

¿DEBERÍAN LAS AUTORIDADES Y LOS EMPLEADOS PÚBLICOS RESPONDER CIVILMENTE POR LOS DAÑOS CAUSADOS EN EL EJERCICIO DE SUS CARGOS?

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia

I. INTRODUCCIÓN.—II. DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE AUTORIDADES Y EMPLEADOS PÚBLICOS POR LOS DAÑOS OCASIONADOS EN EL EJERCICIO DE SUS CARGOS: 1. *Regulación general. ¿Hacia la irresponsabilidad civil de los agentes públicos?*: A) Evolución legislativa. B) La irresponsabilidad *de facto* de autoridades y empleados públicos. C) Críticas doctrinales. ¡Que paguen! D) Explicaciones de la irresponsabilidad ensayadas. E) Más piezas que no encajan. 2. *La especialidad de la responsabilidad contable*. 3. *Regulación contenida en la legislación penal*: A) Rasgos esenciales. B) Críticas doctrinales. C) Un problema ilustrativo acerca de las ventajas y desventajas de la regulación contenida en el artículo 121 del Código penal: ¿responde en vía penal la Administración cuando los hechos constituyen una falta?—III. FINALIDAD DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: 1. *El paradigma tradicional*. 2. *El paradigma suministrado por el análisis económico del Derecho*.—IV. POR QUÉ CONVIENE QUE LA ADMINISTRACIÓN RESPONDA DIRECTAMENTE POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR SUS AGENTES A TERCEROS: 1. *Responsabilidad personal del agente o responsabilidad vicaria del principal: análisis económico*: A) Irrelevancia del problema en un mundo (imaginario) sin insolventes ni costes de transacción. B) Ventajas de la responsabilidad vicaria en un mundo en el que los agentes son potencialmente insolventes. C) Ventajas de la responsabilidad vicaria en un mundo en el que cuesta identificar a los causantes del daño, determinar si han actuado negligentemente y condenarlos. D) Ventajas de la responsabilidad vicaria en un mundo en el que resulta costoso acordar una determinada distribución del riesgo. E) Inconvenientes de la responsabilidad vicaria. El riesgo moral. 2. *Eficiencia de la regla según la cual las Administraciones públicas responden vicariamente por los daños que sus agentes hayan causado al ejercer sus cargos*.—V. POR QUÉ NO CONVIENE QUE LA ADMINISTRACIÓN EXIJA A SUS SERVIDORES RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS QUE ÉSTOS LE HAYAN OCASIONADO NEGLIGENTEMENTE: 1. *Justificación de la «irresponsabilidad» civil de los empleados públicos por los daños causados imprudentemente en el desempeño de sus funciones*. 2. *¿Deberían ser tratadas las autoridades de manera diferente?*—VI. POR QUÉ CONVIENE QUE LA ADMINISTRACIÓN EXIJA RESPONSABILIDAD CUANDO LOS DAÑOS SON DOLOSOS O HAN PODIDO ENGENDRAR UN ENRIQUECIMIENTO INJUSTO DEL CULPABLE.—VII. LA ANOMALÍA DE LA VÍA PENAL: 1. *Justificación de la posibilidad de exigir responsabilidad civil de la Administración en el proceso penal: ventajas e inconvenientes*. 2. *Posibles soluciones*. 3. *La Administración, en cualquier caso, debería responder directamente*.—VIII. CONCLUSIÓN: PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.

RESUMEN

El tratamiento que en el Derecho español se da a la responsabilidad civil extracontractual de las autoridades y los empleados públicos por los daños ocasionados en el ejercicio de sus funciones constituye, a primera vista, un desconcertante rompecabezas. De acuerdo con la legislación estatal básica, sólo la Administración a cuyo servicio actúan responde frente a los terceros perjudicados, y sólo ella puede —más aún, debe— exigirles responsabilidad civil por tales daños, aunque en la realidad prácticamente nunca les ha reclamado el resarcimiento. Esta praxis contrasta con el hecho de que la Administración sí suele exigir a sus agentes una peculiar responsabilidad civil regulada en la legislación contable. Todo lo cual

es discordante con la regulación establecida en el Código penal para el caso de que los hechos constituyan delito, pues aquí las víctimas pueden reclamar directamente contra los agentes y subsidiariamente contra la Administración. Tras analizar los costes y los beneficios sociales de las posibles soluciones, el autor llega a la conclusión de que los servidores públicos sólo deberían responder civilmente por los daños causados al ejercer sus funciones cuando los hayan provocado de manera dolosa o cuando probablemente hayan obtenido algún beneficio derivado de los mismos. La Administración, en cualquier caso, debería ser siempre la responsable civil directa y exclusiva frente a los terceros perjudicados.

Palabras clave: responsabilidad civil de autoridades y empleados públicos; responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas; acción de regreso; responsabilidad civil derivada del delito; responsabilidad contable.

ABSTRACT

With reference to the liability of public employees, Spanish Law seems a troubling puzzle. Under State basic law, Public Administrations are exclusively and vicariously liable for torts committed by their agents within the scope of their employment. Under Criminal Code, on the contrary, victims of crimes committed by public agents have the right to directly demand damages from those offenders, bringing their tort claims within the criminal procedure. Under State basic law, Spanish Public Administrations may —and even have to— require compensation from their employees who negligently injured the aforementioned Administrations or caused damages, thus giving rise to vicarious liability, but in fact they have almost never required that compensation. These Administrations, on the contrary, usually demand damages when their agents have violated certain statutes regulating public finances. After analyzing the social costs and benefits of the considered alternatives, the author expresses the opinion that only Public Administrations may be held liable for torts committed by their agents while acting within the scope of their employment. This liability must be thus always vicarious and exclusive. The author examines also whether, why and when the injured or vicariously liable Administrations may require compensation from their employees who have caused the injuries.

Key words: tort law; vicarious liability; public employees and Public Administrations.

I. INTRODUCCIÓN*

La afirmación de que nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual de las Administraciones públicas se halla en un estado de crisis no deja de ser, por reiterada y tópica, menos certera. La misma regulación que hasta hace no mucho era aclamada, casi unánimemente, como una de las más avanzadas del mundo es criticada hoy con dureza por un cada vez más nutrido grupo de voces. Se cuestiona, sobre todo, el carácter objetivo con el que el legislador, aparentemen-

* Se han utilizado, entre otras, las siguientes abreviaturas: GM = Gaceta de Madrid; JA = Colección Legislativa de España. Jurisprudencia Administrativa; JC = Colección Legislativa de España. Jurisprudencia Civil. Mientras se confeccionaban las galeradas del presente trabajo se ha publicado un excelente estudio del que hay que dar noticia: GARCÍA-ÁLVAREZ (2009), «La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas», en *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, dir. QUINTANA LÓPEZ, Tirant lo Blanch, Valencia, T. I.

te, ha configurado dicha responsabilidad. Pero también se pone de relieve que nos las habemos con un magro conjunto de reglas excesivamente parcas, que ofrecen respuestas monolíticas, que no tienen en cuenta la complejidad y diversidad de los problemas reales, ni la necesidad de darles soluciones matizadas, acordes con las peculiares circunstancias del caso. Unas reglas demasiado vagas, indeterminadas, que otorgan anchísimos márgenes de apreciación a los órganos jurisdiccionales, que éstos rara vez han sabido colmar mediante criterios claros y estables, lo que ha redundado en detrimento de la seguridad jurídica¹. A todo lo cual se añaden las enormes discordancias que aquí existen entre el Derecho normado —sobre el que ha solido centrarse la atención de la doctrina— y el Derecho practicado².

En el presente estudio pretendemos analizar algunas de las anomalías que aún se observan en este campo, referentes al problema de si las autoridades y empleados públicos deberían responder civilmente de los daños causados en el ejercicio de sus cargos. Según el artículo 145 de la Ley 30/1992, de los referidos daños responden directamente las Administraciones públicas a cuyo servicio actuaban los culpables, sin que las víctimas puedan dirigir sus pretensiones de resarcimiento contra ellos; pero luego el artículo 121 del Código penal dispone que, si los hechos constituyen delito, ha de responder directamente el agente y, sólo subsidiariamente, la Administración. Según el citado artículo 145, la Administración puede y debe exigir responsabilidad civil a sus agentes que en el desempeño de sus funciones le hubieren ocasionado daños de manera dolosa o gravemente culposa; pero luego resulta que, en la realidad, prácticamente nunca se ejerce tal potestad, lo cual ha desatado las críticas de numerosos autores. Esta praxis contrasta, además, con el hecho de que las Administraciones públicas sí suelen exigir a sus agentes responsabilidad contable, que no es sino una clase de responsabilidad civil que cuenta con una regulación especial. A la vista de este desconcertante cuadro, uno no puede dejar de preguntarse quién se está, por así decirlo, equivocando: el legislador «administrativo», el «penal», la Administración cuando se resiste a aplicar el referido artículo 145 o la Administración cuando aplica vigorosamente el precepto equivalente de la legislación contable. ¿Cuál es la solución deseable para el conjunto de los ciudadanos?

¹ Vid., por todos, MIR PUIGPELAT (2002a), *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid.

² Vid., por ejemplo, MIR PUIGPELAT (2008), «Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria», *REDA*, 140, págs. 629 y ss.

II. DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE AUTORIDADES Y EMPLEADOS PÚBLICOS POR LOS DAÑOS OCASIONADOS EN EL EJERCICIO DE SUS CARGOS

1. *Regulación general. ¿Hacia la irresponsabilidad civil de los agentes públicos?*

A) *Evolución legislativa.*

Durante el siglo XIX se promulgan algunas disposiciones que, en supuestos muy concretos, hacen responsable al Estado de ciertos perjuicios ocasionados a los ciudadanos, v. gr. causados por el ferrocarril o por la condena penal impuesta a una persona cuya inocencia se acredita ulteriormente. Esta responsabilidad se configura, no obstante, ora «sin perjuicio de la responsabilidad individual» en que los agentes públicos causantes del daño pudieran haber incurrido³, ora con carácter subsidiario, para el caso de que dicha responsabilidad individual no pudiese hacerse efectiva⁴.

En el ámbito local la regla es, al menos sobre el papel, que de los daños provocados por los agentes públicos responden civilmente ellos y sólo ellos. Como establece el artículo 178 de la Ley Municipal de 1877⁵, «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. Esta responsabilidad será siempre declarada por la Autoridad o Tribunal que en último grado haya resuelto el expediente, y se hará efectiva por los Tribunales ordinarios en la forma que las leyes determinen». No queda del todo claro, sin embargo, si dicha responsabilidad se refiere a los daños causados a las Corporaciones, a los particulares o a cualquiera de los dos.

En el Código civil de 1889 también se alude a la responsabilidad de los empleados públicos, aunque de manera implícita y un tanto ambigua. Tras dejar sentado en su artículo 1902 que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado», el Código establece en su artículo si-

³ Artículo 14 *in fine* de la Ley por la que se dictan disposiciones relativas a la conservación y policía de los caminos de hierro de 9 de abril de 1877 (GM núm. 328, de 24 de noviembre, pág. 581).

⁴ Artículo 3.º de la Ley de 7 de agosto de 1899, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Código de Justicia Militar y la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina (GM núm. 227, de 15 de agosto, pág. 589).

⁵ Ley Municipal de 2 de octubre de 1877 (GM núm. 277, de 4 de octubre, págs. 39 y ss.).

guiente que dicha obligación «es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder... 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*». El Tribunal Supremo interpretó este último inciso en el sentido de que si el daño había sido causado por un funcionario en el desempeño de su cargo respondía el propio funcionario y no el Estado, «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»⁶.

La cuestión se clarifica mediante la Ley de 5 de abril de 1904 relativa a la responsabilidad de los funcionarios públicos⁷ y el Reglamento dictado para su ejecución el 23 de septiembre de 1904⁸. De los daños causados por los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones responden éstos «personal y principalmente» (art. 2.1 de la Ley), y no la Administración, ni siquiera de manera subsidiaria⁹.

Esta responsabilidad, sin embargo, se configura en unos términos sumamente restrictivos. Los daños indemnizables debían haber sido causados por un funcionario público en el desempeño de su cargo mediante actos u omisiones «voluntarios» (art. 1 del Reglamento) y constitutivos de una «infracción de precepto legal expreso en agravio de un derecho definido en disposición legal», o de una «inobservancia de trámite o diligencia de sustanciación prevenidos por ley o reglamento vigentes», excluyéndose la responsabilidad cuando la acción u omisión pudiera ser imputable al demandante (arts. 1 de la Ley y 2 del Reglamento). El perjudicado debía reclamar la observancia del precepto infringido mediante un escrito que había de formularse en el curso del asunto gubernativo o administrativo, en tiempo hábil para prevenir o remediar la infracción, consignando clara y concretamente el precepto legal o reglamentario cuya aplicación se pedía, enumerando los hechos y fundamentos de derecho en que el reclamante apoyase su pretensión y expresando que se interponía en preparación de demanda

⁶ STS (Civil) de 7 de enero de 1898 (JC, T. 1, núm. 7, pág. 24).

⁷ GM núm. 97, de 6 de abril, págs. 71 y 72.

⁸ Reglamento provisional dictado para la ejecución de la Ley de 5 de abril de 1904, sobre responsabilidad de los funcionarios del orden gubernativo o administrativo, aprobado por RD de 23 de septiembre de 1904 (GM núm. 269, de 27 de septiembre, págs. 1073 y 1074).

⁹ En la exposición de motivos del Proyecto de Ley 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» (GM núm. 153, de 2 de junio de 1903, pág. 833).

de responsabilidad (arts. 1 de la Ley y 11 del Reglamento). Si a ello le añadimos que la acción sólo quedaba expedita tras consumarse la infracción mediante resolución administrativa firme y que se condenaba en costas a la parte perdedora (arts. 1 y 13 de la Ley), se comprende que esta vía tuviese en la práctica escaso éxito. Los obstáculos eran casi insalvables¹⁰, por más que alguna sentencia afirmara que la Ley debía interpretarse «en sentido expansivo», ya que «la rigurosa y material aplicación del contexto literal [podía] resultar disconforme con su espíritu y significación ética»¹¹.

A partir de ahí, la responsabilidad comienza a desplazarse progresivamente desde el agente causante del daño hacia la Administración. Así, la Constitución de 9 de diciembre de 1931¹² ya consagra su responsabilidad *subsidiaria*: «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 y perjuicios consiguientes, conforme determine la Ley» (art. 41).

La Ley Municipal de 31 de octubre de 1935¹³ da un paso más al señalar que «las Entidades municipales responderán civilmente de los

¹⁰ De «irresponsabilidad absoluta» hablan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008), *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, T. II, pág. 371. Vid. FORTES GONZÁLEZ (2000), «La responsabilidad civil de los funcionarios públicos frente a los particulares: sobre la vigencia de la Ley de 5 de abril de 1904», en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. SOSA WAGNER, Tirant lo Blanch, Valencia, T. II, págs. 2521 y ss.; GUAITA MARTORELL (1953), «El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios administrativos», *Anuario de Derecho Civil*, 6-1, págs. 94-132. Algunas víctimas, no obstante, lograron superar esos obstáculos y obtener una indemnización: vid. las SSTs (Civil) de 2 de marzo de 1915 (JC, T. 50, núm. 103, pág. 614), 17 de abril de 1915 (JC, T. 51, núm. 24, pág. 130), 22 de marzo de 1921 (JC, T. 70, núm. 88, pág. 572), 19 de abril de 1927 (JC, T. 92, núm. 160, pág. 846), 26 de enero de 1929 (JC, T. 105, núm. 69, pág. 400), 30 de octubre de 1931 (RJ 2216), 26 de octubre de 1933 (RJ 423), 9 de junio de 1933 (RJ 1734), 8 de abril de 1935 (RJ 776), 12 de marzo de 1936 (RJ 538), 4 de julio de 1941 (RJ 897), 19 de febrero de 1943 (RJ 137), 1 de junio de 1943 (RJ 835 y 835bis), 20 de marzo de 1946 (RJ 270), 27 de marzo de 1947 (RJ 454), 29 de marzo de 1947 (RJ 599 y 600) y 26 de junio de 1959 (RJ 3038), así como las Sentencias de la Audiencia Territorial de Valladolid (Civil) de 11 de diciembre de 1924 (JC, T. 82, núm. 137, pág. 680) y 12 de marzo de 1925 (JC, T. 83, núm. 153, pág. 805). En sentido negativo, vid. las SSTs (Civil) de 27 de junio de 1919 (JC, T. 64, núm. 115, pág. 639), 15 de diciembre de 1920 (JC, T. 69, núm. 142, pág. 697), 30 de noviembre de 1921 (JC, T. 72, núm. 127, pág. 530), 1 de julio de 1922 (JC, T. 75, núm. 6, pág. 34), 28 de septiembre de 1922 (JC, T. 76, núm. 133, pág. 717), 29 de diciembre de 1927 (JC, T. 97, núm. 121, pág. 778), 13 de enero de 1928 (JC, T. 98, núm. 48, pág. 325), 3 de julio de 1929 (JC, T. 108, núm. 10, pág. 82), 11 de diciembre de 1929 (JC, T. 109, núm. 141, pág. 730), 11 de noviembre de 1931 (RJ 2249), 30 de octubre de 1933 (RJ 445), 9 de abril de 1932 (RJ 1001), 14 de diciembre de 1934 (RJ 2182), 28 de marzo de 1935 (RJ 601), 12 de febrero de 1936 (RJ 334), 19 de mayo de 1943 (RJ 571), 17 de noviembre de 1948 (RJ 1413) y 25 de junio de 1957 (RJ 2212), así como la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid (Civil) de 30 de octubre de 1929 (JC, T. 108, núm. 220, pág. 1147).

¹¹ SSTs (Civil) de 23 de octubre de 1916 (JC, T. 56, núm. 36, pág. 170) y 28 de septiembre de 1922 (JC, T. 76, núm. 133, pág. 717).

¹² GM núm. 344, de 10 de diciembre, págs. 1578 y ss.

¹³ GM núm. 305, de 1 de noviembre, págs. 898 y ss.

perjuicios y daños 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, *directa o subsidiariamente*, según los casos» (art. 209).

Las Leyes de Régimen Local de 1950 y 1955¹⁴ especifican cuándo responden directamente y cuándo subsidiariamente: lo primero, «cuando los daños hayan sido producidos 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. 406.1.2.º); lo segundo, «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. 408.1), en cuyo caso el ejercicio de la acción de daños y perjuicios requiere que «la infracción legal haya sido declarada previamente en sentencia firme» (art. 409.2). Estas Leyes prevén la *posibilidad* de que las Administraciones locales exijan responsabilidad civil a «sus autoridades, funcionarios y dependientes que por culpa o negligencia graves hubieren causado daños y perjuicios a la propia Corporación o a terceros, si éstos hubiesen sido indemnizados por aquélla» (art. 410.1).

El siguiente hito se debe a la Ley de 16 de diciembre de 1954 de Expropiación Forzosa¹⁵, en cuyo artículo 121 se consagra con carácter general la responsabilidad directa de las Administraciones públicas «por toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos... sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo». El Reglamento de desarrollo de la Ley¹⁶ dispone que sólo si los daños hubiesen sido «producidos por dolo o culpa grave del funcionario o funcionarios encargados del servicio... podrá repetir» la Administración contra los mismos (art. 135.1). Sólo entonces tienen también los particulares lesionados la posibilidad de reclamar solidariamente a la Administración y a los funcionarios culpables (art. 135.3).

La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 recoge esta regulación con algunos matices no demasiado significativos y un añadido importante: la Administración estatal también

¹⁴ Texto articulado de la LRL de 17 de julio de 1945, aprobado por Decreto de 16 de diciembre de 1950 (BOE núm. 363, de 29 de diciembre, págs. 6037 y ss.), y Texto articulado y refundido de las Leyes de bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y 3 de diciembre de 1953, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955 (BOE núm. 191, de 10 de julio, págs. 4146 y ss.).

¹⁵ BOE núm. 351, de 17 de diciembre, págs. 8261 y ss.

¹⁶ De 26 de abril de 1957 (BOE núm. 160, de 20 de junio, págs. 443 y ss.).

«podrá» exigir responsabilidad a las autoridades, funcionarios o agentes que por culpa o negligencia graves hubieren causado daño o perjuicio en los bienes y derechos del Estado¹⁷.

La vigente regulación de la materia se contiene fundamentalmente en el artículo 145 de la Ley 30/1992¹⁸, que tiene carácter de legislación básica, aplicable al personal al servicio de cualesquiera Administraciones públicas. Interesa destacar dos aspectos novedosos de la misma. El más relevante es que los particulares ya no pueden formular su acción de responsabilidad frente a los servidores públicos causantes del daño, sino tan sólo frente a la Administración correspondiente (art. 145.1)¹⁹. Se acaba de esta manera con el «derecho de opción» que la legislación anterior reconocía a las víctimas para dirigirse contra la Administración, contra los empleados públicos causantes de la lesión o contra ambos simultáneamente. A partir de ahora, sólo cabe lo primero.

La Ley 30/1992, por otro lado, viene a subrayar el «evidente carácter discrecional» con el que ya la normativa anterior configuraba la potestad administrativa de exigencia de responsabilidad civil a los empleados públicos²⁰, pues, además de seguir empleando la expresión «podrá exigir», el legislador establece que «para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas y su relación con la producción del resultado dañoso» (art. 145.2.II).

Las críticas doctrinales desencadenadas por el hecho de que prácticamente nunca se hiciera uso de tal potestad provocaron que la Ley 4/1999, de 13 de enero, diera una nueva redacción al citado artículo²¹, donde ahora se dice que:

¹⁷ Artículo 34.2 LRJAE de 20 de julio de 1957 (BOE núm. 187, de 22 de julio, pág. 603) y artículo 42.2 TRLRJAE, aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957 (BOE núm. 195, de 31 de julio, págs. 646 y ss.).

¹⁸ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

¹⁹ STS (Civil) de 17 de febrero de 2006 (Rec. 2288/1999), comentada por MIR PUIGPELAT (2006), «Sin opción», *InDret*, 3/2006.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008: 413).

²¹ La solución establecida por la Ley 4/1999 es similar a la que había postulado LEGUINA VILLA (1993), «La responsabilidad patrimonial de la Administración y de sus autoridades y personal a su servicio», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, dirs. LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN, Tecnos, Madrid, pág. 408: la Ley 30/1992 «debía haber obligado a la Administración —y no sólo permitido: *deberá* exigir en lugar de *podrá* exigir— 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 por sentencia firme». BLANQUER (1997), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, MAP, Madrid, pág. 114, postulaba la obligatoriedad del ejercicio de la acción de regreso, sin ulteriores matices.

«La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, *exigirá de oficio* de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca» (art. 145.2.I).

«Asimismo, 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» (art. 145.3).

La sustitución de las expresiones originales «podrá exigir» y «podrá instruir» por las actuales «exigirá de oficio» e «instruirá» ha sido mayoritariamente interpretada en el sentido de que ahora es obligado para la Administración dirigirse contra sus agentes cuando concurren las circunstancias descritas en el precepto. Se convierte en obligación lo que antes era una mera posibilidad²².

Esta obligatoriedad resulta, sin embargo, un tanto matizada. Al margen de que no parece que existan en nuestro Derecho vigente los mecanismos procesales adecuados que permitan ejecutar forzosamente esta supuesta obligación si la Administración se resiste a su cumplimiento²³, debe notarse que el tenor del citado artículo 145.2.II indica que los órganos administrativos competentes tienen un cierto espacio de maniobra, en la medida en que los criterios allí enunciados deben ser ponderados para decidir si se exige o no se exige responsabilidad al

²² Vid., entre otros, BARCELONA LLOP (2000), «La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *REDA*, 105, págs. 44 y ss.; CUETO PÉREZ (2000), «Avances y retrocesos en la responsabilidad de las Administraciones públicas tras la reforma de la Ley 30/1992», núm. 152 de esta REVISTA, pág. 285; MARTÍN REBOLLO (2001), «La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)», *Derecho y Salud*, 9-1, págs. 15 y ss.; HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS (2004), «La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas», *InDret*, 4/2004, pág. 22; SANTAMARÍA PASTOR (2009), *Principios de Derecho administrativo general*, Iustel, Madrid, T. II, pág. 498; REBOLLO PUIG (2004), «Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración», en *Estudios para la reforma de la Administración pública*, dir. F. SAINZ MORENO, INAP, Madrid, pág. 223; PEÑA LÓPEZ (2005), «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*, 30, págs. 5 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008: 413). Según MIR PUIGPELAT (2002b), «Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l'Administració», *Revista Jurídica de Catalunya*, 4, pág. 1033, el mantenimiento del carácter potestativo de la acción de regreso, una vez eliminada la posibilidad de que los terceros perjudicados demanden directamente a los causantes del daño, hubiera sido «sencillamente escandaloso».

²³ Vid. BARCELONA LLOP (2000: 44 y ss.); MIR PUIGPELAT (2002b: 1049 y ss.); BLANQUER (1997: 116 y ss.).

funcionario, con independencia de que también deban serlo a la hora de precisar la cuantía de la eventual indemnización²⁴. Como ha señalado MARTÍN REBOLLO respecto de la acción de regreso, este deber de ponderar «matiza... la pretendida obligatoriedad» de su ejercicio, porque la Administración dispone de un gran margen de apreciación para efectuar esta ponderación²⁵. La existencia del margen derivaría: de la indeterminación de los referidos criterios; del hecho de que la Ley no haya precisado cómo deben ser ponderados; y de la posibilidad de que la Administración tenga en cuenta también otros criterios distintos de los indicados en el precepto, según se desprende de la expresión legal «entre otros». En la práctica —se ha dicho—, «esta regulación constituye una pantalla de seguridad frente a la responsabilidad patrimonial de las autoridades y empleados públicos»²⁶.

B) *La irresponsabilidad de facto de autoridades y empleados públicos.*

De todos es sabido que la referida responsabilidad civil no ha sido exigida por las Administraciones perjudicadas prácticamente nunca, a pesar de estar consagrada sobre el papel de nuestros boletines oficiales desde hace más de cincuenta años, durante los cuales se han presentado innumerables ocasiones para hacerla valer. Incluso tras la Ley 4/1999 puede constatarse que, en el terreno de los hechos, las cosas siguen estando como estaban: pese a los imperativos términos de la nueva norma y al considerable tiempo transcurrido desde su entrada en vigor, todavía no se tienen noticias de que se haya aplicado alguna vez²⁷. «Ni es previsible que tal suceso acontezca en el futuro. Sería un milagro»²⁸. Todo indica que esta figura continuará haciendo el papel de un «bonito florero»²⁹. La realidad es a veces demasiado tozuda.

²⁴ MIR PUIGPELAT (2002b: 1043); HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS (2004: 21). En contra, LÓPEZ ÁLVAREZ (1999), *La reforma del procedimiento administrativo*, coord. SALA SÁNCHEZ, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 610; y BUSTO LAGO (2008), «La responsabilidad civil de las Administraciones públicas», en *Tratado de responsabilidad civil*, coord. REGLERO CAMPOS, Aranzadi, Cizur Menor, T. III, pág. 1026, quienes consideran que se trata de una potestad reglada, y que los criterios del artículo 145.2.II sólo pueden ser utilizados para determinar la cuantía de la indemnización.

²⁵ MARTÍN REBOLLO (2001: 17).

²⁶ SÁNCHEZ MORÓN (2006), *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, pág. 919.

²⁷ GONZÁLEZ PÉREZ (2006), *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Madrid, pág. 67.

²⁸ PARADA VÁZQUEZ (2000), «Justicia administrativa e irresponsabilidad de los servidores públicos», núm. 153 de esta REVISTA, pág. 80.

²⁹ Díez SÁNCHEZ (2007), «Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos», en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. MORENO MARTÍNEZ, Dykinson, Madrid, pág. 216.

Consultados los repertorios jurisprudenciales al uso, hemos comprobado que, en efecto, los casos de exigencia de responsabilidad son notablemente escasos. Hemos encontrado cuatro, ya muy lejanos en el tiempo, en los que sendos Ayuntamientos se habían dirigido contra determinados ex alcaldes y ex concejales, reclamándoles el reembolso de las indemnizaciones pagadas a varios funcionarios municipales ilegalmente destituidos. Las acciones de repetición se formulaban ante los Tribunales civiles, al amparo de la Ley de 5 de abril de 1904 y del artículo 238 del Estatuto Municipal de 1924, que disponía que «si los Tribunales declarasen indebida una destitución o suspensión, el Secretario tendrá derecho a exigir el sueldo no percibido desde que aquélla se acordó; y deberá abonarlo el Ayuntamiento, sin perjuicio de la responsabilidad civil reclamable a los concejales que votaron dicha destitución, que será solidaria»³⁰. En otro asunto, el Tribunal Supremo entendió que un Ayuntamiento, en virtud de cierta disposición especial, podía exigir por su propia autoridad el reintegro de las cantidades pagadas, sin necesidad de acudir a la vía civil³¹. Conviene tener muy en cuenta que todos esos casos se produjeron en un contexto histórico sumamente convulso (años veinte y treinta del siglo XX), y en todos ellos la acción de regreso parecía encerrar una suerte de *vendetta* política.

El Alto Tribunal también reconoció a dos Ayuntamientos la potestad de declarar la responsabilidad solidaria de varios concejales por los gastos pagados como consecuencia de sendos pleitos —relativos a la demolición de un edificio y a un interdicto de recobrar la posesión— sostenidos y perdidos por las Corporaciones³². Cabe mencionar, asimismo, un

³⁰ Vid. las SSTS (Civil) de 26 de octubre de 1933 (RJ 423), 30 de octubre de 1933 (RJ 445) y 29 de marzo de 1947 (RJ 599 y 600).

³¹ En atención al artículo 106 de la Instrucción de Sanidad Pública de 12 de enero de 1904 (GM núm. 23, de 23 de enero, págs. 290 y ss.), que establecía que «siempre que por fallo favorable al facultativo resulte éste perjudicado, será indemnizado por el Ayuntamiento cuando menos con el importe de la asignación que corresponda al tiempo en que hubiese estado injustamente privado de su percepción», la STS (Cont.-Adm.) de 7 de febrero de 1930 (RJ 2505) considera que «como el Erario municipal, a su vez, no puede ni debe sufrir, en definitiva, las consecuencias, procede que por el Ayuntamiento se exija el importe a los que tomaron el acuerdo ilegal de la supresión o destitución, como declararon las Sentencias, entre otras más del Tribunal Supremo, de 28 de abril de 1911, 6, 13 y 16 de noviembre de 1914, y 16 de abril de 1919». Debe señalarse, sin embargo, que las citadas SSTS (Cont.-Adm.) de 28 de abril de 1911 (JA, T. 28, núm. 150, pág. 681), 6 de noviembre de 1914 (JA, T. 35, núm. 66, pág. 361), 13 de noviembre de 1914 (JA, T. 35, núms. 77 y 78, págs. 405 y 408) y 16 de abril de 1919 (JA, T. 44, núm. 159, pág. 739) apuntaban esa posibilidad en sus *obiter dicta*, al declarar la ilegalidad de los acuerdos de destitución o suspensión de los médicos recurrentes y la consiguiente responsabilidad civil de los Ayuntamientos, sin que conste que alguno de estos últimos hubiese exigido luego el reembolso de las cantidades pagadas. La STS (Cont.-Adm.) de 16 de noviembre de 1914 (JA, T. 35, núm. 81, pág. 416) no afirma dicha posibilidad, ni siquiera incidentalmente.

³² SSTS (Cont.-Adm.) de 30 de marzo de 1912 (JA, T. 30, núm. 115, pág. 619) y 30 de septiembre de 1919 (JA, T. 45, núm. 27, pág. 186). La jurisprudencia mayoritaria consideraba,

caso en el que un Ayuntamiento había declarado la responsabilidad civil de los concejales que acordaron la rescisión —posteriormente anulada— de un contrato de arriendo del impuesto de consumos, acuerdo que había causado perjuicios al arrendatario³³. Y otro asunto en el que cierto Ayuntamiento había exigido responsabilidad civil a su ex alcalde por considerar que, habiendo tenido éste su ganado pastando en una dehesa del Ayuntamiento, el valor de los pastos superaba ampliamente los ingresos hechos en las arcas municipales, así como por las costas originadas en un pleito mantenido por la Corporación como consecuencia de la actuación irregular de aquél³⁴. El relato de los hechos no permite inferir si todas estas declaraciones pudieron esconder un «ajuste de cuentas políticas o personales», pero no es en absoluto descartable que tal sucediera.

En la jurisprudencia reciente encontramos casos semejantes, surgidos tras cambiar el color político de una Administración municipal. En el enjuiciado por la SAP de Zamora (Civil) de 7 de mayo de 1999 (Rec. 265/1998; AC 6074), el Ayuntamiento de Melgar de Tera reclamaba a un ex alcalde las cantidades satisfechas por los daños que al arrendatario de cierta finca había ocasionado una orden de forestación dictada por aquél cuando ostentaba la alcaldía. La Audiencia declara la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de la pretensión formulada. El Ayuntamiento debía haber repetido a través del procedimiento administrativo contemplado en el artículo 146 de la Ley 30/1992, siendo irrelevante el hecho de que el demandado hubiese perdido ya su condición de alcalde.

La STS (Cont.-Adm., Secc. 4.^a) de 18 de octubre de 2000 (RJ 8233) confirma la anulación del acuerdo municipal por el que se declaraba la responsabilidad civil de un ex alcalde por los supuestos daños que a la Corporación había ocasionado la ociosidad de un funcionario, querida y consentida por aquél. El Tribunal considera que no se han acreditado tales daños.

Y la STSJ de Aragón (Cont.-Adm., Secc. 2.^a) de 4 de mayo de 2005 (Rec. 566/2003; JUR 192529) estima parcialmente el recurso interpuesto por el antiguo alcalde de Villanueva de Gallego contra un acuerdo municipal por el que se le exigía el reembolso de las cantidades que el Municipio había tenido que pagar como consecuencia de la contratación irregular de ciertas obras y del despido de una trabajadora. El Tribunal anula únicamente el pronunciamiento relativo a las obras, por entender

sin embargo, que la competencia para hacer efectiva la responsabilidad *civil* de las autoridades y empleados municipales no correspondía a los Ayuntamientos, sino a los Tribunales ordinarios. Así se establecía muy claramente en el artículo 178 *in fine* de la Ley Municipal de 1877.

³³ STS (Cont.-Adm.) de 25 de junio de 1910 (JA, T. 26, núm. 207, pág. 683), que no se pronunció sobre si el Ayuntamiento era competente para efectuar tal declaración por considerar que el acuerdo había quedado firme y consentido.

³⁴ STS (Cont.-Adm.) de 22 de noviembre de 1969 (RJ 5386).

que aquí no ha quedado acreditada la irregularidad de la actuación del alcalde, ni el nexo existente entre la misma y los supuestos daños.

En otros casos, lo que se impugna es la no exigencia de responsabilidad, también en un contexto de confrontación entre fuerzas políticas locales. La STSJ de la Comunidad Valenciana (Cont.-Adm., Secc. 2.^a) de 25 de julio de 2005 (Rec. 603/2003; JUR 263700), por ejemplo, desestima el recurso interpuesto por un concejal del Ayuntamiento de La Vila-Joiosa contra un acuerdo del Pleno que denegaba su solicitud de que se utilizara la acción de regreso contra el alcalde y otros dos concejales por los daños que a la Corporación había ocasionado el despido improcedente de un trabajador. El Tribunal considera que aquéllos no habían incurrido en dolo o culpa grave.

La STSJ de Andalucía (Cont.-Adm., Granada) de 4 de enero de 2000 (Rec. 3404/1996; RCJA 656), en cambio, anula el acuerdo del Ayuntamiento de Garrucha por el que se rechazaba la moción presentada por varios concejales relativa a la incoación del procedimiento de regreso contra el alcalde, que había ordenado el derribo de un inmueble sin instrucción de previo procedimiento ni presencia de técnico cualificado, derribo que provocó la caída de una farola sobre un policía local, que murió como consecuencia del accidente. Según el Tribunal, la facultad prevista en el artículo 145.2 de la Ley 30/1992 no es discrecional, sino que constituye un «derecho-deber» de obligado ejercicio. Y aquí existían «razones suficientes para, al menos, incoar el... expediente en depuración de la posible responsabilidad patrimonial del alcalde».

También pueden encontrarse algunos casos aparentemente desprovistos de tintes políticos. La STSJ de Andalucía (Sevilla, Cont.-Adm., Secc. 1.^a) de 10 de enero de 2001 (Rec. 2160/1998; JUR 219229) anula un Decreto de la Alcaldía de Rociana del Condado mediante el que se declaraba la responsabilidad de un policía local por los daños que éste había ocasionado a la Corporación al colisionar con un vehículo. El Tribunal estima que no hubo negligencia grave, pues el recurrente había entrado lentamente en la calle y padecido un deslumbramiento.

En un asunto parecido, la STSJ de Galicia (Cont.-Adm.) de 25 de junio de 1998 (Rec. 6241/1995; RJCA 2034) estima que el actor, trabajador al servicio de la Autoridad Portuaria de Vigo, tampoco había incurrido en culpa grave, a pesar de circular a una velocidad superior a la permitida y de carecer de permiso de conducir.

En el caso resuelto por la STS (Cont.-Adm.) de 13 de enero de 1989 (RJ 387), un funcionario de la Diputación de Barcelona había extendido, firmado y estampillado dieciséis certificaciones de obra por un importe total de 45.811.633 pesetas. Después de que la empresa contratista presentara suspensión de pagos y se resolviera el contrato, se descubrió

que no se había realizado obra alguna. Lo cual provocó que la Diputación sancionara al funcionario con la suspensión de empleo y sueldo por un período de dos meses y, además, le declarara responsable de los perjuicios que a la Corporación le había ocasionado el pago de 29.148.744 pesetas a diversas entidades bancarias a las que el contratista había endosado parte de las certificaciones. El Supremo aprecia que el funcionario actuó con grave negligencia, al prescindir del procedimiento de libramiento o intervención legalmente previsto y extender las certificaciones «como si se tratase de documentos que respondían a cantidades realmente debidas, sin adoptar ninguna precaución».

Encontramos, finalmente, varios casos en los que la Benemérita exigía, con su proverbial rigor marcial, el resarcimiento de los daños que le habían causado ciertos guardias civiles, normalmente al extraviar objetos —v. gr., radioteléfonos— que estaban a su cargo³⁵.

C) *Críticas doctrinales. ¡Que paguen!*

Numerosos autores han denunciado y criticado la recalcitrante resistencia de las Administraciones públicas a ejercer la potestad hoy prevista en el artículo 145 de la Ley 30/1992. La irresponsabilidad civil de los agentes públicos que resulta de esta constante práctica se considera «notoriamente insana»³⁶, principalmente por dos razones. La primera es que los contribuyentes no tienen por qué cargar con las consecuencias patrimoniales negativas de las conductas gravemente irregulares de los agentes de la Administración³⁷. Éstos «deben responder patrimonialmente como cualquier otro ciudadano, asumiendo personalmente la obligación de indemnizar... Si incuestionable es el derecho de todo ciudadano a obtener plena reparación del daño sufrido como consecuencia de los servicios públicos, no menos lo es el derecho de todos a no soportar los gastos ocasionados por la soberbia, obcecación, cuando no negligencia y falta de preparación de los rectores de las Administraciones públicas»³⁸. La segunda razón es que dejar inmune al causante de la le-

³⁵ Vid. las SSTSJ de Madrid (Cont.-Adm., Secc. 6.ª) de 4 de diciembre de 1999 (Rec. 1749/1998; RJCA 5064) y 28 de abril de 2001 (Rec. 3989/1997; JUR 320310), la STSJ de Cataluña (Cont.-Adm., Secc. 1.ª) de 25 de junio de 2004 (Rec. 575/1999; JUR 220250), la STSJ de Andalucía (Málaga, Cont.-Adm., Secc. 1.ª) de 15 de marzo de 2005 (Rec. 1325/1999; JUR 144477), la STSJ de Cantabria (Cont.-Adm., Secc. 1.ª) de 29 de mayo de 2006 (Rec. 1038/2004; JUR 212019) y la STSJ de la Comunidad Valenciana (Cont.-Adm., Secc. 2.ª) de 24 de enero de 2007 (Rec. 821/2005; JUR 112561).

³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008: 413).

³⁷ BARCELONA LLOP (2000: 39).

³⁸ GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO (1994), *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid, págs. 1473 y 1474.

sión perpetúa las condiciones que dieron origen a la misma³⁹, «no [estimula] la corrección de las situaciones generadoras de daños ni el leal y diligente comportamiento de los empleados públicos»⁴⁰; «desincentiva todo comportamiento atento y diligente de parte de los servidores de la Administración pública»⁴¹; «el funcionario, que se sabe de antemano irresponsable, puede tender a descuidar o rebajar el grado de diligencia exigible en el cumplimiento de sus funciones»⁴². El hacerles responder, en cambio, contribuye a evitar la repetición de situaciones análogas⁴³, permite «corregir los abusos de algunos agentes públicos»⁴⁴, asegura el correcto desenvolvimiento de la actividad administrativa, constituye un incentivo para que los servidores públicos adopten medidas encaminadas a evitar daños similares⁴⁵. Esta responsabilidad cumple una finalidad preventiva y de control: porque un funcionario civilmente irresponsable tiene menos incentivos para tomar precauciones; y porque, en el momento en el que se enjuicie su responsabilidad, se examinará cómo han actuado él y, en general, la unidad administrativa de la que forma parte, dando lugar a un saludable control del funcionamiento de los servicios públicos, que permite detectar irregularidades y corregirlas, contribuyendo así a mejorar dicho funcionamiento⁴⁶.

D) *Explicaciones de la irresponsabilidad ensayadas.*

A fin de explicar, que no de justificar, esta praxis administrativa se han apuntado diversas circunstancias. La causa inmediata de la situación de relativa irresponsabilidad que se vive durante la primera mitad del siglo XX parece evidente. La Ley y el Reglamento de 1904 regularon de un modo muy restrictivo la responsabilidad civil de los funcionarios, sometiéndola a diversas trabas que en la realidad se revelaron difícilmente superables.

La referida explicación no sirve, sin embargo, desde el momento en

³⁹ BARCELONA LLOP (2000: 39).

⁴⁰ REBOLLO PUIG (2004: 223).

⁴¹ HERNÁNDEZ CORCHETE (1999), «Artículo 145», en *La reforma del procedimiento administrativo*, coord. J. L. PIÑAR MAÑAS, Dykinson, Madrid, pág. 395.

⁴² CASINO RUBIO (1999), «El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración», *DA*, 254-255, pág. 368; BUSTO LAGO (2008: 1026).

⁴³ DE LA VALLINA VELARDE (1997), «Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 274-275, pág. 334.

⁴⁴ BLASCO ESTEVE (1993), «La responsabilidad patrimonial de la Administración», en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, VV.AA., Carperi, Madrid, pág. 435.

⁴⁵ GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA (1962), «Funciones públicas y acciones de responsabilidad civil», núm. 39 de esta REVISTA, pág. 210.

⁴⁶ MIR PUIGPELAT (2002b: 1027).

el que se consagra legalmente la responsabilidad directa de la Administración por las lesiones ocasionadas por sus empleados y las víctimas comienzan a obtener indemnizaciones. ¿Por qué la Administración que ha tenido que indemnizar a un ciudadano no trata de recuperar las cantidades satisfechas reclamándoselas al culpable? ¿Y por qué tampoco hace responder a sus agentes por los daños que éstos le han causado con grave negligencia en sus bienes o derechos?

LEGUINA VILLA considera que pueden haber influido «la inercia administrativa contraria a esta figura de responsabilidad indirecta de la autoridad o funcionario, las resistencias corporativas o sindicales y los altos costos políticos que, en algún caso, puede suponer la apertura de este procedimiento de repetición»⁴⁷. En opinión de DÍEZ SÁNCHEZ, «mucho tiene que ver, si no todo, 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»⁴⁸.

Estas hipótesis no terminan de convencer. No se comprende, en primer lugar, por qué tales circunstancias han impedido el ejercicio de esta potestad y, en cambio, no han evitado que las Administraciones públicas hayan actuado en innumerables ocasiones su poder disciplinario contra el personal a su servicio por la comisión dolosa o negligente de conductas dañinas y constitutivas de infracción.

Debería hacernos reflexionar, en segundo término, el hecho de que tampoco en el ámbito privado se ejerza casi nunca la acción, prevista en el artículo 1904 del CC, que permite al empresario que paga el daño causado por sus dependientes repetir de éstos la indemnización que hubiese satisfecho⁴⁹. Esto resta valor explicativo a la «inercia administrativa», al «coste político» y a la «filosofía pública» de quienes «disparan con pólvora de rey». Quedaría en pie, al menos con carácter provisional, el factor de las presiones sindicales, que no son ajenas al mundo de la empresa privada. E igualmente podría extrapolarse al campo público la teoría de que los empresarios nunca utilizan la acción de regreso como consecuencia de la «habitual insolvencia de los dependientes»⁵⁰.

Sin embargo, resulta difícil imaginar por qué razón las empresas pri-

⁴⁷ LEGUINA VILLA (1993: 408).

⁴⁸ DÍEZ SÁNCHEZ (2007: 216).

⁴⁹ ROCA I TRIAS (1998), «La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, 51-1, pág. 7; BARCELÓ DOMÉNECH (1995), *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw-Hill, Madrid, pág. 354. Este dato provoca en MIR PUIGPELAT (2006) cierto escepticismo (que no se apreciaba en 2002b) acerca de la efectiva utilización práctica de la acción de regreso, habida cuenta de «las resistencias que toda organización (pública o privada) genera ante tales mecanismos internos de exigencia de responsabilidades».

⁵⁰ BARCELÓ DOMÉNECH (1995: 354 y 355).

vadas, que suelen actuar movidas por el deseo de maximizar sus beneficios económicos, vayan a dejar de utilizar esta acción cuando su ejercicio es lo más conveniente para ellas, por muy injusto que esto les pueda parecer a sus trabajadores o a sus representantes sindicales. No sería descabellado pensar que si no ejercitan este derecho es porque, aunque suene paradójico, así satisfacen mejor sus propios intereses. Como han notado algunos autores, «para un empresario no tiene sentido alguno demandar por la vía civil a su empleado si no le ha despedido antes y, normalmente, la amenaza de despido o de sanción disciplinaria bastarán. La práctica [consistente en que “los empresarios nunca demandan por vía de regreso a sus empleados”] es sensata: las acciones de responsabilidad civil son muy caras de gestionar y la relación laboral no soportaría un pleito»⁵¹. La misma función preventiva de estas acciones pueden cumplir otros instrumentos alternativos, como el establecimiento de cláusulas contractuales que asocien incrementos o reducciones salariales al historial profesional del empleado, o incluso la extinción de la relación laboral o profesional; instrumentos que, con frecuencia, son más baratos de prever y de aplicar que las acciones individuales de regreso, que son de necesario ejercicio judicial, caso por caso; además, «es poco plausible creer que un empresario mantendrá intacta la relación laboral, pero que, al mismo tiempo, pleiteará civil y tranquilamente con su trabajador por hechos ocurridos precisamente en el marco de la relación laboral o con ocasión de ella»⁵². El empleador casi nunca ejerce la acción de repetición porque «ello puede significarle graves problemas laborales en el interior de la empresa (por ejemplo, presión de los sindicatos, huelgas, descontento e insatisfacción del personal, desincentivo en la realización de tareas arriesgadas, etc.), sobre todo cuando se trata de daños fortuitos o accidentales donde han concurrido máquinas o instrumentos proporcionados por el propio empresario. Muchas veces es más sencillo despedir al dependiente inepto y más prudente dejar en paz al que ha causado un daño por un error o descuido inevitable, pero que, en general, se muestra apto para desarrollar la tarea encomendada»⁵³.

Así las cosas, tal vez debiéramos preguntarnos si la reticencia de las Administraciones públicas a exigir las responsabilidades previstas en el artículo 145 de la Ley 30/1992 no obedece, en gran medida, a que de ese modo satisfacen mejor los intereses generales que representan.

⁵¹ SALVADOR CODERCH y GÓMEZ LIGÜERRE (2002), «Respondeat Superior II», *InDret*, 3/2002, pág. 18.

⁵² SALVADOR CODERCH, GÓMEZ LIGÜERRE, RUIZ GARCÍA, RUBÍ PUIG y PIÑEIRO SALGUERO (2002), «Respondeat Superior I», *InDret*, 2/2002, pág. 9.

⁵³ ZELAYA ETCHEGARAY (1995), *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente: naturaleza y requisitos*, Aranzadi, Pamplona, págs. 574 y 575.

E) *Más piezas que no encajan.*

Tampoco acaba de explicarse cabalmente la razón a la que obedecen dos llamativas especialidades características del régimen de responsabilidad civil de los empleados públicos, tal como está configurado por la Ley 30/1992. Éstos disfrutaban de dos privilegios que no se reconocen al resto de los ciudadanos. El primero es que no responden de los daños causados por actuaciones simplemente negligentes, sino sólo cuando haya mediado dolo o culpa grave⁵⁴. El segundo es que la indemnización que ha de exigírseles puede ser inferior a la magnitud de los daños ocasionados; no siempre es necesario, pues, que los reparen integralmente.

¿Por qué se privilegia de esta manera a los agentes públicos? Las razones que suelen aducirse para justificar su responsabilidad podrían dirigirse igualmente contra estas restricciones de la misma. ¿Por qué razón deben soportar los contribuyentes el coste de los daños causados negligentemente por un funcionario? ¿No debilitan ambas limitaciones los estímulos adecuados para que los administradores actúen con la diligencia debida, adoptando medidas preventivas proporcionadas a los daños que pueden provocar?

Las explicaciones que ocasionalmente se ofrecen no resultan muy convincentes. La limitación de la responsabilidad a los casos de culpa grave o dolo —se afirma— «trata de proteger al empleado por los errores o imprudencias que cometa, que son asumidos por la Administración que paga al dañado. Pero no hasta el punto de cubrir el daño intencionado o la impericia grave»⁵⁵. Esta explicación no casa muy bien con las funciones que usualmente se atribuyen la responsabilidad de los empleados públicos. ¿Por qué razón hay que proteger al funcionario que negligentemente causa daños a terceros? ¿Acaso no merecen mayor protección los contribuyentes? ¿Por qué cargarles a ellos el coste de las imprudencias ajenas? ¿Qué incentivos tendrán entonces los funcionarios para evitar las negligencias no graves?

En relación con la posibilidad de reducir la indemnización, se ha dicho que «la finalidad resarcitoria... está ausente en la acción de regreso, a la que es ajena la noción de garantía patrimonial de víctima alguna.

⁵⁴ Debe notarse, sin embargo, que el artículo 1904.II CC, redactado según la Ley 1/1991, establece una regulación semejante. Sobre la (dudosa) justificación de las diferencias existentes entre las soluciones establecidas en los dos párrafos del artículo 1904 CC, vid. MORENO MARTÍNEZ (1996), *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, McGraw-Hill, Madrid, págs. 218 y ss.

⁵⁵ MARTÍN REBOLLO (2001: 17 y 18).

Y si la acción de regreso no tiene tras de sí 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»⁵⁶. La premisa de la que parte este razonamiento es muy discutible, porque una de las finalidades que se atribuye a la acción de regreso es, precisamente, la de evitar que los contribuyentes acaben convirtiéndose en las víctimas de las negligencias de los funcionarios. La acción de regreso sí persigue una finalidad resarcitoria. Lo que no empece que puedan existir mecanismos alternativos que permitan alcanzar más eficientemente este objetivo.

Se ha sostenido que esta segunda limitación deriva de un importante condicionamiento práctico: los daños que puede causar un empleado público pueden ser muy superiores a su sueldo; la posibilidad de reducir la indemnización constituiría una medida realista destinada a posibilitar el pago de la deuda⁵⁷. El argumento no es muy sólido. 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 restringir el alcance de su responsabilidad. El razonamiento expuesto, además, tampoco explica por qué se utilizan para moderar la indemnización criterios que nada tienen que ver con la solvencia del deudor, tales como su grado de intencionalidad, su responsabilidad profesional y su relación con la producción del resultado dañoso.

La única explicación que se nos ocurre para tan peculiar régimen de responsabilidad limitada 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.

2. *La especialidad de la responsabilidad contable*

Esta praxis administrativa contrasta llamativamente con la producida en aplicación de las normas reguladoras de la denominada res-

⁵⁶ BARCELONA LLOP (2000: 55).

⁵⁷ MIR PUIGPELAT (2002b: 1045).

ponsabilidad contable, expresión con la que se alude a la obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados por quienes, mediante acción u omisión contraria a la ley, originaren el menoscabo de los caudales o efectos públicos (art. 38.1 LOTCu). Esta especie de la responsabilidad civil⁵⁸ viene consagrada explícitamente en nuestra legislación desde hace varios siglos⁵⁹ y, desde luego, ha sido hecha valer en numerosas ocasiones: las Administraciones públicas sí que han tratado aquí de resarcirse de los daños ocasionados por el personal a su servicio. Es significativo el hecho de que las mismas ostentaran y —lo subrayamos— ejercieran profusamente la potestad de exigir dicho resarcimiento, sin necesidad de acudir a los Tribunales⁶⁰, mucho antes de que el legislador extendiera ese poder a los casos «ordinarios» de daños originados por sus agentes. Hubo un tiempo, así, en que los Ayuntamientos no podían hacer efectiva la «responsabilidad civil» de sus empleados, pues ello hubiese supuesto entrar «con manifiesta incompetencia en materia reservada a la jurisdicción ordinaria»⁶¹, pero sí podían

⁵⁸ Como dice el ATC 371/1993, de 16 de diciembre (FJ 1), «la responsabilidad contable es una especie de la responsabilidad civil, no de la penal». El Tribunal de Cuentas, por su parte, ha declarado en innumerables ocasiones que la responsabilidad contable tiene «naturaleza civil», «patrimonial» o «reparadora» y «no sancionadora». Vid., por ejemplo, las SSTCu 15/1994, de 5 de mayo; 3/1996, de 13 de febrero; 20/1997, de 3 de noviembre; 18/2005, de 27 de octubre; 21/2005, de 14 de noviembre; 4/2007, de 23 de abril; 13/2007, de 23 de julio; 22/2007, de 2 de noviembre; 7/2008, de 28 de abril; así como los AATCu 30/1998, de 2 de julio; 8/2002, de 14 de junio; 21/2005, de 22 de septiembre; y 44/2007, de 20 de julio.

⁵⁹ Vid. FERNÁNDEZ PIRLA (1985), *Las ordenanzas contables de Juan II de Castilla*, Tribunal de Cuentas, Madrid, págs. 88 y ss. Sobre la evolución histórica de esta figura, vid. CASANA MERINO (2005), *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, IEF, Madrid, págs. 15 y ss.

⁶⁰ Vid., a título ilustrativo, los artículos 8 y 82 y ss. de la Ley de Hacienda Pública de 1 de julio de 1911 (GM núm. 185, de 4 de julio, pág. 41), el artículo 581 del Estatuto Municipal de 1924, el ATS (Cont.-Adm.) de 15 de enero de 1930 (RJ 2435) y las SSTs (Cont.-Am.) de 28 de mayo de 1901 (JA, T. 7, núm. 171, pág. 816), 23 de marzo de 1905 (JA, T. 16, núm. 119, pág. 552), 4 de enero de 1908 (JA, T. 22, núm. 8, pág. 206), 13 de noviembre de 1908 (JA, T. 23, núm. 81, pág. 552), 27 de noviembre de 1908 (JA, T. 23, núm. 103, pág. 639), 30 de noviembre de 1908 (JA, T. 23, núm. 111, pág. 669), 26 de diciembre de 1908 (JA, T. 23, núm. 144, pág. 796), 30 de septiembre de 1909 (JA, T. 25, núm. 35, pág. 226), 26 de noviembre de 1909 (JA, T. 25, núm. 98, pág. 450), 24 de mayo de 1911 (JA, T. 28, núm. 191, pág. 826), 28 de abril de 1911 (JA, T. 28, núm. 151, pág. 684), 30 de diciembre de 1911 (JA, T. 29, núm. 140, pág. 612), 16 de marzo de 1912 (JA, T. 31, núm. 93, pág. 544), 4 de octubre de 1912 (JA, T. 31, núm. 32, pág. 204), 30 de octubre de 1912 (JA, T. 31, núm. 60, pág. 318), 27 de noviembre de 1912 (JA, T. 31, núm. 88, pág. 430), 9 de octubre de 1914 (JA, T. 35, núm. 40, pág. 255), 17 de junio de 1918 (JA, T. 42, núm. 216, pág. 956), 18 de junio de 1920 (JA, T. 47, núm. 118, pág. 470), 26 de noviembre de 1921 (JA, T. 52, núm. 52, pág. 258), 31 de diciembre de 1921 (JA, T. 52, núm. 139, pág. 665), 8 de enero de 1930 (RJ 2411), 15 de octubre de 1930 (RJ 3075), 11 de febrero de 1931 (RJ 3215), 4 de marzo de 1931 (RJ 3268), 21 de noviembre de 1931 (RJ 3605), 23 de febrero de 1932 (RJ 2554), 31 de octubre de 1933 (RJ 3278), 5 de enero de 1934 (RJ 157), 28 de diciembre de 1935 (RJ 2530), 7 de julio de 1941 (RJ 934), 18 de junio de 1942 (RJ 794) y 18 de abril de 1949 (RJ 596).

⁶¹ STS (Cont.-Adm.) de 18 de junio de 1934 (RJ 1053). Vid. también la STS (Cont.-Adm.) de 18 de febrero de 1936 (RJ 448). Otra opinión parecen mantener las SSTs (Cont.-Adm.) de 30 de septiembre de 1919 (JA, T. 45, núm. 27, pág. 186) y 16 de marzo de 1934 (RJ 559).

exigirles «responsabilidades administrativas» y ordenarles el reintegro de las cantidades correspondientes cuando éstos habían infringido ciertas disposiciones relativas a las cuentas municipales.

La vigente regulación de esta figura se contiene en la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (LOTCu)⁶², la Ley de Funcionamiento de dicho Tribunal (LFTCu)⁶³, la Ley General Presupuestaria (LGP)⁶⁴, su Reglamento de desarrollo⁶⁵ y las Leyes autonómicas equivalentes⁶⁶. No procede analizar aquí todos los problemas que suscita este desarticulado cuerpo normativo, plagado de discordancias, lagunas y deficiencias. Pero sí interesa resaltar algunas peculiaridades de la responsabilidad contable. La más llamativa es que de los casos más graves y frecuentes conoce la jurisdicción contable, encomendada al Tribunal de Cuentas:

«La jurisdicción contable 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 negligencia 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. Sólo conocerá de las responsabilidades subsidiarias, cuando la responsabilidad directa, previamente declarada y no hecha efectiva, sea contable» (art. 49.1 LFTCu).

Esos casos graves son básicamente dos: los alcances y las malversaciones. Se entiende por alcance «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» (art. 72.1 LFTCu). Y 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

⁶² Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

⁶³ Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

⁶⁴ Artículos 176 y ss. de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

⁶⁵ RD 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.

⁶⁶ Vid., por ejemplo, los artículos 91 y ss. del Texto refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalidad Valenciana (DLeg. de 26 de junio de 1991).

por parte de quien los tenga a su cargo» (art. 72.2 LFTCu). En ambos supuestos, la Administración perjudicada está legitimada activamente para exigir la responsabilidad ante dicho Tribunal (art. 47.2 LOTCu), lo mismo que el Ministerio Fiscal (art. 55.1 LFTCu) y, en general, cualquier persona (art. 47.3 LOTCu).

Cuando el daño ocasionado en los caudales o efectos públicos se haya producido por una infracción que no constituye alcance ni malversación, lo que difícilmente puede ocurrir⁶⁷, la responsabilidad «será exigida» en vía administrativa por la Administración perjudicada (art. 180.2 LGP), aunque el Tribunal de Cuentas puede acabar enjuiciando el asunto en virtud de una avocación o un recurso (art. 41.1 LOTCu).

Otra singularidad destacable es que los daños que originan la responsabilidad contable son, por lo general, dolosos o «cuasi-dolosos» y, probablemente, suponen un correlativo enriquecimiento injusto del responsable o de terceros cercanos al mismo. Así ocurre, obviamente, cuando se trata de una malversación: es impensable que ésta se produzca por una simple negligencia; la sustracción de caudales públicos implica, desde luego, dolo; su aplicación ilegal a usos propios o ajenos muy difícilmente no será dolosa; y, en cualquier caso, es evidente que aquí siempre se acrecienta el patrimonio de la persona que ha sustraído o recibido los caudales⁶⁸. Los alcances, por su parte, tienen en este punto una cierta relación de «parentesco» con la malversación. Como advierte el Tribunal de Cuentas:

«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 quiere, malversado los fondos públicos cuya custodia le había confiado el Estado» (SSTCu 22/1992, de 30 de septiembre, y 10/2000, de 3 de julio). La cursiva es nuestra.

⁶⁷ Como señala ROSIÑOL I VIDAL (1999), *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos*, Civitas, Madrid, págs. 73 y ss., es difícil que los supuestos «residuales» o «innominados» de responsabilidad contable mencionados en los apartados b)-f) del artículo 144.1 (hoy, art. 177.1) LGP no constituyan alcances. Vid. al respecto la STCu 20/2005, de 28 de octubre, que niega la existencia en el caso enjuiciado de responsabilidad contable.

⁶⁸ CASANA MERINO (2005: 122 y 138).

Es decir, el alcance supone la existencia de una cuenta pública que arroja un saldo deudor injustificado, ante la cual no resulta descabellado sospechar que el responsable ha podido desviar dolosamente fondos públicos hacia su patrimonio o hacia el de otras personas, aunque no es necesario demostrar que tal haya ocurrido para declarar la responsabilidad contable.

También merece ser destacada la circunstancia de que en determinados casos se modere el alcance de la responsabilidad y, en particular, la cuantía de la indemnización exigible. El criterio determinante es el de la intencionalidad. Cuando hay dolo, la responsabilidad es directa, solidaria y comprensiva de todos los perjuicios causados. Cuando se trata de una simple negligencia, la responsabilidad será subsidiaria, mancomunada y abarcará sólo «los daños y perjuicios que sean consecuencia necesaria del acto o resolución ilegal»⁶⁹.

3. Regulación contenida en la legislación penal

A) Rasgos esenciales.

Todos los códigos penales sucesivamente promulgados en España desde 1822 han regulado la llamada responsabilidad civil derivada del delito⁷⁰. Y todos ellos 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 responsabilidad⁷¹. Sin embargo, el Tribunal Supremo cambió luego de criterio, interpretando de manera lata los correspondientes preceptos legales y declarándolas responsables (subsidiarias)⁷². El CP de 1944 recogió esta doctrina, al incluir en su artículo 22 a las «entidades y organismos» entre los responsables civiles subsidiarios *ex de-*

⁶⁹ Así se desprende de los artículos 42.1, 38.3, 43.1 y 38.4 LOTCu y, sobre todo, del artículo 178 LGP.

⁷⁰ Vid. los artículos 27, 93-95 y 744 CP de 1822; artículos 15-18 y 115-123 CP de 1848; artículos 15-18 y 11-123 CP de 1850; artículos 18-21 y 121-128 CP de 1870; artículos 72, 85, 51, 136, 169, 179, 181, 182, 189, 193, 196, 209, 210, 555, 759 y 855 CP de 1928; artículos 19-22, 25, 100, 103-116, 112-114, 120 y 121 CP de 1932; artículos 19-22 y 101-108 CP de 1944. Vid. ROIG TORRES (2000), *La reparación del daño causado por el delito. Aspectos civiles y penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 40 y ss.

⁷¹ Vid. la STS (Criminal) de 14 de junio de 1886 (Col. Leg., SSTS en materia Criminal, 1.º semestre de 1886, 2.ª parte, núm. 482, pág. 1488) y la STS (Civil) de 7 de enero de 1898 (JC, T. 1, núm. 7, pág. 24).

⁷² Vid. especialmente la STS (Criminal) de 18 de marzo de 1936 (RJ 594).

licto, junto a los «amos, maestros, personas y empresas dedicadas a cualquier género de industria». Así lo entendió el Alto Tribunal⁷³.

En la actualidad, la responsabilidad civil *ex delicto* de los agentes públicos está regulada específicamente por el artículo 121 del CP de 1995:

«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...».

Obsérvese que la responsabilidad civil pergeñada por este precepto difiere de la regulada por la Ley 30/1992 en varios puntos esenciales. La víctima puede exigir del funcionario causante del daño la correspondiente indemnización. Y la Administración no responde directamente, sino de manera subsidiaria: sólo cuando el empleado público resulta insolvente.

Otra diferencia de bulto es que la responsabilidad de la Administración contemplada en el artículo 121 del CP no es objetiva⁷⁴, sino por culpa, en el sentido de que sólo nace cuando los empleados públicos causantes del daño han cometido una infracción penal⁷⁵.

Y son los Juzgados y Tribunales del orden penal los competentes

⁷³ Vid., entre otras, las SSTS (Criminal) de 22 de diciembre de 1948 (RJ 1585), 5 de julio de 1952 (RJ 1440), 12 de febrero de 1955 (RJ 369), 6 de abril de 1956 (RJ 1587), 26 de mayo de 1958 (RJ 1986), 16 de marzo de 1961 (RJ 860), 5 de marzo de 1963 (RJ 974), 25 de noviembre de 1965 (RJ 5238), 9 de mayo de 1966 (RJ 2340), 5 de febrero de 1968 (RJ 781), 6 de julio de 1970 (RJ 3205) y 9 de marzo de 1979 (RJ 1079).

⁷⁴ Con ello no queremos decir que, según la Ley 30/1992, las Administraciones públicas deben responder *siempre* objetivamente. Cfr. MIR PUIGPELAT (2008: 629 y ss.).

⁷⁵ No obstante, y como bien explica SILVA SÁNCHEZ (2001), «¿“*ex delicto*”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal», *InDret*, 3/2001, págs. 3 y ss., para que nazca esta responsabilidad no es necesario que se produzca una condena penal, pero sí al menos que concurra el tipo objetivo del delito y la ausencia de justificación objetiva, salvo quizás en los casos de estado de necesidad agresivo. Vid., también, la SAP de Murcia de 11 de febrero de 2000 (Rec. apelación 1/2000).

para declararla⁷⁶. Se trata de la única excepción subsistente a la regla general, trabajosamente establecida, en virtud de la cual sólo los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa tienen competencia para conocer de la responsabilidad civil extracontractual de las Administraciones públicas⁷⁷.

B) *Críticas doctrinales.*

A esta regulación se le ha reprochado la quiebra de uno de los rasgos más sobresalientes y —supuestamente— avanzados de nuestro sistema general de responsabilidad civil de las Administraciones públicas: su carácter objetivo.

Pero las críticas se han centrado, sobre todo, en la circunstancia de que el CP contemple una responsabilidad de las Administraciones públicas no directa, sino meramente subsidiaria, excepcionando sin razón justificativa otra de las grandes conquistas de nuestro Derecho⁷⁸. De esta manera se debilita el principio de garantía patrimonial del perjudicado, porque a veces «la simple responsabilidad subsidiaria carece de eficacia práctica para la víctima del daño, habida cuenta de la virtual imposibilidad de lograr una declaración judicial de insolvencia de la autoridad o agente si éste cuenta con algún género de ingresos o bienes, por modestos que sean»⁷⁹.

También se han denunciado las perniciosas consecuencias prácticas de esta regulación. La más relevante es que propicia que las autoridades y los empleados públicos puedan acabar convertidos en «chivos expiatorios»⁸⁰. En efecto, diversos factores hacen que las personas que con-

⁷⁶ Vid. los artículos 100 y ss. LECrim; las SSTs (Penal) de 13 de septiembre de 2006 (Rec. 2205/2005), 6 de noviembre de 2006 (Rec. 1446/2004) y 1 de diciembre de 2008 (Rec. 181/2008); y las SSAP (Penal) de Madrid de 23 de abril de 2008 (Proced. abrev. 68/2006), 27 de mayo de 2008 (Sumario 13/2003) y 29 de mayo de 2008 (Proced. abrev. 5/2007).

⁷⁷ Vid. PANTALEÓN (1985), *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid; GAMERO CASADO (1997), *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi, Elcano; MIR PUIGPELAT (2003), «La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: Una polémica que no cesa», *InDret*, 3/2003.

⁷⁸ Vid., entre otros, MARTÍN REBOLLO (1994), «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», *DA*, 237-238, págs. 96 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA (2008), «La responsabilidad civil en el proceso penal», en *Tratado de responsabilidad civil*, coord. REGLERO CAMPOS, Aranzadi, Cizur Menor, T. I, págs. 1098 y 1099, así como (1997), *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, Dykinson, Madrid, págs. 309 y ss.

⁷⁹ LEGUINA VILLA (1993: 404).

⁸⁰ En relación con la SAN de 24 de mayo de 1996, dictada en el caso del aceite de colza, vid. SALVADOR CODERCH (1996), «Chivo expiatorio», *La Vanguardia*, 7 de agosto, pág. 15; PANTALEÓN (1996), «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente», *REDA*, 91, pág. 407. También utilizan la expresión MUÑOZ MACHADO

sideran haber sufrido una lesión como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos suelen preferir la vía penal a la contencioso-administrativa al objeto de reclamar el resarcimiento: la mayor rapidez de la primera; la resonancia mediática de los juicios penales, que puede presionar a los jueces en favor de las víctimas; la circunstancia de que, al parecer, los jueces del orden penal son más generosos que los del contencioso-administrativo a la hora de afirmar la responsabilidad y cifrar las correspondientes indemnizaciones; 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 penal; el convencimiento de que la instrucción penal permite obtener pruebas de una manera más fácil y económica; el hecho de que a muchos abogados les resulte más familiar la vía penal que la contencioso-administrativa, etc.⁸¹. Todo ello ha «provocado entre nosotros una espuria utilización del proceso penal con miras puramente indemnizatorias»⁸². Lo cual encierra el riesgo, que se ha materializado en más de una ocasión, de que los Tribunales terminen condenando, siquiera con una pena mínima, al acusado, pero en verdad inocente, a fin de que las víctimas puedan cobrar sin necesidad de embarcarse en un proceso contencioso-administrativo posterior al juicio penal, que es lo que en principio tendrían que hacer si, como es de justicia, se dictara sentencia absolutoria⁸³.

(1992), *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, pág. 24; y BLANQUER (1997: 84). Vid., asimismo, las alegaciones efectuadas por la defensa en el caso del incendio de la Discoteca Alcalá 20, enjuiciado por la STS (Penal) de 17 de julio de 1995 (núm. 817/1995; RJ 6827).

⁸¹ Vid. MARTÍN REBOLLO (1994: 97); CASINO RUBIO (1998), *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Marcial Pons, Madrid, págs. 42 y ss.; HUERGO LORA (2002), *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, pág. 31; QUINTERO OLIVARES (2002), *La responsabilidad civil «ex delicto»*, con CAVANILLAS MÚGICA y DE LLEERA SUÁREZ-BÁRCENA, Aranzadi, Elcano, págs. 20, 25, 26 y 30; BUSTO LAGO (2008: 895 y 896); ARQUILLO COLET (2008), *Seguro y responsabilidad de la Administración pública*, Atelier, Barcelona, pág. 244.

⁸² PANTALEÓN PRIETO (1993), «*Perseverare diabolicum: ¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?*», *Jueces para la Democracia*, 19, pág. 6. Vid., también, E. MESTRE DELGADO y MARTÍNEZ GALINDO (2003), «Responsabilidad penal de alcaldes y concejales», en *Tratado de Derecho municipal*, coord. MUÑOZ MACHADO, Civitas, Madrid, vol. I, pág. 889.

⁸³ Vid. MARTÍN REBOLLO (1994: 97); CASINO RUBIO (1998: 47 y ss.); GAMERO CASADO (1999), «Los contratos de seguro de responsabilidad contractual de las Administraciones Públicas», *REDA*, 103, pág. 378; ROCA GUILLAMÓN (1999), «Artículo 121», en *Comentarios al Código penal*, dir. COBO DEL ROSAL, EDERSA, Madrid, T. IV, págs. 816 y 831; SILVA SÁNCHEZ (2001: 10); YZQUIERDO TOLSADA (2008: 1161 y ss.; 1997: 58 y ss.); REBOLLO PUIG (2004: 230 y 231); QUINTERO OLIVARES (2002: 28, 29 y 167 y ss.); MARTÍN RÍOS (2007), *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal: una aproximación victimológica*, La Ley, Madrid, págs. 66 y ss.

- C) *Un problema ilustrativo acerca de las ventajas y desventajas de la regulación contenida en el artículo 121 del Código penal: ¿responde en vía penal la Administración cuando los hechos constituyen una falta?*

En este artículo 121, recordémoslo, sólo se habla de los «delitos dolosos o culposos», lo que plantea la duda de si también resulta aplicable cuando se condena a un empleado público por la comisión de una falta. Tras algunos titubeos iniciales⁸⁴, se ha impuesto la respuesta afirmativa. Los órganos jurisdiccionales penales condenan subsidiariamente a la Administración por daños derivados de la comisión de simples faltas⁸⁵. Y lo hacen, la mayoría de las veces, sin detenerse a justificar esta discutible interpretación⁸⁶, si bien es cierto que cuentan con el respaldo del Tribunal Supremo, que propugnó tempranamente dicha solución en algunos *obiter dicta*⁸⁷ y luego la consolidó en pronunciamientos que abordaban ya específica y principalmente el problema⁸⁸.

Para defender esta posición se han esgrimido varios argumentos: el hecho de que el artículo 121 del CP no mencione a las faltas obedece a un «olvido»⁸⁹, a un «lapsus legislativo»⁹⁰; el Código utiliza en ocasiones la palabra «delito» en sentido amplio, como sinónimo de infracción criminal, que comprende también a las faltas; su artículo 121 es una norma civil, no penal, por lo que puede ser interpretado de manera ex-

⁸⁴ Negaron tal posibilidad: la SAP de Girona de 18 de febrero de 1999 (núm. 69/1999; ARP 618), la SAP de Badajoz de 15 de mayo de 2000 (núm. 31/2000; ARP 2000, 813), la SAP de Valladolid de 19 de septiembre de 2000 (núm. 718/2000; JUR 289955), la SAP de Salamanca de 21 de noviembre de 2000 (núm. 171/2000; JUR 2001, 31192) y el Auto de la AP de Burgos de 10 de diciembre de 1999 (Rec. 99/1999; ARP 5086).

⁸⁵ Vid., especialmente, la SAP de Asturias de 24 de julio de 2000 (núm. 292/2000; ARP 3055), la SAP de Alicante de 29 de octubre de 2001 (núm. 466/2001; JUR 2002, 24294), la SAP de Navarra de 17 de diciembre de 2001 (núm. 121/2001; JUR 2002, 45949), la SAP de Valencia de 13 de octubre de 2004 (núm. 611/2004; JUR 2005, 23886) y la SAP de Segovia de 31 de julio de 2007 (núm. 77/2007; JUR 51978), así como el AAP de Barcelona de 29 de junio de 2006 (JUR 2007, 114185).

⁸⁶ Vid., entre otras, la SAP de Barcelona de 27 de marzo de 2000 (Rec. 69/2000; JUR 166072), la SAP de Sevilla de 4 de septiembre de 2000 (núm. 175/2000; ARP 2191), la SAP de Valencia de 24 de enero de 2002 (núm. 13/2002; JUR 87812) y la SAP de Madrid de 26 de febrero de 2004 (núm. 71/2004; JUR 230444).

⁸⁷ SSTS (Penal) de 11 de enero de 1997 (núm. 36/1997; RJ 1128), 26 de septiembre de 1997 (núm. 895/1997; RJ 6366) y 24 de octubre de 1997 (núm. 1285/1997; RJ 7290).

⁸⁸ SSTS (Penal) de 19 de febrero de 2003 (núm. 42/2003; RJ 1793) y 6 de febrero de 2007 (núm. 60/2007; RJ 1190).

⁸⁹ Vid. la SAP de Bilbao de 10 de febrero de 2000 (núm. 59/2000) y SOTO NIETO (1996), «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y Entes Públicos en general (artículo 121 del Código Penal)», *Diario La Ley*, ref. D-30, T. I (citamos por la versión electrónica, La Ley 12157/2001).

⁹⁰ Auto de la AP de Barcelona de 29 de junio de 2006 (JUR 2007, 114185).

tensiva⁹¹; si en este precepto se incluyen explícitamente los delitos culposos, con más razón deben incluirse las faltas dolosas, que pueden ocasionar mayores perjuicios⁹²; no existe razón alguna para privilegiar al Estado en el caso de condena por faltas⁹³; tal privilegio supone una discriminación en relación con las empresas privadas⁹⁴, y un perjuicio para las víctimas, pues les obliga a recorrer una doble vía, penal y contencioso-administrativa, a fin de obtener la tutela de sus derechos⁹⁵.

La tesis según la cual el precepto considerado no menciona las faltas porque al legislador se le olvidó resulta insostenible⁹⁶. El artículo 121 del Proyecto de Ley presentado por el Gobierno se refería únicamente a los «delitos o faltas dolosas», lo cual fue muy criticado por varios grupos parlamentarios, que trataron de enmendarlo⁹⁷, principalmente porque, al no aplicarse en los casos de infracciones culposas: rompía con la tradición anterior de permitir en tales casos acumular la acción civil al proceso penal⁹⁸; abocaba a las víctimas a «tener que ir al calvario del procedimiento administrativo, cuando no al del procedimiento contencioso-administrativo, para lograr el resarcimiento»⁹⁹; y situaba a la Administración en una situación de privilegio respecto de la que ocupaban los particulares¹⁰⁰, minorando su responsabilidad mediante un «criterio pro-fisco», de «naturaleza claramente antisocial»¹⁰¹.

El Grupo Parlamentario Socialista (del Gobierno) defendió la redacción del precepto argumentando, en primer lugar, que la vía penal no siempre permitía a las víctimas obtener una reparación con mayor rapidez, poniéndose como ejemplo los casos de Tous y del aceite de colza: los afectados, transcurridos más de diez años desde la producción de los daños, todavía estaban esperando una declaración de responsa-

⁹¹ Vid., por ejemplo, la STS (Penal) de 11 de enero de 1997 (núm. 36/1997; RJ 1128).

⁹² Vid., por ejemplo, la STS (Penal) de 26 de septiembre de 1997 (núm. 895/1997; RJ 6366).

⁹³ STS (Penal) de 19 de febrero de 2003 (núm. 42/2003; RJ 1793).

⁹⁴ AAP de Barcelona de 29 de junio de 2006 (JUR 2007, 114185).

⁹⁵ AAP de Barcelona de 29 de junio de 2006 (JUR 2007, 114185).

⁹⁶ Vid., especialmente, MARTÍNEZ NOVELLA (2002), «La responsabilidad civil, penal y administrativa de las autoridades y los funcionarios», *Cuadernos de Derecho Local*, 0, págs. 85 y ss. y 91 y ss.

⁹⁷ Vid. las enmiendas 29, 30, 116, 306, 307 y 697 presentadas al Proyecto de Ley (BOCG, Congreso, V Legislatura, Serie A, núm. 77-6, 6 de marzo de 1995, págs. 99 y ss.).

⁹⁸ Vid. la intervención del Diputado LÓPEZ GARRIDO (IU-IC) en la sesión de la Comisión de Justicia e Interior de 31 de mayo de 1995 (DS, Congreso, Comisiones, V Legislatura, núm. 502, pág. 15265).

⁹⁹ Intervención del Diputado PILLADO MONTERO (PP) en la sesión plenaria de 27 de junio de 1995 (DS, Congreso, Pleno y Dip. Perm., V Legislatura, núm. 158, pág. 8362).

¹⁰⁰ Vid. las intervenciones de los Diputados OLAVARRÍA MUÑOZ (PNV) y LÓPEZ GARRIDO (IU-IC) en la sesión de la Comisión de Justicia e Interior de 31 de mayo de 1995 (DS, Congreso, Comisiones, V Legislatura, núm. 502, págs. 15266 y ss.).

¹⁰¹ Intervención del Diputado OLAVARRÍA MUÑOZ (PNV) en la sesión plenaria de 27 de junio de 1995 (DS, Congreso, Pleno y Dip. Perm., V Legislatura, núm. 158, pág. 8365).

bilidad; si hubieran acudido a la vía contencioso-administrativa, probablemente ya hubieran cobrado. En segundo lugar, se aducían razones de política criminal: se buscaba evitar el «abuso de la vía penal», impedir lo que a veces había ocurrido, que se acudía a esta vía «contra el funcionario o autoridad, aunque no [estuviese] claro el delito, para presionar... y obtener antes una responsabilidad civil subsidiaria»¹⁰².

El Grupo Socialista, no obstante, propuso una enmienda transaccional *in voce* mediante la cual la expresión «delitos o faltas dolosos» quedaba reemplazada por la de «delitos dolosos o culposos»¹⁰³. Otros grupos parlamentarios reclamaron entonces la inclusión de las faltas, abundando en los argumentos arriba expuestos¹⁰⁴, pero el Grupo Socialista se mantuvo firme en la defensa de la redacción que finalmente tendría el precepto, al considerar «discutible [que el mismo pudiera] abarcar también a la falta por la enorme dificultad para hacer siquiera un cálculo aproximado de por dónde podría ir esto, y [por] el riesgo de que por cualquier cosa se [acudiese] a la vía de una imputación... puramente culposa, de un ilícito de la menor entidad, de una falta, para intentar, sencillamente, ganar tiempo»¹⁰⁵. «Ampliar, tras haberlo hecho respecto a los delitos culposos, el ámbito de esta responsabilidad a la falta... [aseguraba] el uso desviado del proceso penal... para exigir responsabilidades derivadas de faltas menores, pero que [intentaban] agilizar por esta vía en lo referente a indemnizaciones por situaciones de alto número de perjudicados y de indemnizaciones importantes»¹⁰⁶.

La letra de la ley, la voluntad del legislador democrático y sus razones justificativas eran inequívocas, pues. Resulta por ello muy discutible la jurisprudencia expuesta. Los Tribunales ordinarios deben acatar las leyes, a cuyo imperio están sometidos (art. 117.1 CE), aun cuando no comulguen con ellas. Si las consideran inconstitucionales, pueden y deben elevar la correspondiente cuestión, mas no inaplicarlas lisa y llanamente¹⁰⁷.

¹⁰² Intervención del Diputado MOHEDANO FUERTES (PSOE) en la sesión plenaria de 27 de junio de 1995 (DS, Congreso, Pleno y Dip. Perm., V Legislatura, núm. 158, pág. 8370).

¹⁰³ *Ibidem*, pág. 8370.

¹⁰⁴ Vid. las enmiendas 59, 124 y 528 presentadas en el Senado (BOCG, Senado, Serie II, núm. 87-c, 21 de septiembre de 1995, págs. 105 y ss.), y las intervenciones de los Senadores ZUBÍA ATXAERANDIO (PNV) y BARBUZANO GONZÁLEZ (CC) en la sesión de la Comisión de Justicia de 9 de octubre de 1995 (DS, Senado, Comisiones, V Legislatura, núm. 225, págs. 49 y ss.), así como en la sesión plenaria de 25 de octubre de 1995 (DS, Senado, Pleno, V Legislatura, núm. 93, págs. 4791 y ss.).

¹⁰⁵ Intervención del Senador GALÁN PÉREZ (PSOE) en la sesión de la Comisión de Justicia de 9 de octubre de 1995 (DS, Senado, Comisiones, V Legislatura, núm. 225, pág. 53).

¹⁰⁶ Intervención del Senador GALÁN PÉREZ (PSOE) en la sesión plenaria de 25 de octubre de 1995 (DS, Senado, Pleno, V Legislatura, núm. 93, pág. 4795).

¹⁰⁷ Significativas resultan las palabras de un autor, como YZQUIERDO TOLSADA (2008: 1101), contrario a la solución que se desprende del tenor literal del artículo 121 CP: «el Tri-

III. FINALIDAD DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1. *El paradigma tradicional*

La vigente regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es, en líneas generales, hija de una concepción doctrinal que reposa sobre dos postulados básicos. El primero y más importante se resume en la idea de que «el sentido y la finalidad última del sistema» radican en «la garantía del ciudadano». El objetivo fundamental es la protección patrimonial de la víctima que ha sufrido una lesión como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos¹⁰⁸. Esta idea medular casa perfectamente con la teoría según la cual la función de las normas reguladoras de la responsabilidad civil es compensatoria, consiste en reparar daños¹⁰⁹. Y, según se dice, constituye la razón por la que las Administraciones responden de manera directa: para dotar a la garantía patrimonial del ciudadano de la mayor amplitud y eficacia, el legislador español ha prescindido del anterior régimen de responsabilidad subsidiaria, para afirmar, en su lugar, la responsabilidad directa de la Administración en todo caso¹¹⁰.

El segundo postulado es el que podríamos denominar «paradigma de la causalidad», de acuerdo con el cual de un daño debe responder la persona que lo ha causado. Este principio, que luce claramente en el artículo 1902 del CC y en los artículos 109 y siguientes del CP, explica por qué la doctrina española ha venido insistiendo en que las Administraciones públicas deberían exigir efectivamente responsabilidad civil a los funcionarios y autoridades por los daños que éstos les hayan ocasionado en el desempeño de sus cargos. La responsabilidad de la Administración, configurada con carácter directo en garantía de la víctima, no puede convertirse en una «injustificada protección del funcionario» causante de la lesión. La Administración queda obligada a indemnizar a la víctima, pero no a soportar definitivamente sobre su patrimonio las con-

bunal Supremo ya se ha ocupado de saltarse limpiamente la norma»; «hay que felicitarse a veces de la desfachatez del Alto Tribunal, por lo que tiene de justicia material».

¹⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008: 412 y 378).

¹⁰⁹ Vid. ROCA (2007), *Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 25; DE ÁNGEL YÁGUEZ (1993), *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, pág. 60; PANTALEÓN (2001), «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)», en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, coords. DE ÁNGEL YÁGUEZ e YZQUIERDO TOLSADA, Dykinson, Madrid, págs. 193 y ss.; REGLERO CAMPOS (2008), en *Tratado de responsabilidad civil*, coord. REGLERO CAMPOS, Aranzadi, Cizur Menor, T. I, pág. 64.

¹¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008: 412).

secuencias de ese pago, del que en última instancia debe responder el funcionario autor del daño¹¹¹.

Adicionalmente, la concepción tradicional padece un defecto bastante común en la cultura jurídica continental europea, cual es el de no ponderar suficientemente las consecuencias, a veces inesperadas, que sobre la conducta real de las personas pueden tener las normas jurídicas, en este caso las reguladoras de la responsabilidad civil. Es un hecho notorio que nuestros juristas teóricos han venido centrando sus análisis en el plano formal de la validez de las normas, sin prestar la debida atención al de su eficacia social. Se han preocupado sobre todo del Derecho normado, muy poco del Derecho practicado¹¹² y casi nada acerca de las reacciones de la gente frente a ambos.

2. *El paradigma suministrado por el análisis económico del Derecho*

Las cosas se ven diferentes desde este paradigma. Aquí se adopta una perspectiva consecuencialista. Las disposiciones normativas y sus interpretaciones se evalúan en función de sus *consecuencias reales*, de los efectos que las mismas tengan o puedan tener sobre el bienestar de los individuos que integran la sociedad¹¹³. Hay que analizar lo más rigurosamente posible cómo reaccionará la gente frente a las reglas de la responsabilidad civil y en qué medida contribuirá su conducta a dicho bienestar.

La finalidad de cualesquiera normas jurídicas y, por lo tanto, también de las reguladoras de la responsabilidad civil es crear los *incentivos* adecuados para que las personas actúen de manera que se maximice el bienestar social. Cabe decir, con otras palabras, que el objetivo de estas normas consiste en minimizar la suma de todos los costes sociales engendrados por la existencia de daños, a saber, los derivados de: las pérdidas y las ganancias frustradas que las víctimas experimentan cuando sufren un daño (costes primarios); el riesgo de soportar o reparar un daño al que están sujetos, respectivamente, la víctima y el responsable del mismo (costes secundarios); y los recursos consumidos en prevenir, asegurar y reparar los daños (costes terciarios)¹¹⁴.

Las reglas de la responsabilidad civil no cumplen simplemente una función reparadora o de garantía de las víctimas. Si ésta fuera su úni-

¹¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008: 412).

¹¹² NIETO (2007), *Crítica de la razón jurídica*, Trotta, Madrid, *passim*, esp. págs. 26 y ss. y 81 y ss.

¹¹³ Vid., por ejemplo, KAPLOW y SHAVELL (2002), *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge, págs. 3 y ss.

¹¹⁴ Vid. CALABRESI (1970), *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven.

ca finalidad, probablemente no existirían, porque el seguro permite compensar daños mucho más eficientemente¹¹⁵. Además, es obvio que estas normas cumplen su función aun en los casos en los que disponen que no surge la responsabilidad. Y tampoco hay que perder de vista que al indemnizar a la víctima de un daño surge un nuevo daño y una nueva víctima: «decidir que un daño debe ser indemnizado no significa otra cosa que traspasar o endosar ese daño poniéndolo a cargo de otro, porque si quien inicialmente lo sufrió recibe una suma de dinero como indemnización, ello se producirá a costa de una disminución del patrimonio de aquel que ha sido obligado a indemnizar, empleando para ello otros bienes preexistentes»¹¹⁶; «indemnizar no borra el daño del mundo, sino simplemente lo cambia de bolsillo»¹¹⁷.

Dichas reglas producen tres *efectos* estrechamente relacionados: determinan quién y en qué medida ha de soportar el coste de los accidentes; permiten a las eventuales víctimas y a los potenciales responsables calcular las consecuencias patrimoniales de sus conductas; y, en tercer lugar, influyen en el sentido de las mismas, ya que los agentes tienden a maximizar la utilidad esperada de sus actuaciones, evitando aquellas por las que deban soportar o reparar un daño, a menos que el beneficio obtenido por realizarlas supere al coste esperado de los posibles daños o indemnizaciones. Habrá que prever, pues, los efectos —costes y beneficios— que se deriven de configurar de una u otra manera las reglas de responsabilidad civil, y escoger aquella solución que probablemente mueva a los sujetos implicados a comportarse de la manera más provechosa para todos los individuos que integran la comunidad, por más que a primera vista pueda no ser una regulación justa.

Así las cosas, no es necesario que un sujeto haya causado efectivamente un daño para que deba responder de él. Piénsese, por poner algunos ejemplos, en la «responsabilidad por omisión»¹¹⁸, la «responsabilidad por cuota de mercado»¹¹⁹, la «responsabilidad por el hecho de otro», la responsabilidad en los casos de «pérdida de una oportunidad»¹²⁰ y ciertos supuestos de responsabilidad solidaria¹²¹. Lo deter-

¹¹⁵ SALVADOR CODERCH y GÓMEZ LIGÜERRE (2005), «El Derecho de daños y la minimización del coste de los accidentes», *InDret*, 1/2005, pág. 19.

¹¹⁶ DIEZ-PICAZO (1999), *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, pág. 42.

¹¹⁷ PANTALEÓN (2001: 197).

¹¹⁸ Vid. MIR PUIGPELAT (2000), *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Civitas, Madrid, pág. 229, n. 333, y págs. 241 y ss.

¹¹⁹ Vid. RUDA GONZÁLEZ (2003), «La responsabilidad por cuota de mercado a juicio», *InDret*, 3/2003.

¹²⁰ Vid. MEDINA ALCOZ (2007), *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Civitas, Madrid.

¹²¹ Vid. el artículo 33.5 *in fine* de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza.

minante a los efectos de hacer responsable a una persona por un daño no es que éste haya sido causado por aquélla, 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.

IV. POR QUÉ CONVIENE QUE LA ADMINISTRACIÓN RESPONDA DIRECTAMENTE POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR SUS AGENTES A TERCEROS

1. *Responsabilidad personal del agente o responsabilidad vicaria del principal: análisis económico*

Cuando la persona —llamémosla agente, empleado o trabajador— que actúa por cuenta de otra —principal o empresario— daña a una tercera, se plantea el problema de quién debe responder civilmente: la primera, según la regla de la responsabilidad personal, o la segunda, de acuerdo con la regla de la responsabilidad vicaria¹²².

A) *Irrelevancia del problema en un mundo (imaginario) sin insolventes ni costes de transacción.*

Imaginemos un mundo ideal en el que tanto el agente como el principal fuesen siempre solventes y no existiesen costes de transacción, de modo que ambos pudiesen celebrar sin coste alguno los pactos que considerasen convenientes, y tampoco costase nada identificar al agente causante del daño y obtener de él una indemnización. En ese mundo hipotético no importaría cuál fuese la regla de responsabilidad civil establecida. El resultado sería el mismo¹²³. Si respondiesen los agentes, éstos exigirían a sus principales y pactarían con ellos el pago de una remuneración R_1 y, además, de un sobresueldo S_1 equivalente al coste esperado de las indemnizaciones que los primeros tendrían

¹²² Vid. un análisis económico del problema en KORNHAUSER (1982), «An Economic Analysis of the Choice Between Enterprise and Personal Liability for Accidents», *California Law Review*, 70, págs. 1345 y ss.; SYKES (1984), «The Economics of Vicarious Liability», *Yale Law Review*, 93, págs. 1231 y ss.; SHAVELL (1987), *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge, págs. 170 y ss.; DARI MATTIACCI y PARISI (2004), «The cost of delegated control: vicarious liability, secondary liability and mandatory insurance», *International Review of Law and Economics*, 23, págs. 453-475. En la doctrina española, vid. SALVADOR CODERCH, GÓMEZ LIGÜERRE, RUIZ GARCÍA, RUBÍ PUIG y PIÑEIRO SALGUERO (2002); SALVADOR CODERCH y GÓMEZ LIGÜERRE (2002).

¹²³ Ésta es una aplicación del llamado teorema de Coase. Vid. COASE (1960), «The Problem of Social Cost», *Journal of Law and Economics*, 3, págs. 1 y ss.

que pagar a terceros en el caso de causarles daños. Si respondiesen los principales, éstos no estarían dispuestos a pagar S_1 , sino tan sólo R_1 , oferta que los agentes aceptarían. Las dos soluciones son económicamente equivalentes para los unos y los otros, así como para los terceros. Las dos son indiferentes desde el punto de vista del bienestar social.

Ahora pongamos que en ese mundo imaginario los trabajadores fuesen mucho más renuentes al riesgo que los principales y, en consecuencia, lo soportasen mucho peor que éstos, o viceversa. Un individuo padece aversión al riesgo cuando prefiere una renta segura a otra incierta (de resultados variables) que tiene el mismo valor esperado (v. gr., prefiere pájaro en mano que ciento volando, cada uno de ellos con un 1% de probabilidades de ser agarrado). Alguien es neutral al riesgo cuando muestra indiferencia entre una renta segura (v. gr., pájaro en mano) y otra incierta cuyo valor esperado es idéntico (v. gr., un 99% de probabilidades de no cazar pájaro alguno y un 1% de probabilidades de cazar cien)¹²⁴. Es razonable pensar que el grado de renuencia al riesgo depende, entre otros factores, de la riqueza de las personas en relación con la magnitud de los resultados a los que pueda conducir la correspondiente «lotería». *Ceteris paribus*, a mayor riqueza, menor aversión¹²⁵; de ahí que los empleados, normalmente no tan ricos como los empresarios, suelen ser más renuentes al riesgo que éstos. Y cuanto mayores sean los posibles daños, mayor aversión.

De todos modos, la regla escogida seguiría siendo irrelevante. Supongamos que ambos prefiriesen repartirse el riesgo de la siguiente manera: los principales asumen el 90% del coste de cada uno de los accidentes causados por sus agentes; y éstos, el 10% restante. Si el legislador estableciera una regla de responsabilidad personal, los agentes exigirían a sus principales y pactarían con ellos el pago de R_2 y, además, de un sobresueldo S_2 que cubriera el 90% del coste esperado de las indemnizaciones que los primeros tendrían que pagar a terceros en caso

¹²⁴ Vid., por ejemplo, PYNDYCK y RUBINFELD (2001), *Microeconomía*, trad. Esther RABASCO y Luis TOHARIA, Prentice Hall, Madrid, págs. 157 y ss.

¹²⁵ ARROW (1971), *Aspects of the Theory of Risk Bearing*, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, formuló dos hipótesis intuitivamente plausibles: en relación con la riqueza, la aversión absoluta al riesgo es decreciente (primera), mientras que la aversión al riesgo relativa es decreciente (segunda). Es decir, la aversión de un individuo frente a una apuesta arriesgada se reduce conforme se vuelve más rico, permaneciendo constantes, en términos absolutos, las posibles pérdidas o ganancias. Por el contrario, su renuencia frente a la apuesta crece si aumentan tanto su riqueza como, proporcionalmente, las eventuales pérdidas o ganancias. De acuerdo con ambas hipótesis, los ricos comprarían más billetes de lotería que los pobres, pero invertirían en la compra un menor porcentaje de su patrimonio que éstos. Algunos estudios experimentales corroboran la primera hipótesis —que es la que aquí interesa—, pero no la segunda. Vid., por ejemplo, LEVY (1994), «Absolute and Relative Risk Aversion: An Experimental Study», *Journal of Risk and Uncertainty*, 8-3, págs. 289 y ss.

de dañarlos. Si se estableciera la regla de la responsabilidad vicaria, los principales sólo estarían dispuestos a pagar R_2 menos una cantidad de dinero (C_2) que cubriera el 10% del coste esperado de los accidentes, oferta que los agentes aceptarían. El sueldo neto de los agentes ($R_2 - C_2$) y los riesgos respectivamente soportados por las partes (90% y 10%) serían iguales en los dos casos.

B) *Ventajas de la responsabilidad vicaria en un mundo en el que los agentes son potencialmente insolventes.*

Ocurre, sin embargo, que las referidas condiciones no se dan en la realidad. En el mundo en el que vivimos hay, por de pronto, gente insolvente. No pocas veces sucede que el patrimonio de los agentes no basta para reparar ciertos daños ocasionados en el desempeño de sus funciones de agencia, lo cual hace que la regla de la responsabilidad personal pueda resultar ineficiente, por varias razones.

La primera es que los empleados potencialmente insolventes carecen de los incentivos necesarios para alcanzar un nivel socialmente óptimo de precaución. O, dicho más exactamente, su responsabilidad personal no representa un incentivo suficiente para ello. En efecto, lo deseable para la comunidad sería que aquéllos invirtieran en medidas preventivas encaminadas a evitar accidentes hasta el punto en el que el *beneficio social* marginal de las mismas (la reducción del coste social esperado de los posibles accidentes) fuese igual a su coste social marginal. Un agente racional, en cambio, sólo tomará medidas preventivas hasta el punto en el que el *beneficio personal* marginal derivado de ellas (lo que se ahorraría en indemnizaciones al efectuar tal inversión) coincida con lo que a él le cuesta marginalmente adoptarlas. Pues bien, si el agente es totalmente insolvente, no pagará efectivamente indemnización alguna por los accidentes que provoque, por lo que ningún beneficio obtendrá de las medidas dirigidas a prevenirlos. Y cuanto mayor sea su grado de insolvencia, menos rentable le saldrá tomarlas. El resultado probable es que adopte un nivel de precaución inferior al socialmente óptimo¹²⁶.

La segunda ineficiencia se produce porque, como los agentes insolventes no pagan indemnizaciones, los principales no necesitan pactar con ellos un sobresueldo S que cubra el importe de las mismas. Por consiguiente, cuanto mayor sea el grado de insolvencia, menor será S y, en consecuencia, más beneficiosa para el principal resultará

¹²⁶ Vid. SHAVELL (1986), «The Judgment Proof Problem», *International Review of Law and Economics*, 6, págs. 45-58.

la relación de agencia. Debe notarse, además, que los principales tampoco tendrán entonces los incentivos apropiados para adoptar medidas de seguridad —v. gr., de control— dirigidas a evitar que sus agentes provoquen daños, porque las indemnizaciones debidas ni se pagan ni repercuten sobre S.

Así las cosas, un empresario puede aprovechar la regla de la responsabilidad personal para reducir sus costes y, por consiguiente, aumentar sus beneficios: tan sólo tiene que contratar con agentes insolventes. De esta manera se crea una externalidad negativa. Algunos de los costes que genera su empresa y que serían asumidos por ella en circunstancias «normales» se trasladan a terceras personas: a las víctimas, que no van a ser indemnizadas integralmente por los daños sufridos. Semejante externalidad producirá seguramente dos efectos perniciosos. Por un lado, la empresa expandirá el volumen de su actividad más allá de lo que sería socialmente óptimo (el ahorro de costes que representa la insolvencia de sus agentes le otorga una ventaja competitiva, le permite ofrecer precios más bajos y ganar clientes). En segundo lugar, propiciará que las potenciales víctimas dejen de hacer ciertas inversiones socialmente deseables, en vista de que los daños que éstas pueden sufrir no son suficientemente reparados.

Es evidente que todos estos inconvenientes desaparecen con la regla de la responsabilidad vicaria, siempre que el principal resulte perfectamente solvente para hacer frente a las posibles indemnizaciones. O cuando menos quedan mitigados, si la solvencia del principal es mayor que la de sus agentes, como suele suceder en la práctica.

- C) *Ventajas de la responsabilidad vicaria en un mundo en el que cuesta identificar a los causantes del daño, determinar si han actuado negligentemente y condenarlos.*

Estos costes pueden tener un efecto equivalente al de la insolvencia. Imaginemos que resulta imposible identificar a los agentes causantes del daño u obtener de ellos, judicial o extrajudicialmente, la debida indemnización. Es claro que, entonces, la regla de la responsabilidad personal no representa para los mismos un incentivo que les haga económicamente atractiva la adopción de medidas preventivas, por lo que tenderán a omitirlas por completo, con los problemas derivados que hemos señalado en el epígrafe anterior.

Imaginemos que resulta muy costoso para las víctimas identificar a los agentes causantes del daño, valorar su diligencia, así como litigar contra ellos. Si las víctimas consideran que la suma de estos costes ex-

cede de los beneficios que podrían obtener de una eventual declaración de responsabilidad —beneficios equivalentes al producto de la indemnización por la probabilidad de obtenerla—, seguramente no ejercerán sus acciones de responsabilidad, en cuyo caso los agentes culpables no pagarán y se producirán los perniciosos efectos descritos anteriormente. Cuanto mayores sean los referidos costes, más perniciosa será la regla de la responsabilidad personal.

En la medida en que suele ser más difícil, más costoso, identificar al concreto empleado autor de una lesión y demandarlo que hacer lo propio respecto del empresario al servicio del cual actuaba aquél, la regla de la responsabilidad vicaria resulta preferible desde este punto de vista.

Imaginemos que se producen errores al juzgar si los causantes de los daños actuaron diligente o negligentemente, es decir, si alcanzaron o no el nivel óptimo de precaución. Ello provocará comportamientos demasiado precavidos (si predomina la tendencia a afirmar equivocadamente la negligencia) o excesivamente arriesgados (si la gran mayoría de los errores tiende a caer del lado contrario)¹²⁷. Pues bien, a fin de reducir el riesgo de que se cometan tales equivocaciones, conviene que dicho juicio sea realizado por quien posea mejor información al respecto.

La responsabilidad vicaria tiene por todo ello una ventaja adicional si, como suele ocurrir, el empresario está mejor situado que las víctimas y que los Tribunales para identificar al agente que provocó el daño, juzgar si actuó diligentemente y adoptar medidas tendentes a prevenir que el culpable y sus compañeros cometan imprudencias análogas en el futuro. Esta responsabilidad constituye entonces un potente acicate económico para que el empresario, el sujeto que más eficientemente puede llevar a cabo dichas tareas, las realice efectivamente, por la cuenta que le trae.

D) *Ventajas de la responsabilidad vicaria en un mundo en el que resulta costoso acordar una determinada distribución del riesgo.*

La regla de la responsabilidad personal supone que es el agente el que en primera instancia soporta por entero el riesgo de los accidentes. Esto no representa un problema si las partes pueden acordar sin coste alguno otra distribución del riesgo. Pero si el acuerdo acarrea costes —v. gr., derivados de que las partes han de informarse previamente, negociar y hacerlo cumplir—, dicha regla puede provocar ineficien-

¹²⁷ Vid., con algunos matices, SHAVELL (1987: 79 y ss.).

cias. En efecto, puede ocurrir que esos costes sean relativamente elevados, hasta el punto de superar a los beneficios que ambas partes obtendrían si se repartieran de otra manera el riesgo (v. gr., 90% para el principal y 10% para el agente), en cuyo caso no se celebrará el pacto. La situación resultante es subóptima, ineficiente. Las dos partes preferirían otra distribución: el agente estaría dispuesto a cobrar un salario algo menor a cambio de mayor seguridad; y el principal asumiría el incremento del riesgo a cambio de pagar ese salario reducido; ambos saldrían ganando. En otros casos, las partes redistribuirán los riesgos, porque el beneficio que esto les reporta resulta lo suficientemente sustancioso, pero tendrán que incurrir para ello en los referidos costes de transacción, lo que disminuirá la rentabilidad de la empresa.

La gravedad de las ineficiencias será mayor, obviamente, cuanto mayores sean dichos costes de transacción y cuanto más se aleje la distribución del riesgo representada por la regla de la responsabilidad personal (100% para el agente y 0% para el principal) respecto de la distribución óptima, que ambas partes preferirían.

Es por estas razones que los costes de transacción hacen que la responsabilidad vicaria resulte normalmente más eficiente que la responsabilidad personal, en la medida en que los agentes suelen ser más aversos al riesgo que los principales y, por lo tanto, ambos preferirán seguramente repartírselo de manera que la mayor parte del mismo sea asumida por los segundos. Lo común es que la responsabilidad vicaria, que representa un 0% del riesgo para el empleado y un 100% para el empresario, se aproxime más al reparto óptimo que la responsabilidad personal.

E) *Inconvenientes de la responsabilidad vicaria. El riesgo moral.*

El gran inconveniente de la regla de la responsabilidad vicaria, especialmente cuando no existe o no se ejerce en la práctica la acción de repetición contra los culpables, es el llamado «riesgo moral» (*moral hazard*). El problema es similar al que se crearía si los agentes contrataran un seguro que cubriera su responsabilidad personal¹²⁸. Dicha regla supone que éstos quedan asegurados *de facto*. Como 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 deseable.

¹²⁸ Sobre el problema del riesgo moral que engendran los seguros, y las estrategias que se pueden emplear para combatirlo (básicamente, la cobertura parcial de los daños y el control del asegurado), vid. SHAVELL (1979), «On Moral Hazard and Insurance», *The Quarterly Journal of Economics*, 93-4, págs. 541 y ss.

Este riesgo moral será tanto más grave cuanto más les cueste a los agentes adoptar medidas preventivas y más difícil le resulte al principal observar, controlar y dirigir la conducta de los mismos. Un empresario tiene a su disposición varios instrumentos para tratar de garantizar que sus empleados se comportan diligentemente. Puede seleccionarlos en función de ciertos indicadores de su capacidad y diligencia, proporcionarles una cierta formación, dirigirles instrucciones, estimular su diligencia mediante diversos «premios» y «castigos», otorgados en función de las actividades que realicen o de los resultados que acrediten, etc. El problema es que puede ser demasiado difícil o incluso prácticamente imposible aplicar en la práctica dichos instrumentos. Puede resultar excesivamente costoso para el empresario observar y dirigir la conducta de sus empleados, de modo que el riesgo moral alcance niveles intolerables, hasta el punto de hacer desaconsejable la regla de la responsabilidad vicaria¹²⁹.

Cuanto menos le cueste al principal observar y controlar la conducta de sus agentes, por consiguiente, menor será el riesgo moral y más eficiente resultará dicha regla. Los costes —en términos relativos— serán menores cuantos más empleados encargados de tareas semejantes tenga a su servicio el principal, pues entonces más posibilidades tiene éste de aprovechar economías de escala al controlarlos.

Otro factor a tener en cuenta es el de la duración de la relación de agencia. Cuando se trata de relaciones de tracto único —*one shot games*, en la jerga de la teoría de juegos—, que se han constituido para realizar una sola operación, en las que, además, el agente no contempla la perspectiva de renovar la relación en el futuro, el riesgo moral —el peligro de que aquél opte por una estrategia de «tierra quemada»— es alto, porque el agente puede obtener beneficios significativos defraudando la confianza del principal sin tener que sufrir luego sus represalias. En el seno de las relaciones duraderas —*repeated games*—, en cambio, el riesgo moral es inferior, porque en el momento en el que los principales advierten cuál ha sido el rendimiento de sus agentes todavía pueden «premiarles» o «castigarles» en correspondencia, mediante estímulos de diversa índole (aumentos salariales, promociones, distinciones honoríficas, sanciones, traslados forzosos, despidos, etc.), que les disuadan de comportarse de manera oportunista.

¹²⁹ Esto explica por qué los principales no responden vicariamente de la conducta «privada» de sus agentes, sino tan sólo de la llevada a cabo en el desempeño de sus funciones de agencia. Sobre el problema, en el que aquí no vamos a entrar, de cuándo cabe entender a estos efectos que una actuación del agente ha sido realizada en el ejercicio de tales funciones, vid. SYKES (1988), «The Boundaries of Vicarious Liability: An Economic Analysis of the Scope of Employment Rule and Related Legal Doctrines», *Harvard Law Review*, 101, págs. 563 y ss.

2. *Eficiencia de la regla según la cual las Administraciones públicas responden vicariamente por los daños que sus agentes hayan causado al ejercer sus cargos*

En vista de cuanto llevamos expuesto, se comprende que las Administraciones públicas deban responder directamente por los daños causados por sus agentes en el ejercicio de sus cargos¹³⁰. Concurren aquí prácticamente todas las condiciones bajo las cuales resulta preferible la regla de la responsabilidad vicaria.

Nótese, en primer lugar, que autoridades y funcionarios carecen por lo común de los recursos patrimoniales necesarios para reparar muchos de los daños que ocasionan, algunos de los cuales revisten una extraordinaria magnitud. Las Administraciones públicas, en cambio, muy difícilmente serán insolventes.

Otro factor relevante es que 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.

No debe pasarse por alto, en tercer lugar, que la Administración y sus empleados han de incurrir en considerables costes de transacción si pretenden «negociar» el contenido de sus relaciones. La necesidad incluso de que el legislador intervenga en la regulación de los aspectos básicos de las mismas —v. gr., del sistema retributivo—¹³¹ hace extraordinariamente gravoso el procedimiento de negociación.

También es razonable estimar que las autoridades y, sobre todo, los funcionarios son aversos al riesgo. Estos últimos, probablemente más que los trabajadores del sector privado, como lo indica el hecho de que tales servidores públicos realicen considerables sacrificios a fin de lograr un empleo tan singularmente estable. Y ambos, con toda seguridad, mucho más que las Administraciones públicas, a las que cabe considerar, en especial a las más grandes y solventes, como sujetos prácticamente neutrales al riesgo¹³². Por las razones antes expuestas, la solución óptima y que seguramente preferirán tanto las Administraciones como el personal a su servicio consiste en que la mayor par-

¹³⁰ En relación con la responsabilidad de los municipios estadounidenses, cfr. KRAMER y SYKES (1987), «Municipal Liability under § 1983: A Legal and Economic Analysis», *Supreme Court Review*, págs. 249 y ss. En el contexto del Derecho internacional, en relación con la responsabilidad de los Estados por los daños ocasionados por sus agentes, cfr. POSNER y SYKES (2007), «An Economic Analysis of State and Individual Responsibility Under International Law», *American Law and Economics Review*, 9-1, págs. 72 y ss.

¹³¹ Así lo impone el artículo 103.3 de la Constitución española.

¹³² ARQUILLO COLET (2008: 90 y 93).

te del riesgo de los accidentes recaiga sobre aquéllas. Y la regla de la responsabilidad vicaria es la que implica una distribución de ese riesgo más próxima a dicha solución.

Normalmente, las Administraciones públicas pueden observar, dirigir y controlar sin costes excesivos la actividad que sus agentes realizan en el ejercicio de sus cargos. Aunque aquí hay que distinguir. A los órganos superiores de estas organizaciones, que por algo suelen estar estructuradas jerárquicamente, no les cuesta demasiado controlar a sus inferiores. Disponen para ello de numerosas potestades, como las de dirigirles instrucciones¹³³, sancionarlos¹³⁴, precisar qué puestos de trabajo han de ocupar¹³⁵, determinar si pueden realizar actividades compatibles con las tareas propias de su empleo público¹³⁶, fijar su jornada y otras condiciones de trabajo¹³⁷, concederles o denegarles ciertas licencias¹³⁸, retribuirles en función del «grado de interés, iniciativa o esfuerzo con el [que desempeñan] su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos»¹³⁹, resolver los recursos interpuestos contra los actos de sus subordinados¹⁴⁰, decidir sobre su participación en actividades formativas¹⁴¹, fijar sus atribuciones¹⁴², avocar el ejercicio de las mismas¹⁴³, etc. Adicionalmente, los agentes que ocupan los escalones inferiores de la organización administrativa suelen formar nutridos grupos de personas que poseen características comunes y que realizan tareas relativamente homogéneas, lo que permite mantener en unos niveles suficientemente bajos los costes del control, al poderse aprovechar las economías de escala resultantes. Esos agentes, por otro lado, se encuentran ligados a sus Administraciones por una relación duradera. Ciertamente, la inamovilidad que muchos de ellos disfrutaban *de iure* o *de facto* acentúa el riesgo moral, disminuye los alicientes que tienen para desempeñar diligentemente sus funciones. La amenaza del despido —o de la separación del servicio— es muy remota, por lo que difícilmente ejercerá efectos estimulantes equiparables a los que pro-

¹³³ Vid. el artículo 21 de la Ley 30/1992.

¹³⁴ Vid. los artículos 93 y ss. de Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

¹³⁵ Vid. los artículos 20 y 78 y ss. de la Ley 7/2007.

¹³⁶ Vid. la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

¹³⁷ Vid. el artículo 47 de la Ley 7/2007.

¹³⁸ Vid., por ejemplo, los artículos 38 y ss. del Decreto 175/2006, de 24 de noviembre, del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se regulan las condiciones de trabajo del personal al servicio de la Administración del Consell.

¹³⁹ Artículo 24.c) de la Ley 7/2007.

¹⁴⁰ Vid., por ejemplo, el artículo 114 de la Ley 30/1992.

¹⁴¹ Vid. los artículos 14.g), 20.3, 41.2, 54.8 y 69.2.d) de la Ley 7/2007.

¹⁴² Vid. los artículos 11, 12 y 13 de la Ley 30/1992.

¹⁴³ Vid. el artículo 14 de la Ley 30/1992.

duce en el sector privado. Pero, con todo, la Administración todavía puede influenciar su conducta mediante otros sistemas de incentivos: promociones, distinciones honoríficas, retribuciones variables, provisión de puestos de trabajo, sanciones disciplinarias, etc.

La cuestión presenta más dudas respecto de las autoridades superiores de las Administraciones públicas, especialmente cuando éstas gozan de una amplia autonomía. Piénsese en los alcaldes. Tales agentes no se encuentran subordinados a ningún otro órgano administrativo. Nadie ejerce sobre ellos poderes jerárquicos. Antes bien, son ellos los que controlan la organización administrativa, no al revés. Sin embargo, no creemos que pueda decirse que son inmunes a todo control, o que carecen de los incentivos adecuados para prevenir diligentemente los daños por los que tendría que responder la Administración que gobiernan¹⁴⁴. Dichas autoridades están sujetas al menos al control de la ciudadanía, ejercido periódicamente a través del sufragio, por lo que, aun cuando «disparen con pólvora de rey», seguramente tratarán de prevenir, con mayor o menor diligencia, tales daños, en la medida en que tienen que pagar por los mismos un significativo precio político. Las condenas de responsabilidad civil conllevan para las autoridades gobernantes un importante coste de oportunidad: las cantidades empleadas en indemnizar a las víctimas y en gestionar los correspondientes litigios ya no podrán ser utilizadas para sufragar otros proyectos públicos, mucho más vistosos y rentables electoralmente¹⁴⁵. Ocasionalmente puede ocurrir, además, que ciertos accidentes conciten la atención de los medios de comunicación y acaben minando el prestigio político de las autoridades culpables. En suma, la responsabilidad civil vicaria de la Administración que dirigen puede provocarles un molesto «escozor», lo cual les impulsará a tomar precauciones.

¹⁴⁴ Según LEVINSON (2000), «Making Government Pay: Markets, Politics, and the Allocation of Constitutional Torts», *University of Chicago Law Review*, 67, págs. 345 y ss., la amenaza de tener que indemnizar a las víctimas por los daños causados ejerce sobre los gobernantes una eficacia disuasoria distinta —probablemente ineficiente— de la que dicha amenaza representa para los sujetos privados, pues aquéllos responden a los incentivos políticos antes que a los incentivos crematísticos, lo que pone en cuestión la justificación de la responsabilidad civil de las Administraciones públicas.

¹⁴⁵ Vid. ROSENTHAL (2007), «A Theory of Governmental Damages Liability: Torts, Constitutional Torts, and Takings», *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 9, págs. 797 y ss.

V. POR QUÉ NO CONVIENE QUE LA ADMINISTRACIÓN EXIJA A SUS SERVIDORES RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS QUE ÉSTOS LE HAYAN OCASIONADO NEGLIGENTEMENTE

Hasta el momento hemos analizado el problema de quién debe responder frente al tercero que ha sufrido un daño ocasionado por un agente público en el ejercicio de su cargo (problema de la responsabilidad en la *relación externa*). Ahora vamos a ver si el coste de los daños causados a una Administración pública por uno de sus servidores en el desempeño de sus funciones debe ser soportado por éste o por aquella (problema de la responsabilidad en la *relación interna*). Repárese en que un agente puede provocar daños a la Administración directamente sobre sus bienes o derechos (art. 145.3 Ley 30/1992) o indirectamente, al causar una lesión a un tercero que luego es indemnizado por la Administración (art. 145.2 Ley 30/1002). Nótese, asimismo, que el supuesto en el que la Administración ejerce la acción de regreso equivale al supuesto en el que la misma responde subsidiariamente (art. 121 CP), en el sentido de que el daño es soportado por el servidor público hasta el límite de su solvencia y por la Administración en la parte eventualmente restante¹⁴⁶.

1. *Justificación de la «irresponsabilidad» civil de los empleados públicos por los daños causados imprudentemente en el desempeño de sus funciones*

Reiteramos lo ya expuesto. Las autoridades y los funcionarios, sobre todo estos últimos, son mucho más renuentes al riesgo que las Administraciones públicas, lo que se acentúa cuando se trata de las de mayor tamaño y solvencia, que se comportan de manera prácticamente indiferente ante el mismo. Es por ello que tanto las unas como los otros preferirán repartirse el riesgo engendrado por éstos en el desempeño de sus cargos —el riesgo creado por el «funcionamiento de los servicios públicos»— de modo que las Administraciones asuman la mayor parte, cuando no su totalidad, ya que pueden soportarlo mejor. Y la situación constituida por la regla que podríamos llamar de la irresponsabilidad civil del agente es la que más se aproxima a esta distri-

¹⁴⁶ Nótese que la Administración puede ejercitar la acción de regreso del artículo 145.2 de la Ley 30/1992 para obtener el reembolso de las cantidades que hubiese satisfecho en virtud del artículo 121 CP. Vid. las SSAN de 15 de diciembre de 1999 (Rec. 695/1997; RJCA 4454) y 6 de octubre de 2000 (Rec. 846/1997; JUR 312209).

bución óptima del riesgo. A la Administración que ha sufrido un daño como consecuencia de la negligencia de un agente le resulta, paradójicamente, más gravoso reclamarle responsabilidad por ello que inmunizarlo contra semejante reclamación.

Realicemos el siguiente experimento imaginario. Supongamos que de aquí en adelante se aplicara a rajatabla la regla de la responsabilidad civil de los servidores públicos en el ámbito de la relación interna. Supongamos, además, que se les exigiera siempre la reparación íntegra de todos los daños ocasionados a la Administración, cuando menos hasta el límite de su solvencia. Los peligros resultantes saltan a la vista. Incluso entre las filas de los paladines de esta regla hay quien advierte los inconvenientes que la misma entraña: la sola amenaza de su aplicación «puede introducir un fuerte condicionamiento en el modelo y las pautas de comportamiento de los funcionarios, que podría conducir, a su vez, a un ejercicio defensivo, por conservador o inhibitorio de determinadas funciones públicas»¹⁴⁷; «el miedo a tener que indemnizar puede hacer que actúen de manera muy conservadora, optando siempre por aquellas formas de actuación más conocidas, menos innovadoras (y de resultados más contrastados) y adoptando cautelas excesivas, innecesarias, demasiado caras»¹⁴⁸.

Es dudoso, sin embargo, que la exigencia de tales responsabilidades produjese únicamente estos efectos secundarios. Es dudoso que la reacción de los agentes públicos ante semejante amenaza consistiese simplemente en elevar su nivel de precaución por encima de lo socialmente deseable. Téngase en cuenta que la Administración no puede permitirse ni permitir excesos de precaución manifiestamente desmesurados. Repárese, asimismo, en que, muchas veces, ni siquiera adoptando pautas de conducta notablemente conservadoras pueden los administradores eliminar por completo el riesgo de provocar un accidente, o el riesgo de que parezca que lo han provocado. Siempre existe el peligro de que cometan puntualmente una grave negligencia, que puede originar daños de una extraordinaria magnitud. Así las cosas, es posible que la demanda de empleo público acabara cayendo en picado¹⁴⁹. Sólo los individuos más incompetentes, más insensatos, peor informados, más deshonestos o insolventes estarían dispuestos a ocupar determinados puestos de trabajo en el sector público. La gente normal

¹⁴⁷ CASINO RUBIO (1999: 369).

¹⁴⁸ MIR PUIGPELAT (2002b: 1027). En sentido similar, vid. BLANQUER (1997: 104).

¹⁴⁹ Según RIVERO YSERN (2006), «Notas sobre el sistema de responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios», en *Los empleados públicos: estudios*, coords. DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN y JIMÉNEZ FRANCO, Ratio Legis, Salamanca, pág. 319, «las reclamaciones directas contra los funcionarios públicos pueden... retrotraer además a los ciudadanos de acceder a los empleos públicos».

es demasiado reluciente al riesgo. Es probable que muy pocas personas capaces, razonables, bien informadas y honradas se arriesgaran a tener que pagar enormes cantidades de dinero por la posible comisión de ciertas equivocaciones, a menos, claro está, que se elevaran proporcionalmente sus retribuciones en la cuantía suficiente como para que pudieran contratar un seguro que cubriese su responsabilidad civil, o a menos que la Administración les pagara directamente el seguro, tanto da¹⁵⁰. Éste sería seguramente el punto al que acabaría llegándose. De hecho, ése ha sido el resultado al que se ha llegado en algunos ámbitos —v. gr., el sanitario— donde las víctimas han solido ejercer su derecho a demandar directamente a los empleados públicos causantes del daño, ante los Tribunales civiles, penales o contencioso-administrativos, con arreglo a la legislación a la sazón vigente¹⁵¹. Y es ésta una situación que seguramente persistirá, mientras las víctimas sigan teniendo la posibilidad de formular semejantes pretensiones en la vía penal. Es más, podría acentuarse, si acabará por imponerse en la práctica la doctrina de que la potestad administrativa prevista en el artículo 145 de la Ley 30/1992 es de obligado ejercicio.

Sin embargo, a la Administración que pretende incorporar y mantener empleados de un nivel de calidad aceptable le sale más barato asumir directamente el coste de los daños causados negligentemente por aquéllos que subirles el sueldo para que puedan pagarse un seguro¹⁵². La Administración y, a la postre, los contribuyentes se ahorran los costes que engendraría la gestión por parte de las compañías aseguradoras de los contratos de seguro y el correspondiente beneficio empresarial. Las únicas que salen perdiendo son estas empresas, pero menos de lo que ganan el resto de los ciudadanos.

¿Y qué hay del riesgo moral? Uno podría pensar que ésta es una mala solución, porque hace desaparecer un elemento que estimula la

¹⁵⁰ Como advierte HUERGO LORA (2002: 84), la contratación por parte de la Administración de un seguro que cubra la responsabilidad civil de sus agentes constituye una forma de retribuirles, por lo que debería estar legalmente prevista.

¹⁵¹ Vid. PEMÁN GAVÍN (1994), «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público», *DA*, 237-238, págs. 310 y 311; BLANQUER (1997: 84 y ss.); MIR PUIGPELAT (2002b: 1055); HUERGO LORA (2002: 30 y ss. y 79 y ss.); ARQUILLO COLET (2008: 63 y ss., 94, 100 y 101); BATALLER GRAU (2008), «La póliza del seguro de responsabilidad de las Administraciones públicas: su posibilidad y clausulado general», *Revista Española de la Función Consultiva*, 9, págs. 39 y 40.

¹⁵² Otro problema distinto, aunque muy relacionado, es si está o no justificado que las Administraciones públicas contraten un seguro que cubra su propia responsabilidad civil. En contra, vid., por ejemplo, HUERGO LORA (2002: 28 y ss.). A favor, vid., por ejemplo, MONTORO CHINER y HILL PRADOS (2002), *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, Atelier, Barcelona, págs. 27 y ss. y 41 y ss. Una posición intermedia mantiene ARQUILLO COLET (2008: 86 y ss.): el seguro es ineficiente cuando se trata de Administraciones públicas con solvencia prácticamente ilimitada.

conducta diligente del funcionario, que previene daños. Si sobre él no pesa la amenaza de responder con su patrimonio por los daños causados imprudentemente, carecerá de los incentivos necesarios para actuar con el nivel óptimo de cuidado. Debe notarse, sin embargo, que la solución alternativa entraña un riesgo similar. Dada la aversión al riesgo de estos empleados, exacerbada muchas veces por la considerable magnitud de los daños que pueden ocasionar en el desempeño de sus cargos, los funcionarios, si son mínimamente sensatos, contratarán un seguro que cubra su responsabilidad frente a la Administración, con lo que desaparecerá un importante incentivo económico que estimulaba su diligencia, pues el coste de los accidentes que a partir de entonces provoquen ya no lo van a asumir ellos, sino la compañía aseguradora. El aseguramiento puede provocar, así, que las precauciones adoptadas disminuyan por debajo de lo que sería socialmente deseable. Es muy probable, ciertamente, que las compañías de seguros traten de mitigar este riesgo moral: ofreciendo sólo una cobertura parcial; exigiendo, antes de contratar, primas superiores a los funcionarios que parecen más «peligrosos»; otorgando posteriormente bonificaciones a los que acrediten bajos índices de siniestralidad, o a los que hayan tomado determinadas precauciones encaminadas a prevenir daños (v. gr., a los que realizan ciertos cursos de formación), etc.¹⁵³. Pero muy difícilmente conseguirán eliminarlo por completo.

No es demasiado atrevido sostener que la Administración puede reducir más eficientemente que las compañías de seguros el riesgo moral derivado del hecho de que sus agentes estén asegurados (asegurados bien porque han contratado un seguro o bien porque *de iure* o *de facto* no se les exige responsabilidad). La Administración, además de poder otorgar también «bonificaciones» de diversa índole a sus empleados que más correctamente hayan desempeñado sus tareas, cuenta con la importante ventaja de que posee mejor información que dichas compañías sobre lo peligrosos que son tanto dichos empleados como los puestos de trabajo que desempeñan. Otra importante ventaja es que la Administración puede controlar y dirigir la actividad de sus servidores; puede, por ejemplo, vigilar especialmente y exigir mayor diligencia a los más descuidados, asignar las tareas más peligrosas a los más competentes, evitar que los menos cautos ocupen los puestos de mayor riesgo, etc. Y, en fin, la Administración tiene la posibilidad de prevenir la realización de conductas dañinas por parte del personal a su servicio mediante un adecuado ejercicio de la potestad disciplinaria. Ob-

¹⁵³ Cfr., por ejemplo, GÓMEZ LIGÜERRE, CAMÍ CAMPAMÀ y SÁNCHEZ ÁLVAREZ (2003), «Ciclomotores y seguro», *InDret*, 3/2003, págs. 15 y ss.

sérvese que muchas de las acciones gravemente culposas que sobre el papel permitirían la exigencia de responsabilidad civil constituyen también infracciones disciplinarias¹⁵⁴, conminadas con sanciones que, sin duda alguna, poseen una notable eficacia disuasoria¹⁵⁵. El aseguramiento de los agentes públicos, en suma, no elimina los incentivos que éstos tienen para comportarse como es debido.

Pues bien, si la Administración puede prevenir más eficientemente este riesgo moral, resulta muy razonable que sea ella la que lo asuma¹⁵⁶. Eso la impulsará a ejercer adecuadamente sus potestades de vigilar, dirigir y controlar a sus empleados. Se crea de esta manera un estímulo que no existiría si dicho riesgo recayese sobre las compañías aseguradoras.

2. *¿Deberían ser tratadas las autoridades de manera diferente?*

Por las razones ya apuntadas, la solución debería ser la misma cuando los daños han sido causados por las autoridades superiores de las Administraciones públicas. Nótese, en primer lugar, que estas personas adoptan con gran frecuencia decisiones administrativas muy trascendentes, que pueden provocar daños de una enorme envergadura. Habida cuenta de que su patrimonio personal casi nunca bastará para repararlos, hacerles responder produciría unos efectos demoleedores. Sólo los muy ricos, los insolventes, los insensatos o los sumamente despistados se prestarían a ejercer de autoridades bajo semejante amenaza. Nadie «normal» se arriesgaría a ello, salvo que pudiera encontrar en el sector privado alguien que le asegurara. Probablemente, eso sería lo que acabaría ocurriendo: las autoridades contratarían un seguro que cubriera su responsabilidad civil frente a las eventuales exigencias de la Administración, un seguro pagado, directa o indirectamente, ¡por la propia Administración! Seguimos pensando que a ésta le saldría más barato asumir directamente el riesgo de accidentes causados por sus autoridades. Se ahorraría los costes de gestión de los contratos de seguro y el beneficio empresarial de las compañías aseguradoras.

El riesgo moral existe, indiscutiblemente, pero hay mecanismos que permiten reducirlo, si no por completo, cuando menos en parte. Al

¹⁵⁴ Vid., por ejemplo, el artículo 95.2.d) de la Ley 7/2007, de 12 de abril.

¹⁵⁵ A juicio de DIEZ SÁNCHEZ (2007: 214), la acción de regreso no hace «más por la elusión de conductas reprobables que la amenaza de un expediente disciplinario».

¹⁵⁶ En sentido similar, SALVADOR CODERCH, GÓMEZ LIGÜERRE, RUIZ GARCÍA, RUBÍ PUIG y PIÑEIRO SALGUERO (2002: 15 y ss.).

margen de la responsabilidad penal, algunos instrumentos de control político permiten a los ciudadanos estimular la diligencia de los gobernantes, compensando su inmunidad frente a controles de tipo jerárquico¹⁵⁷. Cabe mencionar aquí, a título ilustrativo, las diversas formas bajo las cuales los ciudadanos pueden participar, directamente o a través de sus representantes, en la organización y el funcionamiento de las Administraciones públicas (v. gr., en el Pleno de los Ayuntamientos), el derecho que los mismos ostentan de acceder a la información relativa a la gestión de los asuntos públicos y, en última instancia, la posibilidad que cada cuatro años se les ofrece de remover de sus cargos a las autoridades negligentes. Es plausible estimar que los ciudadanos, en virtud de tales mecanismos, están mejor pertrechados que las compañías de seguros para reducir el riesgo moral que encierra el aseguramiento de las autoridades administrativas.

VI. POR QUÉ CONVIENE QUE LA ADMINISTRACIÓN EXIJA RESPONSABILIDAD CUANDO LOS DAÑOS SON DOLOSOS O HAN PODIDO ENGENDRAR UN ENRIQUECIMIENTO INJUSTO DEL CULPABLE

La Administración sí debería exigir responsabilidad civil a sus agentes cuando éstos le han ocasionado daños *dolosamente*. Las mismas poderosas razones que siempre han llevado al legislador español a excluir la cobertura de los siniestros causados por la «mala fe» —o la «conducta dolosa»— del asegurado¹⁵⁸ justifican que las autoridades o los funcionarios que hayan provocado intencionadamente una lesión a terceros o a la Administración no gocen de inmunidad frente al ejercicio de las potestades contempladas en el artículo 145 de la Ley 30/1992.

Permitir que los empleados públicos queden asegurados frente a los daños que éstos originen de manera intencionada es verdaderamente descabellado, pues resulta muy costoso para la Administración y no reporta beneficio alguno a los empleados honestos. Dicho con otras palabras, no asegurar los daños dolosos supone un importante ahorro para la Administración, sin que ello perjudique un ápice a los agentes íntegros, pues éstos siempre tienen la posibilidad de eludir dicha responsabilidad con un coste nulo: tan sólo deben abstenerse de causarlos voluntariamente. A los únicos a los que podría aprovechar

¹⁵⁷ En sentido similar, SALVADOR CODERCH, GÓMEZ LIGÜERRE, RUIZ GARCÍA, RUBÍ PUIG y PIÑEIRO SALGUERO (2002: 16 y 17).

¹⁵⁸ Vid. los artículos 19 y 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro. Sobre las razones a las que obedece esta regulación, vid. GÓMEZ POMAR y ARQUILLO COLET (2000), «Daños dolosos y seguro», *InDret*, 3/2000, *in toto*, a quienes seguimos sustancialmente.

—y atraer— una regulación tal es a los «agentes-delincuentes», que obtengan algún tipo de utilidad derivada de la causación intencionada de un daño.

El problema es que en la práctica no siempre resulta fácil distinguir entre dolo y culpa, por lo que existe el riesgo de que los encargados de enjuiciar la conducta del funcionario —la Administración y, en última instancia, los Tribunales— consideren que éste ha actuado dolosamente y le exijan la reparación de los daños cuando, en verdad, éste no los causó de manera intencionada, sino «tan sólo» negligentemente¹⁵⁹. Si tal riesgo alcanza niveles significativos, es probable que se produzca una disminución indeseable del atractivo del empleo público y, correlativamente, de su demanda, pues los funcionarios no pueden ponerse a cubierto del mentado riesgo mediante la contratación de un seguro. Una manera de reducir dicho riesgo sería poner suma cautela en el ejercicio de las potestades previstas en el artículo 145 de la Ley 30/1992, emplearlas sólo cuando pueda constatarse con un alto grado de certeza que el daño se originó dolosamente.

También consideramos muy razonable que siga exigiéndose *responsabilidad contable* a los agentes públicos. No ya sólo porque los daños desencadenantes de esta responsabilidad han sido provocados por actuaciones dolosas (malversaciones) o, cabe afirmar, probablemente dolosas (alcances). Lo decisivo, a nuestro juicio, radica en que cuando se produce una malversación o un alcance es seguro, o cuando menos altamente probable, que de tales infracciones se ha derivado para el agente infractor, directa o indirectamente, un enriquecimiento injusto, correlativo al daño sufrido por la Administración. Ésta es una peculiaridad del daño contable, que lo distingue de los daños «típicos» ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos (v. gr., accidentes producidos en los ámbitos de la sanidad, la educación, la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, etc.), daños que no suelen reportar utilidad al agente que los ha causado, a menos que los haya provocado intencionadamente.

Así las cosas, constituiría una insensatez asegurar a los agentes públicos frente a las malversaciones o los alcances que pudieran cometer: el riesgo moral sería demasiado elevado, porque aquéllos obtienen o pueden obtener jugosos beneficios al incurrir en semejantes violaciones del ordenamiento jurídico contable, beneficios que con demasiada frecuencia superarían a los riesgos que para los agentes supondría la posibilidad de verse sometidos únicamente a controles jerárquicos, políticos o penales. Para contrarrestar adecuadamente los

¹⁵⁹ Cfr. GÓMEZ POMAR y AROUILLO COLET (2000: 3).

singulares alicientes que los administradores tienen para cometer malversaciones y alcances, hace falta la amenaza adicional de la responsabilidad civil.

VII. LA ANOMALÍA DE LA VÍA PENAL

1. *Justificación de la posibilidad de exigir responsabilidad civil de la Administración en el proceso penal: ventajas e inconvenientes*

Tres razones se han aducido para justificar la posibilidad de ejercer la acción de responsabilidad civil —contra los agentes públicos y, subsidiariamente, contra la Administración— en el procedimiento penal: la necesidad de evitar pronunciamientos contradictorios propiciados por la ruptura de la continencia de la causa; la economía procesal; y la pronta y eficaz protección de las víctimas¹⁶⁰, en especial de las menos dotadas económicamente, a quienes beneficia el deber del Fiscal de ejercer de oficio dicha acción¹⁶¹.

Estas razones son discutibles. La primera es por sí sola insuficiente para justificar la acumulación. De un lado, porque las contradicciones también podrían evitarse de otra manera; por ejemplo, permitiendo la tramitación en paralelo del proceso penal y del procedimiento de exigencia de la responsabilidad civil, imponiendo la suspensión del plazo dictado para dictar resolución en éste hasta que recayera sentencia penal y estableciendo el carácter vinculante de la declaración de hechos probados efectuada en aquélla. De otro lado, debe notarse que no es necesario apreciar la existencia de una infracción penal, ni siquiera la concurrencia de culpa en agente público alguno, para declarar la responsabilidad de la Administración con arreglo a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992: simplemente basta con acreditar que la víctima, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, ha sufrido un daño efectivo, individualizado, económicamente evaluable y que no tenía obligación de soportar. Es difícil por ello que se produzcan contradicciones relevantes. Debe señalarse, por último, que la eventual existencia de apreciaciones contradictorias no impide que competa al Tribunal de Cuentas conocer de la responsabilidad contable —de índole civil— derivada de las malversaciones constitutivas de delito, sin que se pueda acu-

¹⁶⁰ Vid. ARNÁIZ SERRANO (2006), *Las partes civiles en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 86 y ss.; FERNÁNDEZ FUSTES (2004), *La intervención de la víctima en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia (citamos por la versión electrónica: TOL 397318).

¹⁶¹ STC 98/1993, de 22 de marzo (FJ 3).

mular tal acción al proceso penal ni, por lo tanto, puedan los Tribunales penales conocer de la misma¹⁶².

El argumento de la economía procesal es ambivalente. La referida acumulación permite tramitar en un único procedimiento las acciones civil y penal, con el ahorro que ello representa para los contribuyentes, para las partes y, sobre todo, para las víctimas, que tienen la posibilidad de obtener la tutela judicial de sus derechos sin necesidad de embarcarse en dos litigios. Pero conviene resaltar que, de acuerdo con el artículo 121 del CP, 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. Si los Tribunales penales consideran finalmente que los hechos causantes del daño no son delictivos, la acumulación habrá supuesto una pérdida de tiempo y energías, porque entonces el perjudicado, si todavía pretende hacer valer sus derechos, deberá desandar el camino para dirigirse a una vía —la administrativa y, eventualmente, la contencioso-administrativa— a la que podía haber acudido mucho antes.

Cabría contestar a esta objeción que si las víctimas prefieren la vía penal será por algo. Hemos de suponer que éstas tenderán a escoger el curso de acción que más les conviene. Y si en un caso concreto acumulan será porque el ahorro que esperan obtener al actuar de esa manera supera al riesgo de que luego no se declare la comisión de una infracción penal. Sin embargo —cabría replicar—, aquéllas pueden acudir al proceso penal también por otros motivos, más cuestionables, como el de presionar a los acusados para llegar a un acuerdo sobre la acción civil, a sabiendas de que los jueces pueden mostrar una cierta quejencia a «ponerse del lado» de las víctimas, declarando incluso la existencia de una infracción penal para que éstas puedan cobrar prontamente.

El argumento de la protección de los sectores más necesitados de la población resulta vulnerable. En primer lugar, porque éstos ya gozan del beneficio de la justicia gratuita. En segundo lugar, porque la posibilidad de acumular la acción civil al proceso penal, así como de aprovechar la gratuidad del mismo y la colaboración del Ministerio Fiscal, se ofrece no en función de la capacidad económica del perjudicado, sino de la calificación penal de los hechos. A las víctimas pobres se les niegan tales beneficios cuando los hechos no son delictivos, mientras que a las ricas se les reconocen cuando éstos constituyen infracción penal.

¹⁶² Vid. el artículo 18.2 de la LOTCu, así como CASANA MERINO (2005: 52 y ss.) y ARNÁIZ SERRANO (2006: 164 y ss.).

En tercer lugar, no acaba de verse la razón por la cual el derecho a obtener una indemnización deba ser objeto de una protección reforzada o debilitada en función de la calificación penal de las conductas causantes del daño. ¿Por qué la persona que ha sufrido la amputación de su pierna derecha a causa de una imprudencia constitutiva de falta debe tener la posibilidad de exigir una indemnización a través de una vía privilegiada que se le veda a quien ha sufrido la amputación de ambas piernas como consecuencia del deficiente funcionamiento de los servicios públicos? Si se considera que las vías civil o contencioso-administrativa, tal como están configuradas hoy en día, no permiten tutelar adecuadamente el derecho a la reparación de los daños, lo deseable sería reformar esos cauces procesales para que *todas* las víctimas de perjuicios análogos pudieran ejercer ese derecho en igualdad de condiciones. Cuando se construyen atajos para unos pocos, se corre el riesgo de que todos quieran utilizarlos.

Las desventajas de semejante acumulación ya han sido analizadas. Las víctimas, como es muy comprensible, tenderán a utilizar abusivamente el procedimiento penal, en casos en los que realmente no se ha cometido delito o falta. Es probable entonces que los agentes públicos acusados tengan que soportar una instrucción penal si hay indicios, por remotos que sean, acerca de la posible existencia de una infracción. A partir de ahí, el tiempo corre en su contra. Cuanto más se demore la instrucción, mayor será la presión que sobre el instructor ejercerá la preocupación por ahorrar a las víctimas el peregrinaje hacia otras vías —máxime cuando esas otras vías son tan lentas e inhóspitas como la administrativa y la subsiguiente contencioso-administrativa—. Cuanto mayor sea la tardanza, más probable será, por lo tanto, que el instructor considere que existen indicios suficientes acerca de la comisión de una infracción penal como para pasar a la fase de juicio oral, en cuyo caso el acusado padecerá la llamada «pena de banquillo», expresión con la que se alude a los significativos costes de prestigio, dinero y seguridad que supone su mera condición de acusado. Una vez celebrado el juicio, el deseo de evitar a las víctimas el calvario que les supondría el tener que soportar un nuevo procedimiento para ser indemnizadas puede provocar, como ya sabemos, que el juzgador acabe dictando injustamente una sentencia penal condenatoria, siquiera por una infracción muy leve.

La preocupación por las víctimas será más intensa —y peligrosa— cuanto mayor sea el número de ellas, más resonancia mediática hayan suscitado los hechos y más se retrase el procedimiento penal. Se comprende, pues, que el riesgo de que algún agente termine condenado se exacerbe en los «macrocasos», como lo ilustran los asuntos del incen-

dio en la Discoteca Alcalá 20¹⁶³, la rotura de la presa de Tous¹⁶⁴, la tragedia del aceite de colza¹⁶⁵ o el síndrome Ardystil¹⁶⁶. Aquí se daban todos los ingredientes para que el funcionario de turno acabara siendo sacrificado en el altar de la rápida y eficaz protección de las víctimas: daños de una extraordinaria magnitud; numerosos perjudicados; intenso seguimiento realizado por los medios de comunicación; insolencia de los particulares que, en algunos de los casos, habían causado directamente los daños; procesos penales que se prolongaron durante más de una década. Y es en tales macrocasos donde, paradójicamente, más débil se vuelve el argumento de la pronta reparación, porque los procesos penales masivos como éstos suelen colapsarse y durar mucho más de lo que hubiese durado la vía contencioso-administrativa si las víctimas hubiesen optado por ella.

2. Posibles soluciones

Resulta difícil precisar cuál es la mejor solución de entre las factibles, porque todas las alternativas tienen ventajas e inconvenientes y, a la vista de la información de que disponemos, no nos atrevemos a decir si pesan más las unas o los otros. Lo deseable, por descontado, sería que todas las víctimas, no sólo las perjudicadas por actuaciones delictivas, pudiesen obtener una indemnización a través de cauces tan ágiles, eficaces y económicos como los que ofrece en circunstancias normales el procedimiento penal. Ello reduciría, seguramente, la utilización espuria del mismo. Empero, mucho nos tememos que tal cosa no va a ocurrir en un horizonte temporal cercano, pues no parece fácil ni barato poner a disposición de los ciudadanos semejantes vías rápidas, en sustitución de los enrevesados y lentos caminos que hoy deben transitar para obtener la tutela de sus derechos.

También sería deseable que los órganos jurisdiccionales penales no cedieran nunca a la presión, que se resistieran a la tentación de allanarles el camino a las víctimas cuando para ello hay que pasar por encima de algún inocente, condenándolo a una pena «de banquillo», luego a una pena «de verdad» y, además, al pago de una indemnización a la que probablemente no podrá hacer frente. Pero denunciar esta práctica no significa erradicarla. No impide, desde luego, que algún juez o magistrado caiga ocasionalmente en ella.

¹⁶³ Vid. la STS (Penal) de 17 de julio de 1995 (núm. 817/1995, RJ 6827).

¹⁶⁴ Vid. la STS (Penal) de 15 de abril de 1997 (núm. 492/1997, RJ 2986).

¹⁶⁵ Vid. la STS (Penal) de 26 de septiembre de 1997 (núm. 895/1997, RJ 6366).

¹⁶⁶ Vid. la STS (Penal) de 25 de abril de 2005 (núm. 537/2005, RJ 6547).

Eliminar la posibilidad de acumular la acción civil al proceso penal¹⁶⁷ acabaría, obviamente, con la utilización abusiva de éste y con el subsiguiente «efecto chivo expiatorio». También permitiría unificar la competencia para conocer de las pretensiones sobre responsabilidad civil de las Administraciones públicas, lo que redundaría en una mayor homogeneidad de la jurisprudencia y, por ende, en beneficio de los principios jurídicos de igualdad y seguridad. Pero tal solución tampoco está 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.

Se ha propuesto mantener la posibilidad de acumulación y unificar el Derecho sustantivo¹⁶⁸. Es decir, los Tribunales penales deberían aplicar los artículos 139 y siguientes de la ley 30/1992 para pronunciarse sobre la pretensión civil. De los daños que el acusado hubiese provocado en el desempeño de sus funciones públicas no respondería patrimonialmente él mismo, sino la correspondiente Administración, y de manera directa, no subsidiaria. La posibilidad de condenarla por tal concepto en el procedimiento penal tampoco estaría supeditada a la previa comisión de un delito, sino simplemente a que se acreditara que la víctima, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, sufrió un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente que no estaba obligada a soportar. Esta solución tiene una ventaja importante desde el punto de vista de la economía procesal: se evita a las partes, así como a los contribuyentes, el peregrinaje hacia otras vías jurisdiccionales cuando el proceso penal termina sin que se haya declarado la existencia de una infracción penal o cuando no resultan aplicables los artículos 120 y 121 del CP por cualesquiera otras razones —v. gr., porque el delito no fue cometido por un agente público ni en un establecimiento público—, pero el daño sí se ha producido como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos —v. gr., casos de delitos cometidos por presos durante la libertad condicional o un permiso penitenciario¹⁶⁹—. Si se aplicara la Ley 30/1992, el juzgador penal podría aprovechar las actuaciones procesales realizadas y resolver

¹⁶⁷ Como propone REBOLLO PUIG (2004: 231).

¹⁶⁸ CASINO RUBIO (1998: 332 y ss.).

¹⁶⁹ Actualmente, en estos casos no cabe declarar en el proceso penal la responsabilidad subsidiaria del Estado (SSTS, Penal, de 29 de mayo de 2001, núm. 966/2001, RJ 4575; 18 de junio de 2001, núm. 1164/2001, RJ 2002, 9944; y 29 de mayo de 2003, núm. 780/2003, RJ 4412), pero las víctimas sí pueden obtener en vía contencioso-administrativa la debida indemnización (SSTS, Cont.-Adm., de 4 de junio de 2002, Rec. 930/1998, RJ 6292; y 31 de octubre de 2007, Rec. 8199/2002, RJ 8478).

sobre la pretensión civil, satisfaciendo prontamente el derecho de las víctimas a quedar indemnes¹⁷⁰. Y no sentiría la tentación de condenar penalmente al acusado para que aquéllas pudieran cobrar con la deseable rapidez.

El problema es que semejante solución haría 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 y, en consecuencia, ya no ejercería sobre ellas efecto disuasorio alguno. Es muy probable, pues, que se agravara la utilización espuria del proceso penal, lo que a su vez podría propiciar un aumento del número de agentes públicos injustamente condenados al banquillo.

Permitir la acumulación únicamente en el caso de que se haya cometido un delito en sentido estricto tampoco parece una buena idea. Además de desaprovechar los beneficios económicos que la acumulación puede reportar cuando los hechos constituyen una falta, tal regulación resulta seguramente contraproducente en relación con el fin perseguido por el legislador al pergeñarla, que no era otro que el de proteger a los agentes públicos frente a la utilización torticera del proceso penal. Y es que, como señalaba un magistrado del Tribunal Supremo, «en supuestos de dudosa calificación podría acarrear una invitación a la opción por la conceptualización más dura»¹⁷¹. Esta solución encierra también el peligro de que los agentes terminen inicualemente acusados y condenados, pero esta vez como autores de un delito, no de una simple falta.

3. *La Administración, en cualquier caso, debería responder directamente*

Lo que está claro, de todos modos, es que la Administración debería responder siempre de manera directa por los daños causados por sus servidores en el desempeño de sus cargos, aun cuando los hechos constituyan delito o falta y la competencia para declarar la responsabilidad se atribuya a la jurisdicción penal. No ya sólo porque esta solución es preferible para las víctimas, que podrán cobrar más fácilmente sus indemnizaciones, sino además porque, como ya sabemos, la regla de la responsabilidad civil personal de autoridades y empleados públicos es normalmente perjudicial para los intereses generales que la Administración representa.

¹⁷⁰ Según ARNAIZ SERRANO (2006: 160), no hacerlo así sería «contrario a la economía procesal, e incluso al derecho a la tutela judicial efectiva».

¹⁷¹ SOTO NIETO (1996).

Hacer responder civilmente a los agentes públicos por los daños ocasionados negligentemente en el desempeño de sus funciones supone una distribución del riesgo que, casi con toda seguridad, no es la mejor. Aquéllos preferirían cobrar un salario menor a cambio de liberarse del riesgo que supone reparar los daños que pudieran ocasionar. Y a la Administración le saldrá seguramente más a cuenta asumir dicho riesgo y pagarles ese salario reducido. El artículo 121 del CP puede propiciar que autoridades y funcionarios, con el fin de evitar daños por los que tendrían que responder, adopten medidas de precaución ineficientes, excesivamente costosas. Pero, sobre todo, puede provocar que tales agentes exijan y consigan que su responsabilidad civil quede cubierta por un contrato de seguro pagado, directa o indirectamente, por la Administración, cuando lo normal es que a ésta le resulte más barato soportar inmediatamente el riesgo y ahorrarse semejante retribución en especie.

VIII. CONCLUSIÓN: PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Si, como hemos visto, hay sólidas razones que justifican que las personas al servicio de la Administración no respondan civilmente por los daños que le hayan causado culposamente en el ejercicio de sus funciones, sin que hayan podido enriquecerse injustamente como consecuencia de los mismos, no parece a primera vista que en estos casos convenga seguir manteniendo *de iure* tal responsabilidad, ya inexistente *de facto*. Se ha dicho, no obstante, que este «bonito florero» jurídico permite «tranquilizar conciencias» y «advertir que el Derecho ofrece un arsenal completo (de cierre) de la exigencia de responsabilidades»¹⁷². Nuestra modesta opinión es que ni para eso sirve. El mantenimiento de este elemento decorativo puede traer, además de las ineficiencias antes analizadas, otros efectos perversos, contraproducentes.

Ni las autoridades ni los empleados públicos ni, en general, los ciudadanos merecen que se les tenga por tontos. Es probable que al cabo del tiempo acaben cayendo en la cuenta de que esa responsabilidad no existe realmente. Llegado el momento, la misma ya no tendrá eficacia disuasoria alguna sobre la conducta de los administradores, ni tranquilizará conciencias, y nadie seguirá creyendo que el Derecho ofrece un arsenal completo de exigencia de responsabilidades. Más aún, lo previsible es que el incumplimiento por parte de las Administraciones públicas de una norma jurídica formalmente vigente pro-

¹⁷² DÍEZ SÁNCHEZ (2007: 216).

duzca precisamente el efecto contrario. Puede provocar que la ciudadanía se sienta defraudada por las autoridades administrativas, que aumente su desconfianza en ellas, que se acentúe su impresión de que actúan corrupta, corporativista e irresponsablemente, persiguiendo su beneficio privado en detrimento del interés general, que pierdan legitimidad. Puede generar, además, un cierto «efecto contagio», propiciando, por ejemplo, que no se exija responsabilidad civil por los daños causados dolosamente, o que no se ejerza como es debido la potestad disciplinaria ante la comisión de imprudencias tipificadas como infracciones. El mantenimiento *de iure* de la responsabilidad prevista en el artículo 145 de la Ley 30/1992 entraña también el peligro de que la Administración la exija ocasionalmente. Si tal ocurre, a los mentados efectos perversos habría que añadir otros. No sólo es muy probable que el ejercicio selectivo de la potestad contemplada en este precepto constituya una discriminación, sino que también se está abonando el campo para que las autoridades incurran —o para que los ciudadanos creen que incurren— en abusos, arbitrariedades y desviaciones¹⁷³. Esta potestad podría ser utilizada, por ejemplo, para represaliar a los miembros del bando político rival tras un cambio de gobierno. Convendría, en fin, eliminar *de iure* dicha responsabilidad para el caso de los daños causados negligentemente por los agentes públicos, siempre que éstos no hayan podido enriquecerse al provocarlos.

No disponemos de información suficiente para precisar si las propuestas efectuadas por algunos autores en relación con la responsabilidad *ex delicto* de autoridades y empleados públicos mejoran la regulación contenida en el artículo 121 del CP. Lo que sí creemos tener claro, en cualquier caso, es que tampoco aquí dichos agentes deberían responder civilmente por los daños causados de manera negligente en el ejercicio de sus funciones, aunque la negligencia constituya un delito. También entonces la responsabilidad civil debería corresponder directa y exclusivamente a la Administración, por el bien de todos.

¹⁷³ Cfr. HIERRO (2003), *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, págs. 177 y ss., en relación con los efectos de las «normas perversas», que serían aquellas generalmente incumplidas y generalmente inaplicadas que ocasionalmente se aplican.