

Francisco
Alonso
Colomer

La responsabilidad patrimonial de los empleados públicos en el marco estatutario

Vicesecretario General
Técnico del Ministerio de
Obras Públicas y Transportes

Jornadas sobre el Estatuto de la Función Pública,
Santiago de Compostela 4 y 5 de marzo de 1993.

Introducción

En unas jornadas de reflexión sobre el Estatuto de la Función Pública no podía estar ausente el tema de la responsabilidad patrimonial del funcionario, y, por extensión, del empleado público. Dos razones principales abundan en la conveniencia de abordarlo. La primera sería que la consideración del marco estatutario quedaría notoriamente incompleta sin la referencia a este tema de la responsabilidad patrimonial y al procedimiento para determinar la misma.

La segunda razón no ya solo conveniente, sino obligada, de la reflexión sobre este aspecto de la responsabilidad del empleado público, se identifica con el clima de inconformismo y de protesta existente entre deter-

minados grupos de profesionales, vinculados a las distintas Administraciones, cuyas tareas se desarrollan al borde de una frágil frontera que les enfrenta con potenciales responsabilidades a veces desproporcionadas con su nivel retributivo o con los medios que las propias Administraciones ponen a su disposición.

La suscripción de pólizas de seguro por parte de las Administraciones para cubrir la responsabilidad civil de sus colectivos o grupos identificados de servidores públicos, o las denuncias de médicos y personal sanitario contra la propia Administración por no facilitarles los medios adecuados que necesitan para realizar su función, constituyen signos o ejemplos que ponen de manifiesto las deficiencias de un sistema que exige una imprescindible revisión.

Por todo ello, la intervención que sigue comprenderá:

I). La descripción y balance crítico del sistema regulado en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, y en el Código Penal.

II). La consideración, asimismo valorativa, de las novedades que en dicho sistema introduce la Ley 30/1992, de 27 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

III). La propuesta de un nuevo modelo para articular la reparación de los daños debidos al funcionamiento de los servicios públicos imputables a los empleados de la Administración, tomando en consideración a todos los sujetos implicados (tercero lesionado, Administración y empleado público).

I

1. *La responsabilidad patrimonial de la Administración y del funcionario en la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957*

La responsabilidad de la Administración en los países de nuestro entorno ha pasado desde un rechazo generalizado de la misma –por cuanto se consideraba incom-

patible con la idea de soberanía-, hasta una aceptación que fluctúa entre el decantamiento en favor de la responsabilidad administrativa objetiva y otra postura, más matizada, en que puede jugar, ya la distinción conceptual entre “terceros” y “usuarios del servicio público”, ya la consideración de la acción del funcionario como independiente de la relación típica de servicio.

Por lo que respecta al derecho español, el texto capital ha sido la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, cuyo Título IV contempla la responsabilidad patrimonial del mismo y la de sus Autoridades y funcionarios.

Sin entrar en la influencia, ampliamente comentada por la doctrina, que en la evolución de nuestro Derecho haya podido tener el tantas veces citado artículo 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa (que estatuye: “Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, –esta limitación a la Ley desaparece en el artículo 133.1 del Reglamento– siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo”), lo cierto es que la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 establecía en el artículo 40.1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa”. Por tanto, este precepto concretaba, de una manera determinante, el principio introducido por la legislación de expropiación forzosa transcrito más arriba.

Por otra parte, el artículo 41 de la citada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado disponía que: “Cuando el Estado actúe en relaciones de derecho privado, responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus Autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como ac-

tos propios de la Administración. La responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios.

En consecuencia, nuestro Derecho positivo consagraba dos supuestos de responsabilidad, perfectamente delimitados en lo que aquí interesa, como son la responsabilidad patrimonial directa del Estado exigible por el funcionamiento de los servicios públicos, ya sea aquél normal o anormal, y salvo que concurra algún caso de fuerza mayor, y la responsabilidad patrimonial, también directa del Estado, cuando actúe en relaciones de derecho privado, y ello con independencia del distinto orden jurisdiccional, administrativo u ordinario, en que pueda exigirse según los casos.

Puede afirmarse que esta regulación encajaba perfectamente con las previsiones de nuestra Constitución que incorpora, en su artículo 106.2, el principio de responsabilidad patrimonial de las Administraciones por el funcionamiento de los servicios públicos .

El capítulo II, del Título citado de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, se refería, por su parte, a la responsabilidad de sus Autoridades, funcionarios o agentes para centrar su responsabilidad en los casos en que concurriera culpa o negligencia graves.

El artículo 42.1 consagraba la acción de regreso en favor de la Administración ya que, tras la previa indemnización por el Estado a los terceros lesionados, aquélla podía "exigir de sus Autoridades, funcionarios o agentes, la responsabilidad en que hubieran incurrido por culpa o negligencia graves, previa la instrucción del expediente oportuno con la audiencia del interesado (acción "recourse", introducida en Francia por el "arrêt Laruelle" -Consejo de Estado, 28 de julio de 1951-).

La Ley establecía además la posibilidad de que, conforme a lo previsto en su artículo 43, los particulares pudieran también "exigir a las Autoridades y funcionarios civiles, cualquiera que sea su clase y categoría, el resarcimiento de los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan irrogado por culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos " (precepto que tiene su precedente en la Ley "Maura", de 5 de abril de 1904, aunque en la misma dicha posibilidad está notablemente condicionada por la limitación de que la responsabilidad solo

podía exigirse si previamente la observación del precepto infringido en el origen de aquélla les hubiera sido “reclamada por escrito”) y, sustancialmente, el artículo 44.1 subrayaba que “La responsabilidad de orden penal de las Autoridades y funcionarios podrá exigirse ante los Tribunales de justicia competentes”, sin que sea requisito indispensable al efecto el previo consentimiento de la autoridad administrativa (número 2 del mismo artículo).

Nos encontrábamos pues, como ha señalado un sector de la doctrina, ante la posibilidad, si mediaba culpa o negligencia graves, de que el particular actuara bien contra el funcionario bien contra la propia Administración, pues la responsabilidad de ambos se articulaba “técnicamente, para mayor garantía de la víctima, como solidaria”. Los derechos del ciudadano aparecían, por tanto, perfectamente garantizados en la norma vigente, habiendo recogido la Ley administrativa el principio de responsabilidad directa y solidaria.

En conclusión, podemos afirmar que, en aquellos supuestos en que no existía culpa o negligencias graves en la conducta de la Autoridad o funcionario público, no podía ser exigida de los mismos ningún tipo de responsabilidad patrimonial, debiendo entenderse que la culpa o negligencia simples quedaban subsumidas en un ámbito de responsabilidad que comprometía únicamente a la propia Administración. Esto es, en estos casos se aceptaba el principio de responsabilidad del servicio pero no la personal del agente público a los efectos que aquí interesan.

2. El tratamiento de la responsabilidad patrimonial del funcionario en el marco de la legislación penal

2.1. Normativa vigente

El artículo 42.4 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, preveía que la concurrencia de culpa o negligencia graves en la conducta de los funcionarios pudiera constituir, en ocasiones, supuestos contemplados por la legislación penal. En este sentido decía textualmente: “Lo dispuesto en los

párrafos anteriores se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes”.

Ahora bien, el artículo 19 del Código Penal dispone que “Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente”, remitiendo por otra parte el artículo 1092 del Código Civil, a efectos de la regulación de la responsabilidad civil derivada de delito o falta, a la regulación que de ella haga el propio Código Penal.

Si todo ello es así, deberemos estar al posible tratamiento que el Código Penal haga de la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal cuando el funcionario público, por acción u omisión, incurra, precisamente, en delito o falta. Y es en este punto donde cobra singular importancia el citado artículo 19 del Código Penal puesto que, según su tenor, el funcionario responsable criminalmente de un delito o falta, lo será también civilmente, como se ha señalado. Resta por considerar si la responsabilidad civil del funcionario compromete de alguna manera a la propia Administración.

Encontramos, en este sentido, que los artículos 20 y 21, del mismo cuerpo legal, identifican a los responsables civiles, principales y subsidiarios, y que el artículo 22 de capital importancia por el juego que ha dado en el campo jurisprudencial referido a los aspectos que se contemplan en la presente reflexión, especificaba, antes de su modificación por la Ley 1/1991, de 7 de enero, que “La responsabilidad subsidiaria que se establece en el artículo anterior será también extensiva a los amos, maestros, personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubieran incurrido sus criados, discípulos, oficiales, aprendices, empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicio”.

Este precepto del Código Penal, que data del año 1944, en que se añadió a los sujetos hasta entonces enumerados, las “entidades” y “organismos”, ha servido de base para que los Tribunales hayan consagrado la responsabilidad subsidiaria a cargo del Estado, como testimonian multitud de sentencias dictadas en este sentido por los delitos o faltas en que incurrieron servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

Por otra parte, y para completar la descripción de cual puede ser la situación del funcionario procesado, el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que "Cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza".

Si al precepto anterior añadimos las previsiones contenidas en los artículos 529 y siguientes de la misma Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el sentido de que el procesado, esto es el funcionario procesado en nuestro caso, puede acceder, si así lo declara el Juez o Tribunal correspondiente, a la libertad provisional, previa la constitución de la correspondiente fianza, sucede, como de hecho se viene dando en la práctica, que el funcionario procesado venga obligado, por una parte, a constituir fianza, por sí o por terceros para obtener la libertad provisional, y a constituir, asimismo, otra fianza distinta o en su defecto verá sometidos a embargo sus bienes para cubrir su eventual responsabilidad civil.

La regulación contenida en la normativa penal puede originar una situación especialmente gravosa para el funcionario procesado, por la envergadura del montante de la responsabilidad que le sea exigido, y esta consideración obliga a un examen riguroso de la práctica jurisprudencial actual, a fin de constatar si la filosofía y doctrina que los Tribunales penales han creado, sobre el soporte de los mencionados textos positivos, concilian los principios de legalidad y equidad a satisfacción de la sociedad en el momento presente.

2.2. La doctrina del Tribunal Supremo: examen crítico

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, que presenta en la materia un carácter lineal, ha llegado a constituir un cuerpo de doctrina que puede sintetizarse en el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial subsidiaria del Estado y demás Corporaciones de derecho público, como consecuencia de conductas penalmente ilícitas

por parte de sus funcionarios, en aquellos supuestos en que queden probadas la existencia de una relación de dependencia entre el autor de la infracción penal y el Estado o Corporación y la circunstancia de que la actividad reprobada por la norma se ha producido en el marco de la relación de servicio. En este sentido puede citarse la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo que, fiel a sí mismo, reitera sistemáticamente (así, dentro de las sentencias más recientes, pueden citarse las de 18 de enero, 23 de octubre y 11 de diciembre de 1984; 20 de abril y 28 de mayo de 1985; 2 de febrero, 4 de marzo, 12 de abril, 30 de mayo y 14 de julio de 1988; 7 de marzo de 1989; 12 de julio, y 19 y 28 de diciembre de 1990; 14 de octubre y 18 de noviembre de 1991; y 24 de marzo y 16 de mayo de 1992).

Por lo que respecta a los principios teóricos que justificarían el reconocimiento de la responsabilidad subsidiaria del Estado a tenor de lo dispuesto en el art. 22 del Código Penal, el Tribunal Supremo se acoge a los tradicionales, como serían la culpa "in vigilando" o "in eligendo", "la mala electio", el aforismo "ubi est emolumentum, ibi onus esse debet" etc. con una cierta apertura más reciente hacia el principio de creación del riesgo.

Especial significación para profundizar en el conocimiento de los criterios del Tribunal Supremo, tiene la sentencia de 13 de abril de 1981, en que se recuerda que la responsabilidad subsidiaria de las Administraciones públicas obedece a "una interpretación progresiva, aperturista y evolutiva, generosa y fecunda, extensiva, amplia y ponderada –pues de tan variados modos ha sido calificada por los fallos de este Tribunal– inspirada en la denominada jurisprudencia de intereses, apartada de una hermeneútica conceptual y que, actualmente, puede apoyarse en el art. 3.1 del Código Civil, cuyo precepto previene que las normas se interpretarán, no solo atendiendo a los criterios gramaticales, lógicos, sistemáticos e históricos sino acudiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y al espíritu y finalidad de las mismas..." (sexto de los considerandos).

La posible apertura hacia un nuevo principio fundamentador de dicha responsabilidad como es el principio de la creación del riesgo es recordado en la sentencia de 4 de marzo de 1988 (tercero de los fundamentos de derecho).

En síntesis, puede afirmarse que el Tribunal Supremo, como se indicaba, ha elaborado, en relación con el artículo 22 del Código Penal, no afectado sustancialmente, en lo que aquí interesa, por la modificación de la Ley 1/1991, de 7 de enero, una doctrina que parece en estos momentos consolidada e inalterable. Es obvio sin embargo, al margen del criterio de autoridad que respalda la doctrina expuesta, la necesidad de estudiar, siquiera sea someramente, el arranque de la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal para constatar hasta que punto resulta coherente con nuestro ordenamiento jurídico las primeras sentencias que dieron origen a jurisprudencia tan reiterada y, en este sentido, se formulan las consideraciones que siguen.

La interpretación más madrugadora del Tribunal Supremo que atribuye a una Administración pública la responsabilidad subsidiaria por actos sancionados por el Código Penal causados por un agente suyo, se remonta a 1936, es decir, mucho antes que la reforma del Código Penal, efectuada, en 1944, añadiera a los sujetos enumerados en el art. 22 del mismo, como responsables subsidiarios, las "entidades" y "organismos". Puede ofrecer, por otra parte, serias dudas la legalidad de la incorporación de los nuevos sujetos ya que no parece que obedeció al mandato que el Legislativo dió en su momento al Ejecutivo para redactar el "Código Penal, texto refundido de 1944", que fue aprobado por el Decreto de 23 de diciembre de ese año y vio la luz el 13 de enero del año siguiente.

El Tribunal Supremo, en 1936 (sentencia de 18 de marzo) apoyándose en el concepto de "persona", que aparecía en el art. 22 del Código Penal de 1932 entonces vigente, e interpretándolo en su sentido más amplio, atribuye a un ayuntamiento la correspondiente responsabilidad civil subsidiaria como consecuencia de haber sido condenado, por imprudencia temeraria, el conductor de un tanque de riego al servicio de la municipalidad que había atropellado y causado la muerte de una niña. El Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal "a quo" por el ayuntamiento interesado. Debe recordarse, además, que el art. 41 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931 estatuyó: "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 determina la ley" (párrafo 3º.), precepto constitucional al que también se refiere la sentencia.

Haciendo por consiguiente balance del "iter" de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se imponen dos conclusiones como son la de constatar, por una parte, la ausencia de innovaciones relevantes en la interpretación de un precepto, y lo cuestionable, por otra parte, de dicha interpretación dado que al art. 22 del Código Penal le ha sido reconocida una significación extensiva –derivada de la interpretación del término persona– al no contener alusión alguna al "Estado" o a los funcionarios públicos. Llama, en efecto, la atención que estos conceptos, de tan cualificada significación, no hayan tenido cabida explícita en un precepto de tanta transcendencia si así lo hubiera querido el legislador, que procede a una enumeración realmente detallada de los sujetos responsables. El silencio es tanto más llamativo por cuanto el Código recoge, expresamente, en los Títulos I y II del Libro II, los delitos contra la seguridad exterior e interior del "Estado", y define, en su art. 119, específicamente, el concepto de "funcionario público" a efectos de la ley penal. Todo ello parece que debería excluir la posibilidad de una interpretación analógica del artículo 22 citado.

Tras lo expuesto debemos aceptar, razonablemente, que, ante una manifiesta laguna legal, los Tribunales han procedido a colmarla, no por la vía de promover, con su denuncia, la superación del vacío existente, sino por la opción voluntarista de forzar la interpretación de la norma vigente para alcanzar una respuesta, en el mejor de los casos, sujeta a lógicas críticas discrepantes.

El Tribunal Supremo, en su importante sentencia de 21 de diciembre de 1990, subraya (fundamento de derecho tercero), "que como recordó la sentencia de 13 de enero de 1981, en relación con la responsabilidad civil subsidiaria "ex delicto", aunque la norma reguladora esté articulada dentro del Código Penal (art. 22), su contenido tiene carácter civil, por lo que su apreciación admite la interpretación extensiva "a sensu contrario" del criterio restrictivo que reclama la indagación del comprendido en la Ley Penal". Aclaración que pone de manifiesto, en todo caso, la laguna legal denunciada.

3. *Balance de los supuestos de responsabilidad*

Recordaremos, sintéticamente, cuáles son los supuestos de responsabilidad patrimonial del funcionario hasta la entrada en vigor de la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

1) En los casos en que se originen daños y perjuicios a terceros sin que los funcionarios hayan incurrido en culpa o negligencia graves, la responsabilidad es imputable a la Administración (art. 42.1 LRJAE, "a sensu contrario").

2) Si por el contrario se da la culpa o negligencia graves en el comportamiento del funcionario, éste aparece como responsable último por cuanto, o bien responderá directamente (art. 43 LRJAE), o bien, si el Estado indemniza a los terceros lesionados, puede actuar para exigir de sus funcionarios la responsabilidad correspondiente (art. 42.1 LRJAE).

3) Si la conducta del funcionario es sancionable penalmente, la responsabilidad civil derivada de la misma le corresponderá de manera directa apareciendo la Administración únicamente como responsable subsidiaria (arts. 19 y 22 del Código Penal).

4) En el supuesto anterior la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración desaparece cuando el comportamiento del funcionario se produce al margen de la relación de servicio (art. 22 del Código Penal).

De todo ello se desprende que los intereses de los particulares lesionados se encontraban perfectamente tutelados cuando la lesión resultaba del funcionamiento de los servicios, por cuanto la Administración pública cubría la responsabilidad ya fuera de una manera directa o subsidiaria.

Asímismo, el interés de la Administración quedaba protegido frente al funcionario ya que, o bien respondía subsidiariamente, esto es en un segundo grado de responsabilidad tras el funcionario, o bien, cuando lo hacía directamente, le asistía una acción de regreso frente al mismo si éste había incurrido en culpa o negligencia graves.

En definitiva, la Administración era única responsable de los daños originados por los servicios públicos, siempre que dicha responsabilidad no quedara excluida por tratarse de un caso de fuerza mayor, cuando no concurría ninguna otra responsabilidad personal significativa legalmente.

4. La situación de desprotección del funcionario responsable. Necesidad de una revisión del régimen legal vigente

4.1. La ambigüedad de la Ley de 1957

La opción por un régimen de responsabilidad solidaria, compartida por la Administración y las autoridades y personal a su servicio, por daños derivados de las actuaciones de éstos en el ejercicio de sus funciones, resulta poco coherente y práctica y su mantenimiento solo parecía deberse a una fidelidad histórica que no se justifica. Como vamos a tener ocasión de ver:

a) Tal opción no supone una mayor garantía para el particular.

b) Plantea, sin resolver, una compleja situación procesal.

c) No aborda el problema de fondo, que no es otro que hacer compatibles los derechos del particular lesionado con la responsabilidad proporcionada del funcionario.

d) Responde, por inercia legislativa, a unos condicionantes sociales ya superados.

4.1.1. El sistema de responsabilidad solidaria no supone una mayor garantía para el particular.

La introducción del principio de responsabilidad solidaria, sin mayores precisiones, supone dejar a criterio del particular lesionado una previa y presunta identificación del funcionario responsable, sin que la Administración resulte implicada en primera instancia, salvo que el particular iniciara paralelamente un procedimiento contra la Administración y otra contra el personal vinculado al acto lesivo.

La inconsistencia de la solución resulta manifiesta. Piénsese que la responsabilidad de la Administración, co-

mo consecuencia de daños producidos por el funcionamiento de los servicios, puede ser exigida en todo caso, mientras que la del personal a su servicio solo se produciría en el supuesto de que concurriera al menos culpa o negligencia graves.

De la anterior consideración se desprende lo “antieconómico” de proceder contra el personal al servicio de la Administración, puesto que se le exigiría al demandante una prueba suplementaria como será la que afecta a la calificación de la conducta de dicho personal. En consecuencia, la responsabilidad solidaria no supone una mejor cobertura de los derechos del particular lesionado y se convierte, por tanto, en una opción meramente formal de nulo atractivo práctico.

4.1.2. La opción plantea una compleja situación procesal

La exigencia de responsabilidad, simultáneamente, a la Administración y al personal a su servicio, por unos mismos hechos, deja sin resolver un interrogante procesal de capital importancia.

Si bien la Administración debe, en un primer momento, reconocer o negar su responsabilidad patrimonial, abriendo en caso de discrepancia (incluso sobre la cuantía de la indemnización, suponiendo que acepte la relación entre el funcionamiento del servicio y el daño) la vía contencioso-administrativa, deberán ser los tribunales ordinarios quienes habrían de pronunciarse sobre la responsabilidad patrimonial de las autoridades y el personal al servicio de la Administración puesto que se trata de una responsabilidad patrimonial personal.

La reflexión anterior obliga a aceptar la conclusión de que la determinación de una única responsabilidad, con independencia de su carácter solidario, se remite a la decisión de dos ordenes jurisdiccionales distintos, desenlace que desvirtúa el sistema .

4.1.3. La regulación que se examina no resuelve el problema de fondo

El ordenamiento, aunque lógicamente debe asegurar la protección de los derechos del particular lesionado, no puede marginar la adecuada tutela del funcionario que,

en principio, y tal como sucede en otras legislaciones de nuestro entorno más evolucionadas en este punto, debiera, como animador e intérprete de la voluntad de la Administración y en la medida en que sirve los intereses públicos, recibir un apoyo institucional en el cumplimiento de su cometido. El tema motivó, bajo los auspicios del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, la atención de la Asociación Internacional de la Función Pública en el "10º Coloquio de Avignon" (julio de 1987).

En efecto, reiteradamente ha sido subrayada la desproporción existente, en numerosos supuestos, entre la retribución que percibe determinado personal al servicio de la Administración y la enorme trascendencia de sus decisiones que, lógicamente, pueden hacerle incurrir en importantes responsabilidades cuando se producen daños para terceros o para la propia Administración. El temor a tales consecuencias puede incluso llegar, en ocasiones, tal como se apuntó más arriba, a enervar legítimas iniciativas recortando su capacidad real de actuación.

El sistema de responsabilidad solidaria, en este sentido, no introduce ninguna medida tutelar para el funcionario, ignorando nuestra realidad y la sensibilidad que por el tema parecen haber demostrado en algún momento tanto el Legislativo como la Administración. Conviene recordar, en efecto, que las leyes de Presupuestos para 1990 (Disposición Adicional Tercera) y 1991 (Disposición Adicional Sexta) abren la posibilidad de que sean concertadas pólizas de seguro para cubrir la responsabilidad civil de determinados colectivos al servicio de la Administración en el desempeño de ciertas actividades, opción voluntarista y bien intencionada pero que contradice el fundamento del sistema. Por otra parte, alguna norma de la Administración, de dudosa legalidad pero que responde a una reivindicación unánime del funcionariado, ha dado entrada a la responsabilidad directa de la Administración sin involucrar en un primer momento al personal público (así, la Orden del Ministerio del Interior, de 7 de marzo de 1989, respecto de los funcionarios de la Dirección General de Tráfico; la disposición amplía el régimen previsto por la Orden del mismo Departamento, de 30 de julio de 1987, sobre el pago de indemnizaciones por daños causados por los

vehículos de las Fuerzas de Seguridad del Estado conducidos por personas habilitadas).

Por cuanto antecede, podemos afirmar que la opción por un sistema de responsabilidad solidaria se desconecta de las exigencias del cuerpo social y debe enjuiciarse, lógicamente, de manera negativa.

4.1.4. El sistema de responsabilidad solidaria ha perdido su fundamento institucional

Las consideraciones anteriores permiten concluir que el sistema de responsabilidad solidaria, en el campo a que nos venimos refiriendo, no responde a ningún criterio de utilidad social, esto es, no tiene justificación institucional y su mantenimiento obedece, sencillamente, a un conservadurismo legislativo derivado de un título histórico hoy caducado.

En efecto, la responsabilidad patrimonial de “los funcionarios civiles del orden gubernativo o administrativo” fue regulada por la Ley de 5 de abril de 1904, desarrollándose así las escasas previsiones del Código Civil (art. 1903, párrafo quinto suprimido por la Ley 1/1991, de 7 de enero) que exoneraba prácticamente al Estado de responsabilidad, sin que las posibilidades de interpretación que ofrecía el citado párrafo, por su remisión al artículo anterior, fueran realmente aprovechadas.

Admitida hoy la responsabilidad de la Administración pública, tal como se ha expuesto, sucede que el problema pendiente no es la protección de los derechos del particular que tiene identificado sin error un “patrimonio” solvente al que imputar dicha responsabilidad, sino, como se indicó también, la tutela de los agentes del poder público en un marco de actuación del Estado que les confiere cada vez mayores responsabilidades.

En este sentido, la posibilidad de acción contra los funcionarios en vía civil resulta inútil y por ello innecesariamente perturbadora para el servidor público. Consecuentemente el sistema de responsabilidad solidaria ha perdido su razón de ser en la sociedad de nuestro tiempo.

4.2. El desfase del Código Penal

Llegados a este punto conviene recordar, tal como se expuso, la situación en que queda el funcionario públi-

co en aquellos supuestos en que le es imputado un ilícito penal del que se derivará, lógicamente, la correspondiente responsabilidad civil, a tenor de lo dispuesto en el artículo 19 del Código Penal en el que se consagra el principio citado de que "toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente".

La responsabilidad directa que corresponde al funcionario comporta que, cuando éste es procesado, deberá garantizar, precisamente, su presunta responsabilidad patrimonial, pudiendo decretarse en el correspondiente auto "el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza" (art. 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La experiencia pone de manifiesto que esta medida, dadas las eventuales consecuencias que en el ámbito patrimonial puede tener una decisión adoptada en el marco de actuación de la Administración, supone, en ocasiones, una carga desmesurada para el funcionario inculcado y de escaso beneficio para el sujeto lesionado.

Esta circunstancia real concurrente denuncia la desproporción existente entre la situación del funcionario, orgánica y profesional, y las potenciales responsabilidades en que puede incurrir como consecuencia de la significación y trascendencia de su actuar cuando ejerce las prerrogativas propias de su cargo, y plantean, lógicamente, la cuestión de si el Código Penal, dada la interpretación que recibe de nuestros Tribunales en lo que al tema que nos ocupa se refiere, responde en este aspecto concreto a un patrón de conducta social auténticamente útil y actualizado, aspecto este capital del que ya se ha hecho mención más arriba.

En efecto, el intervencionismo administrativo y la trascendencia para el interés colectivo de las medidas que la Administración toma, descansan, en definitiva, sobre el criterio personal de los funcionarios que animan la voluntad de aquélla. Si ello es así, no parece razonable desvincular, salvo en los supuestos en que se rompe la relación de servicio, las decisiones del funcionario, en cuanto tal, de su incardinación en el órgano administrativo, puesto que la decisión que toma no sería viable y eficaz si no apareciera revestida de la forma y fuerza orgánicas. En este sentido, no parece suficiente que la responsabili-

dad de la Administración surja simplemente con carácter subsidiario.

Queremos significar, que tanto la desproporción, sobre la que se ha insistido, entre la condición de funcionario y las consecuencias potenciales de los actos de éste, como la circunstancia de que sus decisiones y efectos de las mismas solo son posibles por darse en él la investidura para el ejercicio de las competencias y potestades de la Administración, invitan a vincular más estrechamente las eventuales responsabilidades patrimoniales de uno y otra.

No cabe duda que la interpretación dada por el Tribunal Supremo al art. 22 de nuestro Código Penal resulta, como se indicó, una interpretación opinable por cuanto no existe una cita expresa ni del Estado, ni del funcionario público, si bien dicha interpretación extensiva por analogía parece justificada ante el vacío legal, sin duda existente, en relación con la responsabilidad que debe imputarse a la Administración.

Ahora bien, el Tribunal Supremo optó así, condicionado por el texto legal, por admitir una responsabilidad subsidiaria, —esto es de segundo grado o complementaria—, para la Administración, pero sin que ella comportara la exclusión de la posibilidad que había de abrirse de acudir a la vía administrativa, puesto que la Ley de Régimen Jurídico (art. 40.1 y 42.1) consagró, como también hemos tenido oportunidad de subrayar, el principio de responsabilidad directa de la Administración y la oportuna acción de regreso.

II

1. *El régimen de responsabilidad patrimonial del empleado público en la nueva Ley de RJA-PAC*

1.1. Los supuestos de responsabilidad

La nueva Ley deroga, entre otros, los artículos 40, 41, 42 y 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. Resulta obligado, por tanto, determinar el régimen de responsabilidad patrimonial que se introduce para las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Podemos establecer el siguiente esquema:

a) La Ley mantiene el principio de responsabilidad patrimonial directa de la Administración Pública por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio, enunciándolo de una manera explícita (art. 145.1).

b) La Ley conserva, asimismo, la acción de regreso de la Administración contra sus Autoridades y demás personal a su servicio, cuando hubiera indemnizado directamente a los lesionados para exigirles “la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia graves” (art. 145.2).

c) La norma reitera, también, el principio de responsabilidad de Autoridades y personal al servicio de la Administración, por los daños causados a sus bienes y derechos en los supuestos más arriba indicados (conurrencia en su actuación de dolo, culpa o negligencia graves) (art. 145.3).

d) Se establece, como novedad, que la exigencia de la responsabilidad a que se ha hecho referencia, habrá de ponderarse en función de determinados criterios (“entre otros”). Así: el daño 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, 2º párrafo).

e) De una manera matizada se mantiene la remisión a la legislación correspondiente para la exigencia de las responsabilidades civil y penal de Autoridades y personal (art. 146).

1.2. Las innovaciones de la Ley

1.2.1. *Inclusión del dolo como supuesto de responsabilidad*

La Ley introduce acertadamente el dolo junto a la culpa y negligencia graves. Ello resulta coherente ya que, admitida la concurrencia de éstas como determinantes de los supuestos de responsabilidad, el silencio del dolo no se justificaba formalmente.

El texto ha ganado en claridad haciendo innecesario cualquier esfuerzo interpretativo.

1.2.2. Introducción de criterios para determinar la responsabilidad patrimonial de Autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas

He aquí una novedad importante, que abre un dilatado horizonte de posibilidades al desarrollo progresista del régimen de responsabilidad de los empleados públicos.

La fría redacción del texto anterior –Ley de 1957–, con independencia de que la Administración utilizara la vía de regreso, –recuérdese el carácter potestativo de iniciar el procedimiento–, en unos casos o exigiera de sus empleados el resarcimiento de la lesión directa que le hubieran producido, sólo se refiere a la “exigencia de la responsabilidad”.

Esta mera posibilidad, tan amplia e inconcreta, ha propiciado la inhibición de los órganos que hubieran podido exigirla y dejaba en el aire la opción, en muchos supuestos, abrumadora y desproporcionada, de trasladar íntegramente el importe de la reparación al empleado público cuya capacidad de respuesta es, obviamente, limitada.

Los criterios que incorpora la Ley habrán de permitir, por tanto, ajustar la responsabilidad a las circunstancias concretas. Supuestos como la concurrencia de responsabilidad del empleado y de la Administración (falta personal y falta de servicio, según el Consejo de Estado francés –C.E. 3 de febrero de 1911, Anguet–), en su rica variedad, podrán tener cumplida acogida, contribuyendo a aclarar incluso los supuestos de responsabilidad originaria de la propia Administración (siempre en terminología de la jurisprudencia francesa, falta personal cometida en el servicio o con ocasión del servicio –C.E. 26 de julio de 1918, Lemonnier–, falta personal cometida fuera del servicio pero no desvinculada enteramente del servicio –C. E. 18 de noviembre de 1949, Mimeur–).

1.2.3. La exigencia de la responsabilidad civil y penal

El art. 146 contiene una revisión en bloque a las legislaciones correspondientes. Aunque nada quepa objetar, en principio, a la remisión obligada a la legislación penal, sin perjuicio de su regulación insatisfactoria, tal

como se ha destacado en el aspecto que aquí se considera, la remisión indiscriminada a la legislación civil produce perplejidad puesto que a los problemas apuntados al estudiar la normativa derogada, problemas posiblemente como se subrayó más doctrinales que reales por el carácter disuasorio que presentaba la necesidad de probar la concurrencia de culpa o negligencia graves y la posible insolvencia del responsable, añade otros nuevos o replantea los anteriores de manera distinta.

En efecto, en primer lugar, la remisión a la legislación civil sin matices, parece que permitirá a quien opte por esa vía, y no la de exigir directamente la responsabilidad a la Administración, reclamar la responsabilidad de Autoridades y empleados públicos siempre que concurra algún tipo de culpa o negligencia que no tendrían que ser necesariamente graves (art. 1902 del C.C.).

Si ello es así y el agente público fuera condenado, habría que prever un doble desenlace, puesto que a tenor del art. 145.2 de la LRPA-PAC. de no concurrir dolo, culpa o negligencia graves, la responsabilidad última debe ser soportada por la Administración.

En consecuencia cabría:

a) que la Administración cubra la responsabilidad del empleado.

b) que el empleado, declarado responsable, pueda accionar contra la propia Administración para resarcirse, de la indemnización satisfecha que, en todo o en parte, pudiera no tener que soportar. Esta última posibilidad quedará también abierta para la determinación de responsabilidades compartidas que incluso podrían darse a pesar de la existencia de dolo, culpa o negligencia graves (acumulación de la falta personal y de servicio).

A las anteriores complejidades se añadiría la dificultad suplementaria de que los Tribunales ordinarios deberán decidir sobre la base de que la actuación del empleado público no se integra en un acto administrativo, —cuando sorprendentemente nos estamos refiriendo al funcionamiento de los servicios públicos—, ficción que sólo se correspondería con la realidad en el supuesto de que la conducta del agente hubiera tenido lugar al margen del ejercicio de sus funciones, extremo en todo caso que no aclara la redacción del precepto.

Todo lo expuesto pone de manifiesto la debilidad del modelo legislativo y dificulta su aceptación.

La alternativa que hubiera podido paliar el defectuoso planteamiento sería, quizá, la admisión de la enervación de la acción ejercitada contra el agente público en el caso de que la Administración, –sobre la que debía pesar la obligación de asistir al demandado–, reconociera el daño como producido por el funcionamiento del servicio.

1.2.4. Valoración del modelo legal

Llegados a este punto, y como conclusión, resulta obligado ratificarnos en la inconveniencia de admitir la responsabilidad del empleado público en vía civil –salvo que se derivara de un comportamiento ajeno al servicio–, con base en las siguientes razones:

a) porque la tutela del lesionado la hace innecesaria al haberse identificado un “patrimonio” de imputación de responsabilidad suficiente como es el del Estado.

b) porque la articulación de una garantía solidaria es más teórica que real, ante la eventual insolvencia del empleado público y la carga suplementaria de la prueba (concurrencia de dolo, culpa o negligencia) que pesaría sobre el demandante, frente a la responsabilidad directa de la Administración siempre solvente (“fiscus semper dives”).

c) porque la responsabilidad última del empleado público, si existe, será siempre exigible a través de la acción de regreso que ejerza la Administración.

d) porque resulta impracticable el recorrido del complicado laberinto procesal que la opción de la Ley parece abrir sin clara conciencia de ello.

2. El proyecto de Ley orgánica del Código Penal

2.1. Justificación y contenido

El régimen resultante del juego de la nueva Ley de RJAPAC y del Código Penal continuaría siendo insatisfactorio en la medida en que, de los tres sujetos implicados (Administración-empleado público-tercero lesionado), el segundo, protagonista clave que anima la voluntad administrativa tal como se apuntó, no tiene por parte de la Administración la debida tutela.

El sistema propuesto por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, además de insuficiente y discriminatorio por su carácter ampliamente discrecional, es fatalmente productor de agravios comparativos e introduce un factor de contradicción en el marco sustantivo legal precisamente en un intento de superar su insuficiencia.

El régimen vigente, como hemos tenido ocasión de comprobar, se inclinó, después de más de un siglo de postergación, en favor de la parte lesionada, obviamente la más débil. Esta inclinación acertada no ha debido producirse, sin embargo y como sucede, a costa del empleado público.

La posibilidad de que determinadas Administraciones públicas suscriban pólizas de seguro para cubrir la responsabilidad de sus agentes, lleva a las siguientes consecuencias obviamente paradójicas:

a) que el Estado se asegure, al menos en parte, a sí mismo, toda vez que la insolvencia total o parcial del agente público comprometería su propia responsabilidad.

b) que se produzca un atentado contra el principio de economía en el gasto público puesto que si las pólizas son rentables para el asegurador, –y su concierto así lo demostraría–, el papel del asegurador debería corresponderle al Estado, tal como sucede en la esfera contractual en que éste debe indemnizar al contratista en los casos de fuerza mayor.

c) que se contradiga frontalmente el repertorio de principios que regulan la responsabilidad, ya que la Ley de RJA-PAC sienta el de responsabilidad patrimonial del funcionario, y la Administración lo burla a través del concierto del seguro.

En resumen, la opción de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado muestran que el objetivo que hay que alcanzar, –exoneración de la responsabilidad patrimonial directa del empleado público por actuaciones seguidas en el ejercicio de sus funciones–, ha sido identificado, pero no se ha acertado con el procedimiento idóneo ya que el escogido resulta incoherente dentro del sistema hasta negar, por vía discrecional en la práctica, la responsabilidad patrimonial última del funcionario a costa del propio Estado pagador de las primas.

El problema se plantea con crudeza, no en el plano estrictamente civil, pues las propias deficiencias del sistema comprometen su validez, sino en el plano penal en cuanto que la responsabilidad patrimonial derivada del ilícito penal se reclama ante el mismo orden jurisdiccional, consiguiéndose de una sola vez, mediante la condena del empleado público, el aseguramiento de la reparación del daño a cargo del mismo y con carácter subsidiario por parte de la Administración.

Esta situación, valorada ya de manera negativa, ha motivado que el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, actualmente en tramitación parlamentaria, apunte a la renovación sustantiva del sistema vigente a través de su artículo 122.

El artículo establece: "El Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio y demás entes públicos, según los casos, responden patrimonial y directamente de los daños causados por los penalmente responsables de delitos o faltas, cuando éstos sean autoridades, agentes de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones y en el cumplimiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados.

La responsabilidad a que se refiere el párrafo anterior habrá de exigirse directamente de la Administración responsable por el procedimiento establecido en su legislación propia. Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil directa y personal de la autoridad, funcionario o agente, la sentencia se limitará a pronunciarse sobre la misma sin entrar, en ningún caso, a decidir sobre la relación entre la conducta del culpable y el servicio público de que se trate ni sobre la eventual responsabilidad de la Administración, que habrá de exigirse directamente ante ésta y ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que, en ningún caso, pueda darse duplicidad de indemnizaciones".

2.1. Innovaciones fundamentales

a) Se suprime la responsabilidad patrimonial de carácter subsidiario de las Administraciones públicas. Su responsabilidad tendrá siempre carácter directo.

b) El orden jurisdiccional competente para pronunciarse en la materia será el contencioso-administrativo, reservándose al mismo el pronunciamiento sobre si el comportamiento de los empleados públicos se ha producido en el marco de la relación de servicio.

c) Se mantiene la posibilidad de ejercer la acción civil en vía penal contra el agente público.

El comentario a este artículo del Proyecto debe ser positivo en lo que concierne a los puntos a) y b). En efecto, sin detrimento de las garantías del lesionado reclamante se pretende conseguir la homogeneización de los criterios jurisprudenciales a través del orden jurisdiccional de control de la Administración, único que goza de la especialización adecuada. Esta solución, de prosperar, actualizaría la improcedencia de que el orden jurisdiccional civil intervenga también en este campo tal como prevé la nueva Ley de RJA-PAC.

La opción del Proyecto, por otra parte, desviaría además multitud de eventuales reclamaciones tradicionalmente planteadas en vía penal. Esto es, la persecución del empleado público, en la medida que su posible insolvencia no se subsane ya mediante el mecanismo de la responsabilidad subsidiaria de la Administración, dejará de ser atractiva en muchos casos y este efecto indirecto repercutirá en el sosiego y la libertad de actuación de aquél.

Dicho esto, resta sin embargo por subrayar que el tratamiento del empleado público no se mejora de manera manifiesta por cuanto puede resultar responsable patrimonial directo si es condenado en vía penal, debiendo hacer frente, al proceso con todas las dificultades y cargas ya expuestas.

Por otra parte, la norma nada dice sobre la posibilidad de que el propio servidor público pueda actuar contra la Administración si estima que, en el daño ocasionado, existe también responsabilidad imputable al propio servicio.

En consecuencia, el artículo 122 del Proyecto, tal como se encuentra redactado, no parece haber rematado felizmente un esquema en principio atractivo.

Modelo que se propone

La quiebra del modelo vigente ha abierto un período de renovación que parece ignorar las nuevas coordenadas de actuación del empleado público. Sin exonerar a éste de la responsabilidad que deba corresponderle en una sociedad anclada en el valor fundamental de la libertad, su eventual obligación de indemnizar por los daños que ocasione en el ejercicio de sus funciones, debe moderarse en atención a los condicionamientos reales de dicho ejercicio. Se trata de responsabilizar al empleado público pero no más allá de lo que la equidad impone y la sociedad requiere.

El nuevo modelo de responsabilidad debería a nuestro juicio comportar las siguientes correcciones:

a) supresión de la posibilidad de exigir la responsabilidad civil del empleado público ante la jurisdicción correspondiente, ya que se le coloca, procesalmente, en una situación vulnerable. La apertura de la vía civil no contribuye a garantizar más sólidamente a la parte lesionada y la responsabilidad última, en su caso, del agente público está asegurada por vía de regreso.

b) modificación de la redacción del Artículo 122 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, en el sentido de admitir que la comparecencia de la Administración en el proceso enervará la acción civil para reservar, de manera cabal e íntegra, la solución del asunto a un único orden jurisdiccional especializado.

El límite de la opción podría estar en el supuesto de que el empleado público hubiera podido incurrir en un delito doloso, dado que la intencionalidad y malicia deben excluir la cobertura de la responsabilidad civil por parte de la Administración de la que dependa.

Para terminar debe señalarse que la condición de Ley Orgánica del Código Penal obligará a zanjar la cuestión de la responsabilidad civil derivada de delito o falta en la reforma del propio Código. Por el contrario la Ley que aprobara el Estatuto de la Función Pública podría constituir una oportunidad adecuada para ajustar el nuevo modelo de responsabilidad. 