/1992), salvo que el procedimiento se haya paralizado por causa imputable al interesado, supuesto en el que se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución⁷⁶¹.

5.- CONEXIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL CON LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA Y NECESARIA COMPATIBILIDAD ENTRE AMBAS.

La responsabilidad disciplinaria es, como sabemos, una manifestación del poder de la Administración para mantener la disciplina interna dentro de la organización administrativa ante un incumplimiento o vulneración de las obligaciones y deberes de los empleados públicos, incumplimiento que, en ocasiones, puede generar daños y perjuicios a la Administración o a los particulares⁷⁶². Desde esta perspectiva la conexión

resolución que señale una responsabilidad menor a la inicialmente imputada, o no establezca responsabilidad alguna.

⁷⁶⁰ Igualmente DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit., págs. 356 y 357. En contra CARLÓN RUIZ, M.: “La responsabilidad civil frente a las Administraciones Públicas: la Administración como perjudicada”, cit., págs. 421 y 422, al entender que la remisión del citado precepto hace referencia tanto a responsabilidades civiles como penales, también en el supuesto regulado en el art. 145.3 de la Ley 30/1992.

⁷⁶¹ En este sentido se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en la Sentencia de 4 de mayo de 2005.

⁷⁶² Afirma RIVERO YSERN, E.: “Notas sobre el sistema de responsabilidad patrimonial de las autoridades y funcionarios”, cit. pág. 319, que es necesario señalar una serie de consideraciones respecto de la responsabilidad disciplinaria y la patrimonial. Así, el autor participa de los puntos de vista de Vedel y otros autores cuando manifiestan que “el Derecho disciplinario es independiente del Derecho de la responsabilidad, no existiendo relación entre la clasificación de las faltas en el Derecho de la

entre ambas responsabilidades es indudable, por cuanto, muchas de las acciones u omisiones determinantes de responsabilidad disciplinaria llevan aparejada la causación de daños o perjuicios reales y efectivos a los bienes y derechos de la Administración en la que se integran.

Por otro lado, la desigualdad de trato que suponía el hecho de que únicamente se exigiese responsabilidad disciplinaria al personal al servicio de la Administración quedaría solventada en parte por el nuevo régimen contemplado en el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

La compatibilidad entre la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad patrimonial se refleja normativamente en el art. 94.1 del Estatuto Básico del Empleado Público cuando señala: “[l]as Administraciones Públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio señalado en el artículo anterior cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudieran derivarse de tales infracciones”⁷⁶³.

Sin embargo, algunos autores ponen de manifiesto que, lo que llama realmente la atención de los procedimientos de responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios, es la falta de cualquier criterio de coordinación con la responsabilidad disciplinaria cuando, en realidad, sería la sede adecuada en muchos casos para la

responsabilidad y la noción de falta disciplinaria; toda falta personal cometida en el servicio o con ocasión de éste parece que coincide de hecho con una falta disciplinaria, pero la recíproca no es cierta, puesto que una negligencia, una torpeza, un error que no presenten gravedad y que en el plano de la responsabilidad de la Administración sean simples faltas de servicio, pueden ser castigadas disciplinariamente”

⁷⁶³ Un comentario crítico de este precepto puede consultarse en QUESADA LUMBRERAS, J. E.: “Régimen disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, S. y RIVAS VALLEJO, P. (Dirs. y coords.): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*, Comares, Granada, 2008. El autor considera un desacierto que en el mismo precepto se mencionen tres tipos de responsabilidad, ya que puede dar lugar a confusiones pues, al hablar de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones, da a entender que la comisión de una falta disciplinaria lleva consigo aparejada la exigencia de estas responsabilidades. Por ello estima que “hubiese sido aconsejable eliminar esa adición para evitar confusiones pues, en la práctica, ésta no necesariamente se produce en todos los casos y, menos aún, teniendo en cuenta el diferente origen de una y otra”. También SÁNCHEZ MORÓN, si bien considera correcta la regla de la compatibilidad, “no que esos otros tipos de responsabilidad deriven de la comisión de infracciones disciplinarias, pues cada una de ellas tiene un origen diferente, aunque pueda surgir de los mismos hechos: sea causar un daño antijurídico, mediando culpa o negligencia, o bien incurrir en delito” y concluye que la redacción del precepto “es bastante desafortunada, aunque se entiende que lo que quiere decir, esto es, que en el EBEP se regula la disciplinaria, lo que no excluye la exigencia de responsabilidad patrimonial del personal al servicio de las Administraciones Públicas, que se regula en el art. 145 de la LRJPAC, ni la responsabilidad penal que se regula en el Código Penal”, en VVAA, SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed. Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 544.

determinación de la responsabilidad patrimonial por los daños causados en los bienes y derechos de la Administración. Como señala GARCÍA ALVAREZ, es lo que está previsto en las regulaciones modernas de los procedimientos sancionadores, es decir, la acumulación en la resolución sancionadora, a los contenidos represivos, la orden de restablecimiento de la legalidad y de la determinación de responsabilidades pecuniarias, cuando no sea posible un completo restablecimiento *in natura*⁷⁶⁴.

Es precisamente lo que hace el art. 130.2 de la Ley 30/1992 respecto de la potestad sancionadora en general de la Administración cuando señala que “las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente”⁷⁶⁵; en concordancia con dicho precepto el art. 22.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora establece que “si las conductas sancionadas hubieran causado daños o perjuicios a la Administración pública, la resolución del procedimiento podrá declarar: ... b) la indemnización por los daños y perjuicios causados, cuando su cuantía haya quedado determinada durante el procedimiento”.

Dicha regulación se proyecta con carácter específico en la Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas, cuyo régimen sancionador se establece en los arts. 192 y siguientes, al disponer el art. 193.3 que “con independencia de las sanciones que puedan imponérsele, el infractor estará obligado a la restitución y reposición de los bienes a su estado anterior, con la indemnización de los daños irreparables y perjuicios causados, en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente. El importe de estas indemnizaciones se fijará ejecutoriamente por el órgano competente para imponer la sanción”⁷⁶⁶. Similares prescripciones podemos encontrar en otras normas de carácter

⁷⁶⁴ GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., págs. 569 y 610 a 611.

⁷⁶⁵ Sobre el alcance del art. 130.2 de la Ley 30/1992 y la regulación que al respecto realiza el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, vid. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *La reparación de los daños causados a la Administración*, cit, 1998, págs. 319 y ss.

⁷⁶⁶ Para FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ se trata de una medida especialmente importante dada la

sectorial en materia de montes, minas, costas, etc⁷⁶⁷.

Pero esta posibilidad no está contemplada legislativamente en nuestro derecho para los supuestos de expedientes disciplinarios. Tampoco en el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, aún cuando establece en su art. 30.8 que “[e]n todo caso la comisión de las infracciones previstas en el art. 28 conllevará las siguientes consecuencias: a) la obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas o satisfechas indebidamente; b) la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública en los términos del art. 176 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria”⁷⁶⁸, remitiendo la exigencia de la responsabilidad contable a la tramitación del procedimiento administrativo contemplado al efecto o, tratándose de alcance o malversación a los procedimientos correspondientes ante el Tribunal de Cuentas; señalando en el apartado 7 del citado precepto que el procedimiento de responsabilidad patrimonial puede tramitarse simultáneamente al procedimiento sancionador. Estas previsiones están pensadas para las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria, pero la ley silencia cualquier referencia al efecto respecto de las infracciones disciplinarias, consecuentemente los daños que puedan generar su comisión han de dilucidarse en el procedimiento del art. 145.3 de la Ley 30/1992.

A diferencia de lo que ocurre con los sujetos privados resulta que la determinación de ambas responsabilidades, disciplinaria y patrimonial en un mismo procedimiento no está contemplada normativamente cuando se trata de empleados públicos.

trascendencia de los bienes públicos, en especial los demaniales, para las Administraciones públicas y el desempeño de sus funciones, y por esa razón se prevé de forma ordinaria en la legislación sectorial sobre los bienes concretos (así, aguas, carreteras, costas, montes o puertos), en “La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito de los bienes públicos”, cit., pág. 486, donde el autor estudia igualmente los aspectos procedimentales en las págs. 488 a 490. Sobre la protección de los bienes patrimoniales de las Entidades Locales, vid. GONZÁLEZ BUSTOS, M^a A.: *Los bienes de propios. Patrimonio local y Administración*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs.326 a 335, y también de la misma autora “La defensa de los bienes patrimoniales”, en SOSA WAGNER, F. (coordinador): *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, Tomo II, Tirant lo Blanch, 2000; para un estudio específico sobre la protección del patrimonio histórico vid. ARROYO YANES, L. M. y GARCÍA PAZOS, M. (Coords): *La policía del patrimonio histórico: prevención, persecución y sanción de las infracciones contra el patrimonio histórico mueble en España: actas de los Encuentros de Primavera de la Universidad de Cádiz en el Puerto de Santamaría*, Ayuntamiento del Puerto de Santamaría, 2001.

⁷⁶⁷ DEL RÍO MUÑOZ, F.: “La Responsabilidad Civil en los procedimientos Sancionadores Administrativos”, cit., págs. 25 a 27.

⁷⁶⁸ Que establece al respecto que “[l]as autoridades y demás personal al servicio de las entidades contempladas en el artículo 2 de esta ley que por dolo o culpa graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de esta ley, estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública estatal, o en su caso, a la respectiva entidad los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquellos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pudiera corresponder”.

Esta consideración, no obstante, parece pasar desapercibida para el Tribunal Superior de Andalucía, salvo que la asuma con tanta naturalidad que ni siquiera se pronuncia sobre la misma, en la Sentencia del de 10 de enero de 2001 (JUR\2001\219229), que resuelve estimatoriamente un recurso interpuesto por un funcionario local, contra la resolución del Ayuntamiento de Rociana del Condado (Huelva), que le sancionaba con apercibimiento por la comisión de una falta leve de negligencia y descuido en la utilización del material propio del servicio, y la obligación de resarcir a la Administración Municipal el importe de los daños causados en un vehículo de la Policía local, por la colisión sufrida como consecuencia de que el funcionario no respetó la prioridad de paso de los vehículos que circulaban por otra calle y colisionó con otro vehículo. El Tribunal, en primer lugar, considera la falta disciplinaria prescrita, y respecto de la obligación de resarcir los daños ocasionados en el vehículo, estima que no procede, pues tanto del art. 20.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, como del art. 145 de la Ley 30/1992, se deduce la necesidad de dolo o negligencia grave, y en el supuesto contemplado “*no se aprecia la existencia de negligencia grave... al contrario de la declaración de los testigos se desprende que el actor entró en la calle lentamente, y la propia resolución en el Fundamento de Derecho Cuarto reconoce como uno de los elementos que hay que tener en cuenta para graduar la falta es el deslumbramiento padecido*”. Por lo que el Tribunal estima el recurso interpuesto por el funcionario, pero respecto de lo que nos interesa en este momento, no se plantea la legalidad o no de la exigencia de ambas responsabilidades en una misma resolución que procede de un expediente disciplinario.

Sin duda se trata de un tema complejo, pero la conexión entre ambas responsabilidades es incuestionable cuando algunas de las infracciones disciplinarias recogen en su tipo el causar daños a la Administración, así recordamos los arts. 95.2.d de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y 29.1.c) del Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que tipifica como falta muy grave “*la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración...*”, precisamente uno de los elementos que configuran el tipo es la demostración de la gravedad de los daños, y en el caso de que los daños acreditados no fueran graves la falta sería grave [arts. 7.1.h) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado⁷⁶⁹ y

⁷⁶⁹ Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, cit. págs. 329 y 330. Por otro lado,

29.2.c) del Proyecto de Ley de transparencia; o el art. 7.1.f del Reglamento de Régimen Disciplinario que considera falta grave “*causar daños graves en los locales, material o documentos de los servicios*”. También el art. 95.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, señala que las faltas graves serán establecidas por Ley de Cortes o de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma, o por los convenios colectivos en caso de personal laboral, atendiendo, entre otras circunstancias a “la gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración”⁷⁷⁰.

En todas ellas, es absolutamente necesario probar la realidad de los daños a la Administración⁷⁷¹, aunque la gravedad o no de los mismos sea determinante de la comisión de una falta muy grave o grave, respectivamente. Es cierto que en algunos casos los daños son ocasionados a los particulares, por lo que su reparación dependerá de su reclamación frente a la Administración correspondiente (art. 145.1 de la Ley 30/1992), pero otras veces los daños se ocasionan a la propia Administración, a sus bienes o derechos, a los intereses públicos o al prestigio de la Administración, estos últimos de difícil valoración y cuantificación, no así los primeros que sí son susceptibles de valoración económica.

Por este motivo no nos parece descabellado plantear la posibilidad de que, cuando en el expediente disciplinario pueda determinarse con carácter general la existencia de daños o perjuicios que, por otro lado, constituyen una exigencia de configuración de algunas infracciones disciplinarias, fundamentalmente cuando los daños lo son a bienes materiales como locales, material o documentos de los servicios, con lo que dichos daños habrán de quedar suficientemente probados durante la tramitación del mismo, se estableciera normativamente la obligación de ponerlo en conocimiento del órgano competente a los efectos de que éste acuerde la incoación del procedimiento de responsabilidad patrimonial⁷⁷². No olvidemos que el art. 145.3 de la Ley 30/1992,

señala LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: *Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera. Manual Práctico de la Función Pública*, cit., que la ilegalidad manifiesta debe ser de tal importancia que no sea precisa la intervención de órgano técnico para discernir su antijuridicidad, lo que implica la concurrencia del dolo como elemento subjetivo del tipo.

⁷⁷⁰ SÁNCHEZ MORÓN considera que hubiera sido mejor haberse referido a los bienes y derechos, no sólo de carácter patrimonial, en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 550.

⁷⁷¹ Necesidad de perjuicio exigida en las Sentencias de la Audiencia Nacional de 27 de septiembre de 1999 (RJCA\1999\2794), y de 16 de mayo de 2012 (JUR\2012\195314).

⁷⁷² Igualmente, DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit. pág. 351, consideraba que la normativa debería establecer, al menos, algunos supuestos en que la iniciación del procedimiento resultase obligatoria (se refería a la antigua versión del art. 145.2

establece el *derecho-deber* de la Administración de incoar el expediente de responsabilidad patrimonial cuando tenga conocimiento de los daños.

La opción propuesta, plantea el inconveniente, como ya avanzamos, de conjugar los plazos de prescripción de ambos tipos de responsabilidad, aunque puede interpretarse como *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial el del momento en que se conozcan los daños, que no es otro que el de la resolución del propio expediente disciplinario.

Incluso cabría cuestionarse si en el mismo expediente disciplinario procedería la determinación de la indemnización, así como el establecimiento de su exigencia. En este sentido parece entenderlo GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ cuando, después de referirse a los supuestos en los que la causación del daño está tipificada como falta disciplinaria, señala que “si uno se pregunta acerca del sistema de reparación de daños en estos casos, resulta oportuna una remisión al régimen del art. 130.2 de la LPC y el art. 22 del Real Decreto de 4 de agosto de 1993. De este modo, la reparación del daño sería compatible con la imposición de la sanción, ejecutándose ambas medidas conjuntamente”⁷⁷³.

De *lege ferenda* podríamos proponer que, cuando en el expediente disciplinario resulten acreditados los daños y perjuicios (reales, efectivos y evaluables económicamente) además del requisito subjetivo del dolo, la culpa o negligencia graves en la actuación que los originó (muchas veces implícita en la misma comisión del tipo disciplinario), en la resolución que establece la responsabilidad disciplinaria se determinase además la indemnización que procede reconocer a la propia Administración, al menos en aquellas faltas disciplinarias en las que la causación de daños a la Administración forme parte del tipo. Bien pensado, la determinación de ambas en un sólo proceso, sería lo más coherente en este tipo de infracciones, y evitaría que, después de la tramitación de un expediente disciplinario, el funcionario se viera envuelto nuevamente en otro proceso para establecer su responsabilidad patrimonial. Sin embargo, en opinión de GARCÍA –ÁLVAREZ una regulación que aproxima la responsabilidad civil y la disciplinaria tiene muy serias posibilidades de ser

que establecía la iniciación como una decisión discrecional de la Administración), entre ellos, señalaba que los hechos hubieran dado lugar a la apertura de expediente disciplinario.

⁷⁷³ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *La reparación de los daños causados a la Administración*, cit., pág. 334.

inaplicada⁷⁷⁴.

También se puede considerar la posibilidad de acumulación de expedientes en aquellos casos en los que la comisión de la falta disciplinaria conlleve la causación de daños y perjuicios a la Administración, en aplicación del art. 73 de la Ley 30/1992⁷⁷⁵, no por guardar identidad sustancial (pues cada uno persigue una función y tienen un fundamento distinto), sino por estar íntimamente conectados, lo que ocurriría si la tipificación de la falta disciplinaria incluye el causar daños a la Administración, si bien esta posibilidad exigiría una puesta en marcha coetánea de ambos procedimientos, lo que estimamos bastante improbable.

6.- COMPATIBILIDAD ENTRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y RESPONSABILIDAD PENAL. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELITO

La compatibilidad entre la responsabilidad patrimonial y la responsabilidad penal es incuestionable, pues no es sino en este sentido, en el que haya de entenderse el apartado 5 del art. 145 de la Ley 30/1992, cuando tras regular la responsabilidad patrimonial de las autoridades y demás personal al servicio de la Administración preceptúa que “[l]o dispuesto en los párrafos anteriores, se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes”⁷⁷⁶.

Es evidente que si la Administración pública es la parte perjudicada por un delito cometido por un funcionario o empleado público, ella misma puede iniciar un proceso penal mediante la correspondiente denuncia o querrela, o mostrarse parte en el proceso ya iniciado como cualquier otro perjudicado; pero es que, además, el art. 116. 1 del Código Penal, señala que la “persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios”, y su art. 109.1 que “[l]a ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados”, salvo que el perjudicado se reserve el ejercicio de la acción civil.

⁷⁷⁴ GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit., pág. 611.

⁷⁷⁵ Concretamente este precepto señala que: “El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de sus iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión”.

⁷⁷⁶ LEGUINA VILLA, J.: “La responsabilidad patrimonial de la Administración”, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M.: *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, cit., págs. 407 y 408; DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit., págs. 355 y 356.

Por tanto, cuando los hechos sean constitutivos de ilícito penal será de aplicación el Código Penal y la regulación de la responsabilidad civil derivada del delito siempre que, de la comisión del delito o falta, se hayan derivado daños patrimoniales, ya que en ocasiones las conductas constitutivas de delito no comportan necesariamente ningún perjuicio concreto para nadie, fundamentalmente cuando se trata de delitos cometidos por los funcionarios cuyo bien jurídico protegido es genéricamente la Administración pública (en este sentido alguno delitos contra la Administración pública, contemplados en el Título XIX del Código Penal como el soborno, o el tráfico de influencias....)⁷⁷⁷. Pero no siempre que se deriven daños en los bienes y derechos de la Administración como consecuencia de un conducta criminal se puede determinar en el propio proceso penal la responsabilidad civil o patrimonial, sino que esta posibilidad no está contemplada, como tendremos ocasión de comprobar, respecto de la responsabilidad contable, cuya normativa establece que en cualquier caso de la responsabilidad contable derivada del delito conocerá el Tribunal del Cuentas.

Al margen de este supuesto, a la Administración lesionada en sus bienes o derechos por una presunto ilícito penal se le abren dos opciones, a saber: la exigencia de responsabilidad civil en el mismo proceso penal, alternativa que presenta algunos problemas como inmediatamente veremos; o reservarse el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial para ejercitarla una vez finalizado el mismo.

En el primer supuesto, es decir, cuando la Administración opta por exigir en el mismo proceso penal la responsabilidad civil, tal y como parece permitir el art. 20 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial⁷⁷⁸, cuando remite al art. 146 de la Ley 30/1992 precepto que, recordamos, establece que “la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la

⁷⁷⁷ MIR PUIGPELAT, O.: “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, cit., pág. 117.

⁷⁷⁸ Art. 20.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo: “La Administración pública correspondiente podrá exigir de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por los daños y perjuicios causados a la misma, mediando dolo, culpa o negligencia grave, de conformidad con lo previsto en los artículos 145 y 146 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 21 de este Reglamento”. Aunque este precepto es anterior a la reforma operada por la Ley 4/1999, que modificó los artículos 145 y 146 parece que no existe obstáculo para que, cuando la conducta revista caracteres de delito o falta, se pueda exigir en vía penal la responsabilidad civil correspondiente.

legislación correspondiente”⁷⁷⁹ (según la cual -arts. 109.1 y 116.1 del Código Penal- la Administración podrá exigir en dicha vía penal la responsabilidad civil correspondiente), se puede presentar un problema de carácter sustantivo, por cuanto dicha responsabilidad patrimonial sólo puede exigirse de las autoridades y demás empleados públicos siempre que dichos daños sean consecuencia del desempeño de su cargo o actividad, y lo que es más importante, cuando se trate de conductas dolosas o culposas graves, pues la culpa o negligencia leve exonera de responsabilidad al funcionario frente la Administración y ocurre que, si bien es cierto que muchos delitos contemplados en el Código Penal únicamente pueden cometerse de forma dolosa, para otros, en cambio, basta con que se demuestre la culpa para que constituyan una infracción penal punible. El hecho de que no se exija culpa grave origina una desigualdad de tratamiento de la responsabilidad civil que dimana del delito, respecto de la exigida en vía administrativa⁷⁸⁰.

En este caso la autoridad o funcionario presuntamente culpable responderá como cualquier otro particular, lo que sería incompatible con la regulación del art. 145.3 de la Ley 30/1992, que exige al menos culpa o negligencia graves⁷⁸¹. Podríamos, no obstante, buscar una solución conciliadora de ambas regulaciones en el propio art. 109.1 del Código Penal pues, cuando señala que la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar los daños y perjuicios por él causados, expresamente establece que dicha obligación de reparar lo será “*en los términos previstos en las Leyes*”, y la Ley que regula la responsabilidad patrimonial de las autoridades y demás personal al servicio de la Administración pública no es otra que la Ley 30/1992, que exige en todo caso la existencia de dolo, culpa o negligencia graves. Consecuentemente con ello, el juez penal podría establecer la responsabilidad civil derivada del delito únicamente si queda acreditado el elemento subjetivo (dolo, culpa o negligencia graves) en los términos descritos.

⁷⁷⁹ Precepto cuyo ámbito subjetivo, estimamos, debe ampliarse igualmente a las autoridades.

⁷⁸⁰ DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit. pág. 356, por lo que para el autor, si se declara la responsabilidad patrimonial en el proceso penal por conductas que sólo pueden calificarse de negligentes o culposas leves, a la hora de ejecutar la sentencia condenatoria, la Administración pública debería arbitrar el procedimiento adecuado para liberar de responsabilidad patrimonial al funcionario.

⁷⁸¹ Lo que podría considerarse como un supuesto de enriquecimiento injusto de la Administración. En general sobre el tema, vid. REBOLLO PUIG, M.: *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

En el segundo supuesto señalado anteriormente, esto es, que la Administración se reserve el ejercicio de la acción civil, será necesario esperar a la terminación del proceso penal, para posteriormente proceder al ejercicio de la acción de responsabilidad civil, que en ningún caso podrá llevarse a cabo ante los tribunales civiles, sino que necesariamente se ejercerá en vía administrativa mediante la instrucción del procedimiento establecido en el del art. 21 del Real Decreto 429/1993.

No obstante, existe una tercera posibilidad, ya que puede suceder que durante la tramitación de un expediente administrativo de responsabilidad patrimonial se deduzcan indicios de delito y se abra un proceso penal. Esta última posibilidad puede ofrecer alguna dificultad de orden procesal, en este caso el art. 146.2 de la Ley 30/1992, señala que “la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial”.

Como ha interpretado la práctica totalidad de la doctrina al analizar este precepto, la referencia a la no suspensión de los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial, ha de entenderse hecha respecto del procedimiento de responsabilidad patrimonial frente a la Administración⁷⁸². Como sabemos el art. 121 del Código Penal (que establece la responsabilidad subsidiaria de la Administración) permite al particular lesionado dirigir su reclamación de responsabilidad patrimonial en vía administrativa cuando señala “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”, siendo así, el hecho de que se exija en un proceso penal la responsabilidad del presunto responsable de la comisión de un delito, no suspenderá el

⁷⁸² Sobre el tema de la prescripción de la acción responsabilidad patrimonial frente a la Administración pública y la suspensión del procedimiento, vid entre otros: GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: “¿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 30/1992”, *Revista de Administración pública*, nº 141, 1996; y sobre la prescripción en general puede consultarse MOROTE SARRIÓN, J. V.: “La novedosa doctrina del Tribunal constitucional sobre el cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual de la Administración”, en *Revista de Derecho Administrativo*, nº 174, 1998; MESEGUER YEBRA, J.: La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: indemnización y plazo de prescripción, Bosch, Barcelona, 2000; GALLARDO CASTILLO, M^a J.: “La prescripción para el ejercicio de la acción patrimonial frente a la administración sanitaria”, *Diario La Ley*, nº 7700, 2011.

proceso de exigencia de responsabilidad patrimonial frente a la Administración.

Pero lo que aquí nos planteamos, es la posible aplicación de este precepto respecto del procedimiento que la Administración pudiera instruir para exigir la responsabilidad patrimonial de la autoridad o empleado público por hechos que puedan ser además constitutivos de infracción penal, es decir, si el procedimiento de responsabilidad no se suspendería por la exigencia de responsabilidad penal.

Cuando se trata de exigir la responsabilidad disciplinaria, el apartado tercero del art. 94 del Estatuto Básico del Empleado Público, establece al respecto que cuando “de la instrucción de un expediente disciplinario resulte la existencia de indicios fundados de criminalidad, se suspenderá su tramitación poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal”, además “los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a la Administración”, consecuentemente cuando se depuren responsabilidades disciplinarias en caso de que se sustancie por los mismos hechos un proceso penal, el procedimiento disciplinario se suspendería.

La explicación de este precepto la encuentra la doctrina en la aplicación de la regla *non bis in idem*, en el sentido de que existiendo una identidad de fundamento, la sentencia penal condenatoria impediría la imposición de una sanción disciplinaria, por lo que se plantearía un problema de incompatibilidad de procedimientos, por ello la Ley opta por la suspensión del procedimiento sancionador, obviamente hasta que recaiga la resolución que corresponda⁷⁸³.

Sin embargo, el fundamento de la responsabilidad penal y la patrimonial no es coincidente, sino que cada una responde a una finalidad distinta, por lo que la duda en cuestión sería si las consideraciones precedentes se podrían extrapolar al procedimiento de reconocimiento de la indemnización en favor de la Administración pública por los daños ocasionados por sus funcionarios y agentes, y en consecuencia admitir la procedencia de la suspensión de dicho procedimiento, hasta que recaiga la resolución judicial penal.

Precisamente esta es la solución que propone la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de junio de 1998 (RJCA\1998\2034), referida a la compatibilidad entre el proceso penal y el de responsabilidad patrimonial del personal al

⁷⁸³ SANCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, cit., pág. 323.

servicio de la Administración. En ella se señala que el art 146 de la Ley 30/1992, según el cual 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 ni interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos (esta sentencia es anterior a la modificación de la Ley 30/1992, por ello la alusión al plazo de prescripción que posteriormente fue suprimida por Ley 4/1999, de 13 de enero), debe entenderse referida a *“los procedimientos de responsabilidad de las Administraciones públicas que no se suspenderán por los procesos penales o civiles contra el personal a su servicio, pero no es aplicable a los procedimientos de reparación a favor de las Administraciones y con cargo a sus dependientes cuando contra éstos pende una actuación de carácter penal, que, de conformidad con lo que establece el art. 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, suspende el seguimiento del pleito sobre el mismo hecho”*.

Pues bien, a tenor de lo dispuesto en el art. 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal “[p]romovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal”; pero a renglón seguido señala que “[n]o será necesario para el ejercicio de la acción penal que haya precedido el de la civil originada del mismo delito o falta”.

En nuestra opinión, no debe suspenderse el procedimiento de responsabilidad tramitado al efecto por la Administración pública, pues como hemos dicho el fundamento de ambas es absolutamente distinto, es más, ya hemos advertido que en vía penal los funcionarios pueden ser declarados responsables civiles por los daños y perjuicios ocasionados de forma culposa o negligente leve, responsabilidad en este caso contraria a los principios generales de la Ley 30/1992, y que obligaría al declarado responsable a solicitar de la Administración lo indebidamente pagado, en el sentido de que es ésta la que debe soportar los daños y perjuicios ocasionados a la misma por culpa o negligencia leve de su personal⁷⁸⁴. Ciñéndonos al tema que nos ocupa, no vemos necesario la suspensión del procedimiento administrativo por la sustanciación del proceso penal, ahora bien, hay que tener en cuenta, por un lado que los hechos

⁷⁸⁴ DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, cit., pág. 356.

declarados en una sentencia penal firme vinculan a la Administración y, por otro lado, que en ningún caso podría darse una duplicidad de indemnizaciones.

CAPÍTULO V

LA RESPONSABILIDAD CONTABLE

1.- DAÑOS A LA ADMINISTRACIÓN Y OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR DERIVADA DE LA RESPONSABILIDAD CONTABLE.

1.1. Introducción.

Cuando los daños y perjuicios ocasionados a la Administración lo han sido a los efectos y caudales públicos, la responsabilidad, no recibe el tratamiento del art. 145.3 de la Ley 30/1992 sino que, al ser determinante de la llamada responsabilidad contable, recibe un tratamiento diferenciado⁷⁸⁵. La responsabilidad contable se caracteriza por derivar de la responsabilidad específica que incumbe a quienes manejen caudales o efectos públicos y por la necesidad de que concurra una infracción de la normativa presupuestaria o de la normativa contable⁷⁸⁶.

Dicha responsabilidad puede articularse a través de un procedimiento administrativo regulado en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y en el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, sobre Expedientes Administrativos de Responsabilidad Contable derivados de infracciones previstas en el Título VII de la mencionada Ley, siempre que se trate de infracciones contables distintas del alcance y la malversación (art. 176); o bien, mediante procedimiento jurisdiccional ante el Tribunal de Cuentas⁷⁸⁷, tal y como prevén la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del

⁷⁸⁵ El art. 20.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, señala expresamente: “Cuando los daños o perjuicios a que se refiere el anterior apartado fueran originados por acciones u omisiones de las autoridades y funcionarios al servicio de las Administraciones públicas constitutivos de responsabilidad contable, será de aplicación lo previsto en los artículos 140 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1998, de 23 de septiembre, o las normas sobre la materia que resulten de respectiva aplicación al resto de las Administraciones públicas, así como las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo del Tribunal de Cuentas, y Ley 7/1988, de 1 de julio”. Las referencias al Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria hay que entenderlas hechas a la vigente Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

⁷⁸⁶ GARCÍA-ÁLVAREZ, G.: “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, cit. pág. 569, por lo que para el autor se trata de una subespecie de la responsabilidad civil frente a las Administraciones públicas. Vid. también FERNANDEZ AJENJO, J. A.: “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y empleados públicos, en especial la responsabilidad contable derivada de la gestión financiera pública”, cit., págs. 2179 y ss., que la define como “la obligación de indemnizar a la Administración Pública por los daños y perjuicios causados en los fondos públicos en el ejercicio de la gestión financiera pública”.

⁷⁸⁷ Sobre la evolución histórica del Tribunal de Cuentas, vid. entre otras, DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R.: *El Tribunal de Cuentas y el nacimiento de la Administración contemporánea*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2000, donde analiza la evolución de la institución durante el siglo XIX, y del mismo autor *El Tribunal de Cuentas desde la Restauración a la República*, La Ley, Madrid, 2011,

Tribunal de Cuentas y la Ley 7/1988, de 5 abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas⁷⁸⁸.

La vía jurisdiccional ante el Tribunal de Cuentas puede dar lugar a dos procedimientos diferenciados, el procedimiento de reintegro por alcance y el juicio de cuentas, previstos para los siguientes supuestos: pretensiones de responsabilidad contable generada por alcance o malversación de fondos públicos, no pudiendo en estos casos acudir a la vía administrativa (art. 180.1 Ley General Presupuestaria); pretensiones de responsabilidad contable derivada de la no rendición de cuentas o de la rendición defectuosa de las mismas; los supuestos de responsabilidad contable que tramitándose en vía administrativa sean avocados por el Tribunal de Cuentas; y en el resto de los casos constitutivos de responsabilidad contable que habiéndose resuelto por la Administración se recurran, en cuyo caso el órgano competente para conocer del recurso es también el Tribunal de Cuentas. Por su parte, las resoluciones que dicte el Tribunal de Cuentas serán susceptibles del recurso de casación y revisión ante el Tribunal Supremo (art. 49 Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas)⁷⁸⁹.

Estamos hablando, por tanto, de una responsabilidad por daños a determinados bienes de la Administración (los efectos y caudales públicos), que no sólo no recibe el tratamiento general establecido en el art. 145.3 de la Ley 30/1992, sino que su exigencia en vía administrativa se realiza mediante la tramitación de un expediente administrativo específico y distinto del regulado en el art. 21 del Real Decreto 429/1993, y que en la mayor parte de los supuestos –los constitutivos de alcance y malversación– su

también puede consultarse CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005. Una síntesis de los antecedentes del Tribunal de Cuentas, así como de su evolución puede verse en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El Tribunal de Cuentas. El control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Ed. UNED, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 23 a 46.

⁷⁸⁸ Entre las obras dedicadas al estudio de la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas podemos citar, SALA SÁNCHEZ, P.: *La jurisdicción contable: las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España*, Ed. Servicio de Publicaciones del Tribunal de Cuentas, Madrid, 1984, ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Sindicatura de Comptes de Catalunya, Civitas, Madrid, 1994, VACAS GARCÍA-ALÓS, L.: *El Tribunal de Cuentas: enjuiciamiento contable y jurisprudencia constitucional*, La Ley Actualidad, Madrid, 1998, CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, Ed. Comares, Granada, 1999, GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, SALA SÁNCHEZ, P. y MARTÍN NOVAL L. (Dirs.): *El Tribunal de Cuentas. Fiscalización y Enjuiciamiento*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2004.

⁷⁸⁹ Vid. al respecto, BELLIDO PENADÉS, R.: “El recurso de casación contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas”, en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, nº 28, 2012.

depuración se lleva a cabo en vía jurisdiccional ante el Tribunal de Cuentas, judicializando se este modo la exigencia de responsabilidades contables, y complicando en exceso las cosas.

Pues bien, a pesar de esta compleja regulación mientras que, como hemos comprobado, el ejercicio de la acción de regreso o de la acción directa de responsabilidad de la Administración frente al sujeto responsable están prácticamente inéditas, la responsabilidad contable se viene reconociendo y aplicando en nuestro ordenamiento jurídico desde hace varios siglos, incluso, como subraya DOMÉNECH PASCUAL, las Administraciones públicas ejercían profusamente la potestad de exigir la responsabilidad contable, “sin necesidad de acudir a los Tribunales, mucho antes de que el legislador extendiera ese poder a los casos ordinarios de daños originados por sus agentes”⁷⁹⁰.

Precisamente por la constatación práctica de la anterior afirmación, se nos plantea una serie de interrogantes cuya respuesta, quizás, nos ponga sobre la pista de por qué la Administración no exige la responsabilidad patrimonial de sus autoridades y empleados públicos fuera de los supuestos de daños ocasionados en los efectos y caudales públicos. Debemos adelantar que no es nuestro propósito realizar un análisis exhaustivo y pormenorizado de la responsabilidad contable y toda la problemática que su regulación actual suscita, pues ello excedería del ámbito objetivo planteado en este trabajo, pero sí nos interesa abordar el concepto de la misma, su naturaleza jurídica y las distintas vías que el ordenamiento jurídico prevé para su exigencia, fundamentalmente el estudio de los expedientes administrativos de responsabilidad contable, así como su incidencia práctica, para poder plantearnos si está justificada esta regulación diferenciada, o por el contrario se trata más bien de un regulación que permanece por razones evidentemente históricas.

1.2. Fundamento y finalidad de la responsabilidad contable.

La declaración de responsabilidad contable conlleva el reconocimiento del derecho de la Administración a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en los

⁷⁹⁰ El autor cita los art. 8 y 82 y siguientes de la Ley de Hacienda Pública de 1 de julio de 1911 (GM núm. 185, de 4 de julio, pág. 41, el art. 581 del Estatuto Municipal de 1924, el Auto del Tribunal Supremo (Cont.-Adm.) de 15 de enero de 1930 y numerosas Sentencias del Tribunal Supremo, en DOMÉNECH PASCUAL, G.: “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, cit., pág. 122 y 123.

caudales o efectos públicos. Consecuentemente, este derecho comporta la obligación de indemnizar por parte del declarado responsable los daños y perjuicios causados.

La responsabilidad contable tiene una función eminentemente reparadora, se trata de un supuesto típico de responsabilidad civil o patrimonial, que persigue prioritariamente la indemnización a la Administración de los daños y perjuicios causados a los fondos públicos. Así lo establecen el art. 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas cuando señala *“el que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menos cabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados”*; el art. 176 de la Ley General Presupuestaria al preceptuar que *“[l]as autoridades y demás personal al servicio de las entidades contempladas en el artículo 2 de esta ley que por dolo o culpa graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de esta ley, estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública estatal o, en su caso, a la respectiva entidad los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquellos...”*; o el art. 59.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas cuando señala que *“las partes legitimadas activamente podrán pretender ante la jurisdicción contable el reintegro de los daños y el abono de los perjuicios originados a los caudales o efectos públicos y, en ambos casos, con los intereses legales desde el día en que se entienda producido el alcance o irrogados los perjuicios”*.

Por ello podemos decir que la finalidad de la responsabilidad contable es la indemnización de los daños y perjuicios producidos a la Administración, así lo entiende la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas que viene reiterando que el contenido de la responsabilidad contable es el de una responsabilidad patrimonial o reparadora, que no tiene carácter de responsabilidad sancionadora ni tampoco tiene por objeto la censura de la gestión (Sentencias 12/2010 de 1 de julio⁷⁹¹ y 21/2010 de 18 de noviembre⁷⁹²,

⁷⁹¹ Señala al respecto que *“en el ámbito contable la tutela judicial que se pretende no es sino la declaración y exigencia de responsabilidad contable que trata de lograr la indemnidad de los caudales públicos, es decir, la restitución íntegra de la Hacienda Pública que ha sufrido un daño económico como consecuencia del incumplimiento ilegal y culpable de sus obligaciones por parte del gestor de los fondos públicos menoscabados, por lo que se exige al declarado responsable contable el reintegro del importe en que se cifran los daños ocasionados, más los intereses correspondientes”* (FJ 5); y que *“conforme establece el artículo 59 de la Ley 7/88 las partes legitimadas activamente pueden pretender ante la jurisdicción contable el reintegro de los daños y el abono de los perjuicios originados a los caudales públicos, en ambos casos, con los intereses legales correspondientes y, consecuentemente, el artículo 71 de la misma Ley establece que en la parte dispositiva de la Sentencia que ponga fin al proceso contable se especificará el importe en que se cifren los daños y perjuicios causados y se condenará a los declarados responsables al pago de la suma en que se cifre la responsabilidad contable y al pago de los*

23/2010, de 18 de noviembre⁷⁹³, 13/2011 de 21 de julio⁷⁹⁴), por ello lo esencial no sólo es acreditar que se han producido errores o irregularidades en la gestión de los fondos públicos, sino que dichas irregularidades han producido un menoscabo de los fondos públicos, de donde deriva la obligación de indemnizar, resarciendo con el patrimonio particular del responsable contable, los daños y perjuicios efectivamente causados al patrimonio público.

Es evidente que sin daño no existe responsabilidad patrimonial, pero también hemos afirmado que la exigencia de la misma no es posible mientras no pueda demostrarse una conducta dolosa, culposa o negligente grave del autor del perjuicio, de manera que es esta antijuridicidad subjetiva la que fundamenta igualmente la responsabilidad contable. Pero el fundamento último de la responsabilidad contable entronca, nuevamente, con el principio de eficacia y eficiencia, pero también con el principio de transparencia en la gestión de los fondos públicos⁷⁹⁵. En definitiva lo que está en juego nuevamente es la garantía del interés público. En este sentido coincidimos con CORTELL GINER cuando afirma que la responsabilidad contable es una institución de Derecho público, regulada por normas de esta naturaleza y que persigue fundamentalmente tutelar el interés público pues, como afirma el Auto de 21 de febrero de 1994 de la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas, *“lo verdaderamente perjudicado son los fondos de la colectividad, es decir, los fondos a cuya aportación hemos contribuido los ciudadanos, el Estado tiene el deber de perseguir los fines públicos y de destinar únicamente a los mismos cuanto haya recaudado colectivamente de las economías privadas de los contribuyentes siendo ese deber la contrapartida del*

intereses correspondientes. Por tanto, las partes legitimadas en el proceso contable únicamente pueden pretender el reintegro del importe en que se cifren los daños y perjuicios causados a la Hacienda Pública, sin que de ningún modo puedan exigir que se imponga a los gestores de los fondos públicos menoscabados penalidad o sanción alguna” (FJ 6).

⁷⁹² En ella se afirma que *“la responsabilidad contable es una responsabilidad de naturaleza reparadora siendo imprescindible que se haya ocasionado un daño o perjuicio económico, real y efectivo, no siendo suficiente que el gestor haya realizado un acto u omisión ilegal y negligente si el mismo no ha ocasionado un daño patrimonial cierto”* (FJ 14).

⁷⁹³ Según la cual *“en el ámbito de la responsabilidad contable es aplicable el principio de «restitutio in integrum», como derecho de la Hacienda Pública, así, tanto el art. 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas, como el art. 59.1 de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, hacen referencia a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, como obligación principalísima del declarado responsable contable”*.

⁷⁹⁴ En ella el Tribunal de Cuentas recuerda *“en primer lugar, que el contenido de la responsabilidad contable es el de una responsabilidad patrimonial o reparadora, una subespecie de la responsabilidad civil, que no tiene carácter de responsabilidad sancionadora ni tampoco tiene por objeto la censura de la gestión”* (FJ 3).

⁷⁹⁵ Vid. NAVAS VÁZQUEZ, R.: “Transparencia y responsabilidad en la gestión pública”, *Auditoría Pública*, nº 37, noviembre, 2005.

derecho-poder a la imposición de los tributos. En esta peculiar relación, los ciudadanos tendrán derecho a que la totalidad de los ingresos públicos se destinen efectivamente a los gastos públicos y a una correcta gestión de los medios públicos. Se trata de tutelar un interés que trasciende de lo meramente privado y alcanza cotas de interés público, del interés general”.

1.3. La determinación de la naturaleza jurídica de la responsabilidad contable.

Podemos caracterizar a la responsabilidad contable como una especie de la responsabilidad patrimonial regulada en el art. 145.3 de la Ley 30/1992, cuya particularidad radica en la condición de los bienes lesionados, y en el diferente tratamiento que la misma recibe

No obstante, esta consideración de la responsabilidad contable como especie de la responsabilidad patrimonial del art. 145.3 de la Ley 30/1992, no es, desde luego, la opinión doctrinal mayoritaria, ni es en absoluto pacífica.

Sobre la naturaleza de la responsabilidad contable, se han vertido opiniones encontradas, tanto por parte de la doctrina⁷⁹⁶, como de la jurisprudencia del propio Tribunal de Cuentas, que oscilan, fundamentalmente, entre dos posiciones, aunque no son las únicas. La importancia práctica de su determinación radica, en la aplicación a dicha responsabilidad bien, de los principios garantistas de las sanciones, si admitiéramos que la responsabilidad contable tiene un carácter sancionador; bien de las normas reguladoras de la responsabilidad civil (esto es, las excepciones del proceso civil y reglas sobre la carga de la prueba), si finalmente se concluye que tiene tal carácter⁷⁹⁷, por ello trataremos de sintetizar las distintas opiniones al respecto.

Para un sector doctrinal la responsabilidad contable podría considerarse una variante de responsabilidad civil extracontractual regulada en el art. 1902 del Código Civil, cuya peculiaridad radicaría en el hecho de que se aplica sobre el ámbito de la

⁷⁹⁶ Pueden verse las distintas posturas resumidas, en CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 133 a 135; CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., págs. 70 a 73; GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, págs. 36 y ss.

⁷⁹⁷ CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., pág. 70.

gestión de los fondos públicos⁷⁹⁸. Esta postura tiene su base en el Auto del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 1993, donde se afirma que *“la responsabilidad contable es una especie de la civil no de la penal. Así se desprende inequívocamente de la legislación en vigor y en este sentido la entiende el Tribunal de Cuentas. El contenido privativo de esta variante de responsabilidad, en la que pueden incurrir quienes tienen a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos, consiste, estrictamente en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados[arts 2.b) y 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas]”*, y resulta avalada por una extensa Jurisprudencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, entre otras, podemos citar las Sentencias 1/1993 de 28 de enero, que habla del enjuiciamiento contable como una *“subespecie del civil”*, y 10/1994 de 15 de abril, en la que se afirma que *“la naturaleza de la responsabilidad contable como responsabilidad civil en los términos del artículo 1902 del Código Civil, tiende a configurarla como una responsabilidad de marcado carácter patrimonial”*, y las sentencias 24/1994 de 21 de octubre, 3/1995 de 10 de marzo, 2/1996 de 12 de febrero, 15/1996 de 22 de noviembre, 1/1998 de 26 de febrero, 18/2006 de 16 de noviembre, o más recientemente la Sentencia 13/2011 de 21 de julio.

Hay algún autor que incluso situando la responsabilidad contable en la órbita de la responsabilidad civil entendida, eso sí, como categoría opuesta a la responsabilidad penal, es decir como responsabilidad patrimonial o civil en un sentido amplio, va un paso más allá. Así, CASANA MERINO señala que si consideramos que la responsabilidad contable surge como consecuencia del incumplimiento culpable de la obligación de rendir cuentas por parte de quienes tienen atribuido el manejo de los fondos públicos, o la de justificar la utilización de los fondos en el caso de los perceptores de subvenciones y otras ayudas públicas, en un sentido estricto, en realidad podría *“calificarse como de responsabilidad contractual o cuasicontractual. Pero entendiendo el término en un sentido amplio, la responsabilidad contable será una responsabilidad extracontractual, pues en algunos casos la doctrina civilista incluye en la responsabilidad del art. 1902 del Código Civil tanto los daños derivados de los eventos dañosos descontractualizados, como los que derivan del incumplimiento*

⁷⁹⁸ Entre otros, podemos citar a MEDINA GUIJARRO, J. y PAJARES GIMÉNEZ, J. A.: *“La jurisdicción contable: contenido y procedimientos”*, *Revista Española de Estudios Financieros*, nº 74, 1992, págs. 210 y 211, y DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R.: *“La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas”*, *Revista de Administración pública*, nº 100-102, 1983, pág. 1357.

contractual. En cuanto a la acción que se ejerce para exigir responsabilidad contable es de reparación de daños y perjuicios”⁷⁹⁹.

En realidad, el Tribunal de Cuentas también se ha referido en algunas ocasiones a la responsabilidad contable en el sentido anteriormente expuesto, así en la Sentencia 16/1997 de 23 de octubre, en la que de forma tajante afirma que “[f]inalmente debe resaltarse que la responsabilidad contable es una especie de responsabilidad civil contractual, si bien la responsabilidad contable no existe legalmente, sino que viene inexcusablemente referida a las cuentas y su rendición obligada por todos aquellos que manejan fondos públicos”, o la Sentencia 14/2003, de 14 de noviembre, al señalar que “[e]n lo que aquí interesa resaltar, la responsabilidad contable, como tipo de responsabilidad que participa de los caracteres de la civil contractual, en la medida en que es la consecuencia necesaria de la posible culpa de la relación jurídica de la rendición de cuentas, precisa, para su existencia, del incumplimiento de las obligaciones concretas que rigen dicha relación jurídica, pues sólo de ésta se deriva la concurrencia del dolo o culpa grave necesarios para su nacimiento”.

Para otro sector doctrinal, la responsabilidad contable sería un tipo autónomo de responsabilidad reparatoria dentro del ordenamiento jurídico⁸⁰⁰. Para estos autores estaríamos en presencia de un modelo autónomo de responsabilidad, distinto de la penal, de la civil y también distinto de la responsabilidad patrimonial regulada en el art. 145 de la Ley 30/1992. También esta postura cuenta con el apoyo de algunos pronunciamientos de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, así las Sentencias 12/1996 de 21 de noviembre, 14/1996 de 21 de noviembre, 8/1997 de 12 de junio, o 25/1997 de 26 de noviembre, señalan que “en lo que aquí interesa resaltar, la responsabilidad contable, como tipo específico y autónomo que es de responsabilidad - tanto por su régimen jurídico propio, como por sus específicos elementos subjetivos, objetivos y formales-, tiene carácter personalísimo...”. A dichos elementos se refiere GALÁN SÁNCHEZ para diferenciar la responsabilidad contable respecto de la regulada en el Código Civil citando en primer término, el elemento subjetivo, relativo

⁷⁹⁹ CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., págs. 76 y 77.

⁸⁰⁰ Parecen defender esta postura VACAS GARCÍA-ALÓS, L.: *El Tribunal de Cuentas. Enjuiciamiento contable y jurisprudencia constitucional*, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1998, págs. 62 y ss., y PEREZAGUA CLAMAGIRAND, L.: “La responsabilidad contable”, *Impuestos*, nº 8, 1990, págs. 90 a 92.

al sector público y a los agentes del mismo que pueden dar lugar a un determinado ilícito contable; en segundo lugar el elemento objetivo, derivado de las cuentas y de los caudales públicos supuestamente perjudicados, y finalmente, el elemento formal, integrado por los procedimientos residenciados en un orden jurisdiccional específico y vinculados al esquema jurisdiccional general por la vía de casación y revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁸⁰¹.

Esta parece ser, por otro lado, la postura defendida últimamente por el Tribunal de Cuentas, a la que parece sumarse la del propio Tribunal Supremo⁸⁰² en las Sentencias de 7 de junio de 1999 (RJ\1999\6128) y de 17 de abril de 2008 (RJ\2008\5260) al declarar que *“tampoco puede la responsabilidad contable identificarse, de modo necesario, con la responsabilidad civil o la responsabilidad patrimonial en que puedan incurrir, frente a la Administración, quienes, sin estar vinculados al servicio de la misma o estándolo pero no teniendo a su cargo el manejo de bienes o caudales públicos, causen daños a éstos, bien directamente, bien determinando la obligación de la Administración de indemnizar a terceros. En estos casos, no se estará ante supuesto alguno de responsabilidad contable, sino o ante una situación de «responsabilidad civil frente a la Administración pública», para cuya determinación ésta, a falta de un precepto legal que la habilite, habrá de acudir a la Jurisdicción civil como cualquier otro sujeto de derecho, o ante un caso, también, de responsabilidad de autoridades y personal al servicio de la Administración, respecto de cuya determinación esta última se encuentra no sólo habilitada, sino obligada a tenor de lo establecido en el art. 145.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”*.

Finalmente, los que defienden que la responsabilidad contable, en realidad, es una variante de la responsabilidad patrimonial frente a las Administraciones y Entidades del sector público. En este sector doctrinal podemos citar a PALAO TABOADA⁸⁰³,

⁸⁰¹ GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a.: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., pág. 37.

⁸⁰² VILLANUEVA RODRÍGUEZ, U. L.: “Notas sobre la responsabilidad contable”, *Auditoría Pública*, n^o 55, 2011, pág. 16.

⁸⁰³ En el prólogo a la obra de GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit. pág. 13, parece decantarse por esta posición cuando aboga por la supresión de la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, remitiendo la depuración de la misma al sistema común de enjuiciamiento de la responsabilidad por daños causados a las Administraciones públicas por las autoridades y personal a su servicio previsto en el art. 145 apartados 2 y 3 de la Ley 30/1992.

ROSIÑOL I VIDAL⁸⁰⁴, CUBILLO RODRÍGUEZ⁸⁰⁵, o FERNÁNDEZ AJENJO⁸⁰⁶. Igualmente podemos encontrar sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas que se pronuncian en esta línea, así la Sentencias 18/1994 de 6 de mayo, o 15/1994 de 5 de mayo, en la que paradójicamente después de caracterizar la responsabilidad contable como una responsabilidad civil, señala a mayor abundamiento que dicha “*caracterización de la responsabilidad contable como responsabilidad de naturaleza reparadora y no sancionadora se confirma también con el art. 20 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, en cuanto concibe a la responsabilidad contable, como una variedad específica de la responsabilidad patrimonial que las Administraciones Públicas pueden exigir de sus Autoridades y personal a su servicio «por los daños o perjuicios causados en sus bienes y derechos cuando hubiera concurrido dolo, culpa o negligencia grave» (art. 145.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que regulaba la llamada «acción de regreso»).* Esta variedad no es otra que la que tiene lugar cuando los daños y perjuicios se irrogan de forma específica sobre los caudales o efectos públicos (art. 38.1. de la Ley Orgánica y concordantes de este texto y de la Ley de Funcionamiento) los cuales están sin duda integrados en la más genérica expresión de «bienes y derechos» del aludido art. 145.2 de la Ley 30/92. Por lo demás, como es sabido, la responsabilidad patrimonial es compatible con la responsabilidad administrativa sancionadora (art. 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), de la misma manera que la

⁸⁰⁴ No duda de ello cuando se trata de responsabilidades contables exigidas en vía administrativa, y aunque en los supuestos de alcance o malversación, la responsabilidad se depura por vía judicial, es el Derecho Administrativo el que los regula, incorporando las normas de los arts. 1902 y siguientes del Código civil, en ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 153 y 154. Si bien el ámbito personal sobre el que ejerce competencias la jurisdicción contable excede del personal al servicio de las Administraciones públicas, pues abarca, a sujetos privados, estos es, los perceptores de subvenciones y ayudas públicas.

⁸⁰⁵ Para quien la tesis de la naturaleza civil plantea algunas cuestiones dudosas ya que la responsabilidad civil nacida de la culpa aquiliana surge entre extraños, mientras que la responsabilidad contable es una responsabilidad entre conocidos, no puede nacer más que entre sujetos previamente relacionados por un vínculo jurídico, en CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 234 y 235.

⁸⁰⁶ FERNANDEZ AJENJO, J. A.: “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y empleados públicos, en especial la responsabilidad contable derivada de la gestión financiera pública”, en *laleydigital.es* 7762/2005, pág. 25, parece situarse en esta línea cuando propone que esta responsabilidad debe concebirse como una especialidad dentro del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, y como tal, debería establecerse una regulación unitaria para el conjunto del Estado basándose en la competencia exclusiva que le concede el art. 149.1.18 de la Constitución.

responsabilidad contable lo es respecto de la disciplinaria y con la penal (art. 18 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo)”.

Esta posición, sin embargo, presenta para CUBILLO RODRÍGUEZ un elemento distorsionante, que también pone en entredicho su condición de variante integrada en la responsabilidad reparatoria que obliga a las autoridades y funcionarios por los daños causados a las Administraciones públicas. Este elemento no es otro, según el autor, que la preocupación del legislador (art. 177 de la Ley General Presupuestaria, 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y 49.1 de la Ley de Funcionamiento del mismo), por exigir, para que pueda haber responsabilidad contable, que la acción u omisión que la genere haya infringido una norma de Derecho positivo. Se trata de un requisito que no aparece expresamente contemplado ni en el art. 1902 del Código Civil ni en el art. 145.3 de la Ley 30/1992, y que “abre a la responsabilidad contable un complicado horizonte en el que los principios de legalidad y tipicidad, inherentes a las responsabilidades por sanción, tienden a influir sobre ella distorsionando su condición estrictamente reparadora”⁸⁰⁷. Esto implica, para el autor, la existencia de aspectos en el régimen de la responsabilidad contable que dificultan la determinación de su naturaleza jurídica, en este sentido, señala, hay autores que vienen demandando desde hace años la configuración de “un marco jurídico de responsabilidades de gestión que contemple, entre otros, ceses, inclusión en registros especiales, multas proporcionales a los actos de gestión, regímenes de incapacidad y prohibición para el desempeño de cargos públicos”⁸⁰⁸. Algunas de las medidas citadas se han visto materializadas en el art. 30 del Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno respecto de conductas culposas constitutivas de responsabilidad contable⁸⁰⁹.

En nuestra opinión todos los esfuerzos de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas se han centrado, con mayor o menor fortuna en sus argumentos, en dejar suficientemente claro que la responsabilidad contable es una responsabilidad civil,

⁸⁰⁷ CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 235.

⁸⁰⁸ Son palabras de NIETO DE ALBA, U.: “Perspectivas futuras del control de la actividad económico financiera del sector público”, *Estudios de Contabilidad y Auditoría en homenaje a Carlos CUBILLO VALVERDE*. Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, 1997, pág. 845, citado por CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 236.

⁸⁰⁹ Que junto con la declaración del incumplimiento y su publicación en el Boletín Oficial del Estado o diario oficial que corresponda, contempla la no percepción, en su caso de la pensión indemnizatoria del art. 10 de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, la destitución del cargo y la imposibilidad de un nuevo nombramiento para ocupar puesto de alto cargo o asimilado durante un periodo de entre cinco y diez años.

patrimonial o reparadora, si se quiere⁸¹⁰; es decir, una responsabilidad cuya finalidad es, única y exclusivamente, la indemnización de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos, al margen de cualquier otra consecuencia que, la calificación jurídica que merezcan los hechos generadores de la misma, pueda acarrear (de ahí su compatibilidad con la responsabilidad penal y la responsabilidad sancionadora o disciplinaria). En este sentido, en todas las sentencias estudiadas, independientemente de que la califiquen como *subespecie de responsabilidad civil*, como *especie de responsabilidad civil contractual*, como *una variedad específica de la responsabilidad patrimonial que las Administraciones públicas pueden exigir de sus autoridades y personal*, o como *tipo específico y autónomo que es de responsabilidad*, se insiste en que la responsabilidad contable no tiene carácter de responsabilidad sancionadora ni tampoco tiene por objeto la censura de la gestión, es decir, se utiliza la expresión civil como contrapuesta a la responsabilidad penal o sancionadora.

En esta línea argumental parece situarse el propio Tribunal de Cuentas cuando señala que tanto el art. 38 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, como el art. 49 de la Ley de Funcionamiento de dicho Tribunal nos exponen las notas de una modalidad específica de responsabilidad jurídica caracterizada por su origen (gestión antijurídica y dolosa o gravemente negligente de bienes o derechos de titularidad pública) y por sus efectos (reparación del daño o perjuicio ocasionado en dichos bienes), reconociendo que *“lo cierto es que la responsabilidad contable no puede identificarse de modo absoluto con la responsabilidad civil contractual o extracontractual. La Sala de Justicia ha defendido reiteradamente el criterio de considerarla como una subespecie de la responsabilidad civil, lo que resulta compatible con la tesis de entenderla, además, como una categoría autónoma dentro del ordenamiento jurídico con caracteres propios, en parte compartidos con los predicables de la responsabilidad patrimonial.*

⁸¹⁰ Así lo entiende CASANA MERINO, cuando afirma que en su opinión “se habla de responsabilidad civil como una categoría opuesta a la responsabilidad penal, esta última nacida exclusivamente del delito o de la falta. Cuando la Administración y su personal incurren en algún tipo de responsabilidad patrimonial, se aplica la legislación administrativa, pero no por ello estamos ante un tipo de responsabilidad distinta de la civil, pues esta legislación ha asumido las normas del Código Civil en materia de responsabilidad. La responsabilidad contable es una responsabilidad patrimonial, por tanto civil, como categoría opuesta a la penal nacida del delito o falta. No obstante dado que se trata de una responsabilidad patrimonial que causa un daño a la Administración y no a un particular, no cabe trasladar las normas del Código Civil sobre responsabilidad por daños y aplicarlas a la contable. Por el contrario ésta tiene una regulación propia”, en *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., pág. 74.

Entre las sentencias que argumentan sobre la idea de la responsabilidad contable como variante de la responsabilidad civil extracontractual cabe destacar la sentencia 10/1994, de 15 de abril, en la que se afirma que “la naturaleza de la responsabilidad contable como responsabilidad civil en los términos del art. 1.902 del Código Civil, tiende a configurarla como una responsabilidad de marcado carácter patrimonial y personal sobre la base del manejo y custodia de fondos públicos y el deber de responder de ellos”. La sentencia de la Sala 15/1994, de 5 de mayo precisa que “el planteamiento anterior tampoco debe llevarnos a identificar absolutamente la responsabilidad contable con la responsabilidad civil nacida de los delitos, y ello por variados órdenes de razones: en primer lugar, porque en multitud de ocasiones hay responsabilidad contable sin que paralelamente exista delito; en segundo lugar, porque si se tratara de la misma responsabilidad no sería lógico que el ordenamiento jurídico se hubiera encargado de atribuirle a órdenes jurisdiccionales diferentes; y, por último, porque la responsabilidad contable se desprende de las cuentas y requiere de la concurrencia de unos elementos específicos que, guardando la natural similitud, exceden de los previstos en el art. 1.902 y concordantes del Código Civil.- Así pues, la responsabilidad contable no hace recaer sobre el declarado responsable penalidad o sanción alguna -ni procedente de órgano judicial, ni procedente de órgano administrativo- sino que le obliga a indemnizar el menoscabo originado a los caudales o efectos públicos, siempre que concurren sus específicos elementos calificadores que, desde luego, han de desprenderse de las cuentas (arts. 38.1 de la Ley Orgánica y 49.1 de la Ley de Funcionamiento)”, Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 31/2009, de 15 de diciembre.

Por ello consideramos la responsabilidad contable como una especie o variante responsabilidad patrimonial (expresión con la que significamos que estamos ante una institución de derecho público) que contraen los gestores de fondos públicos (autoridades y funcionarios) frente a la Administración por el menoscabo originado en sus caudales o efectos públicos, infringiendo mediante una conducta igualmente dolosa o culposa grave el cumplimiento de sus obligaciones, pero cuya regulación diferenciada del régimen general podría estar justificada para el legislador, aparte de una larga tradición histórica, en la especificidad del presupuesto de hecho que la origina y que la detrae de la regulación contenida en el art. 145.3 de la Ley 30/1992 y por tanto de su

conocimiento por la jurisdicción contencioso-administrativa, y para situarla en el ámbito de la jurisdicción contable⁸¹¹.

Es cierto que esta posición plantea el inconveniente de incluir en la misma a los perceptores de subvenciones pero, como algunos autores, pensamos que se trata de otro supuesto generador de responsabilidad contable⁸¹².

Precisamente por la excepcionalidad que implica el hecho de que la responsabilidad contable pueda ser enjuiciada por una jurisdicción distinta de la contencioso-administrativa, esto es, la del Tribunal de Cuentas, es necesario perfilar correctamente sus contornos, en este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3ª, de 7 de junio de 1999 (RJ\1999\6128), cuando establece que *“pese a los “aparentes” términos de generalidad con que viene concebida la responsabilidad contable en el art. 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, su alcance, por fuerza de la lógica y por respeto a la exclusividad en el ejercicio jurisdiccional que la constitución reconoce a los distintos órdenes de la jurisdicción ordinaria –art. 117.3- en relación con la competencia atribuida al contencioso-administrativo en los arts. 9.3 y 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de dicha jurisdicción, no puede traspasar el tipo de responsabilidad que surja de las “cuentas” que, en el sentido más amplio, deban rendir quienes manejen o administren caudales o efectos públicos y derive de una infracción que, asimismo, pueda ser calificada de contable, tal y como exigen los arts. 15.1 de la tan repetida Ley Orgánica 2/1982 –“el enjuiciamiento contable, como jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos”- , y como con toda claridad explicita el art. 49 de la Ley de Funcionamiento de 1988, singularmente el que surja de las infracciones tipificadas en los arts. 140 y siguientes y “sobre todo en el art. 141 de la Ley General Presupuestaria, Texto refundido de 23 de septiembre de 1988, cuyo conocimiento, por vía directa o por avocación, corresponde al Tribunal de Cuentas”.*

⁸¹¹ Este carácter patrimonial determina que se reconozca la legitimación activa a las Administraciones públicas para ejercer toda clase de pretensiones ante la jurisdicción contable (art. 47.2 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas), CORTELL GINER, R.P.: “La responsabilidad contable y su enjuiciamiento: principios generales”, cit., pág. 106.

⁸¹² CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., págs. 77 y ss.

El sistema de responsabilidad contable, en los términos en los que está actualmente configurado, presenta una serie contradicciones y disfunciones que ya han sido destacadas por la mayor parte de la doctrina, que también plantea la necesidad de una revisión legislativa de muchos de sus aspectos. Por ahora nos centraremos en delimitar el concepto de responsabilidad contable y los supuestos que dan lugar a la misma pues, cualquier otro daño irrogado a la Administración por parte de las autoridades y personal a su servicio que no sea a los efectos y caudales públicos, se depuraría por la vía del art. 145.3 de la Ley 30/1992.

2.- CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CONTABLE

Como es de sobra conocido, el concepto de lo que hoy entendemos por responsabilidad contable se ha ido perfilando a lo largo de los años por parte del propio Tribunal de Cuentas a través de una interpretación sistemática de su Ley Orgánica, pues el concepto inicial plasmado en el art. 38.1 de dicha Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas que dispone que, “*el que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños causados*”, se consideró excesivamente amplio⁸¹³, de forma que se fue formulando jurisprudencialmente un concepto de responsabilidad contable mucho más restringido⁸¹⁴.

Dicho concepto finalmente fue plasmado en el art. 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas⁸¹⁵, delimitando, a su vez, el ámbito de la

⁸¹³ Podría extenderse a cualquier clase de responsabilidad frente a la Administración derivada de una acción u omisión contraria a la Ley. Como ha señalado la doctrina, dicho concepto supondría trasvasar competencias de la jurisdicción ordinaria a la contable, y no tendría sentido atribuir a la jurisdicción contable cualquier tipo de responsabilidad civil frente a las Administraciones públicas, pues su exigencia y ejecución ha sido ejercida de forma idónea por otras jurisdicciones, en CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit. págs. 35 y 36.

⁸¹⁴ Vid. al respecto ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 30 y 31, que cita las Sentencias de la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas 4/1986, de 18 de abril, 10/1987, de 9 de septiembre, 5/1987, de 22 de julio, o 10bis/1987, de 10 de julio, en las que, además de los requisitos establecidos en el art. 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, exige que la responsabilidad contable sea atribuida a los gestores de caudales o efectos públicos; y que los hechos constitutivos de responsabilidad contable se desprendan de las cuentas que se han de rendir por gestionar caudales públicos –al margen de que la persona obligada a rendirlas sea o no cuentadante del Tribunal de Cuentas-. Este concepto permitió delimitar el ámbito de la responsabilidad contable, y por ende de la jurisdicción del propio Tribunal de Cuentas, evitando la colisión con las otras jurisdicciones.

⁸¹⁵ Sobre la modificación del concepto de responsabilidad contable mediante ley ordinaria, vid. ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 33 a 37. También, sobre la constitucionalidad del acotamiento de la jurisdicción contable mediante una ley ordinaria, CASANA MERINO, F.: *La*

jurisdicción contable al establecer que la misma “*conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencias graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las Leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector*”.

En la nueva definición formulada por la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas se añaden nuevos requisitos, dibujando unos contornos de la responsabilidad contable mucho más precisos, de tal forma que para que una conducta sea determinante de la misma se requiere la concurrencia de las siguientes circunstancias: a) que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos; b) que dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos; c) que la acción u omisión suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del sector público de que se trate; d) que la acción u omisión esté marcada por la nota de la subjetividad, pues su consecuencia inmediata no es sino la producción de un menoscabo en los citados caudales o efectos públicos por dolo, culpa o negligencia graves; e) que el menoscabo producido sea efectivo, individualizado con relación a determinados caudales o efectos públicos y evaluable económicamente; y f) que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido. Requisitos que son exigidos en la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Cuentas recaída al efecto⁸¹⁶, y que se resumen en la Sentencia de la Sala de Justicia 8/2011, de 21 de julio⁸¹⁷. Veamos, aunque sea brevemente, cada uno de ellos:

responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran, cit., págs. 38 a 42.

⁸¹⁶ Aunque, como señala NAVAS VÁZQUEZ, R: “Nueva aproximación a la jurisdicción contable”, en *Auditoría Pública*, nº 40, 2006, pág. 37, paradójicamente, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha venido dando contenido al art. 49.1 de “forma que lo que debe desprenderse de las cuentas no es, como parece deducirse de la expresión legal, la pretensión sino la acción u omisión; los que tienen deber de rendir no son, (...) los cuentadantes de los que habla la legislación presupuestaria; las cuentas son un término que debe interpretarse en sentido amplio (...) y, por fin, como infracciones de las leyes presupuestarias y de contabilidad tienen cabida las infracciones de normas de cualquier rango y origen”, citado en nota al pie por VILLANUEVA RODRÍGUEZ, U. L.: “Notas sobre la responsabilidad contable”, cit., pág. 17.

⁸¹⁷ Sentencias del Tribunal de Cuentas de 30 de junio de 1992, 29 de julio de 1992, 24 de febrero de 1994, 5 de mayo de 1994, entre otras.

a) Una acción u omisión atribuible a quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos.

Este primer requisito exige dos precisiones: una de carácter subjetivo, por cuanto es necesario fijar qué sujetos recaudan, administran, manejan o custodian caudales o efectos públicos; y otra de carácter objetivo, es decir, la determinación de qué deba entenderse por efectos y caudales públicos, a la que después haremos referencia.

Comenzaremos pues, por el ámbito subjetivo, ya que no cualquier persona puede incurrir en este tipo de responsabilidad, siendo lo esencial que la acción u omisión sea atribuible a quienes recauden, intervengan, administren, custodien o manejen caudales o efectos públicos, lo que en sentido amplio se conoce como gestor de fondos públicos.

A estos efectos, el art. 138 de la Ley General Presupuestaria determina el concepto de cuentadante que maneja respecto a las cuentas que se han de rendir ante el Tribunal de Cuentas, señalando como tales a “los titulares de las entidades y órganos sujetos a la obligación de rendir cuentas” y, en todo caso: las autoridades y los funcionarios que tengan a su cargo la gestión de los ingresos y la realización de gastos, así como las demás operaciones de la Administración General del Estado; los titulares de las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social; los presidentes o directores de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales y demás entidades del sector público estatal; los presidentes del consejo de administración de las sociedades mercantiles estatales; los liquidadores de las sociedades mercantiles estatales en proceso de liquidación; los presidentes del patronato, o quienes tengan atribuidas funciones ejecutivas en las fundaciones del sector público estatal. Además, según el art. 138.3 de la Ley General Presupuestaria también “deberán rendir cuentas, en la forma que reglamentariamente se establezca, los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado”.

No obstante, dicha definición no contempla como cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas a los perceptores de subvenciones, ni siquiera cuando se trate de subvenciones corrientes, como sí lo hacía el art. 128 la anterior Ley General Presupuestaria (Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, y aún hoy se recoge en algunas leyes de las Comunidades Autónomas), y aunque el art. 141 de la misma y el 14.2 de la Ley 38/2003 General de Subvenciones se refieran a la obligación de rendir cuentas de

los perceptores de subvenciones, por lo que, teniendo en cuenta, la definición del art. 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, la conclusión es obvia, el concepto de cuentadante de la Ley General Presupuestaria no es exactamente “transportable” a la definición de responsabilidad contable establecida en dicho precepto, pues el art. 49.1 se refiere a los gestores de fondos públicos a los efectos del enjuiciamiento contable⁸¹⁸.

Sin embargo, a los efectos la responsabilidad contable, este concepto formal de cuentadante no es tan importante, sino que lo será toda persona física o jurídica que tuviere a su cargo el manejo o custodia de fondos públicos.

En este sentido pueden ser responsables contables, tanto las autoridades, como funcionarios u otro tipo de empleados públicos, incluso los particulares que excepcionalmente recauden o custodien fondos o valores públicos⁸¹⁹, y por supuesto, los perceptores de subvenciones u otras ayudas públicas tanto si se trata de personas naturales, como si se trata de personas jurídicas⁸²⁰.

Precisamente el hecho de la posible responsabilidad contable de las personas jurídicas, es una de las cuestiones que ha sido objeto de debate, sobre todo porque una interpretación demasiado rigurosa del requisito subjetivo del dolo, culpa o negligencia graves, llevaría a considerar que sólo las personas naturales pudieran incurrir en responsabilidades contables. Al respecto la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha diferenciado según que dicha persona jurídica sea pública o privada.

Cuando se trate de personas jurídicas públicas, parece evidente que no cabe exigir responsabilidad a la propia Administración titular de los fondos, o a una empresa pública participada mayoritariamente con ellos (pues aún cuando adoptan forma jurídico-privada, no se puede obviar que continúan perteneciendo al sector público, gestionando caudales y efectos de titularidad pública)⁸²¹. Cuestión distinta es la

⁸¹⁸ ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 89.

⁸¹⁹ CORTELL GINER, R. P.: “Supuestos de responsabilidad contable”, cit., pág. 49.

⁸²⁰ El propio Tribunal Supremo, en Sentencia 22 de noviembre de 1996, se ha manifestado claramente a favor de la posibilidad de atribuir responsabilidades contables a los beneficiarios de subvenciones créditos, avales u otras ayudas procedentes del sector público, tanto si se trata de personas naturales como si son personas jurídicas, en CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 139 y 140.

⁸²¹ En el sentido de que la obligación dimanante de la responsabilidad contable se extinguiría por confusión, al reunirse en una misma persona las cualidades de perjudicador y perjudicado. Tampoco cabe

responsabilidad que cabe exigir a una Administración por parte de otras. Al respecto, ROSIÑOL I VIDAL alude a la Sentencia 12/1992, de 30 de junio, que considera que no es concebible por razones de economía procesal atribuir responsabilidades contables a otras personas jurídicas públicas, del cual sería finalmente responsable, una persona física⁸²². Para CASANA MERINO, sin embargo, la posibilidad de exigir responsabilidades contables no está legalmente limitada a las personas jurídico-privadas, sino que de acuerdo con los arts. 137 a 147 de la Ley General Presupuestaria, y arts. 44 y siguientes de la Ley General de Subvenciones, la obligación de rendir cuentas puede alcanzar a cualquier tipo de persona, pública o privada, por lo que cabría exigir responsabilidad a una Administración o a una entidad de ella dependiente dotada de personalidad jurídica en relación con las subvenciones percibidas de otra distinta y que no hubiesen sido justificadas⁸²³.

Si por el contrario se trata de personas jurídicas privadas, por ejemplo, cuando gestionen fondos públicos como las empresas públicas con forma mercantil, o entidades privadas que perciban subvenciones u otros fondos públicos, la Sala de Justicia considera que sí estarían legitimadas pasivamente en los procedimientos de exigencia de responsabilidad contable⁸²⁴, si bien la determinación del grado de culpabilidad (no olvidemos que se exige el requisito indispensable del dolo, culpa o negligencia graves) necesariamente debe ir referido a las personas físicas u órgano colegiado que haya formado la voluntad de la persona jurídica⁸²⁵. No obstante, cuando se trate de personas jurídicas que tiene la responsabilidad limitada, ésta se puede extender a sus gestores o representantes⁸²⁶.

exigir responsabilidad al órgano administrativo actuante, pues sólo goza de personalidad jurídica la Administración, por tanto siendo cuentadante el órgano administrativo, la responsabilidad contable será exigible a su representante legal o a la autoridad o funcionario que corresponda, CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit. págs. 131 y 132.

⁸²² ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 91, que cita a Pascual Sala Sánchez y Jesús García Torres, que se muestran igualmente contrarios a atribuir responsabilidades contables a otras Administraciones.

⁸²³ En cuyo caso, señala, la Administración o el órgano público al que se exige responsabilidad podría repetir contra el causante directo del perjuicio, en CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit. págs. 131 y 132.

⁸²⁴ La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas considera responsables a personas jurídico-privadas en cuanto perceptores de fondos públicos en las Sentencias 25/1992, de 29 de octubre, 11/2001, de 30 de junio

⁸²⁵ Sentencias del Tribunal de Cuentas de 18 de abril, y 28 de octubre de 1986, y la de 25 de junio de 1992.

⁸²⁶ ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis*

La obligación de rendir cuentas de las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes del sector público, se establece en el art. 49 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y así es aplicado por el Tribunal de Cuentas basándose en dos argumentaciones: que la función fiscalizadora del mismo se extiende a las subvenciones, por lo que la función jurisdiccional debe extenderse también a las mismas; y que los particulares, al recibir los fondos públicos en que consiste la subvención se erigen en sujetos encargados de su manejo y aplicación, es decir, en cuentadantes (Sentencias 25/1992 de 29 de octubre, 14/1993, de 26 de marzo, 20/1993, de 20 de mayo), por lo que para el Tribunal la falta de justificación de subvenciones constituye un alcance previsto en el art. 49 de la citada Ley⁸²⁷.

Sin embargo, para CASANA MERINO la justificación es otra, pues cuando el art. 38 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas describe el concepto de responsabilidad no se refiere a los perceptores de subvenciones de forma específica, sino a las personas que causen un daño en los caudales o efectos públicos. Para el autor, como veremos, las subvenciones dejan de ser caudales públicos desde que se entregan al subvencionado, a pesar de lo cual su destino a una finalidad distinta de la prevista legalmente produce un daño en los citados caudales públicos, por lo que entiende la obligación de indemnizar a que se refiere el art. 38 de la Ley Orgánica en sentido amplio, extensible a los perceptores de subvenciones⁸²⁸.

de la doctrina del Tribunal de Cuentas, cit., págs. 92 y 93. El autor transcribe la sentencia de la Sala de Justicia 25/1992, de 29 de octubre del Tribunal de Cuentas que esgrime dos argumentos para atribuir a las personas jurídicas privadas legitimación pasiva en los procedimientos para la exigencia de responsabilidad contable: en primer lugar, porque la responsabilidad contable es un subespecie de la civil, la cual es predicable de las personas jurídicas; y en segundo lugar, porque la responsabilidad contable es exigible a los perceptores de subvenciones y las personas jurídicas pueden recibir subvenciones.

⁸²⁷ CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., págs. 131 y 132, que cita además las Sentencias 10/1995, 19/1999, 4/2000, 11/2001, 4/2002, 5/2002, 7/2003 y 16/2003.

⁸²⁸ Para el autor, si bien es cierto que el art. 38 de la Ley Orgánica exige un daño en los caudales y efectos públicos, no dispone que éste deba ser directo e inmediato, puede ser que el daño sea consecuencia del resultado mediato o indirecto de la acción dañosa. Es lo que ocurre con las subvenciones, que aunque no sean fondos públicos, sí quedan afectas a una finalidad pública, por lo que cuando no se demuestre el cumplimiento de dicha finalidad, indirectamente se produce un menoscabo en los caudales públicos. Según el autor, el art. 49 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas desarrolla el concepto del art. 38 de la Ley Orgánica “en el sentido de que el daño en los caudales públicos puede producirse directamente como consecuencia de la acción dañosa, o de forma indirecta al obtener indebidamente fondos públicos, o al no dar a los mismos el destino previsto en la norma que regula la subvención”, en CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., págs. 133 a135.

b) Que la acción u omisión suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del sector público de que se trate.

El art. 38.1 de la Ley Orgánica de Tribunal de Cuentas exige que la acción u omisión causante del menoscabo sea contraria a la Ley, es decir, que sea antijurídica. Sin embargo, es preciso que el incumplimiento lo sea de las leyes reguladoras del régimen presupuestario o de contabilidad aplicable a las Entidades del sector público, o en su caso, a las entidades o personas receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector⁸²⁹.

La necesidad de que se vulneren determinado tipo de Leyes se recoge de forma expresa en el art. 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, si bien es cierto que dicha exigencia se había puesto de manifiesto anteriormente a su entrada en vigor por la Sala de Justicia del propio Tribunal de Cuentas, cuando requería la realización de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad⁸³⁰. Por ello, es preciso determinar, en primer término, a qué tipo de leyes se refiere concretamente para, posteriormente, dilucidar si ha de interpretarse el término “leyes” en sentido formal.

En cuanto a lo que haya de entenderse por leyes reguladoras del régimen presupuestario, no ofrece duda alguna que lo son aquellas que regulan la forma, características y contenido de los presupuestos de los diferentes entes públicos, sin embargo, las dudas podrían suscitarse respecto de las denominadas leyes de presupuestos anuales, en el sentido de que en ellas normalmente se regulan, junto con normas que sí entrarían dentro de la calificación de normas reguladoras del régimen presupuestario, otros aspectos relacionados con la gestión económico-financiera, pero no con la disciplina presupuestaria⁸³¹, por este motivo, debemos advertir que no toda vulneración de una ley en la que se regulen aspectos que tienen que ver con el régimen presupuestario genera responsabilidad contable, sino que es preciso que la norma vulnerada se refiera al régimen presupuestario expresamente.

⁸²⁹ GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., pág. 82.

⁸³⁰ Así las sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 4/1986, de 18 de abril y en la 10/1987, de 10 de julio, citadas por ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 38.

⁸³¹ Vid. al respecto ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 38 a 41.

El otro tipo de leyes a las que se alude el art. 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, son las reguladoras de la contabilidad. El problema aquí viene determinado porque muchas de estas normas no son leyes, sino normas reglamentarias, lo que conecta con la segunda cuestión que planteábamos sobre la necesidad o no de que se trate de vulneración de leyes formales. En este punto la jurisprudencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas parece contradictoria, exigiendo a veces la vulneración de leyes formales, o mencionando expresamente la vulneración de normas reglamentarias como supuesto generador de responsabilidad contable⁸³². Por este motivo la doctrina viene interpretando el término “leyes” en sentido amplio, como sinónimo de normativa presupuestaria y contable, incluidas las normas reglamentarias.

En esta línea, CASANA MERINO entiende que la antijuridicidad en la infracción contable está sujeta a una reserva de ley relativa, es decir, que la acción u omisión habrá de ser contraria a los principios generales recogidos en una ley, aunque el desarrollo se haga en normas de carácter reglamentario. Además, de la jurisprudencia por él estudiada se observa que, en ninguna resolución, el Tribunal de Cuentas afirma que para la existencia de una infracción contable sea necesario que se incumpla un precepto con rango de ley, y que no es suficiente la inobservancia de una norma reglamentaria⁸³³. Si bien es cierto que en la mayor parte de las sentencias, el Tribunal de Cuentas reconoce la existencia de responsabilidad por vulneración conjunta de los preceptos legales y reglamentarios, se puede encontrar alguna en la que estima la existencia de infracción contable aunque la norma vulnerada sea de carácter reglamentario. No obstante, el autor considera que la simple infracción de una norma reglamentaria no es suficiente para fundar la existencia de responsabilidad⁸³⁴.

⁸³² La controversia es puesta de manifiesto por ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 43 a 46, decantándose el autor por la interpretación del término leyes, de los arts. 38 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y 49.1 de la Ley de Funcionamiento del mismo, en un sentido amplio, de forma que “originarían responsabilidad contable la infracción de leyes o reglamentos que regulen el régimen presupuestario o de contabilidad, que en cada caso sea aplicable, teniendo presente que la regulación de estos temas pueden formar parte de cualquier norma que regule directa o tangencialmente tales materias”.

⁸³³ CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., pág. 104.

⁸³⁴ CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., págs. 105 y 106, señalando que la conducta ha de ser contraria a algunos de los preceptos generales de tipo legal: las Leyes de Estabilidad Presupuestaria, la Ley General Presupuestaria, las Leyes de Hacienda o Leyes Presupuestarias de las distintas Comunidades Autónomas, y la Ley de Haciendas Locales.

Pues bien, un estudio de la jurisprudencia más reciente confirma la interpretación en sentido amplio de lo que deba entenderse por “normativa presupuestaria y contable”, admitiendo que la vulneración no se reduce a las normas y reglamentos en sus variados grados sino que se extiende también a la vulneración de las normas estatutarias de una sociedad mercantil pública (Sentencia 22/2010, de 18 de noviembre⁸³⁵); o que dicho concepto de normativa contable y presupuestaria incluiría “*las normas estatutarias de una empresa que regulen el ámbito de competencias que impliquen actividad económica de los diversos órganos*”, siendo por tanto “*normas reguladoras de dicha actividad, y en consecuencia su infracción podría dar lugar a responsabilidad contable*” (Sentencia 13/2009, de 29 de junio).

Además, como demuestran algunos autores, podría ocurrir que la responsabilidad contable no derive necesariamente de la vulneración de normas presupuestarias y contables sino, de la vulneración de otro tipo de normas, que determinen, por ejemplo, la improcedencia de los pagos realizados por el gestor público. También podría ocurrir que exista un acto administrativo realizado fuera del ámbito de la gestión de caudales públicos, que vulnerando otro tipo de normas, dé lugar a que los gestores públicos realicen actos legalmente improcedentes; o incluso, que exista una norma jurídica de rango reglamentario que es ilegal y dé ocasión a que se produzcan actos por los gestores

⁸³⁵ Que remite a la Sentencia 13/2009, de 29 de junio, según la cual, “[l]a cuestión a dilucidar es si los citados artículos estatutarios son normas simplemente de administración mercantil, reguladoras de la distribución de competencias entre órganos y de los deberes de información entre los mismos, o normas de alcance económico-financiero susceptibles de fundamentar posibles responsabilidades contables.

En el ámbito puramente administrativo, que no es el del presente caso, resulta evidente la trascendencia financiera de la adopción, por el órgano competente, del acuerdo de autorización o disposición del gasto, o de la contracción de la obligación, o del correspondiente al pago material de la misma.

Dentro de dicho ámbito administrativo, es normativa con trascendencia económico-financiera la que regula, por ejemplo, la competencia para adjudicar un contrato o para revocar una subvención.

Se trata de normas administrativas pero a la vez reguladoras de un aspecto, la competencia, que se integra en tales casos en la gestión económico-financiera de los fondos públicos. Este mismo criterio resulta de aplicación al ámbito de las Empresas Públicas, como es el caso de F. de la G. de C..

Todas aquellas normas estatutarias que regulen el ámbito de competencias que impliquen actividad económica de los diversos órganos, serán normas reguladoras de dicha actividad y, en consecuencia, su infracción podrá dar lugar a responsabilidad contable según el artículo 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. También son normas reguladoras de la actividad económica de la Empresa las que regulan los deberes de comunicación entre sus órganos cuando, dichos deberes, afecten a actuaciones que impliquen aumento o reducción del Patrimonio de la Sociedad.

Todo ello es consecuencia de la interpretación amplia que ha venido haciendo esta Sala de Justicia del concepto de “normativa contable o presupuestaria” a que se refiere el antes citado artículo 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y que se plasma en Sentencias como la 10/2005, de 14 de julio. Se cumple por tanto el requisito de la ilegalidad económico-financiera de la conducta enjuiciada.”

de caudales públicos jurídicamente improcedentes, aunque estos dos últimos supuestos son dudosos respecto de ser susceptibles de generar responsabilidad contable⁸³⁶.

c) La necesidad de que el menoscabo o perjuicio se desprenda de las cuentas que han de rendir los gestores de caudales o efectos públicos.

El requisito de que el daño que origina la responsabilidad contable tenga que deducirse de las cuentas que deban rendir quienes administren efectos o caudales públicos, sirve, en palabras de CUBILLO RODRÍGUEZ, de nexo de unión entre la función fiscalizadora y la jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, y permite entroncar el régimen regulador de la actividad económico financiera del Sector Público y su control, en algunos aspectos, con el derecho contable como disciplina jurídica autónoma⁸³⁷.

Como advierte ROSIÑOL I VIDAL, desde la propia aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, la Sala de Justicia del mismo vinculaba la producción del menoscabo, o perjuicio económico a su reflejo en las cuentas que los gestores de caudales públicos tenían que rendir, entendiendo el término cuentas de la forma más extensa posible. Dicha doctrina fue recogida por el art. 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, teniendo presente que el término “cuentas” no se restringe a las cuentas que son preceptivas en virtud de una norma, sino que puede serlo cualquier registro que pueda representar una prueba fehaciente del perjuicio económico⁸³⁸.

Ello supone que son “cuentas” las que deben rendir todos cuantos manejen caudales o efectos públicos, tengan o no la condición legal de cuentadantes ante el Tribunal de cuentas⁸³⁹.

⁸³⁶Sobre la problemática que plantea toda esta casuística puede verse, CORTELL GINER, R. P.: “Supuestos de responsabilidad contable”, cit., págs. 50 a 53.

⁸³⁷ CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 238.

⁸³⁸ ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 53 a 55, citando las Sentencias de la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas, 4/1986, de 18 de abril y 10/1987, de 10 de julio, y la sentencia 27/1992, de 30 de octubre (posterior ya a la aprobación de la Ley de Funcionamiento del Tribunal) en la que establece que debe entenderse el término “cuenta” en el sentido más amplio posible “*como aquel documento – público o privado, según los casos- de índole contable, en el que constan, se registran o figuran con o sin valoraciones finales o ajustes numéricos, según técnicas habituales y generalmente normadas, operaciones relacionadas directa o indirectamente con la actividad económico financiera del sector público o de las personas físicas o jurídicas destinatarias de sus subvenciones o ayudas*”.

⁸³⁹ CORTELL GINER, R. P.: “Supuestos de responsabilidad contable”, cit., pág. 54, de lo que deduce que el concepto de cuentadante a efectos de la jurisdicción contable no se corresponde de forma fiel con el

En definitiva, tanto la doctrina⁸⁴⁰, como la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas defienden una interpretación en sentido amplio, entendiendo por cuenta “*aquel documento de índole contable, en el que constan, se registran o figuran, con o sin valoraciones finales o ajustes numerarios según técnicas habituales y reguladas legalmente, operaciones relacionadas directa o indirectamente con la actividad económico-financiera del sector público o de las personas físicas o jurídicas receptoras de subvenciones*” (Sentencias del Tribunal de Cuentas 22/1992 de 30 de septiembre, 8/2001 de 15 de marzo, 18/2006 de 16 de noviembre).

d) La necesidad de que la producción del menoscabo en los caudales o efectos públicos sea consecuencia de una conducta dolosa, culposa o negligente graves.

La declaración de la responsabilidad contable exige, al igual que el régimen general de responsabilidad patrimonial del art. 145 de la Ley 30/1992, que la acción u omisión productora del perjuicio se haya llevado a cabo si no de forma dolosa, sí al menos obrando culpa o negligencia graves.

A pesar de que la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas en ninguno de los preceptos donde se define la responsabilidad contable exige la culpa o negligencia respecto de los actos que comportan dicha responsabilidad, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas entendió que, puesto que sí se exigía en vía administrativa, sería absurdo que no lo fuera cuando se exigiera la responsabilidad a través de la jurisdicción contable⁸⁴¹.

Con la aprobación de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas se despejan todas las dudas al introducir de forma explícita en el art. 49.1 los requisitos del dolo, culpa o negligencia graves. Dicha exigencia queda reforzada además, para ROSIÑOL I VIDAL, por la previsión de sobreseimiento de las actuaciones, prevista en el art. 70.1.b) de la misma Ley, cuando en el procedimiento se haya constatado la

mismo concepto a efectos de rendición formal de las cuentas. Según el autor, el primero responde del correcto destino dado a los caudales públicos, mientras que el segundo responde sólo de la veracidad de la información y de su rendición en tiempo y forma (Sentencia 7/2007, de 25 de abril).

⁸⁴⁰ Para CUBILLO RODRÍGUEZ se trataría de llegar a un concepto de compatibilidad en la gestión pública como documentación en la que se plasman los contenidos y resultados de una actividad económico-financiera desarrollada desde el sector público, en *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 239.

⁸⁴¹ ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 56 a 60.

existencia de hechos que puedan comportar responsabilidad contable, pero no sea posible imputarlos a ninguna persona⁸⁴².

Ya nos hemos referido en múltiples ocasiones a la dificultad que presenta, en algunos casos, no sólo su determinación, sino también la que deriva de la propia calificación de la culpa o negligencia como grave o leve, no obstante, tratándose de responsabilidad contable, contamos con una cierta elaboración jurisprudencial al respecto.

El dolo, como dijimos, supone la conciencia y la voluntad de producir un menoscabo en los caudales y efectos públicos. Precisamente el elemento intencional del dolo permite distinguirlo de la culpa o negligencia, que ofrecen una mayor problemática, no sólo en cuanto a su apreciación, sino fundamentalmente, en cuanto a su graduación, pues únicamente comporta responsabilidad contable cuando se trate de conductas culposas o negligentes graves.

En este sentido la doctrina entiende que se puede hablar de culpa muy grave cuando no concurre el mínimo grado de reflexión o prudencia, por tanto cuando no se da la diligencia mínima exigible (*bonus pater familias*), la culpa grave tiene lugar cuando no existe el grado de reflexión o prudencia demandable a una persona por su formación, experiencia y grado de responsabilidad (diligencia profesional), y finalmente, la culpa leve se produciría cuando sólo una persona extremadamente cauta y cuidadosa hubiera podido prever que se produjeran hechos improbables aunque no imposibles⁸⁴³.

Al respecto, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, ha determinado que negligente es el que no prevé pudiendo hacerlo, o previendo no ha tomado las medidas necesarias y adecuadas para evitar el daño (Sentencia 7/2007, de 25 de abril), aunque reconoce que la diferencia entre la negligencia grave y leve debe hacerse atendiendo al caso concreto, en función del juicio de previsibilidad que se realice, que tendrá en cuenta circunstancias personales de tiempo y lugar del agente, sector del tráfico o entorno físico y social sobre el que se proyecte la conducta, siendo exigible a los

⁸⁴² ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 61

⁸⁴³ VILLANUEVA RODRÍGUEZ, U. L.: “Notas sobre la responsabilidad contable”, cit., pág. 20.

gestores públicos una especial diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones⁸⁴⁴ (Sentencia 1/2007, de 16 de febrero), incluso requiriendo del gestor el agotamiento de la diligencia⁸⁴⁵.

Parece, por consiguiente, que se torna esencial el concepto de “diligencia exigible en el manejo de caudales o efectos públicos” o, lo que es lo mismo pero referido a los concretos gestores, “el estándar de funcionamiento del servicio”. También para CORTELL GINER, dicha diligencia debería valorarse teniendo en cuenta las condiciones en las que se desarrolla el trabajo, contenido de las funciones asignadas, importancia de las obligaciones incumplidas, papel otorgado al funcionario o autoridad dentro del procedimiento, nivel de conocimientos exigibles, antecedentes de comportamiento del funcionario autoridad y la actitud del mismo ante el trabajo o cargo⁸⁴⁶. A estos criterios habría que añadir, para CUBILLO RODRÍGUEZ, el contenido de la legalidad presupuestaria o contable vulnerada y título jurídico concreto en virtud del que se desarrolla la gestión de fondos públicos afectada⁸⁴⁷.

Finalmente, para el último autor citado, sobre la diligencia exigible en el manejo de bienes y derechos de titularidad pública, conviene tener presente el marco de referencia constituido por la evolución legal, jurisprudencia y doctrinal de cuestiones como la ética pública o la corrupción de la vida pública⁸⁴⁸. Precisamente, nos encontramos en un momento en el que la creciente aparición de supuestos de corrupción de los gestores públicos, unida a la persistente crisis financiera, ha propiciado un endurecimiento de las leyes, fundamentalmente en materia de gestión de los recursos públicos, cuyas consecuencias prácticas no se pueden aún determinar.

⁸⁴⁴ No sirve como causa de exoneración de la responsabilidad contable alegar deficiencias organizativas, más bien al contrario, pues dicha deficiencias refuerzan, para el Tribunal de Cuentas, el deber de diligencia del gestor público (Sentencia de la Sala de Apelación 5/2008, de 1 de abril). Ni siquiera la culpa o negligencia graves se eliminan con el puntual cumplimiento de las precauciones legales o reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica, si todas ellas se revelan insuficientes para evitar el riesgo, siendo preciso lo que se ha denominado “agotar” la diligencia (Sentencia 4/2006, de 29 de marzo); vid. CORTELL GINER, R. P.: “Supuestos de responsabilidad contable”, cit., pág. 54.

⁸⁴⁵ Sentencia de 1 de abril de 2008, citada por VILLANUEVA RODRÍGUEZ, U. L.: “Notas sobre la responsabilidad contable”, cit., pág. 20, no bastando por tanto el cumplimiento de las normas legales o reglamentarias ni con la observancia de las directrices técnicas exigibles si no son suficientes para evitar el riesgo.

⁸⁴⁶ CORTELL GINER, R. P.: “La responsabilidad contable y su enjuiciamiento: principios generales”, cit., pág. 107, nota al pie.

⁸⁴⁷ CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 241.

⁸⁴⁸ CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 241

e) Que el menoscabo sea efectivo, evaluable económicamente, e individualizado con relación a determinados caudales o efectos públicos.

El presupuesto de hecho *sine qua non* de la responsabilidad contable es el menoscabo de los caudales y efectos públicos, el art. 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas no deja lugar a dudas. Dicho menoscabo, a tenor de lo dispuesto en el art. 59 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a determinados caudales o efectos.

La jurisprudencia al respecto exige que el daño sea efectivo en el sentido de actual y no meramente potencial, por lo que quedarían fuera los daños morales y los eventuales o posibles⁸⁴⁹, así la Sentencia de la Sala de Justicia 24/2010 de 18 de noviembre señala que *“las meras expectativas de beneficio no constituyen un daño real y efectivo como requisito de la responsabilidad contable”*; o la Sentencia 1/2011 de 1 de marzo, donde recuerda que *“la mera especulación sobre la posibilidad de haber obtenido un precio mejor no es motivo con fuerza jurídica suficiente para que se pueda considerar producido un daño real y efectivo en el Patrimonio público. Así lo tiene dicho esta Sala de Justicia en Auto de 22 de septiembre de 2005 en el que afirma que la posibilidad de haber conseguido un precio mejor en un contrato público no es suficiente para admitir que se haya producido un daño al erario público generador de responsabilidad contable pues el tipo de menoscabo que se exige para que se pueda declarar este tipo de responsabilidad, tiene que ser real y efectivo, “ no un perjuicio potencial basado en una mera expectativa o ganancia contingente, conocido en la Jurisprudencia civil como sueños de ganancia o sueños de fortuna”*. Además, ha de ser un daño evaluable económicamente, lo que es consustancial al carácter indemnizatorio de este tipo de responsabilidad; y el requisito de que sea individualizado en relación a determinados caudales y efectos públicos, implica la concreción de los mismos en relación con la cuenta en la que deben lucir⁸⁵⁰.

Puesto que lo esencial es el perjuicio en los caudales o efectos públicos, es absolutamente imprescindible delimitar el concepto de lo que deba entenderse por tales. La mayor parte de los autores considera que por caudales o efectos no se puede

⁸⁴⁹ ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 46 a 47.

⁸⁵⁰ VILLANUEVA RODRÍGUEZ, U. L.: “Notas sobre la responsabilidad contable”, cit., pág. 20.

entender cualquier bien propiedad de un ente del sector público, sino que se hace referencia a unos tipos muy específicos de bienes, como son el dinero y los títulos que lo representan, así como los documentos de crédito, quedando excluido cualquier otro tipo de bien⁸⁵¹. Este concepto es el seguido mayoritariamente por la jurisprudencia, aunque, como advierte CORTELL GINER, el art. 15.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas se refiere también a los bienes, además de a los caudales y efectos públicos⁸⁵². Hay algún pronunciamiento de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en este sentido, así CUBILLO RODRÍGUEZ, destaca la Sentencia 24/1994 de 21 de octubre, en la que se admite que las mermas de grano producidas como consecuencia de la avería del silo, de titularidad pública, en el que se guardaba, podrían originar responsabilidades contables en las personas encargadas del mantenimiento y custodia de la mercancía dañada, pero se tendrían que cumplir el resto de los requisitos⁸⁵³.

En cuanto al calificativo de “públicos” de los caudales o efectos no ofrece dudas cuando dichos caudales o efectos son posesión de un ente público calificado por la normativa como integrante del sector público⁸⁵⁴, sin embargo, la doctrina revela la existencia de otros supuestos que no son tan claros.

Nos referimos, en primer lugar, a los supuestos de captación de fondos como los tributos, en cuyo caso se puede plantear la duda de determinar el momento en que pueden considerarse públicos, aunque parece claro que lo serían a partir del momento en que dichos fondos son entregados a alguien que actúa en representación del sector público⁸⁵⁵, no siendo necesario, según la jurisprudencia, su incorporación al erario

⁸⁵¹ ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 47, basándose en la sentencia de la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas de 10 de julio de 1987 que rechaza la procedencia de exigir responsabilidad contable a un funcionario por la pérdida de unos paquetes postales, cuya custodia tenía encomendada.

⁸⁵² A quien este precepto le lleva a realizar dos consideraciones: la primera, que en principio nada se opone a que todos los “bienes”, caudales o efectos públicos que deben figurar en la contabilidad sean susceptibles de originar responsabilidad contable en el caso de que sufran algún perjuicio; y la segunda, que limitar el régimen de la responsabilidad contable básicamente al dinero no se corresponde con los fines propios de la contabilidad, entre los que también se encuentra informar sobre el inmovilizado, en CORTELL GINER, R. P.: “Aspectos críticos de la responsabilidad contable”, *Auditoría Pública*, nº 43, 2007, pág. 61.

⁸⁵³ CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 145. También MEDINA GUIJARRO, J. y PAJARES GIMÉNEZ, J. A.: “Comentario General sobre Jurisprudencia Contable”, *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 88, 1995, pág. 758.

⁸⁵⁴ El art. 4.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas establece que integran el sector público: a) la Administración del Estado, b) las Comunidades Autónomas, c) las Corporaciones Locales, d) las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, e) los Organismos Autónomos, y f) las Sociedades estatales y demás Empresas públicas.

⁸⁵⁵ En este sentido ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos*

público, así las Sentencias de la Sala de Justicia 17/2011, de 19 de diciembre, y 15/2010, de 8 de junio, que además establecen los criterios generales para saber cuándo un caudal adquiere el carácter de público⁸⁵⁶.

En segundo lugar, las dudas se presentan en el supuesto contrario, es decir, cuando dichos caudales o efectos son entregados a una persona física o jurídica, es el caso de las subvenciones y ayudas similares. Aquí la cuestión que nos planteamos es determinar en qué momento dichos caudales o efectos dejan de tener el carácter de públicos, toda vez que se trata de un hecho generador de responsabilidad contable según el art. 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas⁸⁵⁷.

Respecto de las subvenciones y ayudas similares, aunque realmente estamos en presencia de un supuesto que excede del objeto de nuestro estudio, solamente señalar que la doctrina tampoco es unánime a la hora de determinar hasta cuándo los fondos en qué consiste la subvención son públicos, ya que si para algunos autores la naturaleza pública de los fondos entregados no se pierde hasta que se haya justificado adecuadamente el empleo y la aplicación dada a los mismos⁸⁵⁸; para otros, dichos fondos dejan de tener el carácter de caudales o efectos públicos desde el momento en que salen del patrimonio del ente público.

públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas, cit., pág. 48, por lo tanto, considera que la falta de ingreso de la deuda tributaria por parte del sujeto pasivo podrá originar responsabilidades, incluso penales, pero no contables, ya que estos fondos aún no tendrían el carácter de públicos, además en este caso no se habría infringido una norma reguladora del régimen presupuestario o contable, sino de carácter tributario.

⁸⁵⁶ Concretamente señalan: “Respecto a esta cuestión, cabe recordar que, como recogen entre otras las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996 y de 30 mayo de 1994, existen criterios de carácter general para saber cuando un caudal tiene carácter de público, es decir “dos conceptos jurídicos para resolver la cuestión: 1) El destino o afectación de la cosa o suma, siendo suficiente su destino en entrega, sin que sea preciso el ingreso formal de la misma en el inventario de bienes públicos; y 2) El carácter de funcionario, que como persona individual actúa en nombre y por cuenta de la Administración. Ésta ha de actuar a través de las personas físicas que tienen como misión hacerlo en su nombre. Si dicha persona o funcionario recibe cosa o cantidad destinada al ente en cuyo nombre ejerce su función, no es él quien la posee, sino que es la Administración la que la recibe a través de su funcionario, que actúa como mero servidor de la posesión y en nombre de aquélla.”. Interpretando el concepto de funcionario en sentido absolutamente flexible en ambas sentencias.

⁸⁵⁷ ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 48 a 52, el autor analiza la problemática que presentan fundamentalmente las subvenciones y ayudas similares.

⁸⁵⁸ Vid. VILLANUEVA RODRÍGUEZ, U. L.: “Notas sobre la responsabilidad contable”, cit., pág. 17; igualmente SESMA SÁNCHEZ, B.: *Las subvenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1998, pág. 331. De todas formas, un resumen de las distintas opiniones doctrinales puede verse en GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., págs. 80 y 81.

Esta última, es la posición de ROSIÑOL I VIDAL cuando estima que no sería razonable considerar a las subvenciones y similares, una vez han sido entregadas, como fondos de carácter público y, en consecuencia, concluye que existen dos tipos de bienes susceptibles de originar responsabilidad contable: por una parte los caudales o efectos públicos, y por otra las subvenciones, avales y similares. De esta forma se extiende el ámbito de la jurisdicción contable a los perceptores de estas ayudas, dado que ellos son los únicos que pueden infringir la normativa de contabilidad privada que están obligados a aplicar⁸⁵⁹. Sin embargo, no es este el razonamiento de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, que considera que las subvenciones y similares, tienen el carácter de fondos públicos pero gestionados por particulares, señalando, además, que las normas presupuestarias y contables “*pueden ser aplicables al sector público o a los particulares perceptores de subvenciones o ayudas, con lo que parece claro que estos últimos (al recibir fondos públicos, etc.) se erigen en sujetos encargados de su manejo y aplicación*” (Sentencia 25/1992, de 29 de octubre).

Tampoco considera las subvenciones y demás ayudas como fondos públicos, una vez han salido del patrimonio del ente público, CASANA MERINO⁸⁶⁰, quien afirma que “desde el punto de vista de la teoría general de la infracción contable, el hecho constitutivo de responsabilidad queda limitado a la falta de justificación de la inversión dada a las subvenciones –a su manejo y aplicación según la STCu 25/1992-, pero no porque estas sean fondos públicos”, sino que tales fondos, desde el momento en que salen del patrimonio del ente público dejan de tener el carácter de caudales y efectos públicos por lo que no les resulta aplicable el régimen presupuestario y de responsabilidad propio de los mismos. Consecuentemente para el autor, “se trata de dos supuestos distintos de responsabilidad y por tanto de dos infracciones distintas: la que puede exigirse por el manejo de caudales o efectos públicos, que se extiende al cumplimiento de los límites presupuestarios y la llevanza de la contabilidad; y la que incumbe a los perceptores de subvenciones, avales y ayudas públicas al no haber justificado la inversión de lo percibido”

En cualquier caso, e independientemente de la polémica, la situación está solucionada por la vía legal, al considerar el art. 49.1 de la Ley de Funcionamiento del

⁸⁵⁹ ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 52 y 53.

⁸⁶⁰ CASANA MERINO, F. en *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., págs. 99 y 100.

Tribunal de Cuentas, a los perceptores de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes del sector público sometidos al control de la jurisdicción contable.

Igualmente se debate sobre el carácter público o no de los fondos de sociedades mercantiles públicas, que actúan en régimen de derecho privado. En este sentido parece que, a tenor de lo establecido por la jurisprudencia de Tribunal de Cuentas, es indiferente el hecho de que las mismas estén sujetas a derecho público o privado, cuando señala que *“lo que determina la naturaleza pública de los fondos es, en definitiva, que los mismos forman parte del patrimonio de una entidad pública o de un ente con personificación pública”* (Sentencia de la Sala de Justicia 12/1999 de 29 de septiembre, 17/2000, de 13 de noviembre, 5/2009 de 17 de marzo). Esta es, por otro lado, la opinión mayoritaria de la doctrina⁸⁶¹, aunque el problema se plantea cuando se trate de sociedades cuya participación no sea mayoritariamente pública, o que incluso sea más pequeña en relación con el total⁸⁶².

f) Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño efectivamente producido.

Como no podía ser de otra forma, para que pueda declararse la responsabilidad contable, es absolutamente necesario que entre la acción u omisión de la persona que tiene encomendado el manejo de los caudales y efectos públicos y el daño o perjuicio producido al Tesoro público exista una relación de causalidad (art. 38 de la Ley Orgánica y 49 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas).

Pero al igual que advertíamos respecto del régimen general de responsabilidad patrimonial, el Tribunal de Cuentas aplica, según el caso, distintas teorías del nexo causal, consciente de que normalmente a la producción del hecho dañoso no ha concurrido una sola causa, sino que es producto de un complejo de hechos y

⁸⁶¹ Así, CORTELL GINER, R. P.: “Supuestos de responsabilidad contable”, cit., pág. 49, considera que los fondos manejados por las sociedades mercantiles públicas tienen naturaleza pública ya que los mismos forman parte del patrimonio de una entidad pública o de un ente con personificación pública, con independencia de que se rijan por normas de derecho privado.

⁸⁶² VILLANUEVA RODRÍGUEZ, U. L.: “Notas sobre la responsabilidad contable”, cit., pág. 18, que demanda un pronunciamiento claro por parte del Tribunal de Cuentas cuando se trate de sociedades mercantiles no participadas en su totalidad por la Administración. También CASANA MERINO, F. en *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., pág. 97, para quien en este caso tendrían que tenerse en cuenta una serie de factores como “la composición del capital social, pero también la finalidad pública o privada del objeto social, la existencia o no de ánimo de lucro, y del régimen presupuestario y contable al que se somete”.

condiciones y, en consecuencia, la relación de causalidad no es algo que pueda determinarse apriorísticamente.

Por este motivo se aprecia la aplicación de distintas teorías por parte del Tribunal de Cuentas, en función del caso concreto⁸⁶³. Es cierto que la Sala de Justicia aplica un concepto de causalidad en sentido amplio, “*más allá de la causa directa o inmediata*” (Sentencia 13/2010, de 1 de julio), por ello acude en múltiples ocasiones a la teoría de la “causa eficiente” según la cual “*es causa eficiente para producir el resultado aquella que, aún concurriendo con otras, prepare, condicione o concrete la acción de la causa última*”; o de la causalidad adecuada como en la Sentencia 6/2012 de 27 de marzo⁸⁶⁴; o aludiendo indistintamente a ambas⁸⁶⁵, así señala que “*como ha puesto de relieve esta*

⁸⁶³ Un breve análisis del este tema a través de la Jurisprudencia del Tribunal de Cuentas, puede consultarse en CORTELL GINER, R. P.: “Supuestos de responsabilidad contable”, cit., pág. 55.

⁸⁶⁴ En la que, respecto de la falta de nexo causal alegada por la recurrente entre su actuación y el daño, argumentando deficiencias de control y fiscalización del propio Ayuntamiento, además de la actuación, de otros funcionarios municipales, que fueron quienes sustrajeron los fondos, el Tribunal señala que “[l]a jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas Sentencia de 26 de septiembre de 1998) establece que «la concurrencia de una relación causal difícilmente puede definirse apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones». La Sentencia de 19 de febrero de 1985, de dicho alto Tribunal señala que «por lo que se refiere al elemento causal, ha de entenderse, a los efectos de decidir sobre su existencia, que es causa eficiente para producir el resultado, aquella que aun concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última».

Sobre los requisitos del nexo causal se ha pronunciado esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, desde la Sentencia de 30 de septiembre de 1999 estableciendo que «es preciso determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de ese posible cálculo, de tal forma que en el primer caso existiría una causa adecuada a la producción del daño, que serviría de fundamento del deber de indemnizar». Toda esta doctrina se recoge en las Sentencias de esta Sala de 1 de diciembre de 2005 y de 11 de noviembre de 2009, enfatizando en la existencia del daño y del nexo causal, «la evolución jurisprudencial ha ido desplazando cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal, ya que la existencia de la culpa se subsume en la causa del daño.

Así, también ha señalado el Tribunal Supremo (entre otras, en la Sentencia de 26 de septiembre de 1998 ya citada) que: «cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final». Por ello, es preciso determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de ese posible cálculo, de tal forma que en el primer caso existiría una causa adecuada a la producción del daño, que serviría de fundamento del deber de indemnizar”.

⁸⁶⁵ Sentencia de la Sala de Justicia 13/2005, de 6 de octubre donde establece que “...es necesario analizar la referida conducta que se ha venido atribuyendo a la demandada, y concluir si la misma fue causa suficiente y adecuada del daño ocasionado a los fondos públicos, debiendo tenerse en cuenta la evolución jurisprudencial que ha ido desplazando cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal, ya que la existencia de la culpa se subsume en la causa del daño y así ha señalado el Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia de 9 de octubre de 2000 que “la persona que causa el daño, lo hace por dolo o por culpa, pues de no haber una y otra, no había causado –nexo causal- el daño”.

Sala en sentencias como las de 25 de septiembre de 1998 y 19 de julio de 2000, que señalaron que en todo caso hay nexo de causalidad cuando el irregular cumplimiento de sus funciones por el demandado desencadena una situación fáctica adecuada para que el menoscabo se produzca. Basta que la conducta del demandado sea «causa suficiente» para que se le pueda exigir responsabilidad contable», o que “[e]s reiterada la doctrina de esta Sala (por todas, Sentencia 10/02, de 18 de diciembre) que señala que existe nexo causal cuando el irregular cumplimiento de sus funciones por el responsable contable desencadena una situación fáctica adecuada para que el menoscabo se produzca, que es precisamente lo que ha sucedido en el presente caso. A ello habría que añadir que según Sentencia, entre otras, también de esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas nº 18/04, de 13 de septiembre, es causa eficiente para producir el resultado aquélla que, aún concurriendo con otras, prepare, condicione o concrete la acción de la causa última”, (Sentencias 13/2010, de 1 de julio, 4/2010, de 2 de marzo, 16/2008, de 1 de diciembre, entre otras).

Incluso, la Sala de Justicia alude, con ciertas reservas, a la imputación objetiva del resultado, precisamente al hilo de determinar el elemento subjetivo de la culpabilidad. En este sentido, nos parece bastante interesante la Sentencia 13/2007, de 23 de julio que transcribimos parcialmente, así señala que “[l]a evolución jurisprudencial en esta materia ha ido desplazando cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal, ya que la existencia de la culpa se subsume en la causa del daño; y así ha señalado el Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia de 9 de octubre de 2000 que “la persona que causa el daño, lo hace por dolo o por culpa, pues de no haber una y

La concurrencia de una relación causal difícilmente puede definirse apriorísticamente puesto que, tal como ha señalado el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 26 de septiembre de 1998 “cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hecho y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final”. Por ello, es preciso determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de ese posible cálculo, de tal forma que en el primer caso existiría una causa adecuada a la producción del daño, que serviría de fundamento del deber de indemnizar.

La previsibilidad es elemento esencial a la hora de valorar la posible conducta culposa de forma que una conducta que causa un daño no puede calificarse de culposa si el daño no era previsible en la esfera normal de los acontecimientos. Ahora bien, la exigencia de prever hay que considerarla, en todo caso, en la actividad normal del hombre medio pero, siempre, tal como ha quedado expuesto, en relación con las circunstancias personales de tiempo y de lugar y el entorno físico y social en que se desenvuelve.

Las anteriores reflexiones han venido constituyendo doctrina reiterada de esta Sala recogida, por citar las más recientes, en Sentencias de 4 de febrero, 6 de abril, y 13 de septiembre, todas de 2004”.

otra, no había causado –nexo causal– el daño”. Lo primero que debe decirse al respecto es que la concurrencia de una relación causal difícilmente puede definirse apriorísticamente, como ha señalado el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 26 de septiembre de 1998, sino que es necesario hacer un juicio de previsibilidad en el caso concreto “ya que una conducta que causa un daño no puede calificarse de culposa si el daño no era previsible en la esfera normal de los acontecimientos si bien, en todo caso, la exigencia de prever hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio, siempre en relación con las circunstancias personales de tiempo y de lugar y el entorno físico y social en que se desenvuelve” (Sentencia de la Sala de 24 de julio de 2006). La diligencia exigible al gestor de fondos públicos es, al menos, la que correspondería a un buen padre de familia, diligencia a la que se refiere el citado artículo 1104 del Código Civil en su segundo apartado, si bien no puede olvidarse que el concepto de culpa ha ido evolucionando en la jurisprudencia “hacia un sistema que, sin hacer abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones casi objetivas” (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1998). Es por ello que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, bien presumiendo culposa toda acción u omisión generadora del daño indemnizable, o bien exigiendo una diligencia específica más alta que la reglada. Es decir, para responsabilizar por una determinada conducta causante de un daño deben tenerse en cuenta no sólo las circunstancias personales de tiempo y de lugar del agente “sino también el sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar cuál sea el agente al que haya de exigirse el cuidado, atención y perseverancia apropiados y la reflexión necesaria para evitar los perjuicios” (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1995). Por lo tanto, existiría conducta culposa “a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta, por ser contraria a los valores jurídicos exteriorizados” (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1994), pero sin llegar a fórmulas completamente objetivas, ya que como esta Sala de Justicia ha señalado, el legislador ha exigido el elemento subjetivo de lo injusto como requisito necesario de la responsabilidad contable en la forma de dolo o culpa grave”.

Para concluir, debemos señalar que la interrupción del nexo causal puede deberse a distintas causas, como la intervención dolosa e intencional de un tercero como causante

del daño, aunque no siempre la intervención de terceros rompe el nexo causal⁸⁶⁶; o cuando se trata de un supuesto de fuerza mayor, como es el caso de los de apoderamiento de los fondos por robo o hurto⁸⁶⁷, o averías de carácter técnico que hagan imposible efectuar un arqueo de los mismos.

3.- SUPUESTOS CONSTITUTIVOS DE RESPONSABILIDAD: ALCANCE, MALVERSACIÓN Y OTROS SUPUESTOS.

La Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas ofrece un concepto genérico de responsabilidad contable, y dentro del mismo establece unos subgrupos, diferenciando los supuestos de alcance, de los de malversación, y un tercer grupo compuesto por otros supuestos diferentes a éstos, pero que quedarían incluidos en la definición genérica de responsabilidad contable⁸⁶⁸. La importancia de dicha clasificación tiene que ver con las consecuencias procedimentales pues, mientras que los alcances y malversaciones son objeto de los procedimientos de reintegro por alcance, los otros supuestos residuales son objeto de los juicios de cuentas. Pero es que, además, en los supuestos distintos de alcance y malversación, la responsabilidad contable podrá ser exigida en vía administrativa mediante expediente administrativo instruido al interesado (art. 41 Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, y art 180.1 y 2 de la Ley General Presupuestaria).

De esta manera, mientras que en la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas se definen los dos supuestos más típicos e importantes de la responsabilidad contable, como son el alcance y la malversación, la Ley General Presupuestaria en el art. 177.1 realiza una descripción más completa del resto de supuestos constitutivos de

⁸⁶⁶ Sino que como pone de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas, en la Sentencia 16/2008, de 1 de diciembre, “*la conducta omisiva del recurrente, sea cual haya sido la influencia en los hechos de las actuaciones de otros, debe haber sido suficiente en sí misma para hacer posible un escenario fuera del cual no habría sido posible que el destino incorrecto de los fondos se hubiera producido. Si a esta doctrina se añade la incorporada a Sentencias, también de esta propia Sala, como la 12/06, de 24 de julio, en las que se dice que el posible incumplimiento por parte de otros de las obligaciones que tienen atribuidas nunca puede constituir causa para que uno deje de atender las propias, sólo cabe concluir que las irregulares actuaciones imputadas por el apelante a terceros, ni afectan a su condición de gestor de los fondos públicos menoscabados, ni atenúan el grado de negligencia que impregnó su conducta, ni interrumpen el nexo causal entre ésta y los daños y perjuicios producidos*”.

⁸⁶⁷ Aunque como advierte CASANA MERINO tampoco se puede generalizar, pues en la jurisprudencia por él estudiada existen supuestos de apoderamiento de fondos públicos por parte de un tercero, en los que la negligencia del demandado fue de tal entidad que sin la misma no se habría producido dicho apoderamiento por lo que no se interrumpe el nexo causal, así la Sentencia de la Sala de Justicia 12/2000 de 19 de julio, en *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., págs.112 a 114

⁸⁶⁸ ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 67 y 68.

responsabilidad contable, si bien, con carácter abierto pues, además de los que expresamente menciona, considera incluido cualquier otro acto jurídico o resolución realizado con dolo o culpa graves e infracción de la propia Ley, siempre que pueda constatarse la existencia de daños y perjuicios para la Administración. El apartado 2 del precepto citado señala que dichas infracciones darán lugar, en ese caso, a la obligación de indemnizar.

3.1. Los supuestos de alcance y malversación.

Se trata de los supuestos típicos generadores de responsabilidad contable, por ello, aunque sea de forma sintética, se hace necesaria su determinación.

El alcance se define en el art. 72.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, a los efectos de la misma, como *“el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas”*.

Siendo el alcance junto con la malversación, como veremos, los supuestos más comunes de responsabilidad contable, pues en ambos el menoscabo de los caudales o efectos públicos es consustancial a la infracción misma, la mayor parte de las Sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas tienen que ver con supuestos de alcance, como consecuencia de una interpretación cada vez más expansiva del mismo⁸⁶⁹. A título de ejemplo, podemos citar algunas conductas constitutivas del mismo: existencia de mandamientos de pago sin justificar o mal justificados; mandamientos de pago no justificados en tiempo y forma; cantidades recaudadas no ingresadas; expedición y cobro, por parte del recaudador de recibos falsos, de forma que se impida una posterior emisión y cobro de los correspondientes recibos verdaderos; recibos, facturas, pagarés y otros documentos similares correspondientes a pagos realizados y no contabilizados, sin justificación (incluidos gastos de viaje, dietas u otros gastos sin justificar).

⁸⁶⁹ Esta interpretación expansiva del concepto de alcance responde, en palabras de CORTELL GINER a dos razones fundamentales: en primer lugar, evitar que surjan cuestiones prejudiciales que pudieran obligar a suspender el procedimiento jurisdiccional contable hasta que exista sentencia firme penal; y en segundo lugar, las limitaciones en el acceso a la jurisdicción contable que la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, introduce cuando se trata de supuestos distintos al alcance y malversación, ya que el juicio de cuentas sólo puede incoarse a la vista del resultado de una fiscalización, en “Supuestos de responsabilidad contable”, cit., pág. 56.

En definitiva para considerar que una acción u omisión es constitutiva de alcance se requiere⁸⁷⁰, además de los requisitos estudiados: a) la existencia de una cuenta pública en el sentido más amplio posible; b) la obligación por parte de los encargados del manejo de los caudales o efectos públicos de justificar la inversión dada a los mismos; y c) el menoscabo o perjuicio en los caudales públicos⁸⁷¹, fácilmente constatable en un mero examen y comprobación de la cuenta, excluyendo la apropiación ilegítima de los fondos, reservada para el concepto de malversación.

En cuanto al concepto de malversación de caudales o efectos públicos se establece en el art. 72.2 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas a los únicos efectos de la jurisdicción contable entendiendo por malversación de caudales o efectos públicos “*su sustracción, o el consentimiento para que ésta se verifique, o su aplicación a usos propios o ajenos por parte de quien los tenga a su cargo*”. La malversación lleva consigo en esencia un alcance de los fondos públicos, y hablaremos de ella cuando el alcance consiste en la ausencia de numerario por haber sido sustraído por el propio gestor o consentido por éste⁸⁷², y también en aquellos casos en que los fondos se aplican a usos propios o ajenos por quien los tenía a su cargo. Pero no se consideraría malversación el supuesto en el que se da a los caudales públicos un destino de naturaleza también pública aunque distinto del asignado, sin perjuicio de que dichos actos pueden ser generadores de responsabilidad contable si infringen otras normas presupuestarias o contables⁸⁷³.

⁸⁷⁰ Seguimos en este punto a CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., págs. 117 y 118.

⁸⁷¹ Según CASANA MERINO el perjuicio podría producirse por las siguientes causas: a) falta de justificación de los gastos realizados, distinguiendo entre los pagos indebidos y los pagos *a justificar*, siendo únicamente estos últimos los constitutivos de alcance, pues el pago indebido es aquel que se produce de forma extrapresupuestaria, sin relación alguna con las cuentas públicas, por lo que sería susceptible de una acción para recuperar lo indebidamente cobrado, y de un expediente administrativo de responsabilidad contable; b) falta de numerario o de valores representativos del mismo, cuyo destino se desconoce, o por haberse éstos perjudicado, aunque no se hayan realizado los gastos; c) por la falta de obtención de los ingresos debidos; y d) por la indebida obtención de subvenciones o la ausencia de justificación en el empleo dado a las mismas, en *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., págs. 118 a 120.

⁸⁷² En este caso, como señala GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., pág. 78, la conducta se refiere al hecho de que el encargado de la custodia de los bienes se apropie de ellos o permita que otros los sustraiga, en este último caso, se trataría de una omisión del deber de custodia que compete a quien tiene los caudales o efectos a su cargo o disposición, sin que, necesariamente, medie acuerdo entre el encargado de la custodia y quien los sustrae. Siendo necesario, para que exista malversación, el ánimo de sustraer, por lo que la malversación se produce necesariamente de forma dolosa, no culposa ni negligentemente.

⁸⁷³ GUTIÉRREZ GARCÍA, A.: “La responsabilidad contable: concepto, naturaleza, elementos, clases y transmisión” en SALA SÁNCHEZ, P. y MARTÍN NOVAL L. (Dirs.): *El Tribunal de Cuentas*.

Ambas figuras están estrechamente conectadas, así el Tribunal de Cuentas (Sentencia 10/2000, de 3 de julio), considera que *“el alcance no se produce solamente cuando falta el dinero público, presumiblemente por la apropiación de la persona que lo tenía a su cargo y que emparenta seguidamente con la malversación, sino también cuando el que maneja caudales o efectos públicos es incapaz de explicar con la mínima e imprescindible actividad probatoria la inversión, empleo o destino dado a los mismos y, consiguientemente, no puede justificar un saldo deudor en las cantidades que tenía a su cargo, con independencia de que físicamente no se haya apropiado o, si se requiere, malversado los fondos públicos cuya custodia le había confiado el Estado”*.

La responsabilidad será exigida en estos supuestos por el Tribunal de Cuentas, mediante el oportuno procedimiento de reintegro por alcance de conformidad con lo establecido en la legislación específica (art. 180.1 de la Ley General Presupuestaria), a diferencia del resto de los supuestos en que, como expondremos, se permite la tramitación de expedientes administrativos para su depuración; únicamente en el caso del alcance y la malversación el procedimiento de reintegro por alcance viene precedido de unas actuaciones previas que se pueden delegar en los órganos autonómicos de control externo.

3.2. Infracciones administrativas constitutivas de responsabilidad contable.

Cualquier otra vulneración de la normativa presupuestaria y contable que no sea constitutiva de alcance y malversación, dará lugar a otro tipo de infracción contable cuya depuración puede sustanciarse mediante un expediente administrativo por parte de la autoridad administrativa, o ante el propio Tribunal de Cuentas – mediante avocación o recurso frente a la resolución administrativa- a través del juicio de cuentas. Si bien es cierto que lo que caracteriza a estas infracciones frente al alcance y la malversación, es que la determinación del menoscabo exige un complejo proceso de fiscalización y constatación de datos, por lo que se sustancian en vía administrativa. Dichos supuestos se enuncian, con carácter abierto en el art. 177 de la Ley General Presupuestaria en el ámbito de la Administración del Estado, si bien las Leyes Presupuestarias y de Hacienda de las Comunidades Autónomas recogen preceptos similares al citado; y la normativa presupuestaria y contable de las Entidades Locales tiende a acercar el régimen legal al

Fiscalización y Enjuiciamiento, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pág. 138

máximo posible a los preceptos de la Ley General Presupuestaria, por lo que es ésta la que se aplica⁸⁷⁴. El art. 177 de la Ley General Presupuestaria considera infracciones contables, además de haber incurrido en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos, las siguientes:

- Administrar los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública estatal sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro.

- Comprometer gastos, liquidar obligaciones y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en esta ley o en la de Presupuestos que sea aplicable

- Dar lugar a pagos reintegrables, de conformidad con lo establecido en el art. 77 de la Ley General Presupuestaria. Este supuesto incluye tanto a los pagos propiamente indebidos (los realizados por error material, aritmético o de hecho a favor de persona en quien no concurra derecho alguno de cobro frente a la Administración con respecto a dicho pago, o en cuantía que exceda de la consignada en el acto o documento que reconoció el derecho del acreedor y que originan la obligación inmediata de restitución, conforme a los procedimientos reglamentariamente establecidos), como a los actos de los que se deriven reintegros distintos de los anteriores, cuya revisión se realizará de acuerdo con los procedimientos de revisión de oficio de actos nulos o anulables previstos en la Ley 30/1992, o de conformidad con los procedimientos específicos de reintegro establecidos en las normas reguladoras de los distintos ingresos según la causa que determine su invalidez⁸⁷⁵.

- No justificar la inversión de los fondos a que se refieren los arts. 78 y 79 de esta Ley (anticipos de caja fija y pagos a justificar) y la ley General de Subvenciones⁸⁷⁶.

- Cualquier otro acto o resolución con infracción de esta ley, cuando concurren los supuestos establecidos en el art. 176 de esta Ley.

⁸⁷⁴ CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., págs. 123 y 124.

⁸⁷⁵ SALA SÁNCHEZ, P.: “La responsabilidad contable en la nueva Ley General Presupuestaria”, en *Revista Galega de Economía*, vol. 16, núm. extraord., 2007, pág. 7.

⁸⁷⁶ Sobre las dificultades que presenta este supuesto, véase, SALA SÁNCHEZ, P.: “La responsabilidad contable en la nueva Ley General Presupuestaria”, cit., págs. 9 a 15.

Por supuesto, también constituye una infracción contable, cualquier otro acto o resolución con infracción de las Leyes reguladoras de la normativa presupuestaria y contable de las Comunidades Autónomas y de las Haciendas Locales.

Si bien resulta claro que, el concepto de responsabilidad contable en vía administrativa no puede variar respecto del concepto que resulta de la Ley Orgánica y Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, donde sí pueden existir discrepancias, como advierte CORTELL GINER, es en la aplicación de un criterio determinado para clasificar las infracciones contables dentro de uno de los dos grupos básicos de responsabilidad contable, esto es, dentro de los alcances y malversaciones, o dentro del “resto de las infracciones contables”. Y ello porque el concepto de alcance recogido en el art. 72.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas es más amplio que el formulado en el art. 176.1.a) de la vigente Ley General Presupuestaria o normas equivalentes de las Comunidades Autónomas. En consecuencia, algunos supuestos que en vía administrativa son constitutivos de infracción contable distinta del alcance, en vía jurisdiccional cabría subsumirlos en el concepto de alcance del art. 72.1 de la Ley de Funcionamiento⁸⁷⁷. La propia Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas reconoce que el concepto de alcance del art. 72.1 de la Ley de Funcionamiento es más amplio que el del art. 177.1 de la Ley General Presupuestaria (Sentencias 14/2004 de 14 de julio⁸⁷⁸,

⁸⁷⁷ Como señala el autor “este diferente criterio de clasificación de infracciones contables, según estemos en vía administrativa o jurisdiccional da lugar a la existencia de expedientes administrativos de responsabilidad contable cuyo objeto son infracciones contables que según el art. 72.1 de la Ley de Funcionamiento deben ser calificadas como alcance. Sin embargo la citada Ley no contempla la posibilidad de que dichos expedientes constituyan el antecedente formal del procedimiento de reintegro por alcance”, y dado que es el juicio de cuentas donde se efectúan las previsiones necesarias para hacer posible el enjuiciamiento por el Tribunal de Cuentas de las cuestiones que se desprenden de estos expedientes, concluye, que “la solución más razonable es que el juicio de cuentas constituya el cauce procesal de los mismos, con independencia del tipo de infracción contable que los origine”, en CORTELL GINER, R.P.: “Los expedientes administrativos de responsabilidad contable”, *Auditoría Pública*, nº 19, diciembre, 1999, pág. 67; vid. igualmente CORTELL GINER, R.P.: “Aspectos críticos de la responsabilidad contable”, cit., págs. 52 y 53.

⁸⁷⁸ Aunque en relación con la anterior Ley General Presupuestaria, señala que “la Sala de Justicia ha venido estableciendo un concepto amplio de alcance que incluye a otros supuestos regulados en diferentes apartados del art. 141.1 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, incluido el del apartado d), “dar lugar a pagos indebidos al liquidar las obligaciones o al expedir documentos en virtud de funciones encomendadas”. Así el Fundamento de Derecho Cuarto del Auto 66/1997, de 27 de noviembre, establece “aunque los citados pagos pudiesen ser reputados como indebidos y la responsabilidad contable que de ellos derivara pudiera ser exigida en vía administrativa (140 y ss. del TRLGP), ello no empece la competencia de este Tribunal para conocer de estas responsabilidades contables, no sólo por la vía de la pieza separada derivada de cualquier procedimiento fiscalizador (art. 45 en relación con el 68 y ss. de la Ley 7/1988, de 5 de abril), sino también por la vía del art. 47 en relación con el art. 72 y ss. por cuanto no hay que olvidar que el concepto que nos sirve para delimitar la dualidad procedimental es el alcance, según la definición que se contiene en el art. 72 de la Ley 7/1988, en cuyos límites, saldo deudor injustificado o ausencia de numerario o ausencia de justificación, tiene cabida, sin duda, como viene

2/2007 de 14 de marzo⁸⁷⁹, 8/2010 de 17 de marzo), aunque no se pronuncia sobre la problemática que puede plantear tal apreciación. Esto es así, en la medida en que todos los supuestos enumerados en el art. 177 de la Ley general Presupuestaria son susceptibles de producir un saldo deudor injustificado, por lo que toda infracción administrativa podría subsumirse en el alcance⁸⁸⁰.

4.- SUJETOS RESPONSABLES.

En cuanto a los sujetos a los que se les puede exigir responsabilidad contable ya hemos hecho referencia al hablar del ámbito subjetivo de la responsabilidad contable, señalando como tales, a todas las personas que recauden, intervengan, administren, custodien o manejen caudales o efectos públicos. Lo que en sentido amplio se conoce como gestor de fondos públicos, por lo que nos remitimos a lo allí expuesto.

En este sentido, pueden serlo tanto las autoridades y demás personal al servicio de las entidades del sector público, como los particulares que, excepcionalmente, recauden o custodien fondos o valores públicos, y los perceptores de las subvenciones, avales y otras ayudas similares, pues todos ellos han de rendir cuentas⁸⁸¹.

4.1. Clases de responsabilidad contable: responsabilidad directa y responsabilidad subsidiaria.

Después de definir la responsabilidad contable, el art. 38.2 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas establece que dicha responsabilidad puede ser directa o subsidiaria.

reconociendo esta Sala, algunos de los hechos generadores de responsabilidad contable definidos en el art. 141, letra b) a la g) del TRLGP y entre ellos podemos citar a los pagos indebidos en cuanto suponen una salida material de fondos públicos sin causa y, por tanto, carentes de justificación”.

⁸⁷⁹ Igualmente afirma que “esta Sala de Justicia ha venido estableciendo un concepto amplio de alcance que incluye, no sólo los supuestos descritos literalmente en el artículo 72 de la Ley /71988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, sino otros que estaban regulados en los diferentes apartados del Artículo 141.1 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (actualmente artículo 177.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre), como son los apartados c y d, es decir, comprometer gastos y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto legalmente y realizar pagos indebidos, en cuanto exista una salida de efectivo de las arcas públicas sin causa y, por tanto, carente de justificación”.

⁸⁸⁰ CORTELL GINER, R.P.: “Aspectos críticos de la responsabilidad contable”, cit., págs. 52 y 53.

⁸⁸¹ Como advierte CORTELL GINER, R. P.: “Supuestos de responsabilidad contable”, cit., pág. 49, puede ocurrir que en la infracción contable intervengan de uno u otro modo personas que están fuera de dicho círculo, pero no serán responsables contables (“extraneus”), en este sentido la Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 13/2008, de 20 de octubre, dispone que “no pueden ser responsables contables quienes, pese a haber participado en los hechos generadores del menoscabo en los caudales públicos, no tuvieran la condición de gestores del patrimonio dañado, ya que ello supondría una invasión por la jurisdicción contable de las competencias de otros órdenes jurisdiccionales”.

Son responsables directos “quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución” (art. 42.1 de la Ley Orgánica). Por su parte, el art. 43.1 señala que son responsables subsidiarios “quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas de modo expreso por las Leyes o Reglamentos hayan dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial del importe de las responsabilidades directas”⁸⁸².

Las consecuencias entre ser responsable directo y subsidiario son jurídicamente bastante importantes. Así, la responsabilidad directa será siempre solidaria y comprende todos los daños causados, dicha solidaridad se produce en atención al interés general derivado del carácter público de los fondos y permite al ente perjudicado dirigirse contra todos o contra cualquiera de los responsables indistintamente. Por el contrario, la responsabilidad subsidiaria es mancomunada y únicamente comprende los perjuicios que sean consecuencia directa de los propios actos (art. 38.3 de la Ley Orgánica)⁸⁸³. Además, la responsabilidad subsidiaria se puede moderar de forma prudencial y equitativa, pudiendo eximirse de responsabilidad como consecuencia de la falta de medios materiales o personales; posibilidades éstas que no están previstas para el caso de la responsabilidad directa (arts. 38.4 y 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas).

Por otro lado, el apartado 2 del art. 43 de la Ley Orgánica precisa que la exigencia de responsabilidades subsidiarias sólo procede cuando la responsabilidad directa, previamente declarada, no haya podido hacerse efectiva.

⁸⁸² Sobre la distinción de ambos tipos de responsabilidad puede consultarse MARTÍN LÓPEZ, J.: “A vueltas con la delimitación de las responsabilidades contables directas y subsidiarias”, *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 115, 2002; y CORTELL GINER, R. P.: “Responsabilidad contable directa y subsidiaria”, *Auditoría Pública*, nº 9, marzo, 1997.

⁸⁸³ Según GUTIÉRREZ GARCÍA, A.: “La responsabilidad contable: concepto, naturaleza, elementos, clases y transmisión”, cit., págs. 142 y 143, la doctrina del Tribunal de Cuentas (Sentencia de 21 de septiembre de 1987), establece que desde el momento en que se puedan diferenciar distintos grados de culpa, o se llegue a la conclusión de que los hechos se produjeron por el concurso de todas las actuaciones, la responsabilidad subsidiaria será mancomunada, y cada responsable debe responder en la medida en que tales hechos sean consecuencia de sus actos o, lo que es lo mismo, por cuotas. Según CASANA MERINO, el prorrateo entre los responsables subsidiarios no se efectúa a partes iguales, sino en función de la parte del perjuicio que sea imputable a la actuación de cada uno, por lo que de acuerdo con esta regla, “no cabe excluir la solidaridad si la actuación culpable o negligente de cada uno de los responsables subsidiarios ha sido suficiente para producir la totalidad del perjuicio”, en *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., pág. 142.

Sin embargo, debemos advertir que no siempre es fácil distinguir la responsabilidad contable directa de la subsidiaria, máxime, si tenemos en cuenta la confusa regulación de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, que parece establecer tres criterios para su distinción, a saber: el del grado de autoría y participación; el del grado de culpabilidad, que es sin duda el más polémico; y el del orden de la responsabilidad. Criterios que luego aparecen mezclados en la regulación contenida en los arts. 42 y 43 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas⁸⁸⁴.

Respecto del primero, la responsabilidad directa alcanza a todos los grados de autoría, a los cómplices, auxiliares o cooperadores y a los encubridores de la infracción, por supuesto siempre que tengan a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos, mientras que la responsabilidad subsidiaria queda limitada a los casos de participación necesaria, favoreciendo la ejecución de la acción u omisión constitutiva de la responsabilidad contable.

No aparece tan claro el criterio que hace referencia al grado de culpabilidad pues, al mencionar expresamente el art. 43 regulador de la responsabilidad subsidiaria la “negligencia o demora”, ha llevado a algunos autores a interpretar que la responsabilidad contable directa sólo sería posible cuando hubiera dolo o negligencia grave, mientras que la responsabilidad subsidiaria sería exigible aún cuando dicha negligencia fuera sólo leve⁸⁸⁵.

Para otros autores, por el contrario, cualquier clase de responsabilidad, bien directa, bien subsidiaria, sólo puede surgir de las conductas en las que concurra dolo o negligencia grave, nunca leve. Así se manifiesta CORTELL GINER, cuya afirmación

⁸⁸⁴ Al respecto, CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., pág. 135, distingue en función del grado de autoría y participación en la infracción contable, entre autores –incluyendo los inductores y cooperadores o cómplices- y encubridores; y entre la responsabilidad directa o por hechos propios y la responsabilidad indirecta o por hechos de otro. Respecto del grado de culpabilidad, señala, cabe hablar de responsabilidad por dolo, culpa o negligencia; y finalmente respecto del orden en que son responsables, distingue entre responsabilidad principal –la que se exige del llamado a responder en primer lugar- y responsabilidad secundaria o subsidiaria –que sólo puede exigirse cuando el menoscabo no haya podido ser reparado exigiendo la indemnización a los responsables directos.

⁸⁸⁵ Así, MEDINA GUIJARRO, J. y PAJARES GIMÉNEZ, J. A.: “La jurisdicción contable: contenido y procedimientos”, cit., pág. 214, entienden que de la normativa vigente se deduce que, mientras en los supuestos de responsabilidad directa deberá existir, al menos, negligencia grave, para que se dé la responsabilidad subsidiaria bastará con que concurra negligencia leve; para VILLANUEVA RODRÍGUEZ, U. L.: “Notas sobre la responsabilidad contable”, cit., pág. 22, la responsabilidad subsidiaria se exigirá a quienes por negligencia (culpa leve) o demora en el cumplimiento de sus obligaciones hayan dado lugar a que los caudales públicos resulten menoscabados y cuando no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial de las responsabilidades directas.

basa en la dicción del art. 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, que exige el requisito de la gravedad, y porque la solución contraria supondría para el responsable directo un trato más benévolo que el aplicable al subsidiario, que respondería por culpa leve⁸⁸⁶. En este sentido, para el autor, la responsabilidad directa engloba todos los supuestos de autoría, además de aquellos otros de participación dolosa, necesaria o no, en la ejecución de la infracción contable (inducción, complicidad y encubrimiento), siendo indiferente que haya actuado mediando dolo o culpa grave, ya que siempre estaremos ante un supuesto de responsabilidad directa. Mientras que la responsabilidad subsidiaria queda limitada a los casos de participación necesaria no dolosa, es decir, a aquellos supuestos en los que –por culpa o negligencia graves- se favorece la ejecución de la acción u omisión constitutiva de la infracción contable, de manera que si no se hubiera dado esa conducta la infracción se habría evitado⁸⁸⁷.

Por su parte, CASANA MERINO, admitiendo que la redacción legal es confusa, considera que mientras no sea modificada, debe respetarse y aplicarse. Para ello intenta compatibilizar el concepto general que se da de infracción contable, con la distinción entre responsabilidades directas y subsidiarias. Así, señala que “toda infracción requiere como mínimo negligencia grave, categoría que podemos equiparar al grado intermedio de la culpa o culpa leve. Por tanto la negligencia a que se refiere el art. 43 LOTCu cuando define la responsabilidad subsidiaria es siempre la de grado mayor, quedando excluidos de este tipo de responsabilidad –no de la patrimonial o de la disciplinaria- los daños que se causen por culpa levísima o simple negligencia. Por su parte, la responsabilidad directa exigirá siempre dolo o culpa grave”⁸⁸⁸.

Tradicionalmente la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas se ha inclinado a favor de la distinción entre culpa grave y negligencia o culpa leve para delimitar la responsabilidad directa de la subsidiaria, así la Sentencia de la Sala de Justicia de 21/2001 de 17 de noviembre afirma que la exigencia de responsabilidad subsidiaria

⁸⁸⁶ CORTELL GINER, R. P.: “La responsabilidad contable directa y subsidiaria”, cit., pág. 41; en la misma línea CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 242.

⁸⁸⁷ CORTELL GINER, R.P.: “La responsabilidad contable y su enjuiciamiento: principios generales”, cit. pág. 111. El autor se muestra contrario al criterio diferenciador meramente subjetivo de algunas sentencias de la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas –de 9 de septiembre de 1987 y 26 de marzo de 1993-, que exigen la culpa grave para la responsabilidad directa y la leve o mera negligencia para la responsabilidad subsidiaria; vid. igualmente “Aspectos críticos de la responsabilidad contable”, cit., págs. 58 a 61.

⁸⁸⁸ CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., pág. 137.

“solo procede en defecto de la directa, que está basada en la culpa o negligencia, si bien no comprende todas las modulaciones en lo que a graduación de la culpa se refiere, pues como es bien sabido, ... sólo la que merece el calificativo de grave entra dentro del concepto de la directa”.

Actualmente, sin embargo, las discrepancias en torno al criterio a seguir para determinar cuando estamos en presencia de responsabilidad directa o subsidiaria se ponen de manifiesto en la jurisprudencia más reciente mediante una serie de sentencias con diferencias argumentales y votos particulares en sentido contrario. El cambio de criterio por parte de la jurisprudencia respecto del criterio tradicional que distingue ambos supuestos en función de la graduación de la culpa, se descubre claramente en la Sentencia 6/2012, de 27 de marzo cuando señala que *“[d]e acuerdo con la más reciente doctrina de esta Sala, manifestada entre otras en las sentencias de 7 de octubre de 2010, 15 de diciembre de 2009 y 17 y 31 de marzo de 2009, lo que determina que una concreta conducta sea constitutiva de responsabilidad contable directa o subsidiaria no es el carácter grave o leve de la negligencia apreciada en la misma, sino su relevancia para la provocación del resultado lesivo para los fondos públicos. El grado de culpa que concurra no resulta decisivo a efectos de declarar el grado de responsabilidad, pues la existencia de negligencia grave puede dar lugar tanto a la responsabilidad directa como a la subsidiaria, ya que lo relevante es la participación que hayan tenido los presuntos responsables en los hechos generadores del alcance. Así, el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas señala que “serán responsables directos quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución”. El artículo 43 de este mismo texto legal señala que “son responsables subsidiarios quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas de modo expreso por las Leyes o Reglamentos hayan dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial del importe de las responsabilidades directas”.*

Prosigue la sentencia argumentando que *“[l]a decisión sobre el carácter directo o subsidiario de la responsabilidad depende de que la conducta imputable al responsable se estime subsumible en la descripción de uno u otro de los preceptos de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas que se acaban de mencionar. Así, la ya referida*

sentencia de 7 de octubre de 2010 señala que “el carácter directo o subsidiario de la responsabilidad contable no deriva sólo de las funciones del cargo que se ostenta y del concurso de éstas con las atribuciones de otras personas involucradas en la gestión enjuiciada, sino que es consecuencia sobre todo de la relevancia jurídica de la conducta concreta de cada gestor en el incumplimiento legal producido y en el daño originado en el Patrimonio Público”. La condición de Interventor del recurrente no supone “a priori” que la responsabilidad exigible deba ser subsidiaria por razón del propio cargo. Será en cada caso concreto donde se pueda decidir, a la vista de la concreta relación de cada conducta con cada alcance producido, quiénes son responsables directos y quiénes subsidiarios, sin perjuicio del cargo que ostentan y de la intervención que otras personas hayan podido tener en los mismos hechos.

Partiendo de las precisiones anteriores, como adecuadamente señala la sentencia de instancia la conducta del recurrente implica un cierto grado de omisión de los deberes de control y supervisión inherentes a su cargo, lo que influyó en que se produjera el menoscabo en los fondos del Ayuntamiento, no se puede concluir que haya “ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución”, como exige el artículo 42. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas para considerarles responsables directos y, por eso, su responsabilidad debe ser calificada como subsidiaria”.

Esa es también la línea seguida en la sentencia 20/2010, de 7 de octubre, respecto de la que, sin embargo, se formula un voto particular en los siguientes términos: “este precepto (se refiere el art. 43) establece la necesidad de que los responsables subsidiarios “hayan dado ocasión directa o indirecta” al daño. Esta nota definidora de la responsabilidad contable subsidiaria supone, desde luego, una participación en los hechos pero, por sí sola, no permite diferenciar la responsabilidad contable directa y la subsidiaria, ya que se puede dar ocasión directa o indirectamente al daño tanto si el hecho se ejecuta como si se induce o fuerza a ejecutar como si se coopera o se encubre.

Efectivamente, el artículo 43 no describe las conductas que pueden ocasionar el hecho dañoso sino que se limita a poner énfasis en la concurrencia del nexo de causalidad entre la conducta ilegal del gestor y el daño ocasionado, en cuanto es preciso que su actuación haya dado ocasión directa o indirectamente al perjuicio.

Por ello, la imputación de responsabilidad contable a título de responsable directo o subsidiario requiere algún elemento más que cualifique la participación en los hechos (como autor, cómplice, cooperador, inductor o encubridor) y que a juicio de este Consejero no es sino el elemento subjetivo del dolo, culpa o negligencia.

Así, el propio artículo 43 al definir al responsable contable subsidiario señala que lo es quien da ocasión al hecho dañoso “por negligencia o demora en el cumplimiento de sus obligaciones atribuidas por Leyes o Reglamentos.....”. Quedan por tanto excluidas las conductas dolosas.

... En el ámbito contable, esta Sala de Justicia ha venido exigiendo al gestor de fondos públicos una especial diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de custodia, justificación y rendición de cuentas, en cuanto su incumplimiento da lugar a una conducta, generadora de daños y perjuicios, que puede considerarse socialmente reprobable, debiendo ponderarse la diligencia exigible al gestor de fondos públicos en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias concurrentes en el mismo.

La negligencia o culpa leve es predicable de quien omite las cautelas que, no siéndole exigibles, adoptaría una persona muy reflexiva o extremadamente cauta, mientras que la grave es predicable de quien omite las exigibles a una persona normalmente prudente de forma que, como señala la Sala de Justicia en la Sentencia de 17 de diciembre de 1998 "nos sitúa en el contexto del descuido inexcusable en personas que por razón de su formación, conocimientos, experiencia, responsabilidades encomendadas o listado de deberes, deberían haber observado una serie de precauciones en su actuación", las cuales habrían enervado el daño producido.

Esta graduación de la negligencia es la que permite, a juicio de este Consejero diferenciar la responsabilidad contable directa y la subsidiaria, siendo responsables contables directos aquellos gestores que con su actuación ilegal ocasionan el daño interviniendo dolo o culpa grave y responsables contables subsidiarios aquellos cuya conducta ilegal da ocasión al daño por mera negligencia o culpa leve.

En este sentido, el Tribunal Supremo, de forma reiterada al sistematizar los elementos de la responsabilidad contable, por todas la sentencia de 24 de mayo de 2010, recoge entre los mismos: “ d) La acción u omisión contraria a la ley Contable y generadora del perjuicio a los fondos públicos ha de estar marcada por una nota de subjetividad y acotada, por consiguiente, en los presupuestos de dolo, culpa o negligencia grave, con distintas modulaciones en lo que a la gravedad de la culpa se refiere, según se trate de responsabilidad contable directa o subsidiaria, requisito este

último que deriva del art. 140 de la ley General Presupuestaria en relación con el artículo 42 de la Ley Orgánica 2/1982”.

Y así lo ha mantenido esta Sala de Justicia de manera constante y reiterada en múltiples sentencias en que se ha venido señalando que la concurrencia de dolo o culpa grave determina la imputación de responsabilidad contable directa mientras que la concurrencia de culpa leve da lugar a la responsabilidad contable subsidiaria. Por todas cabe recordar la Sentencia de esta Sala de Justicia de 9 de septiembre de 1987”⁸⁸⁹.

En lo que coincide la práctica totalidad de la doctrina al respecto es, en la imperiosa necesidad de una reforma normativa que establezca de forma clara y precisa la diferencia entre la responsabilidad directa y la subsidiaria⁸⁹⁰.

En cualquier caso, nosotros estamos de acuerdo en la necesidad de exigir la gravedad de la culpa o negligencia, tanto si se trata de responsabilidad directa como si se trata de responsabilidad subsidiaria, entre otras cosas, porque así lo impone el concepto mismo de responsabilidad contable. Además, como señala CUBILLO RODRÍGUEZ, la gravedad de la culpa o negligencia es el requisito exigido por el art. 145.3 de la Ley 30/1992, para que las autoridades y funcionarios respondan patrimonialmente frente a la Administración, por lo que en opinión del autor, y en la nuestra, no existe base legal suficiente que permita justificar una diferencia de *status* jurídico tan relevante, entre el gestor de fondos públicos y las restantes autoridades y funcionarios, como para admitir que el primero pueda llegar a responder por negligencia leve y los últimos sólo por culpa grave⁸⁹¹.

Finalmente debemos señalar, como lo hace el art. 38.3 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, que la responsabilidad subsidiaria es una responsabilidad

⁸⁸⁹ Este criterio sirve de fundamentación en las Sentencias 8/2009, de 31 de marzo, 10/2009, de 11 de mayo, que incluyen sendos votos particulares, en los que se afirma que el carácter directo o subsidiario de la responsabilidad contable no deriva sólo de las funciones del cargo que ostenta y del concurso de éstas con las atribuciones de otras personas involucradas en la gestión enjuiciada, sino que es consecuencia sobre todo de la relevancia jurídica de la conducta concreta de cada gestor en el incumplimiento legal producido y en el daño originado en el patrimonio público. Además se considera que para que puedan declararse responsabilidades contables tanto directas como subsidiarias es necesario que exista negligencia grave.

⁸⁹⁰ Así ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 100, que propone para ello diferenciar, como lo hace el derecho civil, entre responsabilidad directa e indirecta, por un lado, y principal o subsidiaria por otro; o CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 243, entre otros.

⁸⁹¹ CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 243.

secundaria, y por ello únicamente puede exigirse cuando no se haya podido hacer efectiva la responsabilidad directa, en este sentido no es posible legalmente declarar responsabilidades subsidiarias, si previamente no se ha declarado la responsabilidad contable directa⁸⁹².

4. 2. Causas de exención y atenuación de la responsabilidad.

La Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas establece en su art. 39 una serie de circunstancias que eximen de responsabilidad contable, ya sea directa ya subsidiaria. En primer lugar, quedarán exentos de responsabilidad quienes actuaren en virtud de obediencia debida, siempre que hubieran advertido por escrito la imprudencia o ilegalidad de la correspondiente orden. También es causa de exención cuando el retraso en la rendición, justificación o examen de las cuentas y en la solvencia de los reparos sea debido al incumplimiento por otros de sus obligaciones específicas y el responsable así lo haga constar por escrito⁸⁹³. En este último supuesto, la acción u omisión que origina el daño no es imputable a la persona a la que se pretende exigir responsabilidad, se trataría de un supuesto de inexistencia de nexo causal entre la actuación del presunto responsable y el perjuicio ocasionado, por este motivo CASANA MERINO, considera excesiva la exigencia de que el responsable lo haga constar por escrito, ya que si el hecho causante del daño no es debido a la actuación del presunto responsable, sino a la actuación de otro, el primero no ha cometido ningún tipo de infracción y por lo tanto no se le puede imputar la responsabilidad derivada de la misma⁸⁹⁴.

Para los responsables subsidiarios se regula también como causa de exención (art.

⁸⁹² Sobre la no procedencia de la exigencia de responsabilidades contables subsidiarias cuando no existen responsabilidades contables principales (lo que la doctrina denomina responsabilidades subsidiarias autónomas), puede consultarse ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 102 a 105; y CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., págs. 143 y 144.

⁸⁹³ Aunque la jurisprudencia de la Sala del Tribunal de Cuentas viene señalando (Sentencia 4/2007, de 23 de abril) “en numerosas resoluciones, por todas la sentencia 31/2004, de 20 de diciembre, que “el posible incumplimiento por parte de otros de las obligaciones que tienen atribuidas nunca puede constituir causa para que uno deje de atender las propias”, siendo doctrina reiterada, por todas la sentencia 12/06, de 24 de julio, que las deficiencias organizativas, lejos de ser una causa de exoneración de la obligación del gestor de los fondos públicos de gestionarlos con la diligencia debida, refuerza su deber de diligencia, en cuanto siendo consciente de tal situación debería haber extremado su cuidado para evitar el resultado dañoso dado que el riesgo era previsible debido, precisamente, a esa deficiente organización”.

⁸⁹⁴ Esta exención de responsabilidad nace, para el autor, del concepto de infracción contable, sin necesidad de precepto alguno que la reconozca de forma expresa, y por tanto sin necesidad de que el incumplimiento de otros se haya hecho constar por escrito, en CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., pág. 140

40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas), que se pruebe que el presunto responsable no pudo cumplir las obligaciones que le incumbían, con los medios personales y materiales que tuviere a su disposición en el momento de producirse los hechos.

Igualmente sólo para responsables subsidiarios, el apartado segundo del mencionado precepto, permite moderar la responsabilidad, cuando no existiere imposibilidad material para el cumplimiento de las obligaciones atribuidas al gestor de fondos públicos pero, el esfuerzo que hubiera de exigírsele para desarrollarlas, resultara desproporcionado respecto a la naturaleza de su cargo. Si bien, no es ésta la única causa de moderación de la responsabilidad, pues el art. 38.4 de la Ley Orgánica alude a que la responsabilidad subsidiaria podrá moderarse en forma prudencial y equitativa, en función de las circunstancias concurrentes y de la conducta observada por el sujeto incurso en esta responsabilidad, lo que implica una cierta discrecionalidad del órgano correspondiente para su determinación.

5.- LA INDEMNIZACIÓN.

Tanto la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas en su art. 38.1, como la Ley General Presupuestaria en el art. 176, establecen la obligación para los responsables contables de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados en los efectos o caudales públicos, finalidad reparatoria que es intrínseca a la exigencia de la responsabilidad contable.

El Tribunal de Cuentas exige la “*restitutio in integrum*”, es decir, el declarado responsable está obligado a abonar todos los perjuicios originados, cuya cuantía se obtiene de sumar al menoscabo concreto provocado, los intereses calculados desde el día en que se entiende producido el alcance o irrogados los perjuicios hasta el total resarcimiento del mismo.

Considerando el Tribunal de Cuentas que “*a propósito de los intereses, y como ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala de Justicia -por todas Sentencia 10/2008, de 28 de mayo-, en el ámbito de la responsabilidad contable es aplicable el principio de «restitutio in integrum», como derecho de la Hacienda Pública (art. 145.1 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 1988, aplicable en el momento en el que se cometieron los hechos, y art. 181.1 de la actual Ley General Presupuestaria).*”

Así, tanto el art. 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas, como el art. 59.1 de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, así como el propio art. 140.1 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 1988 (artículos 181.2 y 17 de la actual Ley General Presupuestaria y art. 20 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial), hacen referencia a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, como obligación principalísima del declarado responsable contable. La legislación propia del Tribunal de Cuentas, en concordancia con la legislación presupuestaria, entiende que la obligación de reparar los daños causados se concreta en el deber de restituir el importe en que se cifra la responsabilidad contable -daño emergente-, y la ganancia que ha dejado de obtener el acreedor -lucro cesante.

Así, la incorporación de los intereses a las cantidades alcanzadas tiene por objeto obtener el total resarcimiento de los daños y perjuicios causados, pues sólo de esta manera se restituyen íntegramente los fondos alcanzados. La doctrina del Tribunal Constitucional al respecto (ver entre otras, Sentencias 76/1990, 206/1993, 69/1996, 23/1997 y 141/1997) ha venido a enfatizar el carácter indemnizatorio del interés de demora, afirmando que la tutela judicial efectiva requiere que el fallo reconduzca el restablecimiento pleno del derecho del interesado hasta la «restitutio in integrum» como compensación específica con arreglo a un módulo objetivo por el daño sufrido y el lucro cesante que hubiera podido obtener en circunstancias normales de la cantidad líquida que se le adeuda”, (Sentencias de la Sala de Justicia 12/2009, de 3 de junio 24/2009, de 11 de noviembre 10/2010, de 24 de mayo, 23/2010, de 18 de noviembre).

Sin embargo, dicha obligación reparatoria es distinta en función de que estemos en presencia de una responsabilidad contable directa o se trate de una responsabilidad subsidiaria.

Cuando el menoscabo de caudales o efectos públicos se ha producido como consecuencia de una responsabilidad directa, el causante queda obligado a pagar todos los perjuicios originados (art. 38.3 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas), es decir, el daño efectivamente producido más los intereses contados desde la fecha en que el daño se produjo. Pero si se trata de una responsabilidad contable subsidiaria, el causante quedará obligado a indemnizar los perjuicios que sean consecuencia de sus

actos (art. 38.4 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas), es decir, la cifra obtenida de sumar al menoscabo producido por tales actos, que como señala el precepto pueden moderarse en forma prudencial y equitativa, los intereses contados desde la fecha en que se hubiere practicado el requerimiento de pago.

Respecto del pago de la indemnización, CUBILLO RODRÍGUEZ advierte que, puede ocurrir, que una vez cuantificados los daños y perjuicios, el patrimonio privado del gestor resulte manifiestamente insuficiente para garantizar el resarcimiento al erario público de los daños y perjuicios ocasionados en el mismo. Ante esta circunstancia, que se puede plantear en todas las modalidades de responsabilidad por daños, la solución que ofrece tanto el Ordenamiento jurídico como la jurisprudencia, es la determinación de un sistema de indemnización que permite exigir cuantías diversas, según la naturaleza del caso. Para el autor no es una fórmula mágica que permita obtener el pleno resarcimiento patrimonial de la víctima, pero unida a la reacción jurídica que supone la paralela aplicación del derecho sancionatorio, hace posible resolver el problema de una manera razonable y ponderada, aunque reconoce, que desde una perspectiva de justicia material, no sea perfecta⁸⁹⁵.

El debate sobre esta materia ha llevado a algunos autores a proponer la posibilidad y conveniencia de que la jurisdicción contable pudiera declarar, junto con la indemnización reparatoria, alguna medida complementaria de distinta naturaleza, particularmente la inhabilitación para la gestión de fondos públicos. Esta controversia que CUBILLO RODRÍGUEZ reconocía aún no estaba madurada⁸⁹⁶, parece que empieza a tomar forma, aunque evidentemente no atribuyendo potestad al Tribunal de Cuentas, sino mediante la modificación del Código Penal, llevada a cabo por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre. Así se incluye un nuevo art. 433 bis en el que se recoge una forma de malversación de caudales que sanciona penalmente a la autoridad o funcionario que falsee la contabilidad, documentos o información que deban reflejar su situación económica, cuando ello se lleva a cabo para causar perjuicio económico a la entidad pública de que dependa. También se castiga el falseamiento de la información de relevancia económica, que no forma parte inicialmente de un documento pero que encuentra reflejo posteriormente en el mismo. Por último se tipifica la facilitación de esa información falsa a terceros, cuando tal conducta resulta idónea para causar un

⁸⁹⁵ CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 239 y 240.

⁸⁹⁶ CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 240.

perjuicio económico a la Administración. La pena prevista es de multa e inhabilitación, y prisión en el caso de causación efectiva del perjuicio económico.

También se prevé en el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, cuando contempla la posibilidad de la destitución de los miembros del Gobierno, altos cargos y asimilados por la comisión de infracciones muy graves y la imposibilidad de ocupar un cargo o puesto similar durante un período de entre cinco y diez años (art. 30.4 en relación con el art. 28), mediante la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador cuya iniciación y resolución corresponde a los órganos competentes de la Administración correspondiente teniendo en cuenta el art. 31 de la citada norma.

En cualquier caso, el pago de la indemnización supone la extinción de la responsabilidad contable⁸⁹⁷.

6.- LA PRESCRIPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONTABLE.

Partiendo de la base de que el instituto de la prescripción opera de distinta forma (distintos requisitos, distintos plazos, formas de interrupción) en atención a los intereses en juego, en los diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico, el régimen de la prescripción en materia de responsabilidad contable, viene determinado por la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, que establece con carácter general que “las responsabilidades contables prescriben por el transcurso de cinco años contados desde la fecha en que se hubieren cometido los hechos que las originen”⁸⁹⁸.

Además, prevé dos casos especiales (apartados 2 y 4 de la citada Disposición Adicional Tercera): en primer lugar, respecto de las responsabilidades contables detectadas en el examen y comprobación de cuentas o en cualquier procedimiento fiscalizador y las declaradas por sentencia firme, que prescribirán por el transcurso de tres años contados desde la fecha de terminación del examen o procedimiento

⁸⁹⁷ Vid. GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., págs. 87 y 88.

⁸⁹⁸ Parece que respecto del *dies a quo* no existe problemas interpretativos, como evidencia la Sentencia de la Sala de Justicia 6/2011, de 30 de marzo cuando señala que así “*ha sido interpretado por la jurisprudencia recaída sobre la misma, valga por todas la Sentencia de esta Sala nº 10/2009, de 11 de mayo, cuyo fundamento de derecho cuarto razona.... “el plazo de prescripción debe comenzar a computarse desde el día en que se produjeron los hechos, es decir, el día inicial del cómputo debe ser aquél en que en cada caso se produjo el hecho determinante de la responsabilidad contable”*”.

correspondiente o desde que la sentencia quedo firme; y en segundo lugar, si los hechos fueren constitutivos de delito, las responsabilidades contables prescribirán en la misma forma y en los mismos plazos que las civiles derivadas de los mismos.

Dicho plazo de prescripción, puede interrumpirse desde que se hubiere iniciado cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable, y volverá a correr de nuevo desde que dichas actuaciones o procedimientos se paralicen o terminen sin declaración de responsabilidad⁸⁹⁹.

Precisamente, la interrupción del plazo de prescripción ha sido un tema objeto de discusión planteándose, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la necesidad o no del conocimiento formal por parte del interesado del inicio del procedimiento fiscalizador para que se produzcan los efectos interruptivos⁹⁰⁰ pues, a diferencia de la

⁸⁹⁹ La aplicación de la interrupción del plazo de prescripción se realiza de la siguiente manera: acontecido un hecho generador de responsabilidad contable se inicia el cómputo del plazo general de cinco años que se interrumpe, entre otros motivos, por el inicio de un procedimiento fiscalizador, y si en éste se detectase la existencia del posible ilícito se computará de nuevo el plazo, desde el principio, pero esta vez aplicando el plazo especial de tres años (Sentencia 4/2009, de 17 de marzo).

⁹⁰⁰ Entre los autores que consideran que sí es preciso el conocimiento formal del acto interruptivo por parte del sujeto afectado, podemos citar a GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., pág. 90; y MEDINA GUIJARRO, J. y PAJARES GIMÉNEZ, J. A.: “Comentario General sobre la jurisprudencia contable” *Revista Española de Derecho Financiero*, n° 93, 1997, págs. 110 y ss.

De la polémica se hacen eco, entre otras, las Sentencias 5/2005 de 13 de abril, 13/2005 de 6 de octubre que reconocen que “*se trata de un planteamiento de amplia repercusión doctrinal y jurisprudencial carente de una solución pacífica puesto que las cuestiones surgidas en torno al mismo siguen vivas y son actualidad jurídica permanente. El debate de dicha cuestión tiene especial viveza en el ámbito de responsabilidad contable a consecuencia de la redacción dada por el legislador al número tres de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 5 de abril de 1988.*”

Efectivamente, a diferencia del sistema establecido en la Ley General Tributaria, al que se remite la Ley General Presupuestaria, que exige expresamente que el acto interruptivo de la prescripción sea objeto de conocimiento formal del interesado para que pueda desplegar sus efectos, el referido número tres de la mencionada Disposición Adicional de la Ley 7/1988, de 5 de abril, carece de expresión similar o equivalente cuando regula la interrupción del plazo de prescripción de las responsabilidades contables.

Esta situación ha dado pábulo a controversias jurídicas de diferente signo propugnando algunos que estamos ante una preterición involuntaria del legislador que debe subsanarse acudiendo al contexto legislativo, trayendo así el ámbito de la responsabilidad contable el sistema de la Leyes Generales Tributaria y Presupuestaria de exigencia del conocimiento formal del acto interruptivo de la prescripción, y propugnando otros que la referida omisión es fruto de la voluntad del legislador de no decir lo que no se quiere decir, y de no incluir requisitos o restricciones que no se quieren incluir, debiéndose así aplicar literalmente el precepto sin enriquecerlo con aditamentos que el legislador no contempló.

La polémica antedicha, de la que no se ha librado esta Sala, ha traído como efecto la búsqueda de una solución caso a caso profundizándose en la averiguación e interpretación del iter fáctico de cara a determinar en cada supuesto prudencial y ponderadamente cuando puede concederse a determinados acontecimientos la virtualidad interruptiva de la prescripción.

prescripción en materia tributaria o sancionadora que establecen la necesidad de que el sujeto infractor tenga conocimiento formal del acto de interrupción de la prescripción (Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 15/2008, de 1 de diciembre), la legislación contable únicamente prevé, para que un procedimiento fiscalizador interrumpa el plazo, que en el objeto de dicha fiscalización se encuentre el examen de los hechos que posteriormente puedan ser declarados como constitutivos de responsabilidad contable (Sentencia de la Sala de Justicia 2/2010, de 2 de marzo).

A estos efectos, la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas ha experimentado una evolución (pues al principio, sí requería el conocimiento formal por el interesado) que confiesa en Sentencias 13/2007 y 14/2007, de 23 de julio; 6/2009, 7/2009, y 8/2009, de 31 de marzo, y 10/2009 de 11 de mayo, al razonar que “[l]a exigencia del conocimiento formal por el interesado, contemplado expresamente por el art. 132.2 de la Ley 30/1992 de Procedimiento Administrativo y también por el artículo 68 de la actual Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 diciembre), es constituir una garantía de los administrados frente a la actuación unilateral de la Administración en el ejercicio de sus potestades sancionadoras o tributarias y, en ambos casos, está expresamente prevista en la normativa que rige la prescripción en estos ámbitos, normativa que regula plazos, requisitos y supuestos distintos a los previstos a propósito de la prescripción contable. Sin embargo, este requisito no está previsto para la interrupción de la prescripción de la responsabilidad contable que se asemeja así al régimen de la prescripción en el ámbito civil, y no a la prescripción en materia tributaria o sancionadora, porque la responsabilidad contable tiene carácter exclusivamente reparatorio de los daños y perjuicios causados a los fondos públicos”.

El cambio de criterio por parte de la Sala no puede considerarse contrario a Derecho, y así lo manifiesta el propio Tribunal de Cuentas, entre otras, en la Sentencia 4/2009, de 17 de marzo⁹⁰¹. En consecuencia, actualmente puede entenderse como

A partir de ahí comienzan una línea jurisprudencial que aplica el sentido de la Disposición Adicional Tercera, que no exige el conocimiento formal del interesado del hecho interruptivo de la prescripción para que el mismo produzca plenos efectos a diferencia de la prescripción en materia tributaria o sancionadora”.

⁹⁰¹ En ella se dice que “el hecho de que la Sala variara su doctrina no resultaría contrario a Derecho. En concreto, ello no vulneraría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Norma Suprema) o del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 de la Constitución Española). Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley

doctrina jurisprudencial consolidada, según la Sentencia 12/2011, de 20 de julio, que “*la interrupción de la prescripción causada por la tramitación de un procedimiento fiscalizador ni exige ni requiere el conocimiento formal de los declarados, finalmente, responsables contables. Hoy, esta doctrina no es propia o exclusiva de esta Sala. En efecto, el Tribunal Supremo, en sus recientes Sentencias de 29 de septiembre de 2010, 3 de diciembre de 2010 y 3 de enero de 2011, ha hecho suyos nuestros razonamientos, no exigiendo el conocimiento formal de los cuentadantes para que, iniciado el procedimiento fiscalizador, se produzca el efecto interruptivo de la prescripción conforme a lo previsto en la Disposición Adicional Tercera.3 de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Especialmente concluyente es la primera de las Sentencias citadas que, respecto de la fuerza interruptiva del procedimiento fiscalizador, hace suyos los pronunciamientos de esta Sala para concluir en la inexigibilidad de su puesta en conocimiento a los particulares, ya que la finalidad del procedimiento fiscalizador «no es la de detectar hechos generadores de responsabilidad contable, ni, consiguientemente, se dirige contra nadie en concreto, sino simplemente, la de poner en conocimiento de las Cortes Generales o, en su caso, otros órganos públicos, la fiscalización de una entidad pública».*”

7.- LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD CONTABLE EN VÍA ADMINISTRATIVA.

7.1. Consideraciones previas.

A pesar de que la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas judicializa la exigencia de responsabilidades contables, el art. 41 de la misma permite, en determinados casos, que se pueda exigir este tipo de responsabilidad mediante la tramitación de un expediente administrativo, siempre que así lo prevean las normas específicas en vía

exige: a) no modificar arbitraria o inadvertidamente el sentido de las decisiones en casos sustancialmente iguales, debiendo ser la variación en la interpretación de la Ley fundamentada y adoptada de forma reflexiva por el juzgador, y teniendo en cuenta sus propios precedentes (Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1987, de 22 abril); y b) que el órgano que considere necesario apartarse de sus precedentes ofrezca, para ello, una fundamentación suficiente y razonable (Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1985, de 9 de diciembre 1985, entre otras muchas). En el caso que nos ocupa, se ha aplicado el criterio que actualmente mantiene esta Sala. Además, cuando se varió de criterio, al no exigir el conocimiento formal del interesado a los efectos de entender interrumpida la prescripción, se hizo de forma suficientemente razonada y motivada en Derecho, tal y como resulta de la fundamentación de las Sentencias citadas, que, además, coinciden con el criterio manifestado por el Tribunal Supremo en la tantas veces citada Sentencia de 27 de febrero de 2004”.

administrativa⁹⁰².

Los expedientes administrativos de responsabilidad contable constituyen una manifestación de la autotutela administrativa⁹⁰³, con una función eminentemente indemnizatoria, en ningún caso sancionadora⁹⁰⁴, se trata del ejercicio de un poder de la Administración mediante el que pretende únicamente la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados en los efectos y caudales públicos por las autoridades y demás personal a su servicio. Sin embargo, el mismo precepto advierte que la autoridad que acuerde la incoación del expediente la comunicará al Tribunal de Cuentas, el cual podrá en cualquier momento recabar el conocimiento del asunto⁹⁰⁵.

Especialmente crítico con el mantenimiento de esta vía administrativa previa en determinados supuestos, se muestra BLANQUE AVILÉS, para quien esta posibilidad no es sólo una mera contraposición ideal, sino una auténtica quiebra del orden jurisdiccional establecido en la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas⁹⁰⁶. Pero es que, además, el inciso final del mencionado art. 41 de “efectos aún más perturbadores”, constituye, sin duda, “un intento de paliar la injustificada e injustificable persistencia de la competencia de órganos administrativos en materia atribuida con carácter propio, pleno, necesario y exclusivo (y excluyente) a órganos jurisdiccionales”⁹⁰⁷.

⁹⁰² El artículo 41.1 dispone: “En los casos en que las responsabilidades a que se refiere el artículo 38 sean exigibles con arreglo a normas específicas en vía administrativa, la autoridad que acuerde la incoación del expediente la comunicará al Tribunal de Cuentas, que podrá en cualquier momento recabar el conocimiento del asunto”; y su apartado 2 que: “Las resoluciones que se dicten por la Administración en que se declaren responsabilidades contables serán recurribles ante el Tribunal de Cuentas y resueltas por la Sala correspondiente”.

⁹⁰³ CORTELL GINER, R.P.: “Los expedientes administrativos de responsabilidad contable”, cit., pág. 64.

⁹⁰⁴ Sentencias de la Sala de Justicia 3/2009, de 25 de febrero y 13/2011, de 27 de julio.

⁹⁰⁵ Por este motivo, CORTELL GINER, afirma que para asegurar la exclusividad de la jurisdicción contable, únicamente se autoriza la atribución a la Administración de una *potestad administrativa debilitada* (la cursiva es nuestra), en “La responsabilidad contable y su enjuiciamiento: principios generales”, cit., pág. 115.

⁹⁰⁶ El autor señala que en el art. 41, “se recoge, por consiguiente, el contenido de los arts. 144 y siguientes de la Ley General Presupuestaria, apropiados al texto legal del que son parte, toda vez que éste, coherente con el resto del ordenamiento jurídico, desconocía el concepto –y aún los términos- de “responsabilidad contable”... Por lo que esta normativa carece de razón de ser y de justificación tras la promulgación de la Ley 2/1982 y, con mayor motivo, la inclusión en la propia Ley Orgánica de un artículo, el 41, que la recoja”, en BLANQUE AVILÉS, J. M.: “El artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 53, 1987, págs. 58 y 59.

⁹⁰⁷ BLANQUE AVILÉS, J. M.: “El artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas”, cit., pág. 64 a 67. El análisis crítico del precepto le lleva a sustentar la necesidad de la supresión del art. 41 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, en cuanto permite una vía administrativa previa (en el solo sentido de anterior, no de que haya de proceder necesariamente a la vía jurisdiccional, cual resulta de la posibilidad de avocación) para la exigencia de responsabilidad contable, dudando además, de la constitucionalidad de un precepto que remite a leyes ordinarias la normación del núcleo orgánico, es decir, del reservado

Quizás ello explique que ni la Ley Orgánica ni la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas hayan previsto los supuestos en los que es posible la exigencia de responsabilidades contables en vía administrativa, ni tampoco la potestad sobre los expedientes administrativos⁹⁰⁸, dicha concreción se produjo en los arts. 143 y 144 de la anterior Ley General Presupuestaria, hoy en los arts. 177.1 (que enumera los supuestos de constitutivos de infracción contable, ya estudiados) y 180 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. Concretamente, el art. 180.2 establece que en los supuestos que describen los párrafos b) a f) del apartado primero del art. 177 (es decir, las infracciones contables distintas del alcance y malversación), la “responsabilidad *será exigida* en expediente administrativo instruido al interesado”⁹⁰⁹; sin embargo, como el propio precepto recuerda, esa obligatoriedad no resulta tal cuando, como hemos advertido, el Tribunal de Cuentas puede decidir la avocación en cualquier momento del expediente administrativo de responsabilidad (art. 41.1 de la Ley Orgánica). Decisión que por otro lado, corresponde, según el art. 3.e) de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, al Pleno del mismo que, a su vez, deberá trasladarla a la Sección de Enjuiciamiento.

Precisamente por este motivo, podría ocurrir que un mismo supuesto de responsabilidad contable se depurase en vía administrativa o mediante un procedimiento de carácter judicial, como consecuencia de una decisión no reglada del Pleno del Tribunal de Cuentas. Como advierte ROSIÑOL I VIDAL, esta diferenciación implica la aplicación de un procedimiento diferente y de un sistema de garantías procedimentales también diferentes, entre las que pueden destacarse, que cuando resuelve el Tribunal de Cuentas, estamos ante una jurisdicción que resuelve un conflicto entre dos partes, mientras que cuando lo hace la Administración mediante un expediente administrativo, nos encontramos ante uno de los supuestos de facultades exorbitantes de la Administración en la que ésta se configura como juez y parte⁹¹⁰. Además considera que el mecanismo por el cual el Tribunal de Cuentas puede, en cualquier momento, recabar

expresa y taxativamente por el art. 136.4 de la Constitución a una Ley Orgánica.

⁹⁰⁸ Como señala CORTELL GINER, R.P.: “Los expedientes administrativos de responsabilidad contable”, cit., pág. 64, estas leyes se limitan a contemplar la posibilidad de que estos expedientes existan, y a establecer unas normas procesales comunes para regular su acceso a la vía jurisdiccional contable, pero han de ser las normas específicas en vía administrativa quienes atribuyan a las distintas Administraciones públicas la posibilidad de exigir en régimen de autotutela responsabilidades contables.

⁹⁰⁹ La cursiva es nuestra.

⁹¹⁰ ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 114.

el conocimiento del asunto, sería una especie anómala de avocación entre órganos de órdenes diferentes, lo que ha provocado un cierto debate doctrinal⁹¹¹.

Respecto de la posible avocación de este tipo de expedientes por parte del Tribunal de Cuentas (art. 41 de la Ley Orgánica) el principal problema se plantea en orden a determinar cuáles son los trámites a seguir. Es evidente que la incoación del expediente es puesta de manifiesto por la autoridad administrativa al Tribunal de Cuentas en dicho momento, que es cuando el Pleno puede decidir su avocación, pero a tenor de lo preceptuado por el propio art. 41.1 de la Ley Orgánica, esta posibilidad permanece abierta durante la tramitación del mismo, al disponer que el Tribunal de Cuentas puede recabar su conocimiento “en cualquier momento” hasta, entendemos, su resolución. Resolución respecto de la que ya sólo cabe el recurso previsto en el siguiente apartado.

Si se produce la avocación el art. 3.e) de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas dispone que el expediente avocado se recibirá en la Sección de Enjuiciamiento, para que el Consejero de Cuentas inicie el juicio de cuentas, y en el mismo sentido el art. 68.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas establece que “recibida la pieza separada a que se refiere el artículo 45 de esta Ley o el expediente administrativo declarativo responsabilidades contables en la Sección de Enjuiciamiento...”⁹¹². A partir de este momento, como señala GALÁN SÁNCHEZ, pueden plantearse dos opciones, en primer lugar, entender que el Consejero de la Sección de Enjuiciamiento que recibe el expediente avocado deba acordar la apertura de la pieza separada (que desecha, pues la competencia para ello no le corresponde a él); o en segundo lugar, entender que el precepto asimila el citado expediente, o las actuaciones llevadas a cabo para incoarlo, con las actuaciones previas del art. 45, es decir, la pieza separada⁹¹³.

⁹¹¹ ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 114 y 115, el autor repasa las diferentes posturas doctrinales sobre la idoneidad o no de la avocación que prevé el art. 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas.

⁹¹² Debemos advertir que la expresión utilizada cuando se refiere a “expedientes *declarativos* de responsabilidad contable” no es, desde luego, la más correcta pues resulta obvio que en concordancia con lo expuesto anteriormente, aún no ha podido declararse dicha responsabilidad contable, en el sentido de que el expediente o bien acaba de iniciarse, o bien estaba instruyéndose. Del mismo modo parece entenderlo GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., pág. 123, cuando, haciendo referencia a las dificultades que ofrece la avocación se refiere a que el art. 68 de la mencionada Ley, afirma que el citado *expediente no resuelto* se recibirá en la Sección de Enjuiciamiento..., (la cursiva es nuestra).

⁹¹³ GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos*

Para la autora, esta última solución sería posible, si las actuaciones llevadas a cabo por el órgano administrativo, se corresponden con el contenido de la pieza separada, es decir, si se pueden individualizar los hechos que pueden constituir infracción contable distinta del alcance, valorar los perjuicios ocasionados e identificar a los presuntos responsables. Siendo así, no habría inconveniente en que el expediente fuese convalidado como pieza separada, eso sí, previa audiencia a los interesados, para que puedan aportar cuantos elementos de juicio consideren oportunos. Una vez resuelto el incidente sobre convalidación, se procedería a la apertura del juicio de cuentas. Pero también puede ocurrir, que el Consejero de Cuentas acuerde no convalidar lo actuado y, por tanto, remitir los antecedentes a la Sección de Fiscalización para que proceda a formar la pieza separada⁹¹⁴.

El propio art. 68.1 de la Ley de Funcionamiento plantea, finalmente, otra posibilidad si del expediente administrativo resultara, de modo manifiesto e inequívoco la inexistencia de caso alguno de responsabilidad contable⁹¹⁵, la falta de jurisdicción o la propia incompetencia del órgano jurisdiccional, debiendo declarar, en ese caso, no haber lugar a la incoación del juicio en los términos previstos para la inadmisión del recurso en el proceso contencioso-administrativo ordinario.

7. 2. La responsabilidad contable en vía administrativa: problemas que suscita.

De acuerdo con el art. 176 de la Ley General Presupuestaria, el nacimiento de la responsabilidad contable en vía administrativa exige que los daños y perjuicios ocasionados a la Hacienda Pública o a la correspondiente Entidad del sector público deriven de la adopción de resoluciones o de la realización de actos con dolo o culpa grave por parte de las autoridades y demás personal al servicio de las entidades que lo integran, con infracción de las disposiciones de la propia Ley. El concepto mismo que

públicos por el Tribunal de Cuentas), cit., pág. 123. En este mismo sentido parece pronunciarse CORTELL GINER, cuando señala que en el caso de que el Tribunal de Cuentas recabe el conocimiento del asunto, el expediente se constituye en antecedente formal del juicio de cuentas, en “La responsabilidad contable y su enjuiciamiento: principios generales”, cit., pág. 118.

⁹¹⁴ De este modo, afirma citando a SOLA FERNÁNDEZ: “La avocación de expedientes administrativos de responsabilidad contable”, *Seminarios 1994-1995*, Asociación de los Cuerpos Superiores de letrados y Auditores del Tribunal de Cuentas y Servicio de Publicaciones del mismo, Madrid, 1996, pág. 235, “quedaría completado el proceso de avocación al fundirse el expediente administrativo de responsabilidad contable con las actuaciones realizadas por el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de sus propias competencias”, en GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., pág. 124.

⁹¹⁵ Ya que si se apreciase que los hechos pudieran ser constitutivos de alcance o malversación, se nombraría un Delegado instructor, de acuerdo con el art. 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal.

este precepto ofrece, así como la regulación contenida en el Título VII de la Ley General Presupuestaria, presenta algunas disfunciones respecto de la regulación de la Ley Orgánica y Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas que han sido denunciadas por la doctrina, y que trataremos de sintetizar en este epígrafe⁹¹⁶.

Como ya advertimos, aunque el concepto de responsabilidad contable no puede variar, sí lo puede hacer el criterio que determina la clasificación de un concreto supuesto en el grupo del alcance o malversación, o en el del resto de las infracciones contable pues, como tuvimos ocasión de comprobar, el concepto de alcance del art. 72 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas es más amplio que el que se determina en el art. 177.1 de la Ley General Presupuestaria, por lo que algunos de los hechos que la Ley General Presupuestaria estima como infracción contable, podrían subsumirse en el concepto de alcance del mencionado art. 72.1.

Por otro lado, el ámbito subjetivo de la responsabilidad contable en vía administrativa es más reducido que el de la responsabilidad contable exigida ante el Tribunal de Cuentas (que se extiende a todos los que recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos), pues el art. 176 de la Ley General Presupuestaria habla de “autoridades y demás personal al servicio de las entidades contempladas en el art. 2 de esta Ley”, que establece de forma sistemática qué deba entenderse por sector público estatal.

En cuanto al requisito del dolo, culpa o negligencia, al igual que el supuesto general de responsabilidad patrimonial de las autoridades y demás personal frente a la Administración pública regulado en el art. 145.3 de la Ley 30/1992, que exige dolo, culpa o negligencia graves en la actuación, el art. 176 de la Ley General Presupuestaria hace referencia a la necesidad de “dolo o culpa graves” en la actuación de los responsables para declarar su responsabilidad contable.

Al analizar dicho precepto, la doctrina se planteó si el requisito de la gravedad afectaba también al dolo, pues la anterior Ley General Presupuestaria del año 1977 y el Texto Refundido de 1988, hablaban de “dolo, culpa o negligencia graves”, con lo que el calificativo en plural tenía sentido para la culpa y negligencia, sin embargo la nueva redacción de la Ley General Presupuestaria de 2003 mantiene el plural pero elimina la

⁹¹⁶ Entre los autores que se han ocupado de ello, podemos citar a SALA SÁNCHEZ, P.: “La responsabilidad contable en la nueva Ley General Presupuestaria”, cit..

referencia a la negligencia. A pesar de ello, no parece que esa sea la voluntad del legislador (es decir, la distinción entre dolo grave y dolo leve), pues como señala SALA SÁNCHEZ “la gravedad ha sido siempre una exigencia de la Ley General Presupuestaria referida a la responsabilidad contable en el manejo de caudales y efectos públicos para caracterizar la culpa o negligencia, no el dolo, que siempre ha sido sinónimo de “intencionalidad”, y dentro del cual no cabe hacer distinciones en función de una supuesta gravedad o intensidad”⁹¹⁷.

Avalan esta interpretación, como advierte el autor anteriormente citado, las primeras resoluciones del Tribunal de Cuentas, en las que señala que el requisito de la gravedad en la culpa o negligencia para caracterizar la responsabilidad contable tenía como soporte o fundamento lo establecido en el art. 140 de la anterior Ley General Presupuestaria, porque entendía que resultaría anómalo que, siendo la responsabilidad contable una subespecie de la responsabilidad civil frente a las Administraciones Públicas, matizada por tener que derivar de las cuentas que deben rendir todos aquellos que manejan caudales o efectos públicos y por tener que concurrir una infracción de la Ley General Presupuestaria, de las Leyes de Presupuestos o de las normas de contabilidad que afectan a las entidades integradas en los distintos sectores públicos, se prescindiera del requisito de la gravedad que se exigió desde el principio, no sólo en cuanto atañe a las responsabilidades contables de la Ley General Presupuestaria, sino también en cuanto a las responsabilidades de autoridades, funcionarios, agentes y demás personal al servicio de las Administraciones públicas, por los daños y perjuicios sufridos por éstas a consecuencia de actuaciones dolosas o culposas o negligentes graves de aquellos, y que hoy regula el art. 145.3 de la Ley 30/1992⁹¹⁸.

Para SALA SÁNCHEZ, basta con analizar la evolución legislativa de la posibilidad y, posterior obligatoriedad de que las Administraciones públicas ejerciten la acción indemnizatoria de reintegro contra sus autoridades, funcionarios y demás personal, para llegar a dicha conclusión⁹¹⁹. Conclusión, que la actual Ley General Presupuestaria

⁹¹⁷ SALA SÁNCHEZ, P.: “La responsabilidad contable en la nueva Ley General Presupuestaria”, cit., pág. 4

⁹¹⁸ SALA SÁNCHEZ, P.: “La responsabilidad contable en la nueva Ley General Presupuestaria”, cit., págs. 4 y 5, donde cita los autos del Tribunal de Cuentas de 11 y de 18 de enero de 1986 y sentencias de 18 de abril de 1986, 28 de octubre de 1986 y 10 de julio de 1987, entre otras.

⁹¹⁹ SALA SÁNCHEZ, P.: “La responsabilidad contable en la nueva Ley General Presupuestaria”, cit., págs. 5 y 6. Así el art. 42.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, únicamente se refería a la culpa o negligencia (no contemplaba el dolo), por lo que el plural “graves” era obvio que

corroborar en el art. 178, cuando al referirse a los tipos de responsabilidad, distingue entre la extensión de la indemnización exigible a título de dolo (sin hacer mención alguna a la gravedad del mismo o no) de la exigible cuando se trata de culpa grave, distinción, por cierto, que plantea otra disfunción respecto de lo regulado en la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas.

En efecto, el art. 178 distingue dos tipos de responsabilidad en función del elemento subjetivo (recordamos que la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, distingue entre responsabilidades directas y subsidiarias), de tal forma que el dolo implica que la responsabilidad alcanzará a “todos los daños y perjuicios que conocidamente deriven de la resolución adoptada con infracción de esta Ley”; mientras que cuando se aprecie culpa grave, la responsabilidad sólo se extenderá a “los daños y perjuicios que sean consecuencia necesaria del acto o resolución ilegal”.

Otra diferencia importante respecto de la regulación de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas la encontramos en el art. 178.3 de la Ley General Presupuestaria cuando establece que “la responsabilidad de quienes hayan participado en la resolución o en el acto será mancomunada, excepto en los casos de dolo, que será solidaria”, como sabemos, la Ley Orgánica establece que la responsabilidad directa será siempre solidaria, mientras que la responsabilidad subsidiaria podrá ser mancomunada⁹²⁰.

En cualquier caso, la exigencia de responsabilidades contables en vía administrativa está subordinada a la existencia de una regulación específica (art. 41.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas), que es la que determina el procedimiento a

abarcaba los dos términos; por su parte, la redacción originaria del art. 145 apartados 2 y 3, de la Ley 30/1992 hablaba de dolo, culpa o negligencia grave, por lo que si resultaba claro que la gravedad no iba referida al dolo, sino a la negligencia, las dudas se suscitaban respecto de la culpa (aunque para el autor no se pueden distinguir conceptualmente la culpa de la negligencia). La reforma operada por la Ley 4/1999, afecta a la redacción del art. 145. 2 y 3 en el sentido de establecer la exigencia de la responsabilidad y requerir que la actuación determinante de la misma hubiera sido realizada con “dolo, o culpa o negligencia graves”, por lo que quedó claro al establecer la disyuntiva “o” que el plural no podía referirse en ningún caso al dolo y sí únicamente a la culpa o negligencia, que además quedaban equiparadas en significación.

⁹²⁰ SALA SÁNCHEZ, P.: “La responsabilidad contable en la nueva Ley General Presupuestaria”, cit., pág. 52, de todo ello, infiere el autor, que mientras en vía jurisdiccional lo decisivo es determinar si se trata de responsabilidad directa o subsidiaria, para saber si se deben exigir o no todos los perjuicios causados y aplicar o no el régimen de la solidaridad; en vía administrativa, parece no existir la responsabilidad subsidiaria, pues no se hace mención en ningún momento a la misma.

No obstante hemos de advertir que en alguna de las Leyes reguladoras de la Hacienda de las Comunidades Autónomas, sí se hace mención a la responsabilidad subsidiaria, cuando se refieren a los intereses de demora, es el caso del art. 300.3 de la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de la Hacienda y del Sector Público de la Comunidad de Castilla y León, entre otras.

seguir y la atribución de competencias, por ello es preciso concretar la normativa aplicable en cada una de las Administraciones públicas, en la medida que no existe una normativa estatal que regule un procedimiento que resulte de aplicación a todas las Administraciones públicas⁹²¹. En este sentido nos encontramos que junto con la normativa del Estado, las Comunidades Autónomas pueden establecer sus propios procedimientos⁹²², aunque esta afirmación no es pacífica en la doctrina⁹²³.

Como expusimos en el Capítulo I de este trabajo, el art. 149.1.18^a de la Constitución española establece como competencia exclusiva del Estado la regulación del sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas, en la que está incluida la exigencia de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal a su servicio, en consecuencia, si como hemos defendido, la responsabilidad contable es una subespecie de la responsabilidad patrimonial, en este sentido podría entenderse que lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria respecto de la misma, se configura como competencia exclusiva del Estado, junto con la regulación misma del procedimiento que forma parte igualmente de ese sistema de responsabilidad, por lo que, en nuestra opinión, dicha normativa sería de aplicación a todas las Administraciones públicas.

Sin embargo, no es ésta la interpretación que prevalece, de manera que se hace preciso determinar la normativa aplicable en cada Administración para la exigencia de responsabilidad contable mediante expediente administrativo.

En el ámbito de la Administración del Estado, la regulación de la responsabilidad contable en vía administrativa se incluye en el Título VII de la Ley General Presupuestaria, que dedica el art. 180 a la regulación del procedimiento administrativo, señalando la competencia para la incoación, nombramiento de instructor y resolución

⁹²¹ Frente al Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo regulador de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que resulta de aplicación a todas ellas.

⁹²² Así lo entiende CORTELL GINER, R.P.: “Los expedientes administrativos de responsabilidad contable”, cit., págs. 64 y 65, no obstante estima, aunque referido a la regulación anterior de los arts. 143 y 144.1 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (que fueron adaptados por la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas), que dichos preceptos deben considerarse aplicables a todas las Administraciones públicas, dado que se insertan en el régimen de funcionamiento del propio Tribunal de Cuentas.

⁹²³ Para ROSIÑOL I VIDAL, la Ley General Presupuestaria sería aplicable a todos los expedientes administrativos que se tramiten para depurar las responsabilidades contables, independientemente de cuál sea la Administración que los tramite y resuelva por considerar que la regulación de los procedimientos para la exigencia de responsabilidades contables es una competencia del Estado, tal y como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Tribunal Constitucional 187/1988, en *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 144.

del expediente administrativo, como enseguida veremos. El desarrollo del procedimiento se realiza en el Real Decreto 700/1988 de 1 de julio, sobre expedientes administrativos de responsabilidad contable derivado de las infracciones previstas en el Título VII de la Ley General Presupuestaria.

Respecto de las Comunidades Autónomas, se considera que aquellas que cuenten con Leyes de Hacienda Pública donde el procedimiento se regule expresamente, se regirán por su legislación específica, mientras que las Comunidades Autónomas que no hayan previsto dicho régimen jurídico se regirán por la legislación estatal. En este sentido algunas Comunidades Autónomas se remiten a la legislación estatal, aunque la mayoría ha establecido una regulación prácticamente similar a la legislación del Estado -aunque con algunos matices importantes-, dedicando un capítulo a la responsabilidad que, sin perjuicio de la que corresponda exigir al Tribunal de Cuentas, pueden depurar ellas mismas mediante el correspondiente expediente administrativo, no obstante ninguna ofrece una regulación exhaustiva del mismo⁹²⁴.

La posibilidad de que las Administraciones Locales puedan tramitar este tipo de expedientes administrativos parece deducirse del art. 41 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y del art. 20 del Real Decreto 429/1993, de 26 de mayo, regulador de los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cuando remite a los artículos correspondientes de Ley General Presupuestaria, o “las normas sobre la materia que resulten de respectiva aplicación al resto de las Administraciones públicas”⁹²⁵. Así lo entienden la mayoría de los autores que se han ocupado del tema, aunque difieren a la hora de precisar la norma habilitadora que justifique dicha potestad.

En opinión de ROSIÑOL I VIDAL, la posibilidad teórica de que las Corporaciones Locales puedan resolver expedientes administrativos de responsabilidad contable, no sería efectiva sin la correspondiente normativa que la recoja y la desarrolle, señalando las competencias y regulando el procedimiento. Dicha normativa, además, de acuerdo

⁹²⁴ Así, la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de la Hacienda y del Sector Público de la Comunidad de Castilla y León -Título VIII, arts. 293 a 300-; el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía -Título VI, arts. 108 a 112; la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid -Título VII, arts. 129 a 134-; o la Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura - Título VI, arts. 153 a 159- , por citar alguna.

⁹²⁵ CORTELL GINER, R.P. en “Los expedientes administrativos de responsabilidad contable”, cit., pág. 65.

con el art. 7.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, deberá tener rango de ley⁹²⁶. Cobertura legal que el autor encuentra en el art. 78.3 de la mencionada Ley, que prevé que las propias Corporaciones Locales podrán exigir la responsabilidad de sus miembros cuando por dolo o culpa grave, hayan causado daños y perjuicios a la Corporación, por lo que se habilitaría a las Corporaciones Locales para resolver los expedientes de responsabilidad contable, cuando los presuntos responsables son miembros de la Corporación. Sin embargo, este precepto no contempla los daños causados por el personal al servicio de las mismas. No obstante, dicha laguna puede ser solventada, para el autor, por la aplicación a todas las Administraciones Públicas del Real Decreto 429/1993, cuyo art. 20.2 prevé expresamente, como hemos visto, los procedimientos de responsabilidad contable en vía administrativa, por tanto también en el ámbito de las Corporaciones Locales, aplicable tanto a cargos electos como respecto de su personal⁹²⁷.

Para CUBILLO RODRÍGUEZ teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 20.2 del Real Decreto 429/1993, cuando las Comunidades Autónomas no regulan la responsabilidad contable local a exigir en vía administrativa, resultan de aplicación los artículos correspondientes de la Ley General Presupuestaria y el Real Decreto 700/1988 de 1 de julio, sobre expedientes administrativos de responsabilidad contable. Aunque como es lógico señala que, para que ambas disposiciones puedan aplicarse al sector público local, deberá practicarse una previa determinación de las equivalencias entre los órganos administrativos estatales y los locales⁹²⁸.

CORTELL GINER, siendo consciente de la falta de potestad expresa de las Corporaciones Locales respecto de la posibilidad de exigir responsabilidades contables en la legislación positiva, admite la existencia de poderes inherentes o implícitos, por lo que en virtud de lo dispuesto en el art. 145.3 de la Ley 30/1992, que atribuye a la Administración la potestad de exigir de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por los daños causados en sus bienes o derechos, tal atribución lleva implícita la potestad de exigir responsabilidades contables

⁹²⁶ ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 146

⁹²⁷ ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 147.

⁹²⁸ CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 209 y 210.

en vía administrativa⁹²⁹. Sin embargo, se plantea el problema de qué normas regulan los procedimientos a seguir para llevar a cabo la exigencia de esta responsabilidad, por lo que a falta de procedimiento propio de la Administración Local, sólo cabe optar entre considerar aplicable la Ley General Presupuestaria o la normativa correspondiente de la Comunidad Autónoma. Y supletoriamente tanto las Comunidades Autónomas como las Corporaciones Locales aplicarán el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio.

A la misma conclusión llega la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, cuando resuelve recursos *ex art.* 41.2 de su Ley Orgánica, en relación con expedientes administrativos tramitados por las Corporaciones Locales, señalando como cauce procedimental adecuado el Real Decreto 700/1988 (Sentencias 20/2005, de 28 de octubre, 3/2009, de 25 de febrero o 13/2011, de 21 de julio). Concretamente la primera sentencia citada, resuelve un recurso contra la resolución de la Junta Vecinal de una Entidad Local Menor, que había aplicado para la exigencia de responsabilidad contable a determinados miembros de la Junta Vecinal anterior el Real Decreto 429/1993⁹³⁰. En ella la Sala de Justicia, con base en la sentencia de 26 de noviembre de 1999 que aplicaba la legislación anterior, justificaba en el art. 12 de la Ley Reguladora de Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988, en relación con el art. 184 del Reglamento General de Recaudación, la remisión a las normas contenidas en el Título VII de la entonces vigente Ley General Presupuestaria y disposiciones

⁹²⁹ CORTELL GINER, R.P.: “Los expedientes administrativos de responsabilidad contable”, cit., pág. 66, por lo que , señala, que aunque sea por la vía de la atribución implícita de potestades, cabe llegar a la conclusión de que la Administración Local está investida de potestad de exigir en vía administrativa las responsabilidades contables, tanto de las autoridades como del personal a su servicio.

⁹³⁰ Los presuntos responsables del expediente administrativo alegaron, entre otras cuestiones, para justificar el archivo del expediente, que el expediente administrativo se inicia por responsabilidad contable mientras que se notifica un trámite invocando el art. 21.1 del Real Decreto 429/1993, que se refiere a responsabilidad patrimonial, a lo que el instructor argumenta, que se utiliza el procedimiento establecido en el art. 21, efectivamente referido a responsabilidad patrimonial, ya que así como en la Administración pública estatal o central, sería de aplicación el Real Decreto 700/1988, en las Administraciones públicas no centrales, es de aplicación el citado art. 21, por así establecerlo el art. 20 del citado Real Decreto 429/1993. Y ha de tenerse en cuenta, añade el instructor, que la responsabilidad contable, no deja de ser una responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios exigible, en este caso a las autoridades y personal al servicio de una Administración pública y no existe otro procedimiento aplicable en la Administración Local, que no sea el establecido en el repetido art. 21 del Real Decreto 429/1993.

En las alegaciones posteriores al trámite de audiencia los presuntos responsables solicitan que se determine si se trata de un expediente de responsabilidad patrimonial o contable y por tanto proceder de acuerdo con el art. 140 de la (anterior) Ley General Presupuestaria, y en este caso correspondería el enjuiciamiento de la misma al Tribunal de Cuentas, a lo que el instructor contesta que el procedimiento seguido es el único aplicable en Administración Local. A mayor abundamiento, señala, por aplicación del art. 140 y siguientes de la Ley General Presupuestaria, es por lo que se ha tramitado el expediente administrativo de responsabilidad contable establecido en el art. 144.1 de la citada Ley General Presupuestaria, por no avocar para sí la tramitación el Tribunal de Cuentas, una vez que fue notificado a los efectos prevenidos en el art. 41.1 de la Ley Orgánica 2/1982.

complementarias, aplicables para la exigencia de las responsabilidades en que pudiera incurrir el personal al servicio de las citadas Corporaciones. Además, el art. 20.2 del Real Decreto 429/1993 regulador de los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas remite en caso de responsabilidad contable a lo previsto en el art. 140 y siguientes de la Ley General Presupuestaria, o a las normas en la materia que resulten de aplicación al resto de las Administraciones Públicas, así como la Legislación del Tribunal de Cuentas. Por tanto, concluye la sentencia citada, el cauce procedimental adecuado para la exigencia de responsabilidad contable distinta del alcance en que hubiera podido incurrir el personal al servicio de las Corporaciones Locales es, por remisión expresa de los preceptos citados, el expediente administrativo regulado en el Real Decreto 700/1988.

7.3. Procedimiento administrativo para la exigencia de responsabilidad contable.

7.3.1. Normativa aplicable.

En el ámbito estatal el art. 180.2 de la Ley General Presupuestaria regula las líneas principales del procedimiento, cuyo desarrollo concreto se efectúa por el Real Decreto 700/1988 de 1 de julio, sobre expedientes administrativos de responsabilidad contable, a él remite, además, el art. 20.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo regulador de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, que regula la exigencia de responsabilidad a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas, por los daños y perjuicios causados a las mismas, cuando los daños o perjuicios fueren originados por acciones u omisiones constitutivas de responsabilidad contable, de acuerdo con la normativa correspondiente. Como ya hemos advertido, en las Comunidades Autónomas hay que estar a lo que establezca su normativa al efecto, y supletoriamente se aplicará la legislación estatal. Respecto de las Corporaciones Locales el cauce procedimental adecuado, salvo regulación autonómica que lo contemple, es el regulado en el Real Decreto 700/1988, por este motivo nos centraremos en la regulación establecida en el mismo, teniendo en cuenta que la mayor parte de la legislación autonómica únicamente se refiere a las directrices básicas del procedimiento a las que haremos alusión.

La aplicación del citado Real Decreto 700/1988 a otras Administraciones públicas es admitida pacíficamente por el Tribunal de Cuentas, entre otras, en la Sentencia

15/2010, de 8 de julio, que resuelve un recurso planteado frente a la resolución un expediente de responsabilidad contable por parte del Rector de la Universidad de Castilla la Mancha, si bien teniendo en cuenta que “*se concibió para su aplicación en el ámbito de la Administración General del Estado, sin perjuicio de su aplicabilidad a otras administraciones y organismos públicos*”, por lo habrá de ser aplicado con las oportunas equivalencias en cuanto a órganos se refiere.

7.3.2. Plazo de prescripción de la responsabilidad contable en vía administrativa.

Antes de abordar el estudio de los trámites concretos del expediente administrativo de responsabilidad contable, nos parece oportuno aclarar la cuestión del plazo del que dispone la Administración para el ejercicio de la acción de responsabilidad en vía administrativa. Se trata por tanto de dilucidar el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contable, teniendo en cuenta que en ningún precepto de la Ley General Presupuestaria, ni del Real Decreto 700/1988 se hace referencia al mismo.

Digamos que las posibilidades en este sentido son dos: en primer lugar, entender aplicable el plazo de prescripción de un año que establece el art. 142.5 de la Ley 30/1992 con carácter general para los procedimientos de exigencia de responsabilidad patrimonial frente a las Administraciones públicas; o, en segundo lugar, al tratarse de la exigencia de responsabilidad contable debe tenerse en cuenta el plazo de cinco años que señala la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Las diferencias en la aplicación de un plazo u otro no sólo estriban en los años de duración del mismo, sino en la fijación del *dies a quo* en cada caso, es decir, el momento a partir del cual comienza a computarse dicho plazo. El art. 142.5 de la Ley 30/1992, señala como tal el momento de producción del hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo (estimando la jurisprudencia que, cuando se trate de daños continuados, el plazo comienza a computarse desde que pueda determinarse el alcance de los mismos); mientras que la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas señala como *dies a quo* la fecha en la que se hubieren cometido los hechos que las originen, por tanto no son exactamente coincidentes, ni tampoco el régimen de interrupción del plazo.

Cuando la exigencia de responsabilidad contable se realiza en vía jurisdiccional

ante el Tribunal de Cuentas, la aplicación del plazo de cinco años señalado en la Ley de Funcionamiento del mismo es innegable, así lo viene aplicando la Sala de Justicia en numerosas sentencias, que reiteran que respecto de la exigencia de responsabilidades contables “*son de aplicación los plazos de prescripción previstos en su normativa específica*” (Sentencia 4/2011, de 25 de marzo); pero esta misma consideración realiza, cuando lo que revisa son resoluciones de expedientes administrativos de responsabilidad contable resueltos por las Administraciones públicas, donde lo determinante es indagar si estamos en presencia de un supuesto de responsabilidad contable, en cuyo caso, “*habiendo sido establecidos en la legislación específica sobre la materia unos plazos especiales de prescripción hay que estar a los mismos*” (Sentencia 24/2009, de 11 de noviembre).

A mayor abundamiento, la Sentencia 3/2009, de 25 de febrero, que resuelve un recurso contra la resolución de un expediente administrativo de responsabilidad contable, se plantea entre otras cuestiones el tema de la prescripción en los términos que a continuación describimos. El Ayuntamiento que tramitó el expediente para la exigencia de responsabilidad contable aplicó el plazo del art. 142.5 de la Ley 30/1992 de un año tomando como fecha de inicio el momento en que se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción (los hechos imputados abarcaban desde 1995 a 2003)⁹³¹; sin embargo, en vía de recurso, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, ni siquiera hace referencia a la inaplicación de dicho plazo de prescripción, sino que directamente señala que “*como es sabido, el apartado 1º de la Disposición Adicional 3ª de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del*

⁹³¹ El expediente administrativo que dio lugar a la resolución que luego se recurre, alude a todos y cada uno de los requisitos constitutivos de la responsabilidad contable, y al referirse a necesidad de que la acción se ejercite dentro del plazo señala que “*la acción se ha de ejercitar dentro del plazo cifrado en el art. 142 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que es de un año. Se trata de un plazo de prescripción y no de caducidad (STS de 24/10/2000.*

La acción nace desde que se produjeron o cesaron los hechos causantes de la lesión, siempre que en aquél momento se conozca la trascendencia e importancia de los daños susceptibles de reclamación (STS 20/05/1998).

En el caso de responsabilidad contable que nos ocupa, respecto a los supuestos de reconocimiento y/o pago de obligaciones sin crédito presupuestario suficiente, debe tenerse en cuenta lo siguiente: Que el plazo comienza a computarse a partir del momento en que se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción. Dado que el hecho causante es el reconocimiento y/o pago de obligaciones sin crédito presupuestario suficiente, el momento en que se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción es el de finalización del procedimiento de aprobación o desaprobación de las cuentas generales y, por tanto, el 16/09/2004.

Aun cuando en un sentido estricto, se considerara como fecha de inicio del cómputo la de presentación de las cuentas generales a la Comisión de Cuentas (10/06/2004), el acuerdo de inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial fue notificado a los interesados con fecha 09/06/2005”.

Tribunal de Cuentas, establece que las responsabilidades contables prescriben en el plazo de cinco años desde que se cometieron los hechos. El apartado 3º de esa misma Disposición Adicional establece, por su parte, que el plazo de prescripción se interrumpirá desde que se hubiera iniciado cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional, o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable, y volverá a correr de nuevo desde que dichas actuaciones o procedimientos se paraliquen o terminen sin declaración de responsabilidad”.

En el supuesto que comentamos, los hechos que se le imputan al declarado responsable abarcaban desde el año 1995 hasta el año 2003, por lo que la Sala entiende que para “*poder identificar las responsabilidades prescritas, resulta necesario fijar la fecha en la que hubiera operado la causa interruptiva del plazo de prescripción prevista en el apartado 3º de la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas: la iniciación de cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable. En el presente caso, la primeras actuaciones revisoras alegadas por las partes, practicadas respecto a los hechos enjuiciados, fueron los dictámenes del Secretario-Interventor y de la Comisión de Cuentas a que alude la Corporación Local. Dichas actuaciones tienen fecha de 10 de junio de 2004. Es a partir de dicha fecha, por tanto, cuando debe considerarse interrumpido el plazo de prescripción.*

En consecuencia, y en aplicación de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, deben considerarse prescritas todas las responsabilidades contables exigidas por la Corporación Local al recurrente que deriven de hechos anteriores al 10 de junio de 1999”.

En cambio, sí hace una referencia expresa a la no aplicación de la Ley 30/1992 la Sentencia 15/2010, de 8 de julio, en la que señala que “*la prescripción de las responsabilidades contables no se encuentra regulada en la Ley General Tributaria ni en la Ley 30/1992, sino en la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas...”.*

Parece claro, pues, que la Sala no duda ni un momento en la aplicación del plazo

específicamente previsto para la exigencia de responsabilidades contables. Solución que por otro lado, y en aras de garantizar la seguridad jurídica, es el criterio que nos parece más coherente si tenemos presente, además, que dichos expedientes pueden ser avocados en cualquier momento por el Tribunal de Cuentas, o como es el caso, revisados en vía de recurso.

Por ello, cuando la normativa autonómica sí establece plazo de prescripción de la responsabilidad contable y éste no es coincidente con el que fija la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, es cuando puede plantearse el dilema de cuál de los dos plazos aplicar. Es el problema que ofrece la regulación de la Ley 11/2006, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública Canaria, cuyo art. 156, después de referirse a los supuestos constitutivos de infracción contable⁹³², en su apartado tercero señala que “las infracciones tipificadas en esta Ley prescribirán en plazo de cuatro años, a contar desde el día en que la infracción se hubiera cometido”, y en el apartado 4, que dicho plazo de prescripción “se interrumpirá con la iniciación, con conocimiento de la persona afectada, del expediente de responsabilidad”.

En principio, no sería de aplicación dicho plazo al supuesto enunciado en el art. 156.1 a) de la citada Ley, es decir, los alcances y malversaciones, que son de la competencia exclusiva del Tribunal de Cuentas y se rigen por su normativa específica; en el resto de los supuestos susceptibles de tramitación mediante expediente administrativo [letras b) a f) del art. 156.1] podría aplicarse dicho plazo de prescripción de cuatro años que se interrumpiría con la iniciación del mencionado expediente, que por supuesto debe ser conocido por el interesado (nótese que la Ley remarca el conocimiento formal por el interesado de la interrupción del plazo, pero nótese también, que no estamos hablando de un procedimiento de fiscalización, que no tiene por qué ser conocido por el interesado, sino de la iniciación del propio expediente de responsabilidad contable). Aún así, estimamos que la previsión de un plazo distinto supone una disfunción importante en el procedimiento, sobre todo, si finalmente el

⁹³² Entre los que expresamente enumera: a) Haber incurrido en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos. b) Administrar los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro. c) Comprometer gastos, liquidar obligaciones y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en esta Ley o en la Ley anual de Presupuestos que sea aplicable. d) Dar lugar a pagos indebidos, de conformidad con lo establecido en el artículo 72 de esta Ley. e) No justificar la inversión de los fondos recibidos en concepto de anticipos de caja fija y de pagos a justificar. f) Cualquier otro acto o resolución con infracción de esta Ley, o de las Leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad aplicables, cuando concurren los supuestos establecidos en el artículo 155 de esta Ley.

expediente llega al Tribunal de Cuentas, ya sea mediante su avocación, ya sea mediante la revisión de la resolución recaída en vía administrativa, por lo que, en caso de conflicto nos inclinamos por la prevalencia del plazo general de 5 años señalado en la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y tantas veces aplicado por la jurisprudencia de su Sala de Justicia⁹³³.

7.3.3. Tramitación del expediente administrativo de responsabilidad contable.

Como ya habíamos advertido, vamos a centrarnos fundamentalmente el procedimiento regulado en el Real Decreto 700/1988 de 1 de julio, sin perjuicio de referirnos igualmente a la breve regulación que al respecto han dictado las Comunidades Autónomas, y a los expedientes instruidos por las Corporaciones Locales, teniendo en cuenta la aplicación al mismo de las disposiciones reguladoras del procedimiento administrativo común contenidas en la Ley 30/1992.

En la Administración del Estado, la incoación del expediente administrativo puede tener origen en comunicaciones remitidas al Ministerio de Economía y Hacienda, por la actuación de la Intervención General de la Administración del Estado, inspecciones de servicios, investigaciones administrativas y denuncias de particulares⁹³⁴. Las comunicaciones, informes y documentación recibida por el Ministerio de Economía y Hacienda, deben contener los datos necesarios para poder efectuar una calificación de las posibles infracciones, así como la identificación del presunto o presuntos responsables; en caso contrario el Ministro podrá acordar la instrucción de una información reservada con anterioridad al acuerdo de incoación del expediente por el órgano competente. Si de los mismos se desprende que corresponden a supuestos de alcance o malversación se dará traslado al Tribunal de Cuentas.

⁹³³ Es el plazo que considera aplicable el Tribunal de Cuentas en la Sentencia 15/2010, de 8 de julio, anteriormente citada, que resuelve un recurso interpuesto frente a la resolución de un expediente administrativo de responsabilidad contable, en la que la parte recurrente alega la prescripción de determinados expedientes por el transcurso del plazo de cuatro años previsto en el artículo 66 de la Ley General Tributaria, en relación con lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en ella la Sala afirma que *“la prescripción de las responsabilidades contables no se encuentra regulada en la Ley General Tributaria ni en la Ley 30/1992, sino en la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas”*.

⁹³⁴ Según el art. 2.1 del Real Decreto 700/1988, los expedientes de responsabilidad contable podrán ser originados por: a) Las comunicaciones que dirijan al Ministro de Economía y Hacienda los Jefes de los presuntos responsables y ordenadores de pagos. b) Los informes de auditoría y demás actuaciones que competen a la Intervención General de la Administración del Estado. c) Las inspecciones de servicios que se realicen. d) Denuncia, investigación administrativa u otra causa que ponga de manifiesto la posible existencia de infracciones.

El acuerdo de incoación, así como el nombramiento del instructor y la resolución del expediente corresponderán al Gobierno, cuando se trate de personas, que tengan la condición de autoridad, y en el resto de los casos al Ministro de Hacienda⁹³⁵, salvo que se trate de responsabilidades relativas a las entidades que integran el sistema de Seguridad social, en cuyo caso la competencia correspondería al Ministro de Trabajo o Asuntos Sociales (art. 180. 2 de la Ley General Presupuestaria).

La legislación autonómica prevé con carácter general el mismo reparto de competencias, esto es, el acuerdo de iniciación, el nombramiento de instructor o instructores y la resolución del procedimiento corresponderán al Gobierno autonómico cuando el presunto responsable tenga la condición de autoridad de la respectiva Comunidad Autónoma y al titular de la Consejería competente en materia de Hacienda en los demás casos⁹³⁶.

El problema se presenta en el ámbito local, al no existir norma que atribuya expresamente la competencia para la incoación, nombramiento de instructor y resolución de este tipo de expedientes. En este sentido la solución pasaría por acudir a las cláusulas generales de atribución de competencias, que en el caso de los Municipios y Provincias, otorga la competencia a sus respectivos presidentes [arts. 21.1.s) y 34.1.o) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local]⁹³⁷, sin embargo, este criterio no nos parece decisivo. De hecho, en algunas de las sentencias de la Sala de Justicia que resuelven recursos contra resoluciones de expedientes de responsabilidad iniciados y resueltos por el Alcalde de la Corporación Local, el Tribunal de Cuentas o no se pronuncia sobre el tema, o lo hace de una forma un tanto ambigua, así la Sentencia 3/2009, de 25 de febrero señala que *“no hay obstáculo legal alguno, por tanto, para reconocer al Alcalde competencia legal suficiente para decidir sobre la incoación de este tipo de expedientes, máxime cuando –como ha sucedido en el*

⁹³⁵El último párrafo del art. 3.2 del Real Decreto 700/1988 prevé, que cuando en un mismo expediente apareciesen inculpadas personas con o sin la condición de autoridad, la decisión sobre la incoación del expediente corresponderá al Consejo de Ministros.

⁹³⁶Así el art. 298.2 de la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de la Hacienda y del Sector Público de la Comunidad de Castilla y León; el art. 111.2 del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía; el art. 132.2 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid; o el art. 157.2 de la Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura.

⁹³⁷ Igualmente, ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 147 a 150, aunque el autor es consciente del problema que puede plantearse cuando sea el propio Presidente que ha de iniciar y resolver dichos expedientes, el responsable o encausado en los mismos.

presente caso- esa resolución ha sido conocida y respaldada por el Pleno de la Corporación según se deduce del Acuerdo de ratificación de 16 de febrero de 2006 (folio 266 del expediente), al que se alude en la contestación por escrito elaborada por el Alcalde en el ámbito de la actividad probatoria desarrollada en esta instancia. La resolución de incoación, en consecuencia, se dictó dentro del ámbito legal de competencias atribuido al Alcalde y fue objeto de ratificación por el Pleno de la Corporación, por lo que no se aprecia ni la causa de nulidad alegada por el recurrente, ni la ausencia de garantías denunciada por el mismo”. A decir verdad, la imprecisa fundamentación de la sentencia da pie a pensar que quizás lo correcto hubiese sido que la decisión la hubiese adoptado el Pleno de la Corporación.

La solución que proponemos *mutatis mutandis* en el ámbito local, es que cuando se trate de la exigencia de responsabilidad contable a las autoridades de la Corporación Local, incluido el propio presidente, el acuerdo de iniciación, nombramiento de instructor y resolución, le corresponda al Pleno de la misma, mientras que cuando los presuntos responsables sean funcionarios y demás personal al servicio de la Corporación, sea su presidente el que adopte este tipo de acuerdos.

Como hemos señalado, la instrucción del procedimiento corresponde al instructor, o instructores adjuntos si procede, nombrado por el órgano encargado de la incoación. Cuando las circunstancias del expediente lo requieran, el instructor podrá nombrar un secretario del expediente, y secretarios adjuntos para los instructores de dicho carácter, en su caso. La incoación del expediente deberá comunicarse al presunto responsable, al órgano que hubiera promovido el expediente y al Tribunal de Cuentas⁹³⁸.

Iniciado el procedimiento, el órgano que acordó la incoación puede adoptar las medidas provisionales que se considere oportunas para asegurar la eficacia de la resolución, salvo aquellas que puedan causar perjuicios irreparables o impliquen violación de derechos amparados por las leyes (art. 6 del Real Decreto 700/1988).

El órgano instructor debe practicar cuantas actuaciones considere necesarias para la concreción, esclarecimiento y comprobación de los hechos, con la audiencia del

⁹³⁸ Como ya hemos advertido, el art. 41 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas permite la posibilidad de que estos expedientes sean resueltos por el Tribunal de Cuentas, a través de esta especie anómala de avocación entre secciones de diferentes órganos, tal y como entiende BLANQUE AVILÉS, J. M.: “El artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas”, cit., págs. 64 a 66.

presunto responsable, para posteriormente elaborar el pliego de cargos. El pliego de cargos debe comprender los hechos imputados, con la indicación, en su caso, de la infracción presuntamente cometida y con la exposición y cuantificación concreta de los daños y perjuicios causados a los bienes y derechos de la Hacienda Pública. Una vez notificado al inculcado el pliego de cargos, éste dispone de un plazo de quince días para formular alegaciones y aportar cuantos documentos considere de interés, solicitando, si lo considera necesario, la práctica de las pruebas que para su defensa estime oportunas.

La fase probatoria tiene lugar cuando el órgano instructor lo considere necesario, o haya sido propuesta por el presunto responsable, en este caso, el instructor puede denegar la admisión y práctica de las pruebas para averiguar cuestiones que considere innecesarias, mediante resolución motivada, contra la que no cabrá recurso del inculcado (art. 9 del Real Decreto 700/1988).

Practicadas todas las diligencias se dará vista del expediente al presunto inculcado, para que en el plazo de diez días alegue lo que estime pertinente a su defensa y aporte cuantos documentos considere de interés (arts. 180.2 de la Ley General presupuestaria y 9.3 del Real Decreto 700/1988). El trámite de audiencia y vista del expediente es esencial y así lo establece también la legislación autonómica⁹³⁹.

El instructor formulará la propuesta de resolución en plazo de diez días, propuesta que, en todo caso y de conformidad con el art. 10.1 del Real Decreto 700/1988, deberá fijar con precisión los hechos, motivando, en su caso, la denegación de las pruebas propuestas por el inculcado, su calificación jurídica para determinar las infracciones cometidas, señalando la responsabilidad del inculcado, así como la valoración de los daños y perjuicios causados y la propuesta de la imposición a los responsables de la obligación de indemnizar en la cuantía y plazo que proceda. Una vez notificada al interesado, éste dispone de un plazo de diez días para alegar lo que considere oportuno.

⁹³⁹ Así, el art. 298.2 de la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de la Hacienda y del Sector Público de la Comunidad de Castilla y León que exige la tramitación del expediente “siempre con audiencia del interesado e informe del servicio jurídico competente”; el art. 111.3 del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía que señala que el procedimiento deberá ser “tramitado con audiencia de la persona interesada”; el art. 132.3 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid establece la necesidad del previo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad, y del trámite de audiencia de los interesados; o finalmente, el art. 157.3 de la Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura que establece igualmente la necesidad del previo informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Extremadura, y del trámite de audiencia de los interesados, por citar algún ejemplo.

Oído el interesado o transcurrido el plazo sin alegación alguna, el expediente completo se remite de inmediato a la Inspección General del Ministerio de Economía y Hacienda, que lo remitirá posteriormente a informe del Servicio Jurídico del Estado. Una vez devuelto el expediente junto con el dictamen del Servicio Jurídico, la Inspección General redactará la propuesta de resolución que pone fin al expediente y que se remitirá al Ministro correspondiente o al Consejo de Ministros, para que proceda a su resolución. Cuando se trate de expedientes tramitados por otras Administraciones será igualmente preceptivo el informe del Servicio Jurídico competente⁹⁴⁰.

La resolución se pronunciará sobre los daños y perjuicios ocasionados a los bienes y derechos de la Hacienda Pública o, en su caso, de la Entidad correspondiente, imponiendo a los responsables la obligación de indemnizar en la cuantía y en el plazo que se determine, dichos perjuicios tienen la consideración de derechos de la Hacienda Pública estatal o del Ente respectivo, según el art. 181.1 de la Ley General Presupuestaria y correspondientes de las Leyes de las Comunidades Autónomas, y su cobro podría llevarse a cabo por la vía de apremio.

Ahora bien, ni la Ley General Presupuestaria, ni el Decreto 700/1988 señalan el plazo máximo de duración del procedimiento de responsabilidad contable, y al igual que sucedía cuando estudiábamos el procedimiento de responsabilidad de las autoridades y funcionarios frente a la Administración, se pueden proponer dos soluciones: aplicar el plazo de seis meses de duración del procedimiento general de responsabilidad patrimonial, regulado en el art. 13.3 del Real Decreto 429/1993, o bien aplicar la cláusula general del art.42.3.a) de la Ley 30/1992, prevista para el supuesto de que la norma reguladora del procedimiento no establezca plazo de duración del mismo, en cuyo caso éste será de tres meses, contados desde la fecha del acuerdo de iniciación, plazo que se nos antoja demasiado breve para este tipo de expedientes, que en muchas ocasiones pueden resultar un tanto complejos, motivo por el que nos inclinamos, como ya lo hicimos anteriormente, por la primera solución. No es ésta, sin embargo la

⁹⁴⁰ Nos remitimos a algunos de los preceptos citados en la nota precedente, que lo contemplan de modo expreso. Y con carácter general para todas las demás Administraciones y organismos, la Sentencia del Tribunal de Cuentas 15/2010, de 8 de julio, señala que *“hay que tener en cuenta que el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, sobre expedientes administrativos de responsabilidad contable derivados de las infracciones previstas en el Título VII de la Ley General Presupuestaria se concibió para su aplicación en el ámbito de la Administración General del Estado, sin perjuicio de su aplicabilidad a otras administraciones y organismos públicos, razón por la cual su artículo 11 se refiere en particular al Servicio Jurídico del Estado. Debe entenderse que el informe puede ser igualmente emitido por el servicio jurídico correspondiente a cada entidad, en este caso la Universidad de Castilla la Mancha”*.

posición de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas que opta por la aplicación del art. 42.3, así la Sentencia 15/2010, de 8 de julio, expresamente señala que *“efectivamente, el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio sobre expedientes administrativos de responsabilidad contable no establece plazo para la resolución del expediente por lo que resulta de aplicación el plazo general de tres meses previsto en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, contados desde la fecha del acuerdo de iniciación”*, y en la que, aplicando la normativa general (art. 49 de la Ley 30/1992) reconoce la posibilidad de ampliación de dicho plazo, si así lo aconsejan las circunstancias.

Por el contrario sí lo hacen las Leyes de Hacienda de algunas Comunidades Autónomas, que establecen plazos distintos para su tramitación: así, el art. 299 de la Ley de Hacienda de Castilla y León señala que el “procedimiento deberá resolverse dentro del plazo de seis meses, transcurrido el cual sin que se dicte y notifique resolución expresa, se producirá su caducidad”; mientras que el art. 157.4 de la Ley General de Hacienda Pública de Extremadura dispone que “el plazo máximo para dictar la resolución será de doce meses, contados desde el día siguiente a la notificación del acuerdo de incoación”; o el art. 160.3 de la Ley 11/2006, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública Canaria indica igualmente que “el plazo máximo para dictar la resolución será de doce meses, contados desde el día siguiente a la notificación del acuerdo de incoación”. Consecuentemente, aquellas Comunidades en las que se regula expresamente el plazo de duración de los mismos aplicarán éste.

En cualquier caso, la no resolución en plazo del mismo conlleva la caducidad del mismo, por tratarse de un procedimiento iniciado de oficio, susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen, de conformidad con el art. 44.2 de la Ley 30/1992, lo que obliga al órgano competente a resolver declarando la caducidad y el archivo de las actuaciones salvo, que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, supuesto en el que se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución. Incluso, puede ocurrir que la Administración no aprecie la caducidad, cuando la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, según prevé el art. 92.4 de la Ley 30/1992, y reconoce la Sentencia 15/2010, de 8 de julio, en la que el recurrente alega que el expediente ya había caducado cuando la Administración, en este

caso la Universidad de Castilla la Mancha, dictó resolución⁹⁴¹.

Para concluir, debemos señalar que la resolución expresa por parte del órgano competente será recurrible ante la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas dentro del plazo de dos meses contados desde el día siguiente de la notificación de la misma (arts. 180. 2 y 12 del Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, y en idéntico sentido los preceptos correspondientes de la legislación autonómica). De esta manera el apartado 2 *in fine* del art.180 de la Ley General Presupuestaria atribuye a la jurisdicción contable una función revisora de los actos administrativos en que se declaren responsabilidades contables mediante el planteamiento del correspondiente recurso. Concretamente el art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas señala que “las resoluciones que se dicten por la Administración en que se declaren responsabilidades contables serán recurribles ante el Tribunal de Cuentas y resueltas por la Sala correspondiente”.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas resolverá en única instancia según el art. 54.1 a) de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas⁹⁴², adoptando la resolución de este recurso, la forma y los trámites del juicio de cuentas a tenor de lo previsto en el art. 68.1 de la citada Ley, aunque no es una opinión compartida por todos los autores⁹⁴³, y aplicando las normas procesales del recurso contencioso-

⁹⁴¹ En este sentido argumenta la Sala de Justicia que *“la resistencia del recurrente a la hora de recibir las notificaciones desde el momento de iniciación del expediente ha retrasado su tramitación por lo que en este caso está justificada la dilación en resolverlo. Asimismo, el artículo 92.4 de la misma Ley dispone “Podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento”. Teniendo en cuenta que ya se había declarado la caducidad del expediente anterior y las especiales circunstancias que concurrían en el expediente como son su complejidad y la existencia de abundante documentación, a lo que hay que añadir que la integridad de los fondos públicos es una cuestión de interés general, debemos considerar que resultaba sumamente conveniente que se resolviera la cuestión planteada por la gravedad de los hechos y las responsabilidades que se podían derivar de los mismos. Una nueva declaración de caducidad sólo hubiera retrasado de nuevo la resolución final sin beneficio para ninguno de los interesados. Por todo ello debe considerarse justificada la no declaración de la caducidad del expediente”*.

⁹⁴² Dicho precepto señala la competencia de las Salas del Tribunal de Cuentas, que conocerán *“[e]n única instancia, de los recursos que se formulen contra resoluciones dictadas por las Administraciones públicas en materia de responsabilidades contables en aquellos casos expresamente previstos por las Leyes”*.

⁹⁴³ Se inclina porque la resolución adopte la forma y trámites del juicio de cuentas, GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., pág. 122; no comparten esta opinión ni LEGUINA VICENS, C.: “El recurso del artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y su tramitación ante los órganos de la jurisdicción contable”, *Seminarios 1994-1995*, de la Asociación de los Cuerpos Superiores de Letrados y Auditores del Tribunal de Cuentas y Servicio de Publicaciones del Tribunal, Madrid, 1996, pág.197, ni CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., 210, para quienes el mencionado recurso se tramitará por las mismas normas que rigen la sustanciación de la primera y única instancia de los procesos de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

administrativo, al carecer de una regulación específica⁹⁴⁴.

Según la Sala de Justicia, este recurso, constituye una excepción a la competencia general de la jurisdicción contencioso-administrativa para revisar la actuación administrativa, pero la considera plenamente justificada, *“ya que sustrae de la competencia de dicho orden jurisdiccional el control de los actos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad contable, como consecuencia del carácter necesario, exclusivo, pleno e improrrogable de la jurisdicción que ostenta el Tribunal de Cuentas, conforme el art. 136 de la Constitución española y demás concordantes de su Ley Orgánica (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1996 y 13 de diciembre de 1999). De esta forma se contribuye, también, a la necesaria unificación de criterio, por parte de esta Sala, de todos aquellos supuestos de responsabilidad contable que se sustancian, inicialmente por órganos administrativos”*, (Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 20/2005, de 28 de octubre).

Además, la función revisora del Tribunal de Cuentas (Sentencia de la Sala de Justicia 3/2009, de 25 de febrero), no sólo afecta al contenido de las resoluciones administrativas impugnadas, sino también al sometimiento a Derecho de la tramitación de los expedientes administrativos en los que éstas se hubieren dictado. Considera la Sala de Justicia que *“así se articula la garantía en vía jurisdiccional contable, del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 de la Constitución española, que protege no sólo el derecho de las partes a obtener una resolución justa, sino también el que corresponde a las mismas respecto a que dicha resolución sea consecuencia de un iter procesal ajustado a Derecho”*. Por lo que el carácter revisor de las resoluciones administrativas no significa que el Tribunal de Cuentas se limite a determinar si la resolución del expediente administrativo infringe o no la Ley, ya que como sostiene la Sentencia 15/2010, de 8 de julio, citando la sentencia de la Sala de Justicia 3/2009, de 25 de febrero, *“el examen de lo que es el objeto del proceso está acotado por la pretensión ejercitada por el recurrente en su recurso, al que le será de aplicación la norma genérica que contiene en relación con la jurisdicción contable lo previsto en el artículo 60.1 de la Ley de Funcionamiento, equivalente “mutatis*

⁹⁴⁴ GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., pág. 122, por aplicación de la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas.

mutandis” a lo dispuesto en el artículo 33.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo que se juzgará dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones de las mismas”.

8.- LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD CONTABLE EN VÍA JUDICIAL.

8.1. Delimitación del objeto de estudio.

Al margen de la polémica existente, en la que ahora no vamos a entrar, sobre si debe o no mantener la función jurisdiccional, como ya hemos advertido, el Tribunal de Cuentas ejerce una verdadera función jurisdiccional cuando actúa enjuiciando responsabilidades contables⁹⁴⁵. Dicha función se deduce del art. 136 de la Constitución y aunque pudiera colisionar con lo dispuesto en el art. 117.5 del Texto Constitucional, que recoge el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los tribunales, el art. 49 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas parece solventarlo, al establecer la posibilidad de recurrir sus resoluciones mediante recursos de casación y revisión ante el Tribunal Supremo⁹⁴⁶.

Dicha jurisdicción contable es calificada por el art. 17 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de *necesaria*, en el sentido de que actúa de forma permanente, sin que sea preciso una actuación de las partes procesales; *improrrogable*, por la imposibilidad de trasladar a otros órganos de decisión los pronunciamientos que corresponden al Tribunal de Cuentas; *exclusiva*, pues en materia de responsabilidad contable su competencia es preferente a la de otros órganos jurisdiccionales; y finalmente *plena*, pues tiene plenas facultades para resolver de cuantas cuestiones se le planteen en materia de responsabilidad contable⁹⁴⁷.

De manera que como ha manifestado la doctrina haciéndose eco de la propia

⁹⁴⁵ El art. 2.b) de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas señala entre las funciones propias del Tribunal de Cuentas “el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos”.

⁹⁴⁶ ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 108 a 112, que señala, además, que las funciones judiciales del Tribunal de Cuentas, establecidas en la Ley Orgánica que regula la institución, lo configura como un órgano de auténtica “jurisdicción”, y así lo han reconocido tanto el Tribunal Constitucional (Sentencias 187/1988, de 17 de octubre y 18/1991, de 31 de enero), la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sentencia de 16 de julio de 1988), como la propia Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas (Sentencias 4/1986, de 18 de abril y 9/1992, de 26 de junio).

⁹⁴⁷ ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 111 y 112.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencias 187/1988, de 17 de octubre, y 18/1991, de 31 de enero, entre otras) a diferencia de la función fiscalizadora en la que el Tribunal de Cuentas es supremo, pero no único, (por existir otros órganos autonómicos de control externo, que realizan también dichas funciones); en el ejercicio de la función jurisdiccional contable, el Tribunal de Cuentas es único, pero no supremo –por ser sus decisiones revisables ante el Tribunal Supremo–, por ese motivo los órganos autonómicos de control externo, en este ámbito, sólo pueden actuar por delegación expresa de aquel y exclusivamente en la fase preparatoria de los procedimientos jurisdiccionales que tienen por objeto la responsabilidad contable⁹⁴⁸.

Es por ello que nos parece imprescindible en este trabajo aludir al ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Tribunal de Cuentas a través de los dos procedimientos jurisdiccionales previstos para la exigencia de responsabilidades contables, esto es, el juicio de cuentas y el procedimiento de reintegro por alcance; pero debemos recordar, que lo haremos sin pretensión de exhaustividad, ni de dilucidar las cuestiones polémicas aducidas por la doctrina o la propia jurisprudencia del Tribunal - que excedería con mucho del objeto que nos hemos fijado-, y con el sólo propósito de poder plantearnos, posteriormente, si está justificada la existencia de una regulación específica y una jurisdicción propia en materia de responsabilidad contable.

8.2. Las partes en el proceso judicial ante el Tribunal de Cuentas.

Respecto de la legitimación activa para actuar ante la jurisdicción contable, el art. 47 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas prevé tres supuestos.

En primer lugar, estarán legitimados quienes tuvieran interés directo en el asunto o fueren titulares de derechos subjetivos relacionados con el caso (art. 47.1), previsión que la doctrina estima que debe interpretarse de forma flexible⁹⁴⁹, puesto que si se restringe la legitimación para actuar ante la jurisdicción contable a quienes tuvieran interés directo en el asunto, iría en contra del carácter público de la acción que prevé el

⁹⁴⁸ CORTELL GINER R. P.: “Supuestos de responsabilidad contable”, cit., págs. 47 y 48, siendo el único órgano, junto con el Tribunal Constitucional y los tribunales consuetudinarios y tradicionales, en los que la Constitución permite a un órgano no integrado en el Poder Judicial el ejercicio de funciones jurisdiccionales (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1995).

⁹⁴⁹ GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., pág. 64; CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 119, teniendo en cuenta que el mismo precepto admite el ejercicio de la acción pública.

apartado tercero del mencionado precepto.⁹⁵⁰ En este supuesto estaría incluida, por ejemplo, la legitimación activa del presunto responsable en los recursos interpuestos contra resoluciones dictadas en expedientes administrativos de responsabilidad contable, o contra las resoluciones dictadas por los órganos de la jurisdicción contable.

En segundo lugar, estarán legitimados ante el Tribunal de Cuentas los que ejerzan la acción pública para la exigencia de la responsabilidad contable en cualquiera de los procedimientos jurisdiccionales (art. 47.3 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas)⁹⁵¹. Como advierte GALÁN SÁNCHEZ, citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1992, a diferencia de la denuncia, la acción pública supone una “*peculiar forma de legitimación activa que se atribuye a los ciudadanos, aún cuando no sean directos y exclusivos titulares de un derecho o interés legítimo para impetrar el restablecimiento del orden jurídico por los Tribunales*”⁹⁵². Se trata, en definitiva, de una forma especial de la atribución de legitimación activa procesal de carácter universal que atribuye la condición de titular de los asuntos de interés públicos a todos los ciudadanos⁹⁵³.

El desarrollo del precepto se lleva a cabo por el art. 56 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, que distingue distintos momentos en los que puede ejercerse la acción popular, de forma que si el procedimiento jurisdiccional de responsabilidad contable ya estuviere iniciado, el ejercicio de la acción pública se efectuará mediante escrito presentado desde el momento del anuncio público del Tribunal de que se han abierto las actuaciones previas o la pieza separada, así como durante cualquier momento del procedimiento (apartado 1). En el supuesto de que no exista ningún procedimiento iniciado, es necesaria la formación de la pieza separada a que se refiere el artículo 45, o la práctica de las diligencias preliminares establecidas en los arts. 46 y 47 de la Ley de Funcionamiento. En este caso, y a pesar de que el art. 47.3 de la Ley Orgánica no exige prestación de fianza o caución alguna, la Ley de

⁹⁵⁰ Por lo que la única interpretación posible sería para ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 124, entender que tal restricción a la legitimación para actuar ante el Tribunal de Cuentas se refiera exclusivamente a la legitimación pasiva.

⁹⁵¹ Vid. al respecto, CUBILLO RODRÍGUEZ, C: “La “acción popular” en el orden jurisdiccional contable”, *Revista de Derecho Procesal*, nº 2, 1992.

⁹⁵² GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., pág. 64

⁹⁵³ FERNÁNDEZ AJENJO, J. A.: *El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción*, Ed. Civitas-Thomson, 2011, pág. 396 a 397, el autor, además, da cuenta de las opiniones doctrinales respecto de la acción popular en nota al pie 650.

Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en el apartado 2 del citado art. 56, ha establecido una serie de requisitos restrictivos para su ejercicio al exigir que “el ejercicio de la acción se efectuará mediante escrito compareciendo en forma en el que se individualizarán los supuestos de responsabilidad por que se actúe con referencia a las cuentas, actos, omisiones o resoluciones susceptibles de determinarla y a los preceptos legales que, en cada caso, se consideren infringidos”.

Como afirma FERNÁNDEZ AJENJO, ese es el motivo por el que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mostrado sus reticencias al establecimiento de limitaciones de este derecho más allá de las exigencias de su normativa orgánica reguladora. En este sentido la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha flexibilizado dichas condiciones, pues como afirma el Auto de 29 de octubre de 1993, citado por el autor, es imposible exigir a los posibles actores una precisión y complejidad, en los datos iniciales a aportar, que desnaturalicen el carácter jurídico predicable de tal fase procedimental; y además resultaría evidente que una solución así desnaturalizaría tanto la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas como la acción pública, tal y como lo recoge el artículo 125 de la Constitución Española, es decir, como un derecho constitucional de participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia⁹⁵⁴.

Ahora bien, si de las actuaciones fiscalizadoras no se desprendiesen indicios de responsabilidad contable, el Consejero de Cuentas previa audiencia del Ministerio Fiscal, Letrado del Estado y ejercitante de la acción, rechazará, mediante un auto motivado, el escrito formulado e impondrá las costas en los términos previstos en el proceso civil, sin perjuicio de pasar el tanto de culpa a la jurisdicción penal y de la responsabilidad civil que, en su caso, resultare procedente (art. 56.3 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas)⁹⁵⁵. El auto de inadmisión del escrito en que se ejercite la acción pública de responsabilidad contable será susceptible de recurso de apelación.

Finalmente, el apartado 2 del art. 47 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas

⁹⁵⁴ FERNÁNDEZ AJENJO, J. A.: *El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción*, cit., pág. 397.

⁹⁵⁵ Para CUBILLO RODRÍGUEZ, esta previsión merece ser criticada por cuanto prevé el otorgamiento del trámite de audiencia al Ministerio Fiscal, al ejercitante de la acción y al Servicio Jurídico estatal, sin establecer la posibilidad de que la Administración o Ente público afectado tengan su propia representación legal distinta del Abogado del Estado, en *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 122.

establece que las Administraciones públicas podrán ejercer toda clase de pretensiones ante el Tribunal de Cuentas, sin necesidad de declarar lesivos previamente los actos que se impugnen⁹⁵⁶. Esta regulación debe completarse con lo dispuesto en el art. 55 de la Ley del Funcionamiento del Tribunal, que reitera la legitimación, en todo caso de la Administración o Entidad pública perjudicada y del Ministerio Fiscal, que podrá ejercitar las pretensiones de aquella naturaleza que resulten procedentes. Las demás entidades del sector público a que se refiere el art. 4 de la citada Ley Orgánica estarán legitimadas para el ejercicio de las pretensiones de responsabilidad contable que les competan con sujeción a las reglas por las que cada uno se rija.

Por lo que atañe al Ministerio Fiscal, su intervención es reconocida en múltiples preceptos de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en los que aparece como parte procesal legitimada para exigir las correspondientes responsabilidades, y también como garante de la legalidad⁹⁵⁷; en este sentido la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas reconoce la legitimación del Ministerio Fiscal para iniciar el proceso de depuración de presuntas responsabilidades contables, y también para intervenir como legitimado cuando el proceso se haya iniciado a instancia de la parte interesada (Sentencia 3/2011, de 1 de marzo). Para CORTELL GINER la intervención del Ministerio Fiscal (art. 16.2.d) de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas) en el proceso contable mediante el ejercicio de la correspondiente acción, cuyo objeto es la defensa de la legalidad y del interés público, así como la previsión de la acción popular que contemplan los arts. 47.3 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y 56 de la Ley de Funcionamiento de dicho Tribunal, son la consecuencia de la configuración de la responsabilidad contable como una institución de Derecho público, regulada por normas de carácter público y que persigue fundamentalmente un interés público⁹⁵⁸.

⁹⁵⁶ Debiendo interpretarse en el sentido de que para la exigencia de responsabilidad al funcionario no es necesaria la impugnación, ni la declaración de lesividad del acto que en su caso, haya ocasionado el perjuicio al erario público, GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., pág. 64, siguiendo a Palao Taboada.

⁹⁵⁷ GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., pág. 62, quien considera que esta posición tradicional del Ministerio Fiscal puede provocar conflictos de intereses por lo que, su actuación debería regirse en todos los casos por el principio de defensa de la legalidad y de la sociedad, por ello, prosigue, debería encontrarse legitimado para actuar como parte procesal, siendo instada su intervención incluso mediante la simple denuncia.

⁹⁵⁸ CORTELL GINER, R. P.: “La responsabilidad contable y su enjuiciamiento: principios generales”, cit., págs. 105 y 106.

Estas dos previsiones constituyen, a diferencia de lo que ocurre respecto de la responsabilidad patrimonial directa de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones prevista en el art.

En cuanto a legitimación pasiva para actuar ante la jurisdicción contable, el art. 55 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, considera legitimados a los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso.

Ya advertimos que para que un sujeto sea declarado responsable contable directo o subsidiario, no sólo debe manejar caudales y efectos públicos, sino que es preciso que esté obligado a rendir cuentas, al ser responsable de los mismos, es decir, ha de ser “cuentadante” en el sentido amplio que lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas. Como sabemos, el art. 15.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas extiende el ámbito de su la jurisdicción a las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen u utilicen bienes, caudales o efectos públicos, es por ello que no sólo pueden ser responsables contables los funcionarios o demás personal al servicio de la Administración, sino cualquier persona que maneje, gestione o utilice fondos públicos, incluidos los cargos electos o los particulares.

Por lo que respecta a la transmisión de la responsabilidad contable tanto directa como subsidiaria, el art. 38.5 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, señala que ésta se transmite a los causahabientes de los responsables por la aceptación expresa o tácita de la herencia, pero sólo en la cuantía a que ascienda el importe líquido de la misma⁹⁵⁹.

El problema en estos casos se plantea cuando ya fallecido el presunto responsable contable, se inicie el procedimiento de responsabilidad contra sus herederos por el menoscabo ocasionado a los fondos públicos como consecuencia de la actuación del fallecido. Consciente el Tribunal de Cuentas de las dificultades de trasladar la responsabilidad contable del causante a sus herederos, ha defendido dos posiciones: entender que lo que se transmite a los herederos es la responsabilidad misma, desde el momento en que se acepta la herencia⁹⁶⁰; o bien, entender que lo que se transmite a

145.3 de la Ley 30/1992, dos importantes instrumentos para hacer frente a la posible inactividad de la Administración que está obligada, en vía administrativa, a exigir las correspondientes responsabilidades.

⁹⁵⁹ Es decir, a diferencia de lo establecido en el art. 1003 del Código civil, la cuantía de la responsabilidad contable se limita al importe líquido de la herencia, lo que significa que aunque la herencia no se acepte a beneficio de inventario, la responsabilidad contable será satisfecha con los bienes de la herencia y no con los propios de los herederos, GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., págs. 72 y 73.

⁹⁶⁰ Sentencias del Tribunal de Cuentas de 18 de diciembre de 1992 y de 5 de mayo de 1994 citadas por GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos*

herederos es la deuda líquida y exigible que nace de la responsabilidad contable declarada mediante resolución firme, en este último caso lo importante será determinar si las deudas por responsabilidad contable se integran o no en el caudal hereditario⁹⁶¹. La jurisprudencia más reciente parece decantarse por la segunda interpretación al entender superada la posición anteriormente mantenida por el mismo Tribunal (Sentencias 15/2007, de 24 de julio, 18/2012, de 8 de noviembre)

8.3. Las actuaciones previas: problemas que suscita su configuración legal.

Las Leyes Orgánica y de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas regulan dos procedimientos jurisdiccionales diferentes en función de que estemos en presencia de un supuesto de alcance o malversación (en cuyo caso se sigue el procedimiento de reintegro por alcance), o se trate “otros supuestos de responsabilidad contable” (que se tramitan mediante el juicio de cuentas). Esta distinción también tiene efectos respecto de las actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades contables en vía judicial, así el art. 45 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, regula las actuaciones previas cuando los hechos que las originan se han puesto de manifiesto en el procedimiento de rendición de cuentas, o durante el transcurso de un procedimiento fiscalizador, y además no parecieren constitutivos de alcance o malversación (salvo, claro está, que se esté tramitando un expediente administrativo de responsabilidad contable), en cuyo caso, se acordará la formación de pieza separada previa a la vía jurisdiccional. Estas actuaciones instructoras desembocan en un juicio de cuentas. Pero, si los hechos supuestamente generadores de responsabilidad contable, parecen constitutivos de alcance o malversación, independientemente de que estos hechos se conozcan dentro o fuera del procedimiento normal de rendición de cuentas (arts. 47 y 46 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas), la Ley permite que se proponga el nombramiento de un Delegado Instructor de las actuaciones previas, que dará lugar al

por el Tribunal de Cuentas), cit., pág. 73; y por CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 125 y 126.

⁹⁶¹ Ello lleva al Tribunal de Cuentas (Sentencias de 30 de junio y 22 de octubre de 1994), como señala GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., págs. 73 y 74, a distinguir el concepto de responsabilidad contable del de la deuda nacida de esta responsabilidad. En este sentido la responsabilidad contable dado su carácter subjetivo y personalísimo, al exigir dolo, culpa o negligencia graves, sólo puede imputarse al que con sus actos u omisiones contrarias a la Ley origine el menoscabo al Tesoro, en consecuencia, dicha responsabilidad no es transmisible. Lo que se transmite es la deuda derivada de una declaración de responsabilidad, por lo que mientras no haya deuda líquida y exigible, no se transmite nada. De lo que cabría concluir que no se puede transmitir la deuda objetiva que se derive de una responsabilidad no declarada antes del fallecimiento del responsable. No obstante, como observa la autora, hay posturas doctrinales que disienten de esta jurisprudencia.

procedimiento de reintegro por alcance.

Esta diferenciación de requisitos exigidos para el acceso a la jurisdicción del Tribunal de Cuentas se traduce, para CORTELL GINER, en un nivel desigual de tutela jurisdiccional, que no es fiel al espíritu de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas que establece un concepto único de responsabilidad contable (art. 38), reconoce la acción pública para la exigencia de responsabilidad contable en cualquiera de los procedimientos jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas (art. 47.3) y declara susceptibles de recurso de casación y revisión ante el Tribunal Supremo las resoluciones de la jurisdicción contable (art. 49); de donde se desprende, para el autor, una voluntad inequívoca de proporcionar idéntica tutela a todos los supuestos de responsabilidad contable⁹⁶².

Por otro lado, la mencionada configuración de las actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades contables presenta, según ROSIÑOL I VIDAL, un vacío legal, al no prever el procedimiento que corresponde llevar a cabo en el caso de denuncias ante el Tribunal de Cuentas por irregularidades que, pudiendo constituir responsabilidad contable, no encajan en los supuestos de alcance definidos en el art. 72 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (al no ser alcances quedarían excluidos de las actuaciones previas previstas en los arts. 46 y 47) y por otro lado, al no haber sido puestos de manifiesto en un proceso de fiscalización quedarían también excluidos de las actuaciones previstas en el art. 45 de dicha Ley⁹⁶³.

No obstante, como señala FERNÁNDEZ AJENJO⁹⁶⁴, la denuncia pública entendida como la comunicación por fuentes externas de hechos presuntamente incursos en responsabilidad contable, pero sin pretensión de ser parte en el proceso, ha sido admitida pacíficamente por la jurisprudencia del Tribunal en el caso de los procedimientos de reintegro por alcance, negándose en el juicio de cuentas (Autos del Tribunal de cuentas de 21 de octubre y de 15 de diciembre de 1994), jurisprudencia que,

⁹⁶² CORTELL GINER, R.P.: “La responsabilidad contable y su enjuiciamiento: principios generales”, cit., págs. 114 y 115. Por ello comprende que un sector de la doctrina defiende la implantación de un proceso único para la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, citando en nota al pie a CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: “Hacia un proceso único para la Jurisdicción del Tribunal de Cuentas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 104, 1994.

⁹⁶³ ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 128.

⁹⁶⁴ FERNÁNDEZ AJENJO, J. A.: *El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción*, cit., págs. 398 y 399.

en opinión de la doctrina, sería contraria a la tutela judicial efectiva y a la propia función de enjuiciamiento del Tribunal⁹⁶⁵, por lo que en caso de admitirse la denuncia, el procedimiento a seguir sería la apertura de actuaciones previas por parte del Consejero de la Sección de Enjuiciamiento.

En cualquier caso, las actuaciones previas son consideradas por la doctrina como pieza fundamental ya que, aunque no tienen carácter decisivo o vinculante para el órgano de la jurisdicción contable que desarrolla la fase jurisdiccional, constituyen el antecedente necesario del que surge la pretensión de los legitimados activamente en el proceso contable⁹⁶⁶. Sin embargo, como enseguida veremos, dicha doctrina difiere en la determinación de su naturaleza jurídica.

8.4. El juicio de cuentas.

Se trata de un procedimiento previsto para depurar supuestos de responsabilidad contable distintos del alcance o malversación, y tiene lugar como consecuencia de la formación de una pieza separada fruto de un proceso de fiscalización en el que se han detectado indicios de responsabilidad contable por infracción distinta de alcance o malversación (art. 45 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas); también está previsto cuando la resolución declarativa de responsabilidad procedente de la tramitación de un expediente administrativo se ha recurrido ante la Sala del Tribunal de Cuentas (art. 41 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas); o cuando, sin haber concluido el expediente administrativo de responsabilidad contable, éste haya sido avocado por el Tribunal de Cuentas para su conocimiento. También mediante el ejercicio de la acción pública de responsabilidad contable (art. 47.3 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas). La regulación del procedimiento en el juicio de cuentas se contiene en el Capítulo VII del Título V (arts. 68 a 71) de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

En el caso de ser iniciado como consecuencia de una fiscalización realizada por el

⁹⁶⁵ CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 200.

⁹⁶⁶ CORTELL GINER, R. P.: “Aspectos críticos de la responsabilidad contable”, cit., pág. 64, por ello, afirma, debe respetarse un mínimo de garantías formales, para no vulnerar el derecho de defensa de los presuntos responsables, así el art. 48.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas establece como garantía de este derecho que “contra la resolución dictada en la pieza separada a que hace referencia el art. 45 o en las actuaciones prevenidas en los arts. 46 y 47 de la presente Ley, en que no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren o en que se causare indefensión, se dará recurso ante la Sala del Tribunal que corresponda, a interponer dentro del plazo de cinco días”.

Tribunal de Cuentas, el Consejero correspondiente que se hubiere ocupado de la fiscalización, bien de oficio, bien a instancia del Ministerio Fiscal o la Abogacía del Estado, acordará la formación de una pieza separada⁹⁶⁷.

Ahora bien, si esa función fiscalizadora es llevada a cabo por parte de los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas, y como consecuencia de la misma aparecieran indicios de responsabilidad contable por infracción distinta de alcance o malversación, la duda que se plantea es si podría considerarse competente al propio Órgano Autonómico de Control Externo que los hubiere detectado para acordar la formación de la oportuna pieza separada⁹⁶⁸. Esta posibilidad cuenta con un cierto respaldo jurisprudencial (Auto de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 23 de octubre de 1995), aunque para autores como CORTELL GINER el único mecanismo a través del que un Órgano Autonómico de Control Externo podría instruir una pieza separada de un juicio de cuentas, sería la previa delegación del Tribunal de Cuentas. Para CUBILLO RODRÍGUEZ, sería jurídicamente viable y, por razones prácticas, deseable, una interpretación analógica del art. 45 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas que permita a los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas acordar la formación de piezas separadas, sin delegación previa, en aquellos casos en los que se hubieren detectado indicios de responsabilidad contable distintos de alcance o malversación, como consecuencia del desarrollo de las funciones fiscalizadoras que tienen legalmente atribuidas⁹⁶⁹.

La pieza separada, como conjunto de diligencias orientadas al enjuiciamiento contable e integrada en sus juicios, ha sido objeto de controversia, tanto por su contenido, así mientras que para algunos autores sería una mera actividad recopiladora de datos⁹⁷⁰, para otros se trataría de un auténtico procedimiento que vendría a constituir

⁹⁶⁷ Sobre la formación de la pieza separada, órgano competente para su formación y resolución, contenido de la misma, así como posibles recursos contra la misma, puede consultarse entre otros, GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., págs. 115 a 121.

⁹⁶⁸ CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 199 y 200, el autor cita como exponentes de la línea doctrinal más favorable a esta solución a MEDINA, J. y PAJARES, J. A.: “La jurisdicción contable: Contenido y procedimientos”, cit., págs. 223 y 224.

⁹⁶⁹ CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 226 y 227. En el mismo sentido se pronuncia GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., pág. 117.

⁹⁷⁰ Para MEDINA GUIJARRO, J. y PAJARES GIMÉNEZ, J. A.: “Comentario general sobre la jurisprudencia contable”. “La pieza separada”, *Revista Española de Derecho Financiero*, n^o 91, 1996, págs. 571 a 573, se trataría de un conjunto de diligencias no jurisdiccionales, cuya finalidad es la facilitación del proceso jurisdiccional al constituirse en soporte necesario de la pretensión contable,

la fase de instrucción de los juicios de cuentas⁹⁷¹; como respecto de su naturaleza, por cuanto se entendía que dichas actuaciones no tenían carácter judicial, pero tampoco se podían considerar procedimientos administrativos, ya que en todo caso serían muy atípicos.

Pues bien, aunque en principio, el anteproyecto de Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas parecía otorgar a esta fase instructora naturaleza jurisdiccional, el informe emitido al efecto por parte del Consejo General del Poder Judicial, de 29 de enero de 1986, se manifestaba contrario a otorgar dicha naturaleza a las actuaciones instructoras, por lo que finalmente se eliminó. Tampoco el Tribunal Constitucional se ha manifestado de forma contundente (Sentencia 18/1991, de 31 de enero) pues, aunque sí deja claro que dichas actuaciones no forman parte de las actividades de naturaleza fiscalizadora que lleva a cabo el Tribunal de Cuentas, ni por ninguno de los demás órganos de fiscalización externa de las Comunidades Autónomas, no se pronuncia sobre si las actuaciones tienen carácter judicial, o en caso contrario, qué naturaleza tienen⁹⁷². La polémica quedó zanjada, para algún autor, con la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1995, que le otorgó a la pieza separada valor jurisdiccional⁹⁷³; no es ésta, sin embargo, la opinión de otros autores al considerar que el hecho de que dicha sentencia proclame el carácter jurisdiccional de la pieza separada no tiene más función que afirmar que ésta es la fase de iniciación del juicio de cuentas y, por tanto está incluida en éste y debe participar de su naturaleza⁹⁷⁴. El Tribunal de Cuentas, se decanta mayoritariamente por su naturaleza administrativa previa al ejercicio de la función jurisdiccional⁹⁷⁵.

evitando el legislador conscientemente convertir la pieza separada en un procedimiento, por lo que el contenido de la pieza debe limitarse a lo señalado expresamente en el art 45.2. Vid. igualmente PAJARES GIMÉNEZ, J. A.: “El diseño de las actuaciones previas en el ámbito de la armonización de la jurisdicción contable”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. 2, nº 6, 2000, págs. 205 a 226.

⁹⁷¹ En este línea VACAS GARCÍA-ALÓS, L. y DE LA FUENTE Y DE LA CALLE, M^a. J., citados por CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 224, para quien estaríamos ante un auténtico procedimiento que, por su finalidad se constituye en fase de instrucción de uno de los cauces formales establecidos por el ordenamiento para la exigencia de responsabilidades contables: el juicio de cuentas.

⁹⁷² ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 130 y 131.

⁹⁷³ DE LA CUEVA IRANZO, F.: “Aspectos jurídico-procesales del enjuiciamiento contable”, en SALA SÁNCHEZ, P. y MARTÍN NOVAL, L. (Dirs.): *El Tribunal de Cuentas. Fiscalización y Enjuiciamiento*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pág. 154.

⁹⁷⁴ Vid. GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., pág. 114.

⁹⁷⁵ Para FERNÁNDEZ AJENJO, las actuaciones previas en general, supondrían que “estamos en presencia

Según los arts. 68 y 69 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal del Cuentas, una vez formulada la pieza separada, o remitido el expediente administrativo declarativo de responsabilidades contables, el Consejero correspondiente o la Sala, en su caso, puede decidir por una de estas dos opciones: a) declarar no haber lugar a la incoación de juicio, cuando de la pieza o el expediente resultara de modo inequívoco la inexistencia de responsabilidad contable, la falta de jurisdicción, la propia incompetencia del órgano jurisdiccional o la falta de procedimiento de fiscalización del que haya de depender la responsabilidad contable⁹⁷⁶; b) ordenar por providencia, mediante edictos, el anuncio de los hechos supuestamente constitutivos de responsabilidad contable, para que emplazadas las partes, se deduzca la correspondiente demanda. Si no se presenta demanda, el órgano competente ordenará de oficio el archivo de los autos.

En el caso de que los legitimados presenten la correspondiente demanda, se dará traslado a los demás y a los demandados que hubieren comparecido, para que la contesten. Formulada la contestación, se dará traslado de lo actuado al Ministerio Fiscal, para que alegue, cuanto considere procedente en orden al mantenimiento o no de la pretensión de responsabilidad contable, proponiendo, si lo considera oportuno la práctica de pruebas⁹⁷⁷. Las normas procesales que se aplican al juicio de cuentas son las mismas que regulan los procedimientos contencioso-administrativos, teniendo en cuenta las especificidades previstas en el art. 71 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas⁹⁷⁸.

La sentencia decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso y estimará o desestimará, en todo o en parte, la pretensión de responsabilidad contable que se hubiere ejercitado. En caso de que la sentencia sea condenatoria debe contener las siguientes especificaciones: el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos; las personas responsables, indicando el cargo que ostentan y si se trata de responsabilidad directa o subsidiaria; el carácter solidario de la

de un procedimiento forense y administrativo claramente representativo de la naturaleza híbrida del Tribunal, cuyo resultado es la elaboración de un informe pericial por parte del Delegado Instructor o del Consejero Ponente de la fiscalización”, en *El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción*, cit., págs. 385 y 386.

⁹⁷⁶ DE LA CUEVA IRANZO, F.: “Aspectos jurídico-procesales del enjuiciamiento contable”, cit., pág. 156.

⁹⁷⁷ GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., págs. 124 a127.

⁹⁷⁸ La tramitación completa de los juicios de cuentas puede consultarse en CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 199 a 207.

responsabilidad directa y la cuota de que deba responder, en su caso si se trata de responsables subsidiarios; la condena al pago de la suma en que se haya determinado la responsabilidad, con la posibilidad de que la fijación del importe se realice en la fase ejecutoria; la condena al pago de los intereses correspondientes (si se trata de responsabilidades subsidiarias, la obligación de abono de los mismos comenzará desde que los correspondientes responsables fueran requeridos para el pago); la contracción de la cantidad en que se cifre la responsabilidad contable en la cuenta que, en su caso proceda; y finalmente, el pronunciamiento sobre el pago de las costas del juicio (art. 71.4 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas).

Contra las sentencias pronunciadas por los Consejeros en primera instancia cabrá recurso de apelación que se sustancia y decide en la forma prevista para el recurso de la misma naturaleza en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (art. 80.3 de la Ley de Funcionamiento). Frente a las resoluciones dictadas por la Sala de Justicia cabe el recurso de casación o revisión, cuyo conocimiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (arts. 81 a 84 de la Ley de Funcionamiento)⁹⁷⁹.

8.5. Procedimiento de reintegro por alcance.

Puesto que este procedimiento está concebido únicamente para los casos de alcance y malversación (la Ley General Presupuestaria los excluye expresamente de la posibilidad de que dicha responsabilidad contable sea exigida mediante expediente administrativo, en su art. 180.1) es importantísima la concreción de los supuestos que, de conformidad con el art. 72.1 y 2 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, constituyen en cada caso alcance o malversación. Sin embargo, ya advertimos, que el concepto de alcance de la Ley de Funcionamiento es más amplio que el manejado en la Ley General Presupuestaria, de forma que muchos de los supuestos que ésta concibe como infracciones contables podrían subsumirse en el concepto de aquella. Además, cuantitativamente hablando, la resolución de estos procedimientos de reintegro por alcance y su apelación, constituyen el grueso de la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas.

El procedimiento de reintegro por alcance puede iniciarse como consecuencia de

⁹⁷⁹ En concreto, sobre el recurso de casación, vid. BELLIDO PENADÉS, R.: “El recurso de casación contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas”, cit.

tres motivos: en primer lugar, como consecuencia de una actuación fiscalizadora del propio Tribunal de Cuentas al examinar y comprobar las cuentas; en segundo lugar, mediante el ejercicio de la acción pública contemplada en los arts. 47.3 de la Ley Orgánica y 56 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas; y finalmente, mediante una denuncia de agentes externos al Tribunal de Cuentas, incluidos los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas⁹⁸⁰. Tanto en el caso de la actuación fiscalizadora, como en el caso de denuncia, será necesario que el que el Ministerio Fiscal, asuma las irregularidades puestas de manifiesto como constitutivas de responsabilidad contable, y presente la correspondiente demanda (art. 73.3 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas). La actuación del Ministerio Fiscal no será imprescindible, cuando se haya ejercitado la acción pública para la exigencia de la responsabilidad contable⁹⁸¹.

La regulación del procedimiento de reintegro por alcance se incluye en Capítulo VIII del Título V de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (arts. 72 a 74)⁹⁸², aunque es de aplicación el Capítulo VI que regula las disposiciones comunes a los procedimientos de la jurisdicción contable.

Las diligencias previas, que se regulan en el art. 46.2 de la Ley de Funcionamiento, vienen a precisar lo dispuesto en su párrafo primero⁹⁸³. De forma que el asunto supuestamente constitutivo de alcance, sea de la procedencia que sea, llega a la Sección correspondiente donde el Consejero competente optará por dictar un auto elevando las

⁹⁸⁰ Precisamente esta posibilidad es una de las diferencias respecto de la iniciación en el juicio de cuentas, pues el juicio de cuentas no puede tener su origen en esta vía sino que su incoación exige que la comunicación de los hechos presuntamente generadores de responsabilidad contable reúna los requisitos legales de la acción pública, no siendo suficiente por tanto la mera denuncia, CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 200.

⁹⁸¹ ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 138.

⁹⁸² La tramitación del mismo puede consultarse en CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 185 a 199; así como en GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., págs. 93 a 111.

⁹⁸³ Dichas diligencias consisten en un conjunto de actuaciones preliminares que tienen por objeto decidir si unos determinados hechos presentan o no indicios racionales de responsabilidad contable por alcance o malversación. Su naturaleza jurídica parece clara para la doctrina y para la propia Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, que ha entendido que estamos ante diligencias no jurisdiccionales. No obstante, para CUBILLO RODRÍGUEZ, la tesis defendida por la Sala de Justicia merece una reflexión, pues considera que una lectura atenta de los párrafos 1 y 2 del art. 46 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, permite una interpretación distinta, “pues lo que parece que en ellos se recoge es un auténtico trámite jurisdiccional a través del que un órgano de la justicia contable hace una valoración preliminar de los hechos orientada a decidir, en el ejercicio de su Jurisdicción y en virtud de la tutela judicial efectiva, si en ellos se dan indicios suficientes de responsabilidad contable como para incoar un procedimiento de reintegro por alcance”, en *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 221 y 222.

actuaciones a la Sección de Enjuiciamiento a efectos de que se proponga a la Comisión de Gobierno el nombramiento de Delegado Instructor, o bien, en el caso de que los hechos manifiestamente no revistan caracteres de alcance o cuando no fuera éste individualizado con referencia a cuentas de terminadas o a concretos actos de administración, custodia o manejo de caudales o efectos públicos, decretar mediante auto el archivo de las actuaciones.

Las actuaciones previas se regulan en el art. 47 de la Ley de Funcionamiento y se han denominado expresamente así para diferenciarlas de la pieza separada que tiene lugar en el juicio de cuentas. El Delegado Instructor, puede ser nombrado entre funcionarios que presten servicio en la provincia en que hayan ocurrido los hechos⁹⁸⁴, o entre funcionarios del propio Tribunal de Cuentas adscritos a la Unidad de Actuaciones Previas, aunque también puede recaer en los Órganos de Control Externo de aquellas Comunidades Autónomas que hayan asumido la realización de estas funciones⁹⁸⁵.

Sobre la naturaleza de esta fase de actuaciones previas, se ha opinado extensamente

⁹⁸⁴ Para CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 231, esta posibilidad, merece la más rigurosa crítica, pues implica una evidente falta de garantías en torno a la formación técnica especializada del Órgano que instruye e, incluso, en torno a su imparcialidad cuando esté adscrito a una Administración pública que luego pueda actuar como parte procesal en la fase jurisdiccional posterior. Aunque, como el propio autor reconoce, en la práctica el nombramiento de Delegado Instructor se realiza por la Comisión de Gobierno del Tribunal de Cuentas, únicamente a favor de funcionarios públicos de su Sección de Enjuiciamiento o de los Órganos Autonómicos de Control Externo.

⁹⁸⁵ Sobre las facultades del Delegado Instructor, el Auto de 2 de noviembre de 1992 señala que “*la función del Delegado Instructor es dilucidar si los hechos de que se trata son o no constitutivos de alcance o malversación contable en los términos previstos en el artículo 72 de la Ley de Funcionamiento y determinar quiénes sean los presuntos responsables por ser los encargados del manejo y custodia de los caudales o efectos alcanzados, reflejando todo ello en la liquidación provisional, y actuar, si así fuere, de conformidad a lo previsto en los apartados f) y g) del artículo 47.1 de la antecitada Ley. Cualquier otra valoración sobre la culpabilidad en la conducta de los presuntos responsables o sobre cualquier otro aspecto que sea definitorio para la apreciación de la responsabilidad contable queda reservado al procedimiento jurisdiccional correspondiente, que dimanará de las actuaciones previas, y será en esta sede y por el órgano de primera instancia de la jurisdicción contable donde se tomarán las decisiones y se realizarán las declaraciones al respecto*”.

Sin embargo no es esta la postura defendida por CORTELL GINER, que estima que las facultades del Delegado Instructor deben ser plenas para valorar los hechos y la conducta de los presuntos responsables, argumentando para ello tres razones: la primera, que el aspecto fundamental de las actuaciones previas no es adoptar medidas cautelares, sino formar un expediente que contenga toda la información necesaria para posibilitar a las futuras partes del procedimiento jurisdiccional la formulación de sus posiciones respectivas; la segunda, cuando el art. 48.1 de la Ley de Funcionamiento admite un recurso, es porque entiende que el responsable debe tener posibilidades efectivas de defensa; y tercera, no puede obligarse al Delegado Instructor, que asume la responsabilidad de liquidar provisionalmente un alcance o malversación, a que impute objetivamente unas responsabilidades en la fase instructora. Por ello considera necesaria una reforma clarificadora que sitúe el régimen jurídico de las actuaciones previas a la altura de la importancia de las funciones que deben cumplir, pues la experiencia demuestra que lo que no se hace en esta fase es difícil de subsanar en fase jurisdiccional, en CORTELL GINER, R. P.: “Aspectos críticos de la responsabilidad contable”, cit., pág. 65.

a nivel doctrinal, al igual por cierto, que sobre la naturaleza de la pieza separada, pues se duda sobre si su naturaleza es administrativa o jurisdiccional, optando la mayor parte de los autores por su naturaleza administrativa⁹⁸⁶, sin que el propio Tribunal de Cuentas se decantara de forma tajante por ninguna, aunque la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1995 ya comentada, que reconoce a la fase instructora de los juicios de cuentas naturaleza jurisdiccional, ha hecho cuestionarse a la doctrina, si dicha solución resultaría o no trasladable a las actuaciones previas de los procedimientos de reintegro por alcance⁹⁸⁷. En este sentido el enfoque más reciente apunta a reconocer una naturaleza administrativa preparativa del enjuiciamiento contable⁹⁸⁸, es decir, puede considerarse que la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha optado por una interpretación conciliadora de las dos líneas doctrinales, basado en la consideración de las actuaciones previas del art. 47 como un procedimiento especial condicionado por su necesaria celeridad y orientado a la preparación de las fases procesales posteriores mediante la práctica de un conjunto de diligencias que, sin poder constituir un desarrollo probatorio pleno, serán las que el Delegado instructor estime necesarias para el cumplimiento del fin legalmente atribuido a la instrucción⁹⁸⁹.

Las actuaciones que se efectúan durante esta fase están determinadas en el art. 47. 1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas⁹⁹⁰. Una vez finalizadas dichas actuaciones, se procederá en la forma prevista en el art. 68 para el juicio de cuentas, hasta que sea presentada la correspondiente demanda o, en caso de que no se presente, ordenar por el órgano competente de la Jurisdicción contable, el archivo de las actuaciones (art. 73 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas). Pero a diferencia del juicio de cuentas, en los procedimientos de reintegro por alcance, se aplican las normas procesales previstas para el juicio declarativo que corresponda, en función de la cuantía (art. 73.2), y respetando las especificidades previstas en el art. 74 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas: a) los hechos se concretarán,

⁹⁸⁶ Sobre la polémica doctrinal puede consultarse CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 228 a 230; y GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., págs. 94 a 98.

⁹⁸⁷ CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 186 y 187.

⁹⁸⁸ DE LA CUEVA IRANZO, F.: “Aspectos jurídico-procesales del enjuiciamiento contable”, cit., pág. 166.

⁹⁸⁹ CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 230.

⁹⁹⁰ Las resoluciones dictadas por el Delegado instructor en las que no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren o en que se causare una supuesta indefensión, serán recurribles ante la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas dentro del plazo de cinco días (art. 48.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas)

exclusivamente, a supuestos de malversación o alcance en los términos en los que los define propia Ley; b) transcurridas las alegaciones y establecidas, en su caso, las pruebas, el órgano de enjuiciamiento contable que conozca de los autos podrá decretar el sobreseimiento si se dieran las condiciones para su procedencia que se establecen en el art. 79 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

A la sentencia le serán aplicables las especificaciones contenidas en las disposiciones 3 y 4 del art. 71 de la Ley de Funcionamiento, a las cuales ya hemos hecho referencia al ocuparnos del juicio de cuentas. Dicha sentencia podrá apelarse ante la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, apelación que se sustancia y decidirá en la forma prevenida para el recurso de la misma naturaleza en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (art. 80.3 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas).

Como sabemos, contra las sentencias dictadas por la Sala de Justicia como consecuencia de las apelaciones, pueden interponerse los recursos de casación y, en su caso, revisión ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, siempre que se cumplan los pertinentes requisitos legales⁹⁹¹.

9.- COMPATIBILIDAD ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONTABLE, LA PENAL Y LA ADMINISTRATIVA.

Los hechos generadores de la responsabilidad contable pueden a su vez ser constitutivos otro tipo de responsabilidad, de forma que su depuración ante la jurisdicción contable es compatible con otros procedimientos, así se infiere del art. 18.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas cuando señala que “la jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal”.

9.1. Compatibilidad entre la responsabilidad contable y la penal.

En cuanto a la compatibilidad entre la responsabilidad contable y la responsabilidad penal, es necesario precisar que el art. 18.2 de la citada Ley Orgánica dispone que

⁹⁹¹Sobre estos recursos, con carácter general, vid. CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 194 a 196.

“cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia”.

En el mismo sentido se pronuncia el art. 49.3 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, al preceptuar que “cuando los hechos fueren constitutivos de delito, con arreglo a lo establecido en el art. 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, el Juez o Tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por este se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos”. Esta compatibilidad se debe a la distinta fundamentación, reparadora por un lado, y sancionadora por otro, de los distintos supuestos de responsabilidad. El problema viene determinado porque unos mismos hechos generan la puesta en marcha de dos órdenes jurisdiccionales diferentes, por ello es fundamental delimitar sus ámbitos de actuación⁹⁹².

La jurisdicción penal tiene como núcleo competencial básico el de la responsabilidad criminal derivada de los delitos y las faltas pero, como sabemos, cuando un particular comete una de las infracciones tipificadas en las Leyes penales, además de la correspondiente responsabilidad penal, incurre en la responsabilidad civil o genérica de toda clase de deberes jurídicos. Razones de economía procesal y de protección de los perjudicados, permiten que en el proceso penal se ejerciten, junto a las potestades básicas y propias de esta jurisdicción, las relativas al injusto civil, que corresponden por razón de la materia al órgano jurisdiccional civil. Esta regla cede en los supuestos en los que las partes reserven su acción civil para ejercitarla ante los Tribunales civiles o renuncien a la indemnización, y cuando ejercitada la misma no pueda probarse la existencia de daños y perjuicios⁹⁹³. La posibilidad de que en el proceso penal se declare la responsabilidad civil de las autoridades y demás personal al servicio de la Administración está igualmente prevista en nuestro ordenamiento, como ya expusimos. Pero cuando se trata de hechos constitutivos de delito de los que derive responsabilidad contable, necesariamente ésta debe ser determinada por el Tribunal de Cuentas (art. 18.2 de la Ley Orgánica y 49.3 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas).

⁹⁹² GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., pág. 46.

⁹⁹³ GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., págs. 46 a 48.

La doctrina, no obstante, ha puesto de manifiesto que con anterioridad a la aprobación de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, los jueces de lo penal del Tribunal Supremo, reconocían la competencia de este orden para determinar la responsabilidad civil derivada del delito, aunque una vez fijada ésta, en virtud del art. 18.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, podría ser modificada cuando los jueces de lo contable fijasen el perjuicio ocasionado a la Administración como consecuencia de la acción delictiva. Únicamente cuando la jurisdicción contable había determinado previamente la responsabilidad, los jueces del orden penal tenían que respetar el fallo contable en cuanto a responsabilidad civil se refiere⁹⁹⁴.

Sin embargo, como demuestra CASANA MERINO, los estudios de la doctrina del Tribunal de Cuentas y de la responsabilidad contable, son taxativos en cuanto a la prevalencia de los arts. 18.2 de la Ley Orgánica y 49.3 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, que imponen la obligación de abstención por parte de la jurisdicción penal, en lo referente a la responsabilidad civil derivada del delito, cuando de los hechos pudiera deducirse una responsabilidad contable⁹⁹⁵. Así lo viene determinando el propio Tribunal de Cuentas en numerosas sentencias, por lo que si no cumplen el deber de abstención fijando la responsabilidad civil derivada del delito, lo hacen excediéndose en el uso de sus competencias⁹⁹⁶. Considerando, consecuentemente,

⁹⁹⁴ Vid. CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., págs. 54 y 55, que llega a esta conclusión analizando algunas de las sentencias del Tribunal Supremo, si bien, reconoce que en el orden jurisdiccional contencioso, sí existen pronunciamientos a favor de la abstención por parte de los jueces de lo penal en materia de responsabilidad civil.

⁹⁹⁵ CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., pág. 55 y 56.

⁹⁹⁶ En este sentido la Sentencia 5/1995, de 10 de marzo de la Sala de Justicia establece que “[t]eniendo en cuenta la distinta naturaleza de la responsabilidad penal y de la contable, es claro que unos mismos hechos pueden ser enjuiciados por ambas jurisdicciones, dado que la prevalencia del orden penal lo es sólo respecto de la fijación de los hechos y autoría de los mismos (Sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1983 y de 21 de mayo de 1984), pero no respecto de la apreciación de los hechos (Sentencia de 26 de noviembre de 1985) y de las consecuencias jurídicas que se puedan desprender de los mismos, como así viene también a recoger la Sentencia de la Sala de 25 de febrero de 1993. En este sentido, el problema se plantea cuando la fijación de responsabilidades civiles se lleva a cabo en la misma sentencia penal. En este supuesto hemos de tener en cuenta que mientras para la jurisdicción contable el conocer de la responsabilidad civil derivada de determinados delitos es fruto de su competencia básica y originaria, para la penal ese mismo conocimiento es accesorio y distinto de aquél que sustancialmente le corresponde depurar y exigir, que no es otro que el de la responsabilidad criminal (arts. 1 y 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por consiguiente, en todos aquellos delitos en los que exista un daño o menoscabo en los fondos públicos, perpetrado por los que tienen a su cargo el manejo de los mismos, si los Jueces o Tribunales Penales dictan Sentencias declarando no solo la responsabilidad criminal sino también la civil derivada del delito, actúan con notable exceso de jurisdicción y en un ámbito de competencias que no les es propio. Ello compromete gravemente no solo el carácter pleno y exclusivo de la jurisdicción contable, sino también su necesidad e improrrogabilidad, notas éstas reconocidas en el art. 17.1 de la Ley Orgánica 2/1982. A estos efectos, la doctrina del Tribunal (Sentencias de la Sala de 25 y 26 de febrero de

que no puede servir de justificación el hecho de que los arts. 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establezcan el carácter preferente del orden jurisdiccional penal, pues la preferencia se refiere al núcleo básico de la acción penal, y no a la acción civil derivada del delito.

Si bien hemos señalado que la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, al que le reconoce jurisdicción propia en su art. 17.1, encomienda al Tribunal de Cuentas el enjuiciamiento de la misma y reconoce su compatibilidad respecto de unos mismos hechos con la actuación de la jurisdicción penal; a renglón seguido, el apartado 2 del mencionado precepto señala que a los solos efectos del ejercicio de su función, se extenderá “al conocimiento y decisión en las cuestiones prejudiciales e incidentales, salvo las de carácter penal, que constituyan elemento previo y necesario para la declaración de responsabilidad contable y estén con ella relacionadas directamente”.

Ello supone una excepción a la compatibilidad entre ambas, ya que si aparece una cuestión prejudicial o incidental de carácter penal tiene que ser remitida a esa jurisdicción correspondiéndole decidir sobre la misma. Sin embargo, no existe ningún precepto que imponga la obligación de abstenerse del juez penal cuando aparece una cuestión prejudicial o incidental de carácter contable en dicho proceso, más bien al contrario, teniendo en cuenta que el art. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye a la justicia penal competencia para resolver “las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos”, a pesar de lo cual, señala CASANA MERINO, son varias las resoluciones del Tribunal de Cuentas en las que afirma su competencia para determinar el perjuicio ocasionado, aunque éste constituya una cuestión incidental o prejudicial en el proceso penal⁹⁹⁷.

1993) es unánime en considerar que los pronunciamientos sobre responsabilidades civiles contenidas en sentencias penales, no impide que el Tribunal de Cuentas pueda efectuar en su caso la correspondiente declaración sobre responsabilidad contable, sin perjuicio de que en fase de ejecución se tenga en cuenta, en su caso, lo abonado anteriormente, para evitar duplicidades en el reintegro al Erario Público.

Menos problemas plantean los supuestos en los que el Tribunal de Cuentas determina con carácter previo la responsabilidad contable, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art.49.1 de la Ley Orgánica 2/82, quedando en este caso vinculado el Tribunal Penal en cuanto a la cuantía de los daños, construcción lógica atendiendo al art. 394 del Código Penal; y aquellos otros en los que el pronunciamiento penal es previo al contable, reservando al Tribunal de Cuentas el enjuiciamiento de las responsabilidades contables y consiguiente determinación de los daños sobre la base de los hechos previamente fijados por la sentencia penal”.

⁹⁹⁷ CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., págs. 58 y 59.

Ahora bien, establecida la compatibilidad entre las jurisdicciones penal y contable, como advierte GALÁN SÁNCHEZ⁹⁹⁸, existe una zona de confluencia entre la jurisdicción penal y la contable en que aparentemente ambas coexisten, pero si para la primera lo que está en juego es una competencia accesoria, para la jurisdicción contable la responsabilidad resarcitoria constituye el núcleo de su competencia⁹⁹⁹. Por lo que, a pesar de este planteamiento teórico, la práctica revela situaciones en las que se ha producido el conflicto de manera más usual, es el caso de la tramitación coetánea del procedimiento penal y contable, o de la existencia de una sentencia penal firme cuando todavía no se ha ultimado el proceso contable¹⁰⁰⁰.

En el primer supuesto, esto es, en el caso de coincidencia en el tiempo de los procesos penal y contable, el conflicto se resuelve aplicando el principio de exclusividad, según el cual cada uno de los órdenes jurisdiccionales será competente en su ámbito básico, es decir, la responsabilidad penal será exclusiva en la determinación de la responsabilidad criminal, mientras que la responsabilidad contable será competencia del Tribunal de Cuentas¹⁰⁰¹. El propio Tribunal de Cuentas se ha

⁹⁹⁸ Citando a MEDINA GUIJARRO, J. y PAJARES GIMÉNEZ, J. A.: “Comentario general sobre la jurisprudencia contable”, *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 81, 1994 pág. 182, en GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a.: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., pág. 48. También de MEDINA GUIJARRO, J. y PAJARES GIMÉNEZ, J. A.: “Compatibilidad entre la jurisdicción contable y la jurisdicción penal”, en *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 81, 1994.

⁹⁹⁹ La compatibilidad entre ambas se ha puesto de manifiesto en numerosas sentencias del Tribunal Supremo y del propio Tribunal de Cuentas, así la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1999, en la que se establece que “...en el supuesto de que unos mismos hechos constituyan delito y supuesto de responsabilidad contable será la jurisdicción penal la prevalente en materia de determinación de la existencia o no de aquellos y de su autoría, determinación que habrá de respetarse en sede de la jurisdicción contable, lo mismo que la jurisdicción penal deberá abstenerse de determinar la responsabilidad pena ex delicto en la medida en que ésta coincida con la responsabilidad contable y no la exceda dentro de la extensión con que se contempla a aquella en el art. 110 del nuevo Código Penal...”. En la misma línea las Sentencias del Tribunal de Cuentas de 4 de junio, 27 de julio y 30 de septiembre de 1992, 25 y 26 de febrero de 1993, y 30 de junio de 1994 citadas por GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a.: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., pág. 49.

¹⁰⁰⁰ En este sentido CUBILLO RODRÍGUEZ, afirma que la solución a todas las dudas que plantea la articulación práctica de dicha compatibilidad es la habilitación de soluciones concretas para cada tipo de problema suscitado, y así lo ha entendido la doctrina, que ha hecho una meritoria aportación científica en la delimitación de los diversos casos problemáticos que pueden plantearse en la práctica, y que el autor sintetiza en *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 218 a 221. Precisamente un estudio de todas ellas respecto de la competencia concurrente de la responsabilidad contable y la penal en relación a unos mismos hechos, puede consultarse en CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., págs. 52 a 66.

¹⁰⁰¹ GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a.: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., págs. 49 y 50, si bien, advierte, la única excepción a esta regla vendría dada por las cuestiones prejudiciales cuando la resolución de éstas sea competencia de una de las jurisdicciones y necesaria para la continuación del procedimiento en la otra.

pronunciado en contra de la suspensión del proceso contable, aunque se ejercite la acción penal¹⁰⁰².

En el caso de que exista una sentencia penal firme previa o recaída durante la tramitación del proceso contable, GALÁN SÁNCHEZ resume las dos posiciones entre las que se encuentra dividida la doctrina: para un sector doctrinal el carácter pleno de la jurisdicción contable exige que ésta dicte su resolución sin tener en cuenta lo dispuesto en la sentencia penal, sin perjuicio de articular las medidas necesarias de coordinación entre ambas jurisdicciones a la hora de ejecutar la sentencia y evitar un enriquecimiento injusto del Tesoro público; para otro sector, la sentencia dictada por el Tribunal penal produce los efectos de cosa juzgada material sobre la jurisdicción contable, de esta forma se evitaría dos posibles resoluciones jurisdiccionales contradictorias que vulnerarían la seguridad jurídica, y en consecuencia la tutela judicial efectiva. Si bien, como afirma la autora, la mayoría de la doctrina se inclina por la primera interpretación, que está avalada por diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo y del propio Tribunal de Cuentas¹⁰⁰³.

También CASANA MERINO observa que cuando existe una sentencia penal firme previa o recaída durante la tramitación del proceso contable, la doctrina se muestra a favor de que existiendo un fallo previo, éste no vincule a la jurisdicción contable. No obstante, hay determinados aspectos del fallo penal que deben ser asumidos por el juez de lo contable, en especial en lo referente a los hechos que se consideran probados y a la autoría de los mismos. Por lo que respecta a los hechos, la doctrina del Tribunal Constitucional es constante desde la Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, que señala que cuando el ordenamiento permita una dualidad de procedimientos, como es el caso, el enjuiciamiento y la calificación en el plano jurídico pueden producirse con independencia, pero “no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos hechos no pueden existir y dejar de existir para los

¹⁰⁰² El problema se plantearía para CASANA MERINO, desde el punto de vista de la seguridad jurídica cuando la valoración de los hechos y de quién los realizó lleva a conclusiones distintas en el proceso penal y en el proceso contable. En este caso el Tribunal Constitucional ha declarado que la independencia de cada órgano judicial puede llevar a resultados contradictorios, y que el legislador debería haber previsto mecanismos para su solución dentro de la justicia ordinaria, y si no lo ha hecho, habría que acudir al amparo constitucional, en *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., págs. 66 y 67.

¹⁰⁰³ GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a.: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., págs. 50 a 52.

órganos del Estado”¹⁰⁰⁴. Otra cuestión es la calificación jurídica que merezca el autor de los hechos, es decir, la determinación de la autoría en sus distintos grados en una u otra jurisdicción¹⁰⁰⁵.

Sin embargo, el tema no puede resolverse aplicando soluciones genéricas, de hecho el Tribunal Supremo ha entendido en ocasiones que la compatibilidad entre la jurisdicción penal y la contable tiene sus límites y no puede dar lugar a la posibilidad de que unos mismos hechos puedan existir o no según se aprecien por la jurisdicción penal o la contable, o viceversa, o puedan ser calificadas en ambas sedes de modo diferente y aún contradictorio, de forma que, según su Sentencia de 1 de marzo de 2002, “*en el caso de que unos mismos hechos constituyan delito y supuesto de responsabilidad contable, será la Jurisdicción penal la prevalente en materia de determinación de la existencia o inexistencia de aquellos y de su autoría, determinación que habrá de respetarse en sede de Jurisdicción contable, lo mismo que la Jurisdicción penal deberá abstenerse de determinar la responsabilidad civil ex delicto en la medida que esta coincida con la responsabilidad contable y no la exceda dentro de la extensión con que se contempla aquella en el art. 110 del nuevo Código Penal*”. De lo que se deduce que no puede identificarse, de modo necesario, la responsabilidad contable con la responsabilidad civil o patrimonial en que pueden incurrir, frente a la Administración, quienes tengan a su cargo el manejo de bienes o caudales públicos y causen daños a éstos, bien directamente, bien determinado la obligación de la Administración de indemnizar terceros. La sentencia considera que “*si la Jurisdicción penal hubiera terminado su actuación sin declaración definitiva de inexistencia de los hechos y sin especificación de responsabilidades penales, la Jurisdicción contable, en consonancia su naturaleza de Jurisdicción necesaria, improrrogable, exclusiva y plena dentro de su*

¹⁰⁰⁴ En el mismo sentido las Sentencias del Tribunal Constitucional 24/1984, de 23 de febrero, 62/1984, de 21 de mayo, 159/1985, de 27 de noviembre, 107/1989, de 8 de junio, 355/1991, de 25 de noviembre, citadas por el autor en *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., pág. 60.

¹⁰⁰⁵ Además, para CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., págs. 61 y ss., resulta imprescindible plantear qué ámbito de actuación tiene el Tribunal de Cuentas cuando la jurisdicción penal determina la responsabilidad civil dimanante del delito, incumpliendo por tanto la obligación de abstención impuesta por el art. 49.3 de la Ley de Funcionamiento, para lo cual hay que partir de las siguientes premisas: 1ª) que el juez de lo contable no queda vinculado por la calificación jurídica que de los hechos haya hecho el juez de lo penal, según la reiterada doctrina del Tribunal de Cuentas; 2ª) que para la determinación de la responsabilidad contable, el juez de lo contable no podrá ignorar los hechos que se consideran probados en la sentencia penal; y 3ª) que el concepto de responsabilidad contable no es idéntico al de responsabilidad civil derivada del delito. Puede existir responsabilidad contable aunque se absuelva de responsabilidad penal y los responsables directos y subsidiarios no tienen porqué coincidir con los autores o cómplices del delito.

específico objeto -art. 17.1 de la Ley 2/1982- puede proceder con total independencia para determinar el supuesto de responsabilidad determinante de su competencia, y, desde luego, su cuantificación a través de los procedimientos propios de la Jurisdicción contable”¹⁰⁰⁶.

Si por el contrario, existe una sentencia contable firme previa o recaída durante la tramitación del proceso penal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 18.2 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, el juez de lo penal tendrá que tomar como responsabilidad civil derivada del delito, la fijada por el juez de lo contable¹⁰⁰⁷.

Hasta ahora hemos hecho referencia a la compatibilidad entre la jurisdicción contable y la penal, teniendo en cuenta que la mayor parte de las veces que se depuran responsabilidades contables se hace vía jurisdiccional por el Tribunal de Cuentas, pero si los hechos presuntamente constitutivos de responsabilidad contable fuesen objeto de un expediente administrativo, a la vez que pudieran ser constitutivos de delito, el art. 6.3 del Real Decreto 700/1988, señala que el órgano instructor lo pondrá en conocimiento de la autoridad que hubiese ordenado la incoación del expediente para su oportuna comunicación al Ministerio Fiscal.

Sobre la suspensión provisional de la tramitación del expediente administrativo de

¹⁰⁰⁶ CORTELL GINER, R. : “Aspectos críticos de la responsabilidad contable”, cit., págs. 57 y 58, considera que esta sentencia no sólo destaca el carácter prevalente de la jurisdicción penal frente a la contable, sino que acota perfectamente el ámbito de dicha prevalencia al diferenciar dos situaciones: la primera, en el caso de que la sentencia penal sea condenatoria, se constata el valor prevalente de la misma en relación con la determinación de la existencia o inexistencia de los hechos y su autoría; y segunda, si la sentencia penal es absolutoria, se mantiene la prevalencia de la sentencia penal pues la jurisdicción contable no podrá contradecir “*la declaración de inexistencia de los hechos*” del juez penal. Esto pone de manifiesto para el autor que, en cualquier caso, la jurisdicción contable debería esperar, cuando exista un proceso penal pendiente, a que en este se dicte una sentencia. Sin embargo, señala, no es la solución que adopta el Tribunal de Cuentas, que suele entender que la existencia de un proceso penal pendiente no impide que la jurisdicción contable pueda entrar a conocer de la responsabilidad contable que se derive de unos mismos hechos, dada la compatibilidad de ambas jurisdicciones, y ello porque según la Sentencia 11/2002, de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de 19 de diciembre, la jurisdicción contable contempla a efecto de la exigencia de responsabilidades contables, hechos no contemplados en la jurisdicción penal.

¹⁰⁰⁷ CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., págs. 65 y 66. El autor se plantea, si es posible la prevalencia de un fallo de otra jurisdicción respecto del orden penal y hasta qué punto los hechos que se consideran probados en el orden contable deben asumirse en el proceso penal, puesto que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado al respecto. Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en un asunto de dos fallos contradictorios de la jurisdicción contencioso-administrativa y la laboral (Sentencia del Tribunal Constitucional 158/1985, de 26 de noviembre) le lleva a considerar que la jurisdicción penal deberá tomar en consideración el fallo previo del Tribunal de Cuentas, tanto por lo que respecta a la responsabilidad civil, como en el sentido de que los hechos que se consideren probados habrán de ser asumidos como tales por el juez de lo penal, aunque pueda realizar una distinta apreciación jurídica de los mismos siempre que la motive.

responsabilidad contable, el apartado 6 de citado precepto, dispone que “sólo podrá ser decidida mediante acuerdo motivado por el Órgano que ordenó su incoación”

9.2. Compatibilidad entre responsabilidad contable y responsabilidad disciplinaria

La compatibilidad entre la jurisdicción contable y la responsabilidad disciplinaria aparece expresamente admitida, como vimos, en el art. 18.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas al preceptuar que “la jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria...”; si bien, la propia jurisprudencia del Tribunal de Cuentas se refiere, en la mayor parte de los casos, a la compatibilidad entre la jurisdicción contable y la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que incluye no sólo la compatibilidad con la potestad disciplinaria, sino la genérica potestad sancionadora de la Administración¹⁰⁰⁸.

Así la Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 26/2009, de 11 de noviembre, citando la Sentencia 9/2009, de 5 de mayo recuerda que *“el contenido de la tutela judicial que se hace efectiva a través de los procesos contables y contencioso-administrativos no es coincidente. Así, en el ámbito contable la tutela que se garantiza no es sino la declaración de exigencia de responsabilidad contable que trata de lograr la indemnización de los caudales públicos, es decir, la restitución íntegra de la Hacienda Pública que ha sufrido un daño económico como consecuencia del incumplimiento ilegal y culpable de sus obligaciones por parte del gestor de los fondos públicos menoscabados, por lo que se exige al declarado responsable contable el reintegro del importe en que se cifran los daños ocasionados, más los intereses correspondientes. Sin embargo, en el ámbito contencioso-administrativo se enjuician pretensiones relativas a la conformidad a derecho de los actos de las Administraciones Públicas sujetos a derecho administrativo, disposiciones de rango inferior a la ley y*

¹⁰⁰⁸ En este sentido y a pesar de que la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas se refiere expresamente a la compatibilidad con “la potestad disciplinaria”, CASANA MERINO, entiende que debe extenderse a las sanciones que como consecuencia de la misma puedan imponerse a los funcionarios públicos y a las personas sometidas a una relación especial de sujeción en relación con el manejo de los caudales públicos, como los destinatarios de subvenciones. Para el autor la compatibilidad se da entre la potestad sancionadora de la Administración y la que a ésta corresponde para exigir la reparación del perjuicio ocasionado por el inadecuado manejo de caudales o efectos públicos; como el supuesto más común es de concurrencia de responsabilidad contable y responsabilidad disciplinaria de los funcionarios, por ello la Ley Orgánica emplea el término “potestad disciplinaria”. Por lo que, advierte, no hay que olvidar “la posibilidad de que concurra la responsabilidad contable con otro tipo de responsabilidad exigible a personas que no son funcionarios, y sobre los que no cabe ejercer la potestad disciplinaria *stricto sensu*, sino más bien la genérica potestad sancionadora de la Administración” en CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., pág. 50.

decretos legislativos cuando excedan de los límites de la delegación, es decir, ambos órdenes jurisdiccionales contable y contencioso-administrativo conocen de los hechos desde diferente perspectiva, en virtud de su propia competencia objetiva. De ahí que la actuación de la jurisdicción contable y la contencioso-administrativa sea compatible respecto de unos mismos hechos, pudiendo, incluso, llegar a pronunciamientos distintos, siendo necesario, en su caso, abordar la ejecución de las sentencias que se hubieran dictado en ambos procesos de forma coordinada por los correspondientes órganos jurisdiccionales para evitar resultados contrarios a la equidad y al derecho”.

Concretamente, la compatibilidad entre la potestad jurisdiccional del Tribunal de Cuentas y la potestad disciplinaria de las Administraciones públicas parece no plantear tantos problemas como en el supuesto anteriormente estudiado, en esta línea la Sentencia del Tribunal de Cuentas 17/1994 de 6 de mayo, después recogida en las de 15 de diciembre de 1994 y 23 de febrero de 1995¹⁰⁰⁹, señala que la compatibilidad entre ambas “*está de acuerdo con la naturaleza de las cosas y principios que conforman el sistema, ya que no hay coincidencia objetiva y de finalidad entre ellas; una, la contable tiene un carácter exclusivamente reparatorio de los daños y perjuicios causados a la Hacienda Pública como consecuencia del manejo, etc., de fondos públicos; la otra o disciplinaria es una manifestación de una potestad atribuida legal y constitucionalmente a la Administración con el objeto de velar por el correcto funcionamiento de su propia organización y disciplina interna de la misma*”¹⁰¹⁰.

Ello es así en la medida en que, como señala la Sentencia 9/2000, de 3 de julio, ambas tienen distinta naturaleza y por ello “*es legalmente posible y lógicamente aceptable el enjuiciamiento de unos mismos hechos por las jurisdicciones contencioso-administrativa -en lo que a la supuesta responsabilidad disciplinaria pudiera haber afectado- y contable -en lo concerniente a la producción de perjuicios económicos en los fondos públicos-, aunque, eso sí, cada una de ellas dentro de su ámbito, y con absoluto respeto a la fijación y declaración de hechos probados, así como a la autoría de los mismos, pero con plena autonomía jurisdiccional relativa tanto a la apreciación*

¹⁰⁰⁹ GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., pág. 52.

¹⁰¹⁰ No obstante el art. 50 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas establece al respecto que “los conflictos que se susciten entre los órganos de la jurisdicción contable y la Administración o las restantes jurisdicciones será resueltos de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales”

y valoración de esos hechos probados, como a la determinación de las consecuencias jurídicas que puedan desprenderse de los mismos. No debe olvidarse, pues, que son distintas en una y otra jurisdicción los criterios de enjuiciamiento y que, en definitiva, las normas aplicables en sede contencioso-administrativa y en sede contable son de estructura finalista distinta y de eficacia jurídica diferente”.

Lo que sí parece indudable para el Tribunal de Cuentas, al igual que en el supuesto anteriormente estudiado, es que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para dos órganos del mismo Estado, por lo que los hechos probados en un fallo jurisdiccional así como la autoría, deben vincular a posteriores fallos de otras jurisdicciones¹⁰¹¹. Ahora bien, como advierte en la Sentencia de la Sala de Justicia 18/2005, de 27 de octubre *“la apreciación y calificación de unos hechos en la vía disciplinaria, para nada vincula a la especializada Jurisdicción Contable, que por sus funciones inherentes, resulta compatible, a la hora de definir una responsabilidad con la que se pueda haber predicado en otros órdenes administrativos o jurisdiccionales”*; incluso según doctrina de esta Sala, *“ni siquiera la valoración jurídica de la negligencia apreciada tiene por qué ser la misma en vía administrativa sancionadora y en vía jurisdiccional contable (Sentencia 8/1997, de 12 de junio)”*.

La compatibilidad entre la responsabilidad contable exigida en vía administrativa y la disciplinaria puede deducirse fácilmente del art 94.1 del Estatuto Básico del Empleado Público cuando señala que las Administraciones públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, “sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones”, entendida la responsabilidad contable como una subespecie de responsabilidad patrimonial que obliga a indemnizar los daños ocasionados a los efectos y caudales públicos. No obstante, el Real Decreto 700/1988 prevé expresamente la posible tramitación simultánea de ambos expedientes, el contable y el disciplinario, en su art. 6.4, cuando señala que si “se apreciase que los hechos pueden ser constitutivos de faltas disciplinarias cometidas por los funcionarios y personal al servicio de la Administración en el ejercicio de sus cargos, tal circunstancia se pondrá en conocimiento del Subsecretario del Departamento respectivo a los efectos procedentes”. Añade el apartado 5 del mencionado precepto que si se incoara

¹⁰¹¹ CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., págs. 51 y 52.

expediente disciplinario contra el funcionario sujeto a expediente de responsabilidad contable, la autoridad que hubiese acordado dicha incoación lo comunicará al Ministro de Economía y Hacienda, igualmente le serán comunicados los acuerdos de suspensión provisional del funcionario. La suspensión del expediente de responsabilidad contable sólo podría adoptarse mediante un acuerdo motivado del órgano que ordenó su incoación (art. 6.6 del Real Decreto 700/1988).

Lo normal es que la responsabilidad contable alcance fundamentalmente a los funcionarios públicos y resto de empleados públicos, pues son ellos los que mayoritariamente gestionan los recursos caudales y efectos públicos y, respecto de los cuales, la Administración ejerce la potestad disciplinaria. El problema se planteaba respecto de las autoridades, ya que la responsabilidad disciplinaria no se les aplicaba. En este sentido, el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno ha supuesto un hito importantísimo (a expensas de su aplicación práctica) al regular dicha responsabilidad disciplinaria respecto los miembros del Gobierno, Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal, vinculadas o dependientes de aquella, y a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación tengan tal consideración, ámbito de aplicación que evidentemente no se extiende a todas las posibles autoridades.

Pues bien, el Proyecto de Ley establece tres tipos de infracciones administrativas: infracciones en materia de conflicto de intereses (art. 27) que ya estaban previstas en la Ley 5/2006, de 10 de abril de regulación de los conflictos de intereses de miembros del Gobierno y altos cargos¹⁰¹², o en la normativa que resulte de aplicación; infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria reguladas en el art. 28; y finalmente infracciones disciplinarias (art. 29) muchas de las cuales aparecen el art. 95 del Estatuto Básico del Empleado Público y legislación autonómica correspondiente, por lo que realmente novedoso es su aplicación a los miembros del Gobierno, Secretarios de Estado y altos cargos o asimilados de las distintas Administraciones públicas, la compatibilidad entre esta responsabilidad disciplinaria y la contable resulta evidente, a tenor de lo dispuesto en el art. 31.1 párrafo segundo cuando establece que “la responsabilidad será exigida en procedimiento administrativo instruido al efecto, sin

¹⁰¹² Un estudio de las mismas puede consultarse en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*, cit., págs. 103 a 121.

perjuicio de dar conocimiento de los hechos al Tribunal de Cuentas por si procediese, en su caso, la incoación del oportuno procedimiento de responsabilidad contable”.

Pero nos interesan especialmente las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria, pues al margen de otros supuestos de hecho que tienen que ver con las últimas medidas legislativas adoptadas por el Gobierno, fundamentalmente en la Ley Orgánica 2/20012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, los cinco primeros supuestos del art. 28 prácticamente constituyen las infracciones contables enumeradas en el art. 177.1 de la Ley General Presupuestaria, junto con la letra p) del citado art. 28 que señala como falta el incumplimiento de la obligación de rendición de cuentas.

Efectivamente, el Proyecto de Ley establece su compatibilidad respecto de la responsabilidad contable al enunciar en el art. 30.7 que “cuando los hechos estén tipificados como infracción en una normativa administrativa especial, se dará cuenta a la Administración competente para la instrucción del correspondiente procedimiento sancionador, suspendiéndose las actuaciones hasta la terminación de aquel. No se considerará normativa especial la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria respecto de las infracciones previstas en el artículo 28, pudiéndose tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial simultáneamente al procedimiento sancionador”. Lo cual tiene su lógica, pues ambos procedimientos persiguen fines distintos, uno es puramente sancionador, y el otro busca la reparación del daño o perjuicio ocasionado.

El apartado siguiente dispone que en todo caso la comisión de las infracciones previstas en el art. 28 que, recordemos, únicamente contempla supuestos de infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria “muy graves” y siempre que la conducta se “culpable”, conllevará las siguientes consecuencias: a) la obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas o satisfechas indebidamente, y b) la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública en los términos del artículo 176 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Finalmente, hemos de hacer notar que para este tipo de infracciones (art. 28) no se dan los inconvenientes derivados del distinto plazo de prescripción de los que hablábamos al hilo de la compatibilidad entre la responsabilidad disciplinaria y la

responsabilidad patrimonial, y ello porque el art. 32.1 del Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, establece que el plazo de prescripción de las infracciones previstas en este título será de cinco años para las infracciones muy graves, de tal manera que coincide plenamente con el plazo de prescripción de la responsabilidad contable que con carácter general señala la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

10.- REFLEXION SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CONTABLE. CRÍTICAS Y PROPUESTAS.

Como hemos tenido ocasión de comprobar los hechos constitutivos de responsabilidad contable pueden ser analizados y depurados por distintas jurisdicciones, la penal, la contencioso-administrativa, y la contable. Esta posibilidad en principio no acarrea problemas, pues acabamos de ver que cada supuesto de responsabilidad - contable, penal y disciplinaria- tiene distinta naturaleza y responde a fundamentos igualmente diferentes, por lo que tanto la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas, como la del Tribunal Supremo, así como la del propio Tribunal Constitucional, han admitido pacíficamente su compatibilidad. Sin embargo, cuando unos mismos hechos u omisiones constitutivos de responsabilidad contable, pueden ser depurados mediante tres tipos de procedimientos (expedientes administrativos de responsabilidad contable, juicios de cuentas y procedimientos de reintegro por alcance) se producen ciertas disfunciones, que han llevado a la doctrina, casi de forma unánime, a sugerir que esta variedad de cauces procedimentales debería simplificarse, aunque nuevamente las discrepancias se presentan en el cómo.

Con carácter general, la doctrina viene criticando la existencia de la dualidad de vías para la exigencia de responsabilidad contable (en sede administrativa por la propia Administración y en sede judicial ante el Tribunal de Cuentas), aunque para algunos autores la explicación a la existencia de un procedimiento jurisdiccional para la exigencia de responsabilidad contable podría buscarse en el hecho de que la posible participación de particulares como responsables en el hecho generador de la responsabilidad, haría necesaria la vía jurisdiccional y no el simple expediente administrativo¹⁰¹³.

¹⁰¹³ HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M.: “La responsabilidad

Pero es que, además, esta doble regulación (la contenida en la Ley General Presupuestaria y la contenida en las Leyes Orgánica y de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas) respecto de la responsabilidad contable supone, como denuncia CORTELL GINER, que aspectos decisivos de la responsabilidad contable (como la propia definición, los sujetos responsables, la utilización del elemento subjetivo del dolo y de la culpa, etc.) sean objeto de un régimen jurídico distinto según se opere en vía administrativa o jurisdiccional¹⁰¹⁴. A ello habría que añadir la regulación de la responsabilidad contable en las Leyes de Hacienda de las Comunidades Autónomas, cuyas previsiones difieren, fundamentalmente en algunos aspectos procedimentales, de la establecida en la propia Ley General Presupuestaria y en el Real Decreto 700/1988, lo que sin duda, enmaraña aún más este complejo panorama normativo.

La cuestión que nos planteamos es si realmente está justificada esta regulación diferenciada de la responsabilidad contable y su sometimiento a una jurisdicción distinta de la contencioso-administrativa, que la sustrae del régimen general de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en los bienes y derechos de la misma.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, no llegamos a entender muy bien por qué los supuestos de responsabilidad contable que se depuran en vía administrativa - todas las infracciones contables distintas del alcance y la malversación- tienen que seguir un procedimiento diferenciado de la regulación del art. 145.3 de la Ley 30/1992 y del Real Decreto 429/1993, salvo que por razones históricas se quiera mantener dicha especificidad. Como vimos en su momento, consideramos la responsabilidad contable como un supuesto específico o subespecie de la responsabilidad patrimonial directa de las autoridades y personal al servicio de la Administración en razón de los bienes lesionados, los caudales y efectos públicos, pero se trata de una responsabilidad directa frente a la Administración al fin y al cabo. Por ello estimamos que es esta regulación general la que debería aplicarse, sin posibilidad de avocación por parte del Tribunal de Cuentas, ni recurso ante el mismo, sino ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Patrimonial de las Autoridades y Personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Dir.): *Manual de responsabilidad pública. Homenaje a Pedro González Gutiérrez-Barquín.*, cit. pág. 296.

¹⁰¹⁴ CORTELL GINER, R. P.: “Aspectos críticos de la responsabilidad contable”, cit., págs. 52 a 53.

Contrariamente a lo expuesto, el Tribunal de Cuentas considera que esta excepción a la competencia general de la jurisdicción contencioso-administrativa para revisar la actuación administrativa en materia de responsabilidad contable, es “*consecuencia del carácter necesario, exclusivo, pleno e improrrogable de la jurisdicción que ostenta el Tribunal de Cuentas, conforme el art. 136 de la Constitución española y demás concordantes de su Ley Orgánica (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1996 y 13 de diciembre de 1999). De esta forma se contribuye, también, a la necesaria unificación de criterio, por parte de esta Sala, de todos aquellos supuestos de responsabilidad contable que se sustancian, inicialmente por órganos administrativos*”, (Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 20/2005, de 28 de octubre).

Digamos que la justificación podría encontrarse, entre otras razones, en la especialización jurídica de este órgano que la misma Constitución le reconoce, y la formación de una “doctrina jurisprudencial”, pero no debemos pasar por alto que el propio Tribunal de Cuentas está admitiendo la disparidad de criterios que pueden darse en el ámbito administrativo, precisamente por lo que ya habíamos apuntado de la no coincidencia en aspectos trascendentales de ambas regulaciones, y de las previsiones normativas establecidas en las Leyes de Hacienda de las Comunidades Autónomas, que establecen diferencias respecto de la regulación contenida en el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio. Por ello reiteramos que este tipo de infracciones distintas del alcance y la malversación deben sustraerse de la regulación de la responsabilidad contable y encauzarse a través de la vía del art. 145.3 de la Ley 30/1992 y del procedimiento regulado en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que formando parte del sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas constituye una competencia exclusiva del Estado.

En esta misma línea se pronuncia CASANA MERINO, para quien la necesidad de dar cumplimiento a una serie de principios constitucionales –eficacia y coordinación administrativa, economía procesal, seguridad jurídica e interdicción de la indefensión, entre otros- requiere poner un poco de orden en el “barullo” de procedimientos previstos para la exigencia de responsabilidades contables. Para ello propone la clasificación en dos grupos de las responsabilidades derivadas del inadecuado manejo de los caudales públicos: las que constituyen una infracción administrativa y las constitutivas de alcance

o malversación. Las primeras serían revisables en vía contencioso-administrativa¹⁰¹⁵ (en la medida que se sustanciarían a través de la vía del art. 145 de la Ley 30/1992) y encomendando con carácter exclusivo al Tribunal de Cuentas los alcances y las malversaciones, en la medida que el bien jurídico lesionado exige la competencia de una jurisdicción especial: la del Tribunal de Cuentas¹⁰¹⁶. Para el autor, “las infracciones administrativas de tipo contable, carecen de la sustantividad necesaria para ser atribuidas a una jurisdicción especial, y conceptualmente no se diferencia de otras infracciones administrativas, pues al fin y al cabo, toda infracción cometida por un funcionario tiene una incidencia negativa en los fondos públicos”, por ello, concluye, su fijación debe corresponder exclusivamente a la autoridad administrativa, siendo revisables en vía contenciosa¹⁰¹⁷.

Esta consideración nos llevaría a plantearnos la posible supresión del juicio de cuentas (previsto precisamente para depurar responsabilidades contables distintas del alcance o malversación) ya *de facto* casi inutilizado, apenas unos cuantos procesos de este tipo en los últimos doce años, a tenor de las memorias del Tribunal de Cuentas. Actualmente la mayor parte de las sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, resuelven supuestos de alcance pues, como sabemos, se viene realizando una interpretación expansiva del concepto de alcance. Lo que nos aboca irremediabilmente hacia la polémica doctrinal sobre el mantenimiento o no de la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas.

Ya hemos advertido en varias ocasiones que no es el momento de abordar esta espinosa cuestión, pues un estudio completo de la institución del Tribunal de Cuentas en

¹⁰¹⁵ CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., pág. 69. Considera el autor que las infracciones administrativas contables, que se sustancian a través de los expedientes administrativos de responsabilidad contable son de menor gravedad y no llevan consigo el componente delictivo que normalmente concurre en la malversación. Por lo que se excluiría de la competencia del Tribunal de Cuentas el conocimiento de los expedientes administrativos de responsabilidad contable que actualmente pueden llegar al citado Tribunal por reclamación del expediente o como consecuencia de recurso, siendo encauzadas estas conductas de “forma unitaria a través de la responsabilidad patrimonial que la Administración puede exigir al gestor de fondos públicos y que está regulada en el art. 145 de la LRJ-PAC”.

¹⁰¹⁶ En este sentido la autoridad administrativa que tenga indicios de un posible alcance o malversación, debería remitir el expediente al Tribunal de Cuentas, y en su caso también al juez de lo penal, sin perjuicio de que la Administración pueda imponer la correspondiente sanción disciplinaria, en cuanto tiene naturaleza sancionadora y no indemnizatoria, en CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., págs. 69, 70 y 94.

¹⁰¹⁷ CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., pág. 94.

este sentido nos apartaría de lo que en realidad constituye nuestro estudio¹⁰¹⁸, la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de la Administración, pero por ello mismo, sí apreciamos la necesidad de realizar una serie de reflexiones respecto de su exigencia por el Tribunal de Cuentas.

Consideramos que, efectivamente, se pueden esgrimir argumentos a favor y en contra de la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas¹⁰¹⁹, pero lo que no se puede discutir es que hoy por hoy, constituye la única vía, junto con la responsabilidad civil derivada del ilícito penal, mediante la que se hace efectiva la exigencia de responsabilidad patrimonial de las autoridades y demás personal al servicio de las Administraciones públicas por los daños causados en sus bienes o derechos, por ello plantearnos la supresión de la misma, nos genera cierta incertidumbre y desasosiego, salvo que simultáneamente se arbitren mecanismos que activen realmente su exigencia en vía administrativa. ¿A qué podemos atribuir el relativo “éxito” de la exigencia de responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas? Pensamos que, precisamente, a su propia existencia, es decir, el hecho de que se trate de un órgano *ad extra* de la Administración le otorga la distancia y la objetividad que no se da en la vía administrativa, pues cuando la Administración exige la responsabilidad a su personal por los daños y perjuicios ocasionados en sus bienes (ya sea en los caudales o efectos públicos u otro tipo de bienes) no olvidemos, que se convierte en juez y parte. Además, la intervención del Ministerio Fiscal y la existencia de la acción pública contribuyen de forma decisiva a la efectividad de la exigencia de la responsabilidad contable.

Algunos autores, como PALAO TABOADA, se pronuncian a favor de la unificación del régimen de responsabilidad contable y su integración en el sistema

¹⁰¹⁸ Especialmente crítico con la institución en general se muestra ALEJANDRO NIETO en el prólogo del libro de DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R.: *El Tribunal de Cuentas desde la Restauración a la República*, cit., donde habla de la inutilidad del Tribunal de Cuentas, o de la falta de imparcialidad en su labor fiscalizadora, pues, señala “el Tribunal es de hecho la voz del Gobierno o de quien ha nombrado a sus miembros”.

¹⁰¹⁹ Una síntesis de los mismos y los autores que defienden cada una de las posturas, puede verse en GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit. págs. 29 a 31; también sintetiza las diferentes posiciones doctrinales CASANA MERINO, F.: *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, cit., págs. 23 a 26, que defiende que “el concepto de jurisdicción sólo cabe predicarlo de forma plena de la función jurisdiccional ejercida por el Tribunal de Cuentas, y en esta última de los Consejeros de Cuentas, ya actúen como órgano unipersonal o como órgano colegiado, integrados en una Sala de la Sección de Enjuiciamiento. Por el contrario, no tiene carácter de órgano judicial el delegado instructor, o el funcionario que se encarga de la formación de la pieza separada, que carecen de la independencia e inamovilidad propias de los Consejeros de Cuentas”.

común de enjuiciamiento de la responsabilidad por daños causados a las Administraciones públicas por las autoridades y personal a su servicio previsto en los apartados 3 y 4 del art. 145 la Ley 30/1992, suprimiendo de este modo la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas¹⁰²⁰. Para el autor, la evolución de esta institución hasta configurarla en la actualidad como supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, “hubiera debido llevar de manera natural a la supresión de la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, cuya pervivencia constituye un claro anacronismo. En efecto, la atribución de esta función es un residuo del *Ancien Régime* en el que órganos administrativos desempeñaban competencias jurisdiccionales, como es el caso señaladamente del Consejo de Estado francés y, siguiendo su modelo, del italiano, en los cuales se ha tenido que acabar por admitir la naturaleza jurisdiccional de estos órganos. En un sistema de jurisdicción contenciosa plenamente judicializado como el español, la función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas es una pieza que tiene difícil encaje en el sistema”¹⁰²¹.

Para ROSIÑOL I VIDAL, por el contrario, las facultades encomendadas a la jurisdicción contable resultan de especial trascendencia para el buen funcionamiento de nuestras instituciones públicas. Para el autor, un funcionamiento ágil de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas comportaría una importante disminución de las conductas infractoras de las normas presupuestarias y contables, logrando un sector público más transparente en el ámbito económico-financiero, y por otro lado se contribuiría a la persecución de forma eficaz de algunas conductas corruptas que minan la credibilidad de los responsables de la gestión de los intereses públicos¹⁰²².

En cualquier caso, en lo que la mayoría de autores coinciden es en la conveniencia de simplificar los cauces formales a través de los que se puede exigir la responsabilidad contable¹⁰²³. Como hemos visto, CASANA MERINO defiende el enjuiciamiento contable por parte del Tribunal de Cuentas, únicamente de los alcances y malversaciones; mientras que CUBILLO RODRÍGUEZ, propone que todas las

¹⁰²⁰ En el prólogo a la obra de GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., pág. 13.

¹⁰²¹ PALAO TABOADA, C., prólogo a la obra de GALÁN SÁNCHEZ, R. M.: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit., pág. 12.

¹⁰²² ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, cit., pág. 24.

¹⁰²³ CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 254 y 255.

pretensiones de responsabilidad contable deberían encauzarse a través de un único proceso ante el Tribunal de Cuentas que el mismo diseña¹⁰²⁴.

Ya hemos avanzado que de mantenerse la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas¹⁰²⁵, por motivos de especialización, que no de constitucionalidad¹⁰²⁶, ésta debería quedar circunscrita a la exigencia de responsabilidades contables constitutivas de los alcances y malversaciones que, por otro lado, es lo que mayoritariamente está tramitando este órgano, dejando la depuración del resto de las infracciones contables en manos de la propia Administración que aplicaría la vía del art. 145.3 de la Ley 30/1992.

¹⁰²⁴ CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, cit., págs. 257 a 308, en las que dedica los dos últimos capítulos de la obra a diseñar un único cauce formal para el enjuiciamiento contable ante el Tribunal de Cuentas. Dicho cauce formal se desarrollaría en tres fases: a) una fase no jurisdiccional, tramitada por el Tribunal de Cuentas y los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas, en las que se conocería tanto de la existencia o inexistencia de todo tipo de responsabilidades contables; b) una fase jurisdiccional, tramitada por el Tribunal de Cuentas, en la que se conocería a través del correspondiente proceso, de las pretensiones impugnatorias planeadas contra las resoluciones adoptadas en la fase anterior; y c) una fase jurisdiccional, tramitada por el Tribunal Supremo, en la que se conocería de los recursos de casación ordinaria, casación para unificación de doctrina, casación en interés de ley y revisión interpuestos contra resoluciones del Tribunal de Cuentas.

¹⁰²⁵ Así para ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., el Tribunal de Cuentas, como supremo órgano de fiscalización de las cuentas y de la gestión económica del Estado, y del control externo del sector público debería limitarse a desarrollar meras competencias instructoras que puedan servir de base a posteriores actuaciones de los Tribunales de Justicia; en “La pretendida jurisdicción del Tribunal de Cuentas”, *Presupuesto y Gasto Público*, nº 17, 1983, pág. 16.

¹⁰²⁶ Pues coincidimos con PALAO TABOADA cuando afirma que el carácter adversativo o conversivo de la frase en la que se alude a la función de enjuiciamiento en el art. 136.2 de la Constitución (“sin perjuicio de su propia jurisdicción”) “sugiere que la intención del constituyente era evitar que se entendiese que la definición del Tribunal de Cuentas como órgano fiscalizador, excluía la función de enjuiciamiento contable que históricamente habían venido asumiendo dichos tribunales. Pero tampoco la impone, sino que deja en manos de la Ley Orgánica prevista en el apartado 4 de dicho artículo, que debe regular, entre otras cosas, las funciones del Tribunal de Cuentas, atribuírsela o no”, en prólogo a la obra de GALÁN SÁNCHEZ, R. M^º.: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*, cit. pág. 16.

CONCLUSIONES:

I.- Del estudio de la evolución histórica y legislativa de la responsabilidad civil de los funcionarios y agentes públicos en nuestro país podemos concluir que, si bien comenzó siendo una responsabilidad civil o extracontractual reclamada por los particulares ante la jurisdicción civil, la evolución posterior la ha configurado como una responsabilidad patrimonial regulada mediante un régimen jurídico-administrativo y exigida por la propia Administración.

En este sentido la utilización del término patrimonial no es gratuita, porque además de ser el que utiliza el art. 145 de la Ley 30/1992, nos permite diferenciar entre los distintos tipos de responsabilidad y el régimen jurídico aplicable a cada uno de ellos; ello es así en la medida en que no pueden aplicarse en este ámbito las premisas del Derecho civil respecto de la responsabilidad extracontractual o *aquiliana*, entendida como aquella cuyos daños se producen entre personas que no están relacionadas- pues en puridad su exigencia se realiza por la Administración con la que, es evidente, mantienen una relación, y por los propios fines constitucionales que la Administración, a través de su personal, está llamada a cumplir.

Existen dos supuestos en los que las autoridades y empleados públicos responden directamente de los daños ocasionados a los particulares. En primer lugar, cuando los daños son irrogados por los mismos con total desconexión del servicio, es decir, en su vida privada, en este caso, la responsabilidad es civil, y se depura en esa vía judicial aplicando el régimen regulado en los arts. 1902 y siguientes del Código Civil. En segundo lugar, en el caso de la responsabilidad civil *ex delicto*, es decir, cuando los daños y perjuicios son consecuencia de una conducta tipificada como ilícito penal, y de la misma se han derivado daños patrimoniales. En este supuesto, el funcionario o agente responde directamente frente al particular lesionado con arreglo a la normativa civil, ya que de conformidad con el art. 121 del Código Penal la responsabilidad patrimonial de la Administración es subsidiaria.

Por tanto hablamos responsabilidad patrimonial para referirnos a la responsabilidad en la que incurren las autoridades y demás personal al servicio de la Administración por los daños ocasionados a terceros o a la propia Administración pública, siendo exigida por ésta mediante la aplicación de un régimen jurídico-administrativo, concretado en el

artículo 145 de la Ley 30/1992, y desarrollado por los arts. 19 a 21 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, regulador de los procedimientos administrativos en materia de responsabilidad patrimonial.

II.- Pues bien, salvo el supuesto de responsabilidad civil exigida en vía penal y el específico de la responsabilidad contable, podemos afirmar que, con carácter general, la responsabilidad patrimonial de las autoridades y empleados públicos, no se ha exigido en nuestro país.

En un primer momento, la falta de exigencia de responsabilidad civil podía explicarse por las trabas impuestas en la propia normativa que la contemplaba y que más bien parecían encaminadas a disuadir de cualquier intento al efecto; y posteriormente, por la propia evolución hacia un sistema de responsabilidad directa y objetiva de la Administración y la cobertura de los daños y perjuicios ocasionados a los particulares por la actuación del personal a su servicio, de manera que aquéllos preferían dirigir su reclamación frente a la Administración mucho más solvente, y evitando los inconvenientes de la identificación del autor del daño y la prueba del requisito subjetivo del dolo o culpa grave. Por otro lado, las demandas en vía civil frente al funcionario presuntamente responsable (que podrían considerarse relativamente frecuentes en el ámbito sanitario) se planteaban de forma solidaria con la Administración pública correspondiente, con lo que, finalmente, lo normal es que fuera ésta la que respondiese frente al particular lesionado.

Pero es que, además, la Administración tampoco ha hecho efectiva la responsabilidad de sus autoridades y empleados en vía de regreso, ni cuando estaba configurada de forma potestativa, ni ahora que resulta obligatoria y única vía de exigencia (salvo la civil derivada del delito) de responsabilidad por daños ocasionados a terceros.

Con independencia de todos los argumentos aducidos por la doctrina para intentar encontrar una explicación razonable a la situación impunidad de la que siempre han gozado los servidores públicos (tales como intereses partidistas, falta de objetividad, presiones sindicales, corporativismo, falta de consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la obligación impuesta por la Ley 4/1999 e, incluso, que esta situación es la que mejor garantiza el servicio de los intereses generales) cada una de

ellas con su parte de razón, es prácticamente unánime el rechazo de una realidad en la que los servidores públicos no asumen las consecuencias generadas por el incumplimiento de sus deberes y obligaciones. La plena garantía del derecho de los particulares a mantener la integridad de su patrimonio mediante la cobertura por parte de la Administración pública de los daños ocasionados por el funcionamiento, en este caso, anormal de los servicios públicos (art. 106.2 de la Constitución Española), no debe ser óbice para que éstos asuman las consecuencias derivadas del incumplimiento doloso, culposo o negligente grave de sus obligaciones y respondan patrimonialmente por ello.

Hemos afirmado que mientras el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública es la lesión antijurídica, el fundamento de la responsabilidad de las autoridades y personal a su servicio es la existencia de una conducta antijurídica, entendida como el incumplimiento doloso, culposo o negligente grave de las obligaciones y deberes que cualquier servidor público (ya sea autoridad o empleado público) asume cuando se pone al servicio de la Administración y por ende al servicio de los intereses generales.

Es cierto que la concreción del elemento subjetivo del dolo o culpa no es fácil de determinar, sobre todo cuando hablamos de culpa o negligencia, que además ha de ser grave, lo que significa que los funcionarios y agentes públicos están sometidos a un régimen de responsabilidad menos riguroso que el de los demás sujetos privados. Precisar cuándo estamos ante una conducta culposa o negligente grave, es una cuestión que normalmente no se puede establecer *a priori*, sino que dependerá de las circunstancias de cada caso, de las concretas responsabilidades y obligaciones del presunto autor del daño, de los medios a su disposición, si obedece o no una orden superior, si se trata de una actuación material o jurídica, etc. A pesar de ello, pensamos que el legislador debería establecer algún supuesto en el que se pueda presumir con más o menos certeza que estamos en presencia una conducta dolosa, o culposa o negligente grave (en los casos de nulidad absoluta, incumplimiento grave de las obligaciones, infracción manifiesta de las leyes,..) y, en consecuencia, instar (pues la Administración ya está obligada) a incoar el procedimiento de responsabilidad patrimonial, bien en la propia resolución o sentencia declarativa de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando los daños se han producido en la esfera patrimonial de los

particulares; o, por ejemplo, en la resolución de un procedimiento disciplinario si los daños se producen en los bienes y derechos de la propia Administración.

III.- La exigencia de responsabilidad cumple una importante función de control de la actividad administrativa, de su depuración depende, en último término, la materialización del principio de eficacia en el funcionamiento de los servicios públicos proclamado en el art. 103. 1 de la Constitución. Decimos esto porque son las personas físicas las que expresan con sus acciones u omisiones la voluntad del ente público, las que tienen que cumplir los mandatos constitucionales de legalidad, objetividad, imparcialidad, en fin, son ellas las que tienen que cumplir fielmente sus obligaciones para servir eficazmente a los intereses generales.

En este sentido no podemos desligar la responsabilidad de la Administración de la de sus funcionarios y agentes, ambas forman parte del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cuya regulación es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.18ª de la Constitución), en cuanto se pretende el establecimiento de un sistema de responsabilidad que sea único y general, es decir, aplicable a todas las Administraciones públicas, lo que implica un tratamiento igualitario de las garantías individuales de los ciudadanos. Dentro de ese sistema, debe estar comprendida la regulación del procedimiento de exigencia de responsabilidad patrimonial, sin perjuicio, dice el art. 1.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, “de las especialidades procedimentales que, con respecto a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y a este reglamento, establezcan las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias en materia de responsabilidad patrimonial”, que desde luego no pueden suponer una merma de las garantías generales, ni una vulneración de la pretensión constitucional de tratamiento igualitario, por lo que estimamos que las únicas especialidades procedimentales que podrán establecer las Comunidades Autónomas tendrán que ver, fundamentalmente, con las derivadas de su organización.

La conexión entre ambas responsabilidades ha quedado evidenciada en el estudio de la evolución histórica y legislativa, de tal forma que la irresponsabilidad inicial del Estado se resuelve en el reconocimiento de la responsabilidad civil de sus funcionarios y agentes, y la actual cobertura por la Administración de los daños ocasionados por sus servidores ha supuesto la absoluta irresponsabilidad de hecho de los mismos. El actual

sistema de responsabilidad patrimonial se encuentra, desde esta perspectiva, totalmente desequilibrado por la base, el amplio reconocimiento de un sistema de responsabilidad patrimonial directa, objetiva y hasta ahora exclusiva, de la Administración pública no puede sostenerse si la responsabilidad de sus funcionarios y agentes no se hace real y efectiva.

IV.- Por otro lado, la interpretación *lato sensu* de la expresión constitucional y legal “funcionamiento de los servicios públicos”, que lo identifica con cualquier actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa, o con la prestación de un servicio o actividad a los ciudadanos, ha motivado la cobertura por parte de la Administración de daños ocasionados por sujetos no integrados en su organización (nos referimos a funcionarios al servicio de la Administración de Justicia o profesionales libres, e incluso particulares), mediante la aplicación del régimen general establecido en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992.

En este sentido, desde el punto de vista subjetivo, se hace necesario precisar los criterios de imputación de la actuación dañosa de una persona física a la Administración pública que es la que determina la cobertura de los daños originados por la misma, esto es, la integración en la organización administrativa y el ejercicio de funciones y servicios públicos, para poder dilucidar posteriormente, si el régimen de responsabilidad aplicable a los responsables es el establecido en el art. 145 de la Ley 30/1992.

Resulta ostensible que así debe ser, por mandato legal, a las autoridades y demás personal al servicio de las Administraciones públicas, aunque no se nos escapan las dificultades que ello supone respecto las primeras, lo que ha llevado a una cualificada opinión doctrinal a proponer su exclusión. Sin embargo, creemos que son muchas las razones que justifican la necesidad de que respondan patrimonialmente de los daños que ocasionen (entre otras cuestiones, está en juego su propia credibilidad ante la opinión pública), sobre todo teniendo en cuenta que, hasta que pueda hacerse efectiva la responsabilidad disciplinaria prevista en el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, salvo la penal y la civil derivada del delito, es la única vía legalmente prevista para las mismas respondan de los daños ocasionados por la gestión de los intereses públicos.

Respecto del resto de sujetos que hemos mencionado anteriormente, aunque no nos parece adecuada esa interpretación expansiva de la fórmula funcionamiento de los servicios públicos, mucho menos cuando existe un régimen específico de responsabilidad, como en el caso de Notarios y Registradores que, pensamos, debe respetarse, si finalmente la Administración asume dicha responsabilidad, desde el punto de vista de las garantías del sujeto responsable, qué duda cabe que, el régimen de la Ley 30/1992 es más benévolo que el común del art. 1902 del Código Civil, en cuanto sólo responderán por dolo, culpa o negligencia grave (art. 145), pudiendo modularse la indemnización a satisfacer en vía de regreso.

V.- La acción de regreso parte del presupuesto de la cobertura por la Administración de los daños ocasionados por la actuación de sus funcionarios y agentes, mediante el pago de la indemnización al particular lesionado, que ha tenido que ser precisada en un procedimiento previo de responsabilidad patrimonial (o contencioso-administrativo, en su caso) frente a la Administración pública correspondiente, en el que, por cierto, debería llamarse al presunto responsable, por cuanto la resolución o sentencia que se dicte puede afectar a sus derechos o intereses legítimos. Sin embargo, algunas sentencias, y el propio Consejo de Estado en alguno de sus dictámenes, consideran que procede igualmente su ejercicio en los casos en que la Administración ha tenido que abonar una determinada indemnización, impuesta en el orden civil, social o incluso contencioso-administrativo, pero al margen de cualquier reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración. Por el contrario, en nuestra opinión estaríamos en presencia de un supuesto de responsabilidad por daños ocasionados en los bienes y derechos de la propia Administración del art. 145.3 de la Ley 30/1992, y no ante una acción de regreso. Entre ambas, además, existen diferencias sustanciales.

Por de pronto, la determinación del montante indemnizatorio en cada caso es diferente, mientras que en la acción de regreso depende de una serie de criterios a tener en cuenta, tales como el resultado dañoso, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional o su relación con el resultado dañoso, entre otros (art. 145.2 párrafo segundo de la Ley 30/1992), que permiten modular y, por tanto, disminuir la indemnización pagada previamente por la Administración al particular lesionado; en la regulación de la acción directa de responsabilidad por los daños ocasionados en los bienes o derechos de la misma, no se establece tal precisión (art. 145.3 de la Ley

30/1992), lo que es indicativo de que la indemnización debe cubrir los daños efectivamente producidos y probados, directamente imputables a la acción u omisión dolosa, culposa o negligente grave del funcionario o agente, sin que quepa su modulación.

Esa distinta configuración de la responsabilidad en cada caso, supone que, con independencia de su función reparadora en ambos, en la acción de regreso el legislador ha priorizado las funciones preventivas y de control, consciente, quizás, de que en muchos casos las indemnizaciones pagadas previamente por la Administración serían inasumibles, cuantitativamente hablando, por sus responsables directos.

Sin embargo, las funciones de prevención y control de la actividad administrativa, cuyo fin es la eficacia en la prestación de los servicios, pueden verse gravemente afectadas como consecuencia de la contratación por la propia Administración de seguros que cubran la responsabilidad civil o patrimonial de sus empleados públicos, en definitiva, la suya propia, pues *de facto* es ella quien responde directamente ante el particular lesionado en sus bienes o derechos por la actuación de aquellos.

Esta práctica cada vez más frecuente en las Administraciones públicas, plantea no pocos problemas, entre otras cosas, porque puede conseguir el efecto contrario del que persigue. La cobertura de la responsabilidad mediante un seguro pretende una mayor eficacia y una mejor y más rápida cobertura de los lesionados, pero presenta el inconveniente de que los empleados públicos, al verse cubiertos en su actuación por el seguro, puedan disminuir el deber de cuidado en la prestación del servicio, provocando el incremento del número de reclamaciones, con el consiguiente aumento de la póliza.

Por otro lado, la contratación del seguro de responsabilidad civil parece que dificulta el ejercicio de la acción de regreso, en el sentido de que si la indemnización es finalmente abonada por la aseguradora, ello impediría a la Administración regresar contra el funcionario o agente, pues ella no ha pagado, presupuesto ineludible para que la Administración ejerza la acción de regreso. Pero la legislación tampoco permite a la aseguradora repercutir lo ya ha abonado al sujeto personalmente responsable del daño, salvo si la responsabilidad proviene de dolo. Dándose este presupuesto, estimamos que el procedimiento aplicable para el ejercicio de la acción de regreso sería el del art. 21 del Real Decreto 429/1993.

Sin embargo, las opiniones doctrinales al respecto son dispares, y discurren por el ámbito de lo que podría ser, a falta de una regulación clarificadora de éste y otros aspectos, demandada por toda la doctrina, en la medida que los problemas que el aseguramiento de la responsabilidad presenta no son únicamente procesales, sino sustantivos, pues afectan al núcleo mismo de la institución de la responsabilidad personal de los empleados públicos, y vuelven a situar al personal al servicio de las Administraciones, que cuentan con un seguro de responsabilidad, en una situación de absoluta impunidad ya que, en estos casos, no existe una respuesta legislativa firme que les haga responder de sus actos, ni frente a la Administración, ni frente a la aseguradora.

VI.- Igualmente, el mantenimiento de la exigencia de la responsabilidad civil en vía penal presenta una serie de problemas y disfunciones, derivados del distinto régimen aplicable a la responsabilidad de la Administración y a la de su personal, ya que si se exige en la jurisdicción penal la responsabilidad civil del funcionario o agente, éste responde directamente de los daños y perjuicios derivados del ilícito penal incluso por culpa o negligencia leve, de manera que la responsabilidad de la Administración es únicamente subsidiaria, lo que supone un tratamiento diferenciado respecto de la regulación general de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 que establecen la responsabilidad directa de la Administración y del art. 145.2 y 3 que exige la gravedad de la culpa o negligencia. La solución, en nuestra opinión, pasaría por interpretar que la remisión del art. 109.1 del Código Penal para la exigencia de responsabilidad civil a “los términos previstos en las Leyes”, debe entenderse efectuada a lo dispuesto en los preceptos correspondientes de la Ley 30/1992.

En este sentido, cuando el delito o la falta irroge daños a la propia Administración, el funcionario o agente sólo tendrá que indemnizar si se demuestra una conducta dolosa, culposa o negligente graves. Más problemas plantea el supuesto de que la infracción penal ocasione daños a terceros pues la responsabilidad de la Administración es subsidiaria (art. 121 del Código Penal), lo que ha sido criticado contundentemente por la doctrina administrativista. En este caso el art. 121 *in fine* dispone que “si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario”.

Actualmente la exigencia de responsabilidad civil en el proceso penal supone que el funcionario o agente responde de los daños y perjuicios producidos por culpa o negligencia leve, lo que va en contra de la regulación general. Paradójicamente, si el funcionario o agente considera que su conducta no fue gravemente culposa o negligente, podría ejercitar posteriormente una acción de repetición frente a la propia Administración. La solución que planteábamos en el supuesto de daños a los bienes y derechos de la Administración de entender aplicable la Ley 30/1992, no sirve en este caso, pues podría tener como consecuencia que no se dejara totalmente indemne a la víctima, en cuanto el funcionario o agente sólo respondería frente al particular de los daños ocasionados por dolo, culpa o negligencia graves. Por lo que en el procedimiento de reclamación frente a la Administración al que obliga el precepto anteriormente citado, deberían determinarse el resto de los daños, lo que podría terminar, si el particular no está conforme, en el contencioso-administrativo, situación que resultaría, además de complicada, excesivamente gravosa para el perjudicado.

Todas estas reflexiones ponen manifiesto la ineludible necesidad de adoptar una solución legislativa, que acabe con dichas disfunciones. La solución alternativa de establecer la responsabilidad directa de la Administración y, consecuentemente, remitir la exigencia de responsabilidad patrimonial del funcionario o agente a la regulación del art. 145.2 de la Ley 30/1992, si bien jurídicamente es la más congruente con el actual sistema de responsabilidad, nos plantea la duda y nos crea la incertidumbre de acabar con la única vía en la que realmente se exige la responsabilidad a los funcionarios por los daños y perjuicios ocasionados a los particulares.

VII.- Evidentemente la opción de abrir de nuevo la acción directa de responsabilidad civil frente al particular en vía civil, no nos parece la mejor solución, entre otras cosas porque la actividad administrativa no puede ser enjuiciada desde los parámetros civilistas, además supondría romper de nuevo con la ansiada, y parece definitivamente conseguida, unidad jurisdiccional, y con la propia configuración de la responsabilidad patrimonial directa de la Administración pública por los daños ocasionados por el personal a su servicio.

En todo caso, sería mucho más coherente y hasta jurídicamente deseable que, de volver a activar la acción directa del particular, ésta se pudiera ejercitar ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero, hoy por hoy, una acción autónoma de

responsabilidad patrimonial frente a una persona física parece poco viable, el contencioso-administrativo sigue siendo un proceso frente al acto.

Por ese motivo la propuesta, a todas luces interesantísima, que plantean algunos autores y que, sin duda, respondería a las exigencias de imparcialidad, así como de garantía de los derechos del funcionario o agente presuntamente responsable de los daños, como por la especialización de la jurisdicción competente, de conferir la legitimación del Ministerio Fiscal para demandar a la autoridad o empleado público ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de momento parece quedar bastante lejos, aunque no sería descartable.

A mayor abundamiento y dando por sentado que las autoridades y empleados públicos únicamente responden de los daños causados de forma dolosa, o culposa o negligente grave, en ese hipotético procedimiento jurisdiccional contencioso-administrativo contra el funcionario o agente, no se podría condenar al pago de los daños antijurídicos (en el sentido de daños que el particular no tiene la obligación de soportar) que pudieran ser consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, pero no directamente imputables a la conducta dolosa o negligente grave de aquel, por ejemplo, cuando a la causación del daño ha contribuido, además de la conducta dolosa o culposa grave, deficiencias del propio servicio. Ello obligaría al perjudicado a iniciar otro procedimiento frente a la Administración para ser restituido en su integridad patrimonial. Por lo que esta solución no garantizaría suficientemente la integridad patrimonial del particular lesionado, y resultaría igualmente gravosa.

Sólo mediante un reconocimiento expreso de la acción directa del particular frente al funcionario presuntamente responsable, ejercitada junto con reclamación ante la Administración, o ejercitada únicamente frente a la Administración, pero en cuyo proceso se llama al funcionario o agente, como permite el art. 21.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, podría conseguirse una condena del funcionario a indemnizar los daños directamente imputados a su conducta dolosa, o culposa o negligente grave, respondiendo la Administración por el resto de los daños demostrados e imputables al funcionamiento del servicio, si es que los hay, dejando totalmente indemne al particular perjudicado.

Pero ya hemos dicho que conferir la legitimación directa en el contencioso-administrativo resulta poco probable, por ello debería preverse legislativamente la obligación de que en el procedimiento administrativo, o en su caso judicial de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, se llame al funcionario o agente presuntamente responsable, cuando haya indicios de una posible conducta dolosa o culposa grave, (arts. 31 y 34 de la Ley 30/1992, art. 21.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), lo que le permitiría alegar lo que estime oportuno en su defensa, y si finalmente se demuestra su responsabilidad en la causación de los daños, que la resolución o sentencia obligase a la Administración a ejercer la acción de regreso.

Por eso pensamos que la solución hoy vigente en nuestro ordenamiento jurídico administrativo no es la peor desde el punto de vista jurídico, sino que sería totalmente adecuada siempre y cuando fuera plenamente efectiva, y ello depende básicamente de que se garantice su principal defecto, la objetividad e imparcialidad del procedimiento.

VIII.- La actual situación de impunidad de la que disfrutaban las autoridades y empleados públicos tiene, a nuestro entender, dos causas: la ausencia en los gestores y empleados públicos de una conciencia de responsabilidad cuando se gestionan intereses públicos, en detrimento del principio de eficacia en la prestación de los servicios públicos; y la ausencia de voluntad por parte de quienes tienen la iniciativa para su exigencia. La solución a la primera está fuera de nuestro alcance, más bien parece cuestión de tiempo, de mentalización, la solución a la segunda dependerá de las medidas que el legislador arbitre para acabar con la tradicional resistencia de la Administración a exigir la responsabilidad de las autoridades y personal a su servicio.

Pensamos, por tanto, que la clave para transformar la inconcebible impunidad de la que gozan los servidores públicos es intentar asegurar la plena efectividad del mandato establecido en el art. 145.2 de la Ley 30/1992, es decir, que la Administración ejerza la acción de regreso como es su obligación.

Sin embargo, el principal problema se presenta cuando quien tiene la competencia para iniciar el procedimiento, en muchos casos, es la persona que ha nombrado al presunto responsable, o ella misma puede haber coadyuvado a la causación del perjuicio. Por ello este tipo de procedimientos debería tramitarse por órganos objetivos

e imparciales, como los servicios jurídicos de las distintas Administraciones, Secretarios de Administración Local, o bien plantearse la creación de órganos especializados *ad hoc*, pues creemos que el principal escollo de la no aplicación de la acción de regreso radica en que sea la propia Administración la que tenga todas las competencias en el procedimiento.

Además, debería ampliarse la legitimación para iniciar el procedimiento en vía de regreso, bien mediante la admisión de la acción pública, aunque a tenor de la escasa operatividad en los procedimientos de exigencia de responsabilidad contable, donde sí está prevista legalmente, no parece que sea la mejor solución; bien, admitiendo la legitimación para la puesta en marcha del procedimiento de órganos neutrales como el Defensor del Pueblo y órganos análogos de las Comunidades Autónomas; o confiriendo legalmente, como de hecho ya está reconocida Castilla y León, al particular lesionado la posibilidad de instar la iniciación del mismo.

Tampoco ayuda demasiado la regulación del procedimiento prevista en el art. 21 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en la que prácticamente se encuentra todo por determinar.

Por ello, a falta de la posible designación de otros órganos neutrales y objetivos para la tramitación del procedimiento, proponemos una regulación en la que se concreten específicamente los órganos competentes de los distintos trámites en cada uno de los niveles territoriales, fundamentalmente en el ámbito local, así como en el caso de los entes institucionales. También es importante que se clarifique el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad, que estimamos debería ser de un año, así como el *dies a quo*, donde los problemas pueden surgir como consecuencia de que la Administración se demore en el pago efectivo de la indemnización al particular, momento a partir del cual comienza el plazo de prescripción, pues no se puede tener al funcionario pendiente de la posible tramitación de un procedimiento de responsabilidad durante un tiempo indefinido. Igualmente, se debe precisar el plazo de duración del mismo, en la medida que el plazo de tres meses que establece con carácter general el art. 42.3 de la Ley 30/1992 puede resultar insuficiente, proponiendo el plazo general de seis meses previsto para los procedimientos de responsabilidad patrimonial tramitados frente a la Administración.

IX.- Pero, como hemos advertido, tampoco se ha exigido la responsabilidad por los daños ocasionados en los bienes y derechos de la Administración, entre otras cosas porque su regulación presenta las mismas indeterminaciones y lagunas que la acción de regreso. Quizás sea este el motivo por el que, exceptuando la responsabilidad de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia civil que aplican una regulación propia, aunque intuimos que el motivo real tiene que ver más con el propio ámbito en el que se aplica, la Administración no haga uso de la acción prevista en el art. 145.3 de la Ley 30/1992.

Ya nos hemos referido a las diferencias existentes entre la acción de regreso y la acción directa de responsabilidad derivadas, en parte, de los distintos bienes y derechos lesionados por la acción u omisión del sujeto responsable. La exigencia de responsabilidad de la Administración a las autoridades y personal a su servicio es una manifestación más de la autotutela de la Administración, que puede resarcirse del perjuicio sufrido dictando por sí misma el correspondiente acto administrativo. En este caso, la parte perjudicada por la actuación de su personal es la propia Administración, y será ella misma la que puede acordar unilateralmente la indemnización que proceda, mediante el ejercicio de la acción responsabilidad de oficio frente al presunto responsable, siempre que pueda apreciarse dolo, culpa o negligencia graves en su conducta, quedando abierta a continuación la vía contencioso-administrativa, y sin perjuicio de pasar el tanto de culpa, a los tribunales competentes (la compatibilidad de ésta con la responsabilidad penal y disciplinaria es incuestionable).

En este sentido, existe una estrecha conexión entre este tipo de responsabilidad patrimonial y la responsabilidad disciplinaria, que se evidencia porque, en no pocas ocasiones el causar daños en los bienes o derechos de la Administración puede ser constitutivo de responsabilidad disciplinaria. Sin embargo, su depuración en procesos separados e independientes puede acarrear distintos problemas, fundamentalmente respecto del cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial, así como de la determinación del *dies a quo* cuando los daños a la Administración han quedado acreditados en el correspondiente procedimiento disciplinario, o judicial, en su caso.

Muchos de esos problemas desaparecerían si pudiera acumularse en el mismo proceso, la exigencia de ambas responsabilidades. Pensamos que en realidad el

procedimiento disciplinario sería la sede adecuada, en determinados supuestos (pues es indudable que, no toda conducta generadora de daños puede ser a la vez constitutiva de responsabilidad disciplinaria), para la determinación de la responsabilidad patrimonial por los daños causados en los bienes y derechos de la Administración. Así está previsto en el art. 130.2 de la Ley 30/1992 respecto de la potestad sancionadora en general de la Administración, y debería poder contemplarse igualmente en el ámbito disciplinario al menos en aquellas infracciones disciplinarias en las que “causar daños a la Administración forma parte del tipo”. Los inconvenientes derivados de la exclusión de las autoridades del régimen de la responsabilidad disciplinaria quedarían salvados en parte si finalmente se aprueba el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

X.- Para concluir debemos advertir que aunque la responsabilidad contable sí se exige, su regulación tampoco aparece exenta de problemas.

La propia existencia de distintos cauces para su exigencia, el jurisdiccional ante el Tribunal de Cuentas (mediante el juicio de cuentas y el procedimiento de reintegro por alcance), y el administrativo, mediante la tramitación de un expediente de responsabilidad contable previsto para los supuestos distintos de alcance y malversación, cuyo conocimiento puede avocar en cualquier momento el Tribunal de Cuentas y cuyas resoluciones son recurribles igualmente ante este último, ha sido igualmente criticada por la doctrina.

Además, la doble regulación contenida, por un lado, en las Leyes Orgánica y de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y por otro, en la Ley General Presupuestaria, supone que aspectos decisivos de la responsabilidad contable (como su propia definición, los distintos supuestos constitutivos de la misma, los sujetos responsables, la utilización del elemento subjetivo del dolo y de la culpa, etc.) sean objeto de un régimen jurídico diferente según se opere en vía administrativa o jurisdiccional. A ello habría que añadir que la regulación de la responsabilidad contable en las Leyes de Hacienda de las Comunidades Autónomas, establecen previsiones que difieren, principalmente en algunos aspectos procedimentales, de la establecida en la propia Ley General Presupuestaria y en el Real Decreto 700/1988, lo que sin duda, enmaraña aún más este complejo panorama normativo

En nuestra opinión, el legislador debería ofrecer una definición unívoca de responsabilidad contable y clarificar los distintos supuestos, de tal forma que, de mantenerse la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, o bien se declaren todos de su exclusiva competencia, o alternativamente y de considerar que sólo los supuestos más graves, como el alcance y la malversación, merecen la tutela jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, proponemos la desaparición de los expedientes administrativos de responsabilidad contable previstos en el Real Decreto 1091/1988, de 23 de septiembre, para la Administración del Estado y en las normas autonómicas que igualmente los contemplan, cuyas regulaciones, como hemos comprobado, no son coincidentes en algunos aspectos.

En caso de suprimir dicho procedimiento en vía administrativa, esos “otros supuestos de responsabilidad por el manejo de caudales y efectos públicos”, deberán ser tratados como un supuesto más de responsabilidad patrimonial por daños producidos en los bienes o derechos de la propia Administración, pues ya advertimos que la responsabilidad contable no era sino una subespecie de la misma, y que forma parte del sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas previsto en el art. 149.1.18ª y como tal competencia exclusiva del Estado, por lo que su exigencia se llevará a cabo de conformidad con lo dispuesto en el art. 145.3 de la Ley 30/1992, a través del procedimiento administrativo previsto al efecto, evitando de este modo el inconveniente de la existencia de regulaciones autonómicas dispares.

Sin embargo, algunos autores se plantean importar la solución del derecho italiano de que sea la *Corte dei Conti*, en nuestro caso el Tribunal de Cuentas el que depure todos los supuestos de responsabilidad de los empleados públicos. No es necesario subrayar las bondades que ello supondría, pues se trata de un órgano *ad extra* de la Administración, con experiencia y tradición en nuestro ordenamiento jurídico, que permitiría soslayar el trasfondo político que se vislumbra en los pocos supuestos de responsabilidad estudiados, y garantizaría la objetividad e imparcialidad tan necesaria en este tipo de procedimientos. Pero dicha solución parece inviable a corto o medio plazo en nuestro ordenamiento jurídico, entre otras cosas, porque desde hace algún tiempo, y cada vez son más las voces, se viene cuestionando la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, en favor de mantener únicamente su función fiscalizadora de las cuentas públicas. Lo que evidencia que plantear ahora que todos los posibles

supuestos de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de la Administración pasen a ser de la competencia del Tribunal de Cuentas no parece muy oportuno en estos momentos.

BIBLIOGRAFÍA:

- ABAJO QUINTANA, J. J.: *La tramitación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Aspectos administrativos y parlamentarios*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994.
- AGUADO I CUDOLÀ, V. y NETTEL BARRERA, A. C.: “La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”, en QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, Tomo I, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: “Plazo para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración pública”, en QUINTANA LÓPEZ, T.: *La responsabilidad de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009.
- ALBI CHOLVI, F.: “El deber de advertencia de ilegalidad de secretarios e interventores, según el artículo 413 de la Ley de Régimen Local y concordantes”, *Boletín del Colegio Nacional de Secretarios Interventores y Depositarios de Administración Local*, nº 204, 1961.
- ALBI CHOLVI, F. y RIBES PUIG, F.: *El deber de advertencia de ilegalidad en la Administración Local*, Temas de Administración Local, nº 1, 1980.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.: “La pretendida jurisdicción del Tribunal de Cuentas”, *Presupuesto y Gasto Público*, nº 17, 1983.
- ALESSI, RENATO: *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1951.
- ALMAGRO NOSETE, J.: “El sistema español de responsabilidad judicial”, en *El Poder Judicial*, Instituto de Estudios Fiscales, Vol. I, Madrid, 1983.
- ALONSO COLOMER, F.: “La responsabilidad patrimonial de los empleados públicos en el marco estatutario”, *Revista Gallega de Administración Pública*, nº 5, 1993.
- ALONSO PÉREZ, F.: *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código penal: legislación, comentarios, jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000.

ARANDA RODRÍGUEZ, R.: “La responsabilidad civil del Notario”, en DE PAULA BLASCO GASCÓ, F. (Coord.): *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Vol. I, Tirant lo Blanch, 2011.

ARENAS MENDOZA, H. A.: *Responsabilidad y procedimiento: las dilaciones indebidas procedimentales*, Ratio Legis, Salamanca, 2013.

ARIAS SENOSEAÍN, M.: “Otra vez ¿el mayor peligro, el Estado? Reflexiones en torno a los orígenes y causas de las inmunidades del poder de las autoridades y funcionarios y a la técnica del “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica de la Administración Pública, como medio de defensa de los ciudadanos”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (Coord.): *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1993

ARQUILLO COLET, B.: “Seguro de responsabilidad patrimonial de la Administración pública sanitaria”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 1/2004.

- *Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, Atelier, Barcelona, 2008.

ARROYO YANES, L. M.: *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Tirant Monografías, Valencia, 1994.

- “El desempeño de funciones y cometidos de hecho por parte de los funcionarios públicos y su problemática jurídica”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 24, 1995.

- “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en relación con los menores de edad”, en QUINTANA LÓPEZ, T. (Coord.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

ARROYO YANES, L. M. y GARCÍA PAZOS, M. (Coords.): *La policía del patrimonio histórico: prevención, persecución y sanción de las infracciones contra el patrimonio histórico mueble en España: actas de los Encuentros de Primavera de*

la Universidad de Cádiz en el Puerto de Santamaría, Ayuntamiento del Puerto de Santamaría, 2001.

ÁVILA RODRÍGUEZ, C.: “Aires de modernización e innovación en los derechos de los ciudadanos frente a la Administración de la Comunidad de Castilla y León: la aprobación de la Ley 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de Gestión Pública”, en SÁNCHEZ BLANCO, A., DOMÍNGUEZ-BERRUETA, M. y RIVERO YSERN, J. L. (Coords.): *El nuevo Derecho Administrativo. Libro Homenaje al Profesor Dr. Enrique Rivero Ysern*, Universidad de Salamanca, Ratio Legis, 2011.

BAENA DEL ALCAZAR, M.: “Comentarios a la Constitución Española de 1978”. En la obra colectiva *Comentarios a las Leyes Políticas*” dirigidos por Oscar Alzaga Villamil. Tomo VIII.

BALLESTEROS ALONSO, M.: “La responsabilidad civil de Registradores y Notarios”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 7, 2003.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, McGraw-Hill, 1995

BARCELONA LLOP, J.: “Policía de seguridad y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, *Revista Aragonesa de Administración pública*, nº 2, 1993.

-“*Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales*”, *Documentación Administrativa*, nº 237-238, enero-junio, 1994.

- “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 105, enero-marzo, 2000.

BARRACHINA JUAN, E.: *La función pública, su ordenamiento jurídico*, Tomo I, PPU, Barcelona, 1991.

BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La prueba en el procedimiento administrativo*,

Thomson/Aranzadi, Cicur Menor, 2003.

BELLIDO PENADÉS, R.: “El recurso de casación contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas”, en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, nº 28, 2012.

BELLO JANEIRO, D.: “Sentencia de 17 de febrero de 2006”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, nº 73, 2007.

BERMEJO VERA, J. (Dir.): *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, 1994.

BLANQUE AVILÉS, J. M.: “El artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 55, 1987.

BLANQUER CRIADO, D.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Ponencia especial de Estudios del Consejo de Estado*, Ministerio de Administraciones Públicas, Colección de Estudios, 1997.

- “Artículo 78”, en REBOLLO PUIG, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, Tomo II (Artículos 46 a 88)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007.

BLASCO ESTEVE, A.: “La responsabilidad de la Administración por los daños causados por los actos administrativos: doctrina jurisprudencial”, *Revista de Administración Pública*, nº 91, 1980.

- *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1981.

- “La relación de causalidad en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia reciente”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 53, 1987.

- “La responsabilidad de la Administración”, en la obra colectiva *Comentarios sistemáticos a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Camperi, Madrid, 1993.

BOCANEGRA SIERRA, R. E.: “La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros”, *Documentación*

Administrativa, nº 237-238, 1994.

BUSTO LAGO, J. M.: “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en REGLERO CAMPOS, F (Coord.): *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

CARAZA CRISTÍN, Mª M.: “El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: ¿un tema completamente resuelto tras la reforma de la Ley Orgánica 19/2003?”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 54, 2004.

CARLÓN RUIZ, M.: “La responsabilidad civil frente a las Administraciones públicas: la Administración como perjudicada”, en *Revista de Estudios de la Vida Local y Autonómica*, nº 270, abril-junio, 1996.

CASANA MERINO, F.: “Los diferentes órdenes jurisdiccionales competentes para el enjuiciamiento de los daños causados en los caudales o efectos públicos. La concurrencia de tres jurisdicciones en relación con el conocimiento de la responsabilidad contable: la penal, la del Tribunal de Cuentas, y la contencioso-administrativa”, *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 119/ 2003.

- *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005.

CASARES MARCOS, A. B.: “Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados a terceros con motivo de la ejecución de contratos”, en QUINTANA LÓPEZ, T.: (Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CASINO RUBIO, M.: *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

- “La responsabilidad civil del profesional sanitario al servicio de las Administraciones Públicas: régimen jurídico y jurisdicción competente”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.): *Manual jurídico de la profesión médica*, Dykinson, Madrid, 1998.

- “El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración”, *Documentación Administrativa*, nº 254-255 (mayo-diciembre), 1999.

CASTILLO BLANCO, F. A.: *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Civitas, Madrid, 1992.

CASTILLO BLANCO, F. A. e ILDEFONSO HUERTAS, R. M.: “La renovación de la dogmática del derecho disciplinario: a propósito de las infracciones y sanciones en el personal estatutario de la seguridad social”, *Revista Vasta de Administración Pública*, nº 158, mayo-agosto, 2002.

CATALÁN SENDER, J.: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios en el nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*, Bayer, Barcelona, 1999.

- “Legitimación por sustitución de los vecinos para la recuperación y defensa de los bienes de las Entidades Locales. La acción vecinal del artículo 68.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local”, *Revista de Estudios de la Vida Local y Autonómica*, nº 283, mayo-agosto, 2000.

CIERCO SEIRA, C.: “La petición de informes y la suspensión del plazo para resolver el procedimiento administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 145, enero-marzo, 2010.

COBO OLVERA, T.: *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas. Normativa, jurisprudencia, doctrina y formularios*, 4ª ed. Bosch, Barcelona, 2007.

COBREROS MENDAZONA, E.: *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, Civitas, Madrid, 1998.

CORTELL GINER, R. P.: “La responsabilidad contable directa y subsidiaria”, *Auditoría Pública*, nº 9, 1997.

- “Los expedientes administrativos de responsabilidad contable”, en *Auditoría Pública*, nº 19, diciembre, 1999.

- “La responsabilidad contable y su enjuiciamiento: principios generales”, en *Revista Española de Control Externo*, Vol. 2, nº4, 2000.

- “Aspectos críticos de la responsabilidad contable”, *Auditoría Pública*, nº 43, 2007,

- “Supuestos de responsabilidad contable”, *Auditoría Pública*, nº 50, 2010.

CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La investigación policial sin control judicial como integrante de la expresión “mediando causa por delito” (arts. 534 a 536 del Código Penal)”, *Revista Penal*, nº 24, julio 2009.

CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: “La “acción popular” en el orden jurisdiccional contable”, *Revista de Derecho Procesal*, nº 2, 1992.

- “Hacia un proceso único para la Jurisdicción del Tribunal de Cuentas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 104, 1994.

- *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, Comares, Granada, 1999.

CUETO PÉREZ, M.: *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

DAGNINO GUERRA, A.: “Sobre la aplicación extensiva de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños sufridos por Entidades públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 92, octubre-diciembre, 1996.

DE CUPIS, A.: *El daño. Teoría General de la responsabilidad civil*. Traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión. Barcelona, Casa editorial S.A, 1975.

DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Dir.): *Manual de responsabilidad pública. Homenaje a Pedro González Gutiérrez-Barquín*. Ed. Ministerio de Economía y Hacienda y Ministerio de Justicia, Madrid, 2004.

DE FUENTES BARDAJÍ, J.(Dir.): *Manual sobre responsabilidad disciplinaria del personal al servicio de las Administraciones públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

DE LA CUEVA IRANZO, F.: “Aspectos jurídico-procesales del enjuiciamiento

contable”, en SALA SÁNCHEZ, P. y MARTÍN NOVAL, L. (Dirs.): *El Tribunal de Cuentas. Fiscalización y Enjuiciamiento*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2004.

DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Sobre el concepto de funcionario de hecho”, *Revista de Administración Pública*, nº 29, mayo-agosto, 1959.

- “Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 274-275, mayo-diciembre, 1997.

DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R.: “La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas”, *Revista de Administración Pública*, nº 100-102, 1983.

- *El Tribunal de Cuentas y el nacimiento de la Administración contemporánea*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2000.

- *El Tribunal de Cuentas desde la Restauración a la República*, La Ley, Madrid, 2011.

DEL GUAYO CASTIELA, I.: “Responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos concedidos”, *Actualidad Administrativa*, nº 17, 1990.

DEL RÍO MUÑOZ, F.: “La Responsabilidad Civil en los procedimientos Sancionadores administrativos”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 25, 1996.

DÍAZ MADRERA, B.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito educativo*, Ed. Reus, Madrid, 2007.

DÍAZ DELGADO, J.: *La responsabilidad patrimonial del Estado por dilaciones indebidas en el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Ed. Siete, 1987.

DIEZ PICAZO L.: *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1973.

DÍEZ SANCHEZ, J. J.: “Las adaptaciones de la Legislación Local a la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común”, *Revista de Estudios de la*

Administración Local y Autonómica, nº 260, octubre-diciembre, 1993.

- “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, en MORENO MARTÍNEZ J. A. (coord.) *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, Dykinson, 2007.

DÍEZ SASTRE, S.: “Culpa vs. Ilegalidad: de nuevo sobre el fundamento de la responsabilidad por acto administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 153, 2012.

DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2/2008.

- “¿Deberían las autoridades y empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, *Revista de Administración Pública*, nº 180, septiembre-diciembre, 2009.

- “Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?”, en *Revista de Administración Pública*, nº 183, septiembre-diciembre, 2010

DUGUIT, L.: *Les Transformations du Droit Public*, A. Colin, Paris, 1913.

ENTRENA CUESTA, R.: “Responsabilidad e inactividad de la Administración”, en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. y CALONGE VELAZQUEZ, A. (Eds.): *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos (III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18 de octubre 1997)*, Marcial Pons, 1999.

FÁBREGAS DEL PILAR, J. M.: “La responsabilidad del Estado y de sus autoridades y funcionarios”, *Repertorio General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 6, junio, 1957.

FERNANDEZ AJENJO, J. A.: “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y empleados públicos, en especial la responsabilidad contable derivada de la gestión financiera pública”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 13,

tomo 2.

- *El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción*, Ed. Civitas-Thomson, 2011.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: Derecho ambiental: aspectos generales sobre la protección jurídica del medioambiente”, *E-Derecho Administrativo (e-DeA)*, nº 12, 2004.

- “La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito de los bienes públicos”, *Documentación Administrativa*, (ejemplar dedicado a la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas II), nº 282-283, 2009.

- “Expropiación Forzosa y obras públicas de carreteras: legislación histórica y régimen vigente”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 37, 2010.

- “Riesgos, seguridad vial y responsabilidad patrimonial de la Administración por accidentes de tráfico en vías interurbanas”, en QUINTANA LÓPEZ, T. (Coord.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio General y ámbitos sectoriales*, Tomo II, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., NEVADO-BATALLA MORENO, P. T., FERNANDO PABLO, M. M., DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. (Coords.): *Constitución, policía y fuerzas armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. y PÉREZ ALENCART, A.: *Manual del alcalde*, 2ª ed., Diputación Provincial de Valladolid, 2004.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: “El problema del nexos causal y la responsabilidad patrimonial de la Administración”, en el *Homenaje a Segismundo Royo Villanova*, Moneda y Crédito, Madrid, 1977.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. y SÁINZ MORENO, F.: *El Notariado, la función notarial y las garantías constitucionales*, Civitas, Madrid, 1989.

FERNANDO PABLO, M. M.: *La Ley común de Procedimiento Administrativo, Antecedentes, principios y aspectos generales de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Colex, Madrid, 1993.

- *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993.

FORTES GONZÁLEZ, A. I.: “Los procedimientos para la determinación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 48, mayo-agosto, 1997.

- “La responsabilidad civil de los funcionarios públicos frente a los particulares: sobre la vigencia de la Ley de 5 de abril de 1904”, en SOSA WAGNER, F. (coordinador): *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, Tomo II, Tirant lo Blanch, 2000.

FREIRE AURICH, J. F.: *La responsabilidad personal de autoridades y funcionarios y el control de la Administración*, Tesis doctoral defendida en la Universidad de Salamanca, 2005.

GALÁN SÁNCHEZ, R. M^a: *El enjuiciamiento contable. (El control de la gestión de los fondos públicos por el Tribunal de Cuentas)*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001.

GALLARDO CASTILLO, M^a J.: “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 1, nº 2, 1999.

- “La creciente decadencia jurisprudencial del principio de audiencia al interesado en el procedimiento administrativo: una visión crítica”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 57, 2005.

- *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, Iustel, Madrid, 2008.

- *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Bosch, Barcelona, 2009.

- “A vueltas con la motivación de los actos administrativos”, *Actualidad Administrativa*, nº 2, 2010. También en *Diario La Ley*, nº 7384, 2010.

- *Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común. Comentario sistemático a la Ley 30/92, de 26 de noviembre*,

Tecnos, Madrid, 2010.

- “La prescripción para el ejercicio de la acción patrimonial frente a la administración sanitaria”, *Diario La Ley*, nº 7700, 2011.

- “El principio “non bis in idem”: ¿realidad o ficción?”, *Foro galego: revista xurídica*, nº 201, 2011.

GALLARDO CASTILLO, M^a J. (Dir.): *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, La Ley, Madrid, 2011.

GALLEGO ANABITARTE, A.: “Relaciones especiales de sujeción y principio de legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de Derecho”, *Revista de Administración Pública*, nº 34, 1961.

GAMERO CASADO, E.: “Omisión del trámite de audiencia y el derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 85, enero-marzo, 1995.

- “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 103, 1999.

- “Las transformaciones del sistema de la responsabilidad administrativa extracontractual”, AA.VV.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado. III Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía (noviembre de 1997)*, Comares, Granada, 2000.

- “Los seguros de responsabilidad patrimonial de la Administración: recientes pactos y reformas”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, 2004.

- “El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración”, QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales. Tomo I*, 2^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GARCÍA-ALVAREZ GARCÍA, G.: “La responsabilidad de los poderes públicos” en BERMEJO VERA, J. (Dir.): *Derecho Administrativo. Parte especial*, Civitas, 1994.

- “La modulación de la responsabilidad de la Administración en determinados casos de ejercicio ilegal de potestades urbanísticas”, *Revista de Administración Pública*, nº 169, enero-abril, 2006.

- “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, en QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.) *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.

- “La responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en Derecho español”, *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, nº 7, 1964.

- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.; *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 12ª ed. Civitas, Madrid, 2011.

GARCÍA MACHO, R.: “Función pública y responsabilidad”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 15, 1986.

- “Sanciones Administrativas y relaciones especiales de sujeción”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 72, 1991.

- *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1992.

GARCÍA MANZANO, P.: “Responsabilidad civil de Jueces y Magistrados”, en *Revista de Administración Pública*, nº 117, 1988.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: “Notas sobre el procedimiento abreviado en materia de responsabilidad de las Administraciones públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 81, 1994.

- “¿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 30/1992”, *Revista de Administración pública*, nº 141, 1996.

GARRIDO FALLA, F.: “El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad”, en *Revista de Administración Pública*, nº 91, 1976.

- “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en *Revista de Administración Pública*, nº 119, mayo-agosto, 1980.

- “Constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en *Estudios en homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.

- “Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 94, abril-junio, 1997.

GARRIDO FALLA, F. y FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M^a.: *Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Civitas, Madrid, 1993.

GASCÓN Y MARÍN, J.: *Derecho Administrativo*, 4^a ed., Madrid, 1929.

- *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 11^a ed., Bermejo Impresor, Madrid, 1950.

GIL IBÁÑEZ, J. L.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. (Jurisprudencia Contencioso-Administrativa)*. Ed. Actualidad Editorial, Madrid, 1994.

GODED MIRANDA, M.: “La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia”, en *Poder Judicial*. Instituto de Estudios Fiscales, Vol. I, Madrid, 1983.

GÓMEZ POMAR, F.: “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1^a, 20.2.2002: el daño moral de las personas jurídicas”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 105, octubre, 2002.

GÓMEZ PUENTE, M.: “Responsabilidad por inactividad de la Administración”,

Documentación Administrativa, nº 237-238, enero-junio, 1994.

- *La inactividad de la Administración*, 3ª ed., Aranzadi 2002

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El Tribunal de Cuentas. El control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Ed. UNED, Marcial Pons, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ ALONSO, A.: *Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, J. L.; “Función pública y acciones de responsabilidad civil”, *Revista de Administración Pública*, nº 39, 1962.

GONZÁLEZ BUSTOS, Mª A.: *Los bienes de propios. Patrimonio local y Administración*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

- “La defensa de los bienes patrimoniales”, en SOSA WAGNER, F. (coordinador): *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, Tomo II, Tirant lo Blanch, 2000

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.): *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, CGPJ, Madrid, 1996.

GONZÁLEZ NAVARRO, F.: “Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público”, *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, nº 44-45, 1976.

GONZÁLEZ NIETO, E.: “Responsabilidad de las Entidades Locales”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 62, 1952.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, 6ª ed. Civitas-Thomson, Navarra, 2012.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92, 26 de noviembre)*, Ed. Civitas, Madrid, 1993.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *La reparación de los daños causados a la Administración*, CEDECS, Barcelona, 1998.

- “La responsabilidad administrativa en casos colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 123, julio-septiembre, 2004.

GUAITA, A.: “El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios administrativos”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. VI, 1953.

GUAITA MARTORELL, A. “Control judicial y responsabilidad de la Administración”, en *Comentarios a leyes políticas. Constitución Española*, dirigidos por O. ALZAGA, Vol. III, EDERSA, Madrid, 1985.

GUARDIOLA GARCÍA, J.: “Significado de la expresión “delitos dolosos o culposos” del art. 121 del Código Penal: comentario a los pronunciamientos del TS”, *Revista General de Derecho*, año LVII (2001), nº 678-679.

GUTIÉRREZ GARCÍA, A.: “La responsabilidad contable: concepto, naturaleza, elementos, clases y transmisión” en SALA SÁNCHEZ, P. y MARTÍN NOVAL L. (Dir.): *El Tribunal de Cuentas. Fiscalización y Enjuiciamiento*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2004.

GUTIÉRREZ GIL, A.J.: “La responsabilidad civil subsidiaria del Estado en el proceso penal”, en *La responsabilidad patrimonial del Estado (II)*, *Revista Jurídica General*. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº 24, enero, 2003

GUTIÉRREZ LLAMAZARES, M. A.: *Régimen disciplinario de los funcionarios. Legislación aplicable, sentencias y formularios*, PPU, Barcelona, 2009.

HAURIUO: *Précis de Droit Administratif*, 12ª ed. Paris, 1933.

HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M.: “La responsabilidad Patrimonial de las Autoridades y Personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Dir.): *Manual de responsabilidad pública. Homenaje a Pedro González Gutiérrez-Barquín*. Ed.

Ministerio de Economía y Hacienda y Ministerio de Justicia, Madrid, 2004.

- “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 4/2204.

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

- “El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho* 3/2003.

HUESCA BOADILLA, R.: “Artículo 145. Exigencia de responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, en VVAA: *Comentarios a la Reforma de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Estudio de la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Aranzadi, Navarra, 1999.

IZQUIERDO TOLSADA, M.: *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, 1997.

- “La responsabilidad civil en el proceso penal”, en REGLERO CAMPOS (Coord.): *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi Cizur Menor, 2008.

JIMÉNEZ APARICIO, E.: “La ejecución de la sentencia de la colza I”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 1/2003.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Proceso Histórico de la Constitución de la Republica Española*, Ed. Reus, Madrid, 1932.

LAFUENTE BENACHES, M.: *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos de la Administración del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996.

LEGUINA VICENS, C.: “El recurso del artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y su tramitación ante los órganos de la jurisdicción contable”, *Seminarios 1994-1995*, de la Asociación de los Cuerpos Superiores de Letrados y Auditores del Tribunal de Cuentas y Servicio de Publicaciones del Tribunal, Madrid, 1996.

LEGUINA VILLA, J.: *La responsabilidad civil de la Administración pública*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1980.

- “El fundamento de la responsabilidad civil de la Administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 23, 1979.

- “La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y demás personal a su servicio”, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M.: *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993

LEGUINA VILLA, J. y SACHEZ MORON, M.: *La nueva Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993.

LEGUINA VILLA, J. y DESDENTADO DAROCA, E.: “Las acciones en materia de responsabilidad de la Administración Pública” *Revista General de Derecho Administrativo* “portalderecho.www.iustel.com”.

LÓPEZ ÁLVAREZ, E.: «Comentarios a los artículos 140 y siguientes de la LRJAE y PAC» en SALA SÁNCHEZ, P. (Coord.): *Comentarios a la reforma del procedimiento administrativo (Análisis de la Ley 4/1999)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, J.: “Responsabilidad de las Administraciones públicas (exégesis de la elaboración de la Ley)”, en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Vol. II Ministerio de Justicia-BOE, Madrid, 1993.

LORENTE, M. y GARRIGA, C.: “Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la Administración (1812-1845). Una propuesta de revisión”, en *Constitución en España: orígenes y destinos*, Ed. Iñurrítegui, J. M. y Portillo, J. M., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: *Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera. Manual Práctico de la Función Pública*, Volumen V, Aranzadi, Navarra, 2ª ed. 2008.

- MANZANEDO MATEOS, J. A.; “La responsabilidad civil de los funcionarios del Estado”, *Documentación Administrativa*, nº 82, 1964.
- MARINA JALVO, B.: *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, 3ª ed. Lex Nova, 2006.
- MARTÍN LÓPEZ, J.: “A vueltas con la delimitación de las responsabilidades contables directas y subsidiarias”, *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 115, 2002.
- MARTÍN REBOLLO, L.; “La responsabilidad patrimonial de la Administración en el panorama europeo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 24, 1980.
- “La responsabilidad de los Poderes Públicos: previsiones constitucionales y desarrollo ulterior”, en el volumen colectivo *El desarrollo de la Constitución Española de 1978*, Zaragoza, 1982.
 - *Jueces y responsabilidad del Estado. El artículo 121 de la Constitución*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
 - “La responsabilidad patrimonial de la Administración Local”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal I*, Civitas, Madrid, 1988.
 - “Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. III, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
 - “La responsabilidad de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica”, en *Documentación Administrativa*, nº 237-238, enero-junio, 1994.
 - “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: un balance y tres reflexiones”, *Revista de Administración Pública*, nº 91, enero-abril, 1999.
 - “La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)”, en *Derecho y Salud* Vol. 9, nº 1, enero-junio, 2001.

- *La responsabilidad patrimonial de las Entidades Locales*, Ed. Iustel, Madrid, 2005.
- MARTÍN RETORTILLO, L.: “Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción”, *Revista de Administración Pública*, nº 42, 1963.
- “Unidad de jurisdicción para la Administración Pública”, *Revista de Administración Pública*, nº 49, 1966.
- MARTÍN RÍOS, M^a P.: *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal: una aproximación victimológica*, La Ley, Madrid, 2007.
- MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración Española*, Tomo V, 2^a ed., Imprenta de A. Peñuelas, Madrid, 1868.
- MARTÍNEZ FAGÚNDEZ, G.: *Régimen disciplinario de los funcionarios. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson/Civitas, Madrid, 2006.
- MARTÍNEZ NOVELLA, S.: “La responsabilidad civil, penal y administrativa de las autoridades y los funcionarios”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 0, octubre, 2002.
- MEDINA ALCOZ, L.: *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- “El resarcimiento del daño causado por acto administrativo ilegal. Análisis de la cuestión en los ordenamientos italiano, francés, alemán y español”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 9, 2005
- MEDINA GUIJARRO, J. y PAJARES GIMÉNEZ, J. A.: “La jurisdicción contable: Contenido y procedimientos”, *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 74, 1992.
- “Comentario general sobre la Jurisprudencia Contable”, en *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 81, 1994.
- “Compatibilidad entre la jurisdicción contable y la jurisdicción penal”, en *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 81, 1994.

- “Comentario General sobre Jurisprudencia Contable”, *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 88, 1995,
- “Comentario general sobre la jurisprudencia contable”. “La pieza separada”, *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 91, 1996.
- “Comentario General sobre la jurisprudencia contable”, *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 93, 1997.

MESEGUER YEBRA, J.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: indemnización y plazo de prescripción*, Bosch, Barcelona, 2000.

MICHÁVILA NÚÑEZ, J. M.: *Algunas consideraciones sobre los problemas actuales de la responsabilidad de las Administraciones Públicas*, Fondos de la Biblioteca del INAP.

MIR PUIGPELAT, O: “La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 1999.

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

- “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2002.

- “La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa”, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho* nº 6/2003.

- “Sin opción. Comentario a la STS, 1ª, de 17.2.2006, por la que se niega el derecho de opción de las víctimas de exigir la responsabilidad civil de los funcionarios públicos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho* nº 3/2006.

MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I.: “Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en *VVAA: Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo*, 2ª ed.,

Aranzadi, Navarra, 2002.

- “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en *La responsabilidad patrimonial del Estado (II)*, Revista Jurídica General. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº 24, enero, 2003.

MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, S. y RIVAS VALLEJO, P. (Dir. y coords.): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*, Comares, Granada, 2008.

MONTERO AROCA, J.: *La responsabilidad civil del juez y del Estado por actuaciones del Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1988.

MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M.C.: *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, Atelier, Barcelona, 2002.

MORENO MARTÍNEZ, J. L.: *Responsabilidad en centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996.

MOROTE SARRIÓN, J. V.: “La novedosa doctrina del Tribunal constitucional sobre el cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual de la Administración”, en *Revista de Derecho Administrativo*, nº 174, 1998.

MORROS SARDA, J.: “Un aspecto de la limitación de la responsabilidad patrimonial de la Administración (Un aspecto especial de responsabilidad patrimonial del Estado. Daños producidos por delitos cometidos por agentes del orden público en el ejercicio de sus funciones)”, en *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, nº 44-45, 1976.

MUÑOZ GUIJOSA, M^a A.: “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 187, enero-abril, 2012.

MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad civil concurrente de las administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1992.

- “Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria. (Con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil)”, en *Documentación Administrativa*, nº 237-238, enero-junio, 1994 (ejemplar dedicado a: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*)

NAVARRO MUNUERA, A. E.: “La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 60, 1988.

NAVAS VÁZQUEZ, R.: “Transparencia y responsabilidad en la gestión pública”, *Auditoría Pública*, nº 37, 2005.

- “Nueva aproximación a la jurisdicción contable”, en *Auditoría Pública* nº 40, 2006.

NEVADO-BATALLA MORENO, P. T.: *La función pública militar: régimen jurídico del personal militar profesional*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

- “Responsabilidad de los servidores públicos: rendimiento como garantía a la legalidad de la actuación pública”, en FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (Coord.): *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000.

- “Análisis jurídico del principio de eficacia en la actuación pública”, en <http://www.acuentascanarias.org/Maspalomas2006/Ponencia>.

- “La materialización del principio de eficacia en el derecho español, ¿utopía o realidad?”, <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2003>

NIETO GARCÍA A.: “Problemas capitales del Derecho disciplinario”, *Revista de Administración Pública*, nº 63, septiembre-diciembre, 1970.

- “La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 4, 1975.

- “La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: doctrina jurisprudencial”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 51, 1986

- *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1994.

NISTAL BURÓN, J.: “El interés jurídicamente protegido en los delitos cometidos por los funcionarios públicos: la posibilidad de aplicar una doble sanción, penal y disciplinaria”, *Actualidad Administrativa*, nº 16, 2011.

NÚÑEZ LOZANO, M^a C.: *Ordenación y supervisión de los seguros privados*, Marcial Pons, 1998.

- *Las aseguradoras de asistencia sanitaria. Intervención y liberalización*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

PAJARES GIMÉNEZ, J. A.: “El diseño de las actuaciones previas en el ámbito de la armonización de la jurisdicción contable”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. 2, nº 6, 2000.

PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985.

- “Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, *Documentación Administrativa*, nº 237-238, 1994.

PARADA VÁZQUEZ, R.: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993.

- “Justicia administrativa e irresponsabilidad de los servidores públicos”, *Revista de Administración Pública*, nº 153, septiembre-diciembre, 2000.

- *Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Marcial Pons, 2007.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M. y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *El caso de la colza. Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Tirant lo Blanch, 1995

PAREJO ALFONSO, L.: *Constitución y valores del ordenamiento*, Ed. Centro de

Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

- *Eficacia y Administración: tres estudios*, Boletín Oficial del Estado, 1996.

- “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *Documentación Administrativa*, nº 218-219, 1989.

- “El reto de la eficaz gestión de lo público”, *Revista de Ciencias Sociales*, nº 129, 1999.

PARRA LUCÁN, M^a A.: “La responsabilidad civil de Notarios y Registradores”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coord.): *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Madrid. Dykinson, 2007.

PEÑA LÓPEZ, F.: “La vía de regreso: un medio a disposición de la Administración Pública (y su aseguradora) para exigir responsabilidad civil a su personal”, *Práctica de Derecho de Daños*, nº 30, 2005.

PEREZAGUA CLAMAGIRAND, L.: “La responsabilidad contable”, *Impuestos*, nº 8, 1990.

PÉREZ CONEJO, L.: “El uso de armas de fuego por los agentes públicos: articulación de responsabilidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 38, 1994.

PÉREZ MARTÍNEZ, D.: “La responsabilidad civil derivada del delito”, en DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Dir.): *Manual de responsabilidad pública. Homenaje a Pedro González Gutiérrez-Barquín.*, Ed. Ministerio de Economía y Hacienda y Ministerio de Justicia, Madrid, 2004.

PÉREZ MORENO, A.: “La responsabilidad por daños de concesionarios y contratistas en el núcleo de la cuestión jurisdiccional sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, en ANTONIO CALONGE VELÁZQUEZ, A. y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. (Coord.) *Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos: III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18 octubre de 1997*, Marcial Pons, 1999.

PI SUÑER, J. M.: “La responsabilidad de los órganos y funcionarios de la Administración Local”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 55, 1951.

- PORTERO GARCÍA, L.: “Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías individuales”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 2, 1996, Ejemplar dedicado a: Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial) / MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (Dir.), VIVES ANTON, T. S. (Dir.).
- POSADA, A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1897.
- QUESADA LUMBRERAS, J. E.: “Régimen disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, S. y RIVAS VALLEJO, P. (Dirs. y coords.): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*, Comares, Granada, 2008.
- QUIROGA DE ABARCA, J. M^a: *La Administración militar y su responsabilidad patrimonial*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1988.
- RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J. A.: “Procedimiento y jurisdicción en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: análisis jurisprudencial y recientes novedades legislativas”, BIB 2004/445, WESTLAW.
- REBOLLO PUIG, M.: “Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro”, *Poder Judicial*, nº 20, 1990.
- *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
 - “Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en SÁINZ MORENO, F. (Dir.): *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004.
 - “La reclamación de la indemnización”, en QUINTANA LÓPEZ, M. (Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- RIVERO ORTEGA, R.: *Administraciones Públicas y Derecho privado*, Marcial Pons,

Madrid, 1998.

- “Responsabilidad patrimonial exigida a los funcionarios y autoridades a través de expediente administrativo”, Conferencia pronunciada en el *II Curso de Fiscalización, Auditoría y control de la Gestión de Fondos Públicos*, Salamanca, del 13 al 17 de mayo de 2002.

- “Los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración en España”, *Revista de Derecho*, nº 60-61, 2005-2006.

- “Responsabilidad concurrente (art. 140 LRJPAC)”, en QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- *La necesaria innovación en las instituciones administrativas. Organización, procedimiento, función pública, contratos administrativos y regulación*, INAP, 2012.

RIVERO ORTEGA, R. y MERINO ESTRADA, V.: “Ejemplaridad pública, Nudgey Benchmarking local: herramientas del buen gobierno, la integridad institucional y la innovación democrática”, en *Revista Democracia y Gobierno Local*, nº 20, 2013.

RIVERO YSERN, E.: “La responsabilidad civil frente a la Administración pública”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1973.

- “La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, enero-febrero-marzo, nº 177, 1973.

- “La responsabilidad patrimonial de las Corporaciones Locales (tendencias jurisprudenciales)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 11, 1976.

- “Notas sobre el sistema de responsabilidad patrimonial de las autoridades y funcionarios”, en DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. y JIMÉNEZ FRANCO, E. (Dirs.): *Los empleados públicos. Estudios*, Ratio Legis, Salamanca, 2006.

RIVERO YSERN, E. y FERNANDO PABLO, M.: “Derecho Administrativo y equidad”, en RIVERO YSERN, E. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., SENDÍN

GARCÍA, M.: *Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Netbiblio, Oleiros, (La Coruña), 2008.

RIVERO YSERN, E. y RIVERO ORTEGA, R.: “La nueva Ley de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración autonómica de Castilla y León”, LÓPEZ MENUDO, F. (Coord.): *Derechos y garantías del ciudadano: estudio en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*, Iustel, Madrid, 2011.

RIVERO YSERN, E. y FERNANDO PABLO, M.: *Equidad, Derecho Administrativo y Administración pública en España*, Adavira Editora, Santiago de Compostela, 2011.

ROCA GUILLAMÓN, J.: “Artículo 121”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, EDESA, Madrid, 1999.

ROCA I TRIAS, E.: “La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 51, nº 1, 1998.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: “Principios generales de la Ley 4/1999, de 13 de enero de modificación de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *Actualidad Administrativa*, nº 27, 1999.

- “Nuevas orientaciones sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública”, *Actualidad Administrativa*, nº 27, 2002.

- “Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año 2, nº 4, 2003.

- “Los deberes del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 60, 2005.

- *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

- “El derecho fundamental al buen gobierno a la buena administración de las

instituciones públicas”, *Revista de Estudios Locales. Cunal*, nº 100, 2007.

- *Derecho Administrativo Español*, Tomo II, Oleiros (La Coruña) Netbiblio, 2009.

- “La caracterización constitucional de la ética pública: una aproximación positiva”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *Códigos éticos: una apuesta concreta de gobernanza en positivo*, Netbiblio, Oleiros (La Coruña), 2009.

- “La prescripción “relativa” de las infracciones y sanciones”, *Actualidad Administrativa*, nº 7, 2011.

- “El Derecho fundamental a la buena administración y la centralidad del ciudadano en el Derecho Administrativo”, en SÁNCHEZ BLANCO, A., DOMÍNGUEZ-BERRUETA, M. y RIVERO YSERN, J. L. (Coords.): *El nuevo Derecho Administrativo. Libro Homenaje al Profesor Dr. Enrique Rivero Ysern*, Universidad de Salamanca, Ratio Legis, 2011.

- *Interés general, Derecho Administrativo y Estado del Bienestar*, Iustel, Madrid, 2012.

- *El derecho a una buena Administración para los ciudadanos*, Netbiblio, INAP, 2013.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: “Daño moral y persona jurídica: ¿Contradicción entre la doctrina de la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo?”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho* nº 334, abril, 2006.

RODRÍGUEZ MAS, A.: “La actuación de los órganos municipales a través de la Jurisprudencia”; en *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 59, 1951.

RODRÍGUEZ MONTAÑES, T.: “El caso de la colza: la responsabilidad patrimonial de la Administración (comentario a la STS de 26 de septiembre de 1997)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 3, 1999.

ROGEL VIDE, C.: *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Español*, Civitas Madrid, 1977.

ROIG TORRES, M.: *La reparación del daño causado por el delito. Aspectos civiles y penales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- ROSIÑOL I VIDAL, C.: *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos. Análisis de la doctrina del Tribunal de Cuentas*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Sindicatura de Comptes de Catalunya, Civitas, Madrid, 1994.
- ROYO VILLANOVA, A.: *Elementos de Derecho administrativo*, 14ª edición, Imprenta Castellana, Valladolid, 1934.
- *La Constitución española de 9 de diciembre de 1931 con glosas jurídicas y apostillas políticas*, Imprenta Castellana, 1934.
- ROYO VILLANOVA, S.: “La responsabilidad de la Administración pública”, *Revista de Administración Pública*, nº 19, enero-abril, 1956.
- RUIZ OJEDA, A. L.: “La responsabilidad de la Administración contratante en los supuestos de daños causados a terceros por sus contratistas y concesionarios. (Inercias y atolladeros del Instituto Resarcitorio en el ámbito de la contratación administrativa)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 2, 2002.
- SÁINZ MORENO, F. (Dir.): *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004.
- SALA SÁNCHEZ, P.: *La jurisdicción contable: las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España*, Ed. Servicio de Publicaciones del Tribunal de Cuentas, Madrid, 1984.
- “La responsabilidad contable en la nueva Ley General Presupuestaria”, en *Revista Galega de Economía*, vol. 16, núm. extraord. 2007.
- SALA SÁNCHEZ, P. y MARTÍN NOVAL L. (Dir.): *El Tribunal de Cuentas. Fiscalización y Enjuiciamiento*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- SALVADOR CODERCH, P; GÓMEZ LIGÜERRE, C. I.; RUÍZ GARCÍA, J.; RUBÍ PUIG, A.; PIÑERO SALGUERO, J.: “Respondeat Superior I”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 2/2002.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: “Comentario al artículo 43”, *La Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Aranzadi,

Pamplona, 1999.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: “Delitos cometidos por los funcionarios contra las garantías constitucionales”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 14, 2000.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed. Lex Nova, Valladolid, 2008.

- *Derecho de la Función pública*, 7ª ed. Tecnos, Madrid, 2013.

SANTAMARÍA DE PAREDES, V.: *Curso de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Establecimiento tipográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1888.

SANTAMARÍA PASTOR, L. A.: *Principios de Derecho Administrativo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho Procesal*, 3ª ed. Ed. Montecorvo, Madrid, 1981.

SERRERA CONTRERAS, P. L.: “Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Vol. II*, Madrid, 1993.

SESMA SÁNCHEZ, B.: *Las subvenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1998.

SOLA FERNÁNDEZ, M. F.: “La avocación de expedientes administrativos de responsabilidad contable”, *Seminarios 1994-1995*, Asociación de los Cuerpos Superiores de letrados y Auditores del Tribunal de Cuentas y Servicio de Publicaciones del mismo, Madrid, 1996.

SOTO NIETO, F.: “La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y Entes públicos en general (art. 121 del Código Penal)”, *Diario La Ley* ref. D-30, T. I, 1996.

TENA YBARRA, J. L.: “Desarrollo y perspectivas del principio de responsabilidad civil de la Administración”, *Revista de Administración Pública*, nº 6, 1951.

TOLIVAR ALAS, L.: “Responsabilidad patrimonial del Estado-Juez”, en QUINTANA

- LÓPEZ, T. (Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- TOMÁS MALLÉN, B.: *El derecho fundamental a una buena administración*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004.
- TRAYTER, J. M.: *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*. Ed. Marcial Pons y Generalitat de Catalunya, Madrid, 1992.
- URSI, R.: “Daño a la imagen de la Administración y responsabilidad patrimonial de los funcionarios”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 19, 2001.
- VACAS GARCÍA-ALÓS, L.: *El Tribunal de Cuentas. Enjuiciamiento contable y jurisprudencia constitucional*, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1998.
- VILA SERRA, J.: *Ley Provincial*, Valencia, Imprenta del autor, Biblioteca Jurídica de los Ayuntamientos y Juzgados Municipales, 1906.
- VILLANUEVA RODRÍGUEZ, U. L.: “Notas sobre la responsabilidad contable”, *Auditoría Pública*, nº 55, 2011.
- VILLAR EZCURRA, J. L.: *La responsabilidad en materia de servicios públicos*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1981.
- VVAA: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002
- YEBENES GADEA, A.: “La responsabilidad del Estado por el uso de armas de fuego de los Cuerpos de Seguridad”, en *Boletín de Documentación del Ministerio del Interior*, nº 13, 1988.