

FUNCION PUBLICA Y ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

POR

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA.

SUMARIO: I. LA RESPONSABILIDAD EN GENERAL.—II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO COMPLEMENTO DEL SISTEMA CONTENCIOSO.—III. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CAMPO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: A) *La responsabilidad de la Administración:* a) Esfera central: 1. Antecedentes. 2. Ley de Expropiación Forzosa. 3. Ley de Régimen Jurídico. b) Esfera institucional. c) Esfera local: 1. Antecedentes. 2. Normas actuales. B) *La responsabilidad civil y los servidores de la Administración.* Primero. La acción directa del administrado frente al funcionario. a) Fundamento. b) Derecho positivo: 1. Ley de 1904. 1.º Problema de la vigencia: a') Esfera central. b') Esfera institucional. c') Esfera local. d') Conclusión. 2.º Problema de la aplicabilidad. 2. Responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados. 3. Responsabilidad civil de los funcionarios militares. Segundo. La acción de cobertura a cargo de la Administración: a) Régimen general. b) Jueces y Magistrados. c) Funcionarios militares. Tercero. Las acciones de la Administración frente al funcionario: a) La acción de regreso. b) La acción de resarcimiento por otros daños causados a la Administración por sus agentes. Cuarto. Las acciones del funcionario frente a la Administración.—IV. RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL: a) Relativos al fundamento de la institución. b) Relativos a la lesión. c) Relativos a la imputabilidad. d) Relativos al «quantum» de la indemnización. e) Relativos al «modus procedendi».—V. CRÍTICA Y CONCLUSIÓN.

I.—LA RESPONSABILIDAD EN GENERAL.

Desde las diversas parcelas del Derecho, se considera cada vez más necesario plantear el estudio de las instituciones jurídicas desde la total perspectiva del derecho general; y el subsiguiente desarrollo de cada una, dentro de la respectiva rama, como especies—en cada caso—de un género único. Lógica, sistemática pedagógicamente, es de interés ascender al tronco común, del que el Derecho civil es solo, y también un sector.

Si intentamos una visión de la teoría de la responsabilidad, aplicable a todas las parcelas del Derecho, no es difícil lograr esa construcción

unitaria. Sabemos que existe un triple despliegue de la responsabilidad, en civil, penal y administrativa. Una definición válida para las tres especies deberá tener como nota común ésta: la responsabilidad es una sujeción jurídica cuyo contenido es el deber de dar cuenta, de estar a las resultas de una conducta. En este aspecto, el Derecho penal ha llegado a una particular depuración que las demás ramas han acogido: frente a la imputabilidad, en virtud de la cual los actos son atribuibles a alguien, aparece la responsabilidad, aquella cualidad de los sujetos en cuya virtud deben soportar las consecuencias derivadas de su conducta o de la de un tercero (1).

Sin jactancia de profesional, puede decirse que pocas aventuras de las emprendidas por el hombre tienen la trascendencia de la llevada a cabo para sujetar a Derecho al Poder. Si poco se ha logrado en la faena de sujetar al poder económico o a ciertos poderes estamentales, se han logrado avances definitivos en el intento de juridificar el poder político. Es importante el haber conseguido su sujeción a la ley formal, haciendo así su actuación siempre medida y previsible. Y más importante aún, el haber logrado hacer efectiva esa sumisión con la posibilidad de contrastar por Tribunales independientes las posibles transgresiones. Ante estos Tribunales, el complejo Poder ha de «responder». Mas esta palabra es, por ahora, demasiado genérica. Este deber de responder tiene múltiples manifestaciones: responderá de toda suerte de actos suyos desacordes con el Ordenamiento. Aquí sólo interesa aquella manifestación en que el complejo Poder—que llamaremos Administración, sin distinguir por ahora entre Administración propiamente dicha y administradores—debe restablecer, mediante el abono de una suma de dinero, una situación patrimonial alterada como consecuencia de una actuación administrativa. Esta es, específicamente, la responsabilidad civil. Enunciada de esta manera, cualquiera que sea la razón en que se busque su fundamento, le convendrá lo dicho (2) (3).

(1) Dice GARCÍA DE ENTERRÍA (*Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*, Madrid, 1956, pág. 167): «La doctrina parece haber llegado en nuestros días a la tesis común de que la razón que justifica una responsabilidad de la Administración no es, ni tendría razón alguna para serlo, distinta de la que justifica la posibilidad de aplicar la misma institución a las personas privadas».

(2) Con gran intuición, ORLANDO (*Saggio di una nuova teoria sul fondamento della responsabilità*, en «Archivio di Diritto Pubblico», 1893, págs. 328 y sigs.) encontraba el fundamento de toda responsabilidad en el concepto de lesión. Sobre él se edifica todo el presente estudio, si bien al referirnos a la responsabilidad del agente, habremos de añadir otra nota también esencial.

(3) GARRIDO FALLA (en *Teoría de la indemnización de Derecho público*, en «Estudios en homenaje al Profesor García Oviedo», y más aún en su *Tratado*, pág. 220 y sigs.) insiste en las diferencias entre «deber de indemnizar» y «responsabilidad civil». Tales di-

Advirtamos que sólo incidentalmente—lo que no obsta para que aludamos a él más de una vez—hablaremos aquí del fundamento de la responsabilidad civil, suficientemente examinado por tratadistas de destacada autoridad (4). También queda fuera de este estudio la responsabilidad civil nacida de delito.

II.—LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO COMPLEMENTO DEL SISTEMA CONTENCIOSO.

Sabido es que en aquel magno proceso de sujeción del Poder al Derecho, el coronamiento final es el sistema de responsabilidad civil, que constituye el más sutil y audaz momento de toda la evolución. En efecto, de nada serviría un buen sistema contencioso, si con él nos limitáramos a declarar la disconformidad de ciertas conductas de la Administración con el derecho objetivo, o los sustituyéramos, sin más, por otros ya conformes a derecho, emanados del poder jurisdiccional, si además no tuviéramos un sistema de resarcimiento de los perjuicios sufridos (5). Pero hay otra razón aún: Y es la debida a la distinción

ferencias son evidentes (y a las que cita GARRIDO podríamos añadir la de que la indemnización se mueve en el campo de la prerrogativa, mientras que la teoría de la responsabilidad es perfectamente construible sin prerrogativa alguna); mas nada se opone esto a lo que en el presente trabajo se defiende.

(4) Solamente en la doctrina española reciente pueden verse: Juan Ignacio TENA IBARRA, *Desarrollo y perspectivas del principio de responsabilidad civil de la Administración*, núm. 6 de esta REVISTA, págs. 177-192.—Fernando GARRIDO FALLA, *La teoría de la indemnización en Derecho público*, en «Estudios dedicados al Profesor Gascón y Marín», Madrid, 1952; *Tratado de Derecho administrativo*, tomo II, págs. 216 y sigs.—Segismundo ROYO-VILLANOVA, *Problemas de régimen jurídico municipal y La responsabilidad de la Administración pública*, núm. 19 de esta REVISTA, págs. 11-58.—Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*, Madrid, 1956; *La doctrine de la responsabilité civile de l'administration dans le Droit espagnol recent*, RISA, volumen 22, junio 1957.—José MALLOL GARCÍA, *Aspectos de la responsabilidad en la esfera local*, Madrid, 1952.—E. GONZÁLEZ NIETO, *Responsabilidad de las entidades locales*, REVL., núm. 62, págs. 206-223; *Responsabilidad de los miembros y de los funcionarios de las Corporaciones locales*, REVL., núm. 79, págs. 13-56.—José María PI Y SUÑER, *Responsabilidad en la LRL.*, REVL., número 55, págs. 38-48.—Rafael ENTRENA CUESTA, *El texto refundido de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado de 26-7-57*, núm. 24 de esta REVISTA, págs. 255-287.—BOQUERA OLIVER, *La responsabilidad patrimonial del Estado por la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa*, en «Estudios en homenaje a Jordana de Pozas», págs. 195 y sigs.—GUAITA, *El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios públicos*, en «Anuario de Derecho Civil», tomo VI, 1953, págs. 94 y sigs.

Todos los trabajos citados, salvo los de BOQUERA y ENTRENA, son anteriores a la aparición de la totalidad de las vigentes normas sobre la materia.

(5) Véase JORDANA DE POZAS, *Reforma del Estatuto de Funcionarios*, en «Homenaje...», pág. 204; acerca de la insuficiencia del contencioso como medio de control de la actuación administrativa.

entre normas de acción y normas de relación. Normalmente, el control jurisdiccional se ejerce sobre las segundas, que afectan directamente a los administrados; mas no sobre las primeras, que inciden indirectamente sobre el administrado, y para impugnar las cuales éste no está muchas veces legitimado. Un ágil sistema de responsabilidad civil puede suplir esta deficiencia y lograr sobre la actual Administración prestadora de servicios un formidable control (6). Con ello las normas de acción serán objeto de revisión, y paralelamente al viejo contencioso previsto para la Administración «instruidora de expedientes», en los que solo cabía la ilegalidad como único vicio posible, tendremos un nuevo control para la Administración conformadora de la sociedad, que aun sin ilegalidades, puede causar lesión con multiplicada frecuencia al administrado. La actual regulación española, aludiendo expresamente al funcionamiento normal de los servicios y a la indemnización por actos infiscalizables, se encuentra de lleno en esta línea (7).

III.—SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CAMPO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Podemos establecer ahora una distinción: la derivada de las tres líneas de tensión establecidas en toda actuación de la Administración: la relación Administración-administrado; la relación administrador-administrado y la relación Administración-administrador. Estas relaciones podrán dar lugar a una responsabilidad de la Administración frente al administrado, una responsabilidad del administrador frente al administrado, una responsabilidad de la Administración frente al administrador y una responsabilidad del administrador frente a la Administración. Dado el objeto de nuestro estudio, circunscrito a la función pública—que tomamos aquí en su más amplia acepción de servidores de la cosa pública integrados en el complejo administrativo—, veremos sólo la responsabilidad en sus tres últimas manifestaciones. Vamos a estudiar, pues, el alcance, características y régimen del deber

(6) Véase ENTERRÍA, *Los principios...*, pág. 211; GARRIDO, *La Administración y la Ley*, núm. 6 de esta REVISTA, pág. 140.

(7) BOQUERA (loc. cit., págs. 198, 227 y sigs., y 231 y sigs.) cree no es posible incluir el acto político entre aquellos que, aun infiscalizables, pueden dar lugar a resarcimiento si son lesivos. Razón: el acto político no es en modo alguno administrativo, y sólo a estos últimos se refiere la L.E.F. A ello añade BOQUERA «un grave inconveniente formal: la falta de un procedimiento adecuado para exigir del Estado la indemnización de las lesiones que cause su actividad política».

de responder a cargo de los servidores de la cosa pública, cuando de sus actos u omisiones con ocasión de tal servicio se deriva una alteración patrimonial dañosa para un tercero, y que éste no está obligado a soportar (bien sea el tercero el administrado o la propia Administración), así como también estudiaremos este mismo deber de responder a cargo de la Administración, cuando el sujeto pasivo de la perturbación patrimonial, y por consiguiente sujeto activo de la acción de responsabilidad, es el propio funcionario.

Mas para comprender con rigor el sentido de cuanto va a exponerse respecto a estos tres tipos de responsabilidad, interesa enmarcarlos en el cuadro más amplio—al que no se refiere nuestro estudio sino para esta concreta finalidad—de la responsabilidad civil de la Administración frente al administrado.

A) *La responsabilidad de la Administración frente al administrado.*

a) *Esfera central.*

1. *Antecedentes.*—Como apunta ENTERRÍA (8), hay razones para suponer que con anterioridad al Código civil, hubo en España criterios más avanzados que los de este Cuerpo legal. En efecto, la guerra carlista dio lugar a la Ley de 9 de abril de 1842, que estableció una indemnización por el Estado de los daños causados en acción de guerra. Sin embargo, no se hace referencia para nada a la responsabilidad de los funcionarios (9), de la que el Código civil—haciéndose eco de la tesis que ya entonces había sido superada: la incompatibilidad entre soberanía y responsabilidad—va, por primera vez, a hablar. En efecto, tras el artículo 1.902—al que pudo muy bien acogerse la Jurisprudencia, construyendo sobre él un eficaz sistema de responsabilidad, y sobre el que insistiremos—aparece una declaración específica para el Estado en el artículo siguiente. Y es evidente que, al decir el artículo 1903: «El Estado es responsable... en este concepto..., pero no cuando el daño... en cuyo caso será aplicable el artículo anterior...», es evidente, repetimos, que el Código civil está distinguiendo la responsabilidad por hecho ajeno (... «actos y omisiones de aquellas personas por las que se debe responder»...), de la responsabilidad por hecho propio, lo que no debe extrañar si pensamos que ya entonces era conocida la doctrina

(8) *Los principios...*, pág. 149.

(9) El vocablo «funcionario» se tomará aquí siempre en su más lato sentido. GUARDA (loc. cit., pág. 106) hace notar que éste es el sentido en que lo adopta la Ley de 1904. equivalente al del artículo 119 del Código penal.

del órgano. Claro es que la alusión de la «culpa o negligencia» reduce el ámbito de la institución al caso de funcionamiento anormal de los servicios. Es decir, con la disciplina del Código civil correctamente interpretada por el Tribunal Supremo, hubiéramos tenido: 1.º Con carácter general, responsabilidad civil de la Administración por lesiones causadas por el mal funcionamiento de los servicios públicos; 2.º Responsabilidad de la Administración, también en el caso de obrar por medio de agente especial, y en este caso, también en el supuesto de daños causados en el funcionamiento normal de los servicios (razón: la obligación de que habla el artículo 1903 es la misma de que habla el 1902, por consiguiente debe haber en ambos casos culpa, mas en el del 1903 la culpa es la del Estado al elegir el agente especial). Mas aunque no se acepte esta quizá forzada interpretación, es evidente: 1. Que al amparo del artículo 1.902, pudo construirse una responsabilidad de la Administración y no del funcionario. 2. Que del texto del 1.903 se deduce que esta responsabilidad hubiera sido por hecho propio. 3. Que, a tenor del artículo 1.904, la Administración podría repetir contra sus funcionarios, mas si éstos demostraban a su vez que, no obstante el anormal funcionamiento, no había habido por su parte culpa, quedaban exonerados. Nada de esto se produjo, y la responsabilidad civil con ocasión de la actuación administrativa fué, durante mucho tiempo, la personal del funcionario (10).

Pasando a ver el problema desde el punto de vista del administrado, diremos que el sistema dió como resultado un pavoroso desamparo para aquél. Causa sonrojo leer que durante los sesenta y seis años de vigencia sólo un caso de responsabilidad civil a cargo de la Administración, apreció el Tribunal Supremo. Si en estas circunstancias los administrados se hubieran dirigido frente a los funcionarios con la frecuencia normal de un pueblo con civismo y de una Administración moderna, no hubieran podido hacer frente aquéllos a una avalancha de indemnizaciones a cargo de su peculio particular. Mas, según nos decía cierto catedrático, no debían preocuparse los funcionarios, puesto que ni el sistema del Código civil, ni la Ley del año 1904, «los conocía nadie».

En el intervalo Código civil-Ley de Expropiación Forzosa aparecieron algunas normas sobre responsabilidad civil de la Administración; señaladamente ésta: el artículo 4.º, 1.º, *in fine*, del Reglamento de lo Contencioso (11), la Ley de Conflictos jurisdiccionales y dos Leyes de

(10) Como única excepción, la sentencia de 10 de octubre de 1892.

(11) Véase GARRIDO, *La teoría...*, págs. 432, 434, 440; BOQUERA, loc. cit., pág. 225.

31-12-1945 sobre daños en la represión de desórdenes públicos (12). De ninguna de estas normas pudo derivarse una apertura del sistema.

2.—*La Ley de Expropiación Forzosa (LEF)*.—Tan vehemente era la necesidad de una reforma, que la brillante generación de administrativistas que hoy tiene España, aprovechó la no muy adecuada ocasión (13) de la promulgación de una Ley para la Expropiación, para «al margen de un estrecho dogmatismo académico» (14), incluir en ella un capítulo dedicado al deber de indemnizar de la Administración, ya que «a nuestra legislación le falta una formulación explícita del principio de responsabilidad» (15). Las lesiones que se indemnizarán serán las que recaigan sobre los bienes y derechos de que habla el artículo 1 de la Ley; mas, como señala ENTERRÍA (16), esto apenas constituye una verdadera restricción.

Por consiguiente, a partir de 17 de abril de 1955, la normativa en la esfera central fué la siguiente:

1.º El artículo 120 LEF, que contempla, generalizándolos, los supuestos previstos en las Leyes de Aguas y de Epizootias.

2.º El artículo 121 LEF: «dará también lugar a indemnización... 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 o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir a los funcionarios con tal motivo». Es decir, frente al administrado

(12) Véase ROYO, *La responsabilidad...*, pág. 41.

(13) La Constitución de 1931, por el contrario, desaprovechó la gran ocasión que en este campo se la brindaba. El artículo 41 decía: «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». Al comentarlo, el Profesor PÉREZ SERRANO (véase Nicolás PÉREZ SERRANO, *La Constitución española*, Madrid, 1932, pág. 173) dice: «Este apartado pone de manifiesto un buen propósito y una gran torpeza. Las dificultades que en la práctica producen los artículos 1.902 y siguientes de nuestro Código civil, en su aplicación a los daños causados por entidades públicas, determinaron al Profesor ROYO a presentar una enmienda en la que se daba acogida a modernas corrientes y se declaraba el principio de la responsabilidad de las Corporaciones públicas por los quebrantos que sus funcionarios originasen. Los razonamientos con que el referido diputado apoyó su iniciativa merecieron que la enmienda fuera tomada en consideración. Pero una sugestión poco afortunada y una prematura conformidad prestada a ella por la Comisión parlamentaria dejaron sin eficacia el acuerdo».

(14) Exposición de Motivos de la LEF.

(15) Exposición de Motivos de la LEF.

(16) *Los principios...*, pág. 182.

se consagra la responsabilidad objetiva, sin culpa, lo que supone un salto gigantesco respecto al Código civil (que la circunscribía en un doble aspecto: en cuanto exigía culpa o negligencia, y en cuanto—según la absurda interpretación dada por el Tribunal Supremo—limitaba la responsabilidad de la Administración a los casos en que ésta obraba por medio de un agente especial—). En el campo interno, que es el objeto de este estudio, entre la Administración y sus agentes, continúa viva la teoría de la culpa. Pero el administrado ahora ya no se perderá en el mar de obstáculos que suponía el dirigirse frente al administrador inquiriendo si incurrió o no en culpa grave e inquiriendo, en este segundo caso, si el agente es o no solvente. En este terreno, pues, la LEF superó a la Ley de Régimen Local (que como veremos sólo fijaba una responsabilidad directa para la Administración cuando el agente no incurrió en culpa grave), muy ampliamente. Continuaba—y continúa—excluida la responsabilidad por fuerza mayor, ya que ésta no es «consecuencia del funcionamiento de los servicios», y continuaba—y continúa—viva la posibilidad de accionar directamente frente al administrador, según claramente dice el artículo 35, 2, Reglamento E. F., aunque la LEF sólo había hablado—como hemos visto—de la acción llamada de regreso.

3.º El artículo 1.903 Código civil, para el caso excepcionalísimo de lesiones sin las características previstas en la LEF.

4.º Los artículos 121, 2, y 123 LEF, así como los artículos 134, 1 y 137 de su Reglamento, para el caso de daños producidos por el funcionamiento de servicios concedidos (lo que para nada afectaba a los funcionarios, salvo el improbable caso de que la lesión se debiera a la inclusión de una cláusula por la que debiera indemnizar la Administración, y ésta repitiera después frente al agente autor de la cláusula en cuestión) (17).

(17) La LJC no deja de tener interés desde este punto de vista. En relación con los artículos correspondientes del REF, se deduce que la reclamación por daños puede ser:

a) Previa en la vía gubernativa a la contenciosa. Se hará en el plazo de un año, y cabe el contencioso si la respuesta es negativa o se produce el silencio.

b) Simultánea a la demanda contenciosa (art. 52 LC y 136 REF).

c) Posterior a ésta (plazo: un año después de la sentencia de anulación).

Añadamos, que al ser objeto de la LJC «los actos de la Administración sujetos al Derecho administrativo» se examinarán con harta frecuencia por la jurisdicción contenciosa las reclamaciones por daños, aunque los derechos lesionados sean civiles, innovación ya introducida por la LEF (art. 128). Además de ello, las normas materiales coinciden todas en decir que la jurisdicción competente para juzgar los actos dañosos es competente hasta el final. Sólo cuando se trate de actos no sujetos al Derecho administrativo (es

3. *La Ley de Régimen Jurídico (LRJ).*—Debemos distinguir aquí:

1.º El caso de servicios concedidos, cuyo régimen es el acabado de exponer, ya que la LRJ no prevé este supuesto.

2.º Los restantes casos. La LRJ de 31 de julio de 1947 ha tendido a la configuración de la responsabilidad civil de Estado, sus autoridades y funcionarios «en términos más generales, a fin de cubrir todos los riesgos que para los particulares puede entrañar la actividad del Estado» (18).

a') Actuación del Estado como persona jurídica de Derecho público. Viene regulada por el artículo 40, que consagra el «derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la opción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa. En todo caso el daño alegado por los particulares habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas...»

b') Actuación del Estado como persona jurídica de derecho privado. En este caso el *Estado responde directamente de los perjuicios causados por sus autoridades y funcionarios, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración* (19).

4. Diferencias entre estas dos últimas Leyes. Son las siguientes:

a') Se consigna expresamente en la LRJ la exclusión de la fuerza mayor.

b') Se amplía el deber de indemnizar a los daños causados en toda clase de bienes y derechos, si bien continúa la exigencia de que el daño sea evaluable económicamente. En este único aspecto resultaba supe-

el caso de la previsión de la LRJ para cuando la Administración obra como persona jurídico-privada, etc.) intervendrá la jurisdicción ordinaria.

(18) Exposición de Motivos de la LRJ.

(19) Aspecto formal de este punto. De la lectura del número 3 del artículo 40 LRJ se deduce que la reclamación por daños podrá hacerse indistintamente en vía gubernativa (ante el Ministro o el Consejo de Ministros), o en contenciosa (en este último supuesto precederá, normalmente, la reposición, por lo que en todo caso hay una petición previa a la Administración). Parece que en la LRJ no cabe—como sucedía en el artículo 36 REF—la demanda simultánea en las dos vías. Tampoco hay una prescripción—como la del artículo 381 LRL—que establezca la reserva de acciones para el caso de que, no prosperando éstas en una vía, se quiera utilizar después otra vía diferente. La posibilidad del contencioso contra la decisión gubernativa, naturalmente, siempre existe.

rior la vieja regulación del Código Civil, que no exigió requisito alguno a los daños.

c') *Desaparece toda posibilidad de aplicar a la Administración directa del Estado el Código Civil como regulador de responsabilidad civil (20).*

b) *Esfera institucional.*

Antes de la promulgación de la LEF se dudó de la aplicabilidad a la Administración institucional del artículo 1.903 del Código Civil. Esta aplicación debía hacerse no en cuanto la Administración institucional sea el Estado (que lo es, más indirectamente), sino en cuanto está integrada por empresas, y el Código Civil no distingue entre públicas y privadas. Aparecida la LEF, es evidente su vigencia para esta esfera administrativa, y, por consiguiente, habrá que estar a la normativa expuesta en 2 (21).

c) *Esfera local.*

1. *Antecedentes.*—El artículo 180 de la Ley de 1887 decía: «Los Ayuntamientos y *concejales* incurren en responsabilidad... por infracción manifiesta de la Ley en sus actos y acuerdos...» No llegó a tener efectividad alguna en el campo que estudiamos. Tras una inexplicable pobreza de normas del Estatuto (sólo los artículos 257 y 258), la Ley de 1935, insistiendo en el ya tradicional fenómeno de una mayor jurisdicción para lo local que para lo estatal, decía en su artículo 209: «Las entidades municipales responderán civilmente de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroque la actuación de sus órganos de gobierno o de sus funcionarios, en la esfera de sus atribuciones res-

(20) Desaparece el juego de las vías gubernativa y jurisdiccional expuesto al aludir a la LJC (véase nota 17), reduciéndose a la opción entre una y otra vía (sin perjuicio de la posibilidad de impugnar en vía contenciosa la decisión gubernativa), ya que si bien el artículo 40, 3, *in fine*, LRJ, dice que «en todo caso el derecho a reclamar caducará al año del hecho que motive la indemnización», no puede interpretarse este precepto sino refiriéndolo al ejercicio de la acción en vía gubernativa. En otro caso, siendo como es el plazo de caducidad y no de prescripción, quedaría en mano de la Administración (con sólo demorar un año la resolución del expediente) la posibilidad de cerrar la vía contenciosa.

Como ya se ha dicho, la reclamación deberá interponerse en el plazo de un año, a partir del hecho dañoso, siendo este plazo de caducidad. La LEF establecía iguales plazos y *dies a quo*, mas con carácter prescriptivo.

(21) Habrá de dirigirse la petición, si se opta por la vía gubernativa, al presidente de la entidad, observándose los trámites del artículo 134, número 4, del Reglamento E. F.

pectivas directa ó subsidiariamente, según los casos». ROYO entendió (22), con toda lógica, que la responsabilidad era directa para el caso de daños nacidos de actos legales, e indirecta en las demás lesiones, y añadía (escribe en 1944): «Hasta ahora el Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de manifestar su criterio a propósito de la aplicación del referido artículo de la Ley municipal», siendo la jurisprudencia conocida a la sazón la edificada timidísimamente, sobre la Ley de 1887 y el Código Civil (véanse las sentencias citadas por el profesor PI Y SUÑER) (23).

2. *Normativa vigente.*—La Ley de Régimen Local (LRL) establece la responsabilidad civil de las Corporaciones en términos no muy diferentes de los vistos para la Ley de 1935, puntualizando los caracteres del daño (art. 405) cuándo la responsabilidad es directa (art. 406, 1, 1.º y 2.º), y cuándo es subsidiaria (art. 409), las reglas sobre jurisdicción competente (art. 407), etc.

El Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones (ROF) añadió señaladamente dos cosas: las normas aplicables cuando se trate de daños causados por las Corporaciones como titulares de actividades industriales (art. 379), y el que, contra lo que había opinado MALLOL GARCÍA (24), los perjuicios han de reclamarse previamente en vía gubernativa (basta para ello con fijar la cuantía de los daños en el recurso de reposición si se elige la vía contenciosa; no creemos aplicable el precepto al caso de reclamación directa frente al funcionario).

El problema ahora es coordinar estos preceptos con los de la LEF, que ya conocemos, y cuya vigencia en la esfera local es indudable (25). Aunque una y otra Ley no dicen, ni de lejos, lo mismo, la incompatibilidad es más aparente que real. En efecto, la LRL basa su regulación en la teoría de la culpa, dato del que, por fin, prescinde la LEF. Mas existiendo todavía las acciones de regreso, para el erario local las consecuencias prácticas serán las mismas en una y otra Ley (pagará, en definitiva, si no hubo culpa grave del agente, y repercutirá sobre éste si la hubo), si bien el camino para llegar a esta solución era harto diferente en uno y otro sistema. Además, ya antes de la LEF, la doctrina

(22) Véase *Problemas...*, pág. 238.

(23) *Loc. cit.*, págs. 50 y sigs.

(24) *Loc. cit.*, pág. 126.

(25) Sostienen su aplicabilidad en la esfera local, tanto ROYO, en *Responsabilidad...*, página 57, como GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Los principios...*, pág. 194. Con posterioridad, el Reglamento E. F. lo afirma así expresamente. En el mismo sentido, ENTRENA, en *loc. cit.*, pág. 286.

había opinado (26) que el administrado podía dirigirse directamente siempre frente a la Administración, sin tener en cuenta la célebre distinción entre grados de culpa. A partir de la LEF, esta posibilidad no admite la menor duda, si bien debe considerarse vigente la acción directa frente a los agentes, a tenor del artículo 135, 3 del Reglamento de Expropiación. Sobre esto insistiremos.

Por consiguiente, la normativa local en orden a la responsabilidad civil de la Administración es hoy ésta:

a') Daños causados en materia contractual. Responde de ellos la Administración directamente. Como este precepto es más especial que ningún otro de los que entran ahora en juego, debe entenderse que en materia de contratos nunca puede la Administración repetir contra el agente, aun interviniendo culpa grave de éste, ni podrá tampoco dirigirse contra él la acción del perjudicado (27). Recordemos ahora que el artículo 70 del Reglamento de Contratación local permite a las Corporaciones el desistimiento unilateral, indemnizando, y que el artículo 376, 3.º, ROF dice: «En el caso de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato, las entidades no están obligadas al pago de intereses si no se hubiese pactado expresamente o existiese disposición especial que obligue a satisfacerlos», si bien para el incumplimiento por mora el artículo 94, 2.º, del Reglamento de Contratación fija un 4 por 100 como indemnización a cargo de la Administración, a partir de los dos meses de retraso.

b') Daños producidos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Sin distinguir entre funcionamiento normal o anormal, sin atender a que hay o no culpa del agente, el particular puede dirigirse frente a la Administración, excluido, tan sólo, el caso de fuerza mayor.

c') Daños causados por la actuación de las Corporaciones como personas jurídicas de Derecho privado. Estamos ante supuesto no previsto por la LEF. Por consiguiente, se aplicará la LRL y el ROF. Ambos remiten al Código Civil, diciendo el artículo 379, 2.º, del ROF: «En tales casos asumirá la Corporación respecto a los actos ejecutados por los empleados en dicha explotación, la calidad de dueño o patrono de la empresa, a efectos de la responsabilidad que pudiera contraer por hechos ilícitos de esos agentes, constitutivos de daño a las personas, a los bienes o a los derechos de tercero». El daño deberá ser efectivo, mate-

(26) Véase ROYO, *La responsabilidad...*, pág. 47.

(27) *La responsabilidad es directa en materia contractual en todo caso*, dice enérgicamente GONZÁLEZ NIETO en loc. cit., pág. 218.

rial e individualizado (LRL). Creemos que en materia contractual, aunque se trate de contratos civiles, habrá que estar a lo dicho en a'). Por último, digamos que la remisión al Código Civil no puede ser más desafortunada: basta pensar que, por aplicación del artículo 1.904 cabrá la acción de repetición contra los agentes, sin atender siquiera al grado de culpa, lo que es un evidente retroceso respecto a las normas examinadas.

d') Daños causados en la actuación de los servicios concedidos. Hay que estar a lo dispuesto en los artículos 121 y 123, LEF (28).

B) *La responsabilidad civil y los agentes de la Administración.*

Sobre el anterior fondo, constituido por el aspecto más destacado de la institución de responsabilidad civil, expondremos ahora el régimen y tendencias de la responsabilidad civil de los funcionarios, y de la Administración frente a ellos.

a) *Fundamento.*

De todo lo dicho se deduce, ante todo, una cosa. Así como habíamos visto que la responsabilidad es un deber atenerse a las consecuencias

(28) En el aspecto formal, las normas vigentes locales son:

a) Daños causados en materia contractual o como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Nos remitimos a lo expuesto más arriba acerca de la posibilidad de utilización de la doble vía para el ejercicio de la acción de indemnización. Añadamos un breve comentario acerca de las dificultades de armonizar la LEF y su propio Reglamento. En efecto, dice aquélla que habrá lugar a indemnizaciones, que regula «con arreglo al mismo procedimiento. Este procedimiento es el del artículo 112 y siguientes (artículos que están mal colocados y que debían haber ido al Reglamento), y que prevén un intento de indemnización por parte de la Administración, una intervención del Jurado provincial de Expropiación, etc.; prescripciones que contemplan el caso de la ocupación temporal y que no tienen nada que ver con el supuesto que nos ocupa. GARCÍA DE ENTERRÍA, al señalar esta dificultad, expresó la esperanza de que el REF la superara. No ha sido así.

En la esfera local, debemos decidirnos por la aplicación del REF y aplicar la Ley en lo relativo a criterios de valoración.

Por consiguiente, en estos casos, la reclamación en vía gubernativa (que, como sabemos, puede ser anterior, simultánea o posterior a la efectuada en vía contenciosa) se presentará en el plazo de un año, a contar del hecho que la motive, ante el Presidente de la Corporación, especificando el daño y aportando pruebas de su existencia e importe. Contra la decisión corporativa (que, ante la clara posibilidad de ulterior litigio, habrá que entender que, salvo casos de urgencia, corresponde al Pleno) cabe el recurso contencioso.

b) Casos en que la Corporación obra como persona jurídico-privada. Habrá que atenerse al Código civil, a la LEC y al CP, según el artículo 382 ROF. Royo (en *Problemas...*, pág. 231) critica esta remisión al C. P.

c) Caso de lesiones causadas en el funcionamiento de servicios públicos concedidos. Hay que estar a lo dispuesto en el artículo 137 REF.

derivadas de ciertas conductas, y que la responsabilidad civil es ese deber en cuanto la conducta ha dado lugar a una alteración patrimonial para un no obligado a soportarla, siendo el contenido del deber, el resarcimiento del daño; ahora vamos a ver—en realidad ya lo hemos visto—que se bifurca por caminos radicalmente separados, la *ratio* de ese deber. Esta bifurcación se puede expresar así: la Administración responde civilmente porque ha lesionado cuando actúa; el agente responde civilmente porque ha lesionado cuando actúa con negligencia grave. El fundamento de la primera está en la teoría del riesgo; el fundamento de la segunda, en la teoría de la culpa. Desde el punto de vista del administrado—que es el que en definitiva interesa—este solo dato, aparte de otros, sitúa a la responsabilidad del agente público desfavorablemente frente a la responsabilidad de la Administración. Para el administrado huelga en el primer caso todo lo que no sea probar el daño y su imputación, en el segundo caso, ha de probar, además, que hubo una conducta negligente; y va un abismo de tener que probar la existencia de un perjuicio antijurídico, a tener, además, que probar que se causó antijurídicamente.

La responsabilidad civil del agente ha sido, como es bien sabido, el primer estadio de la evolución de la institución; supone una doctrina no madura, que siguiendo la formulación, ya clásica, de LAFERRIÈRE no cree compatible los conceptos de soberanía y responsabilidad, y que desconoce la teoría del órgano. Superada esta etapa, no es admisible que las huellas del este primer momento se mantengan vivas en nuestro Derecho.

Es curioso observar que después del planteamiento unitario de que se ha partido, al llegar ahora al problema de la fundamentación de esta responsabilidad, hayamos de buscar una *ratio* nueva, puesto que la teoría del riesgo no nos sirve; ¿no será que estamos ante una institución distinta? En modo alguno pensamos eso, según demostraremos tras exponer su regulación en nuestro Derecho.

b) *Derecho positivo.*

Examinaremos tres regulaciones establecidas hoy: la general y las dos especiales: es decir, la de la Ley de 1904 y su Reglamento; la del Código de Justicia Militar y la de la Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley de Enjuiciamiento Civil.

1. La Ley de 1904 sobre responsabilidad civil de autoridades y funcionarios. Un resumen de ella arroja el siguiente resultado: Supues-

to de becho de la responsabilidad: la infracción de un precepto por acto u omisión de un funcionario. Contenido de la obligación a que da lugar la infracción anterior: el resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Sujeto pasivo de esta acción de resarcimiento: a) el funcionario civil del orden gubernativo o administrativo cualquiera que sea su clase (excluidos, por consiguiente, los militares y jueces) culpable de la infracción; b) el superior jerárquico que apruebe expresamente aquella conducta; c) los herederos de unos u otros. Requisitos procesales (29): haber reclamado por escrito la observancia de la norma cuando la infracción se produjo, y ejercitar la acción antes de un año de acaecido el acto acción o del año de conclusión el plazo legal para el acto omitido. A ello añadió el Reglamento para la ejecución de esta Ley: en cuanto al daño: debe ser estimable, cifrable (art. 13) y voluntario (se entiende voluntad de actuar o de no actuar, no, naturalmente, voluntad de dañar); en cuanto a la infracción: debe ser de norma legal expresa, y el agravio, a un derecho definido; en cuanto a la causalidad: el daño debe derivarse directamente del agravio inferido al derecho en cuestión por la acción o la omisión (art. 16).

Notemos ahora un fenómeno de desviación: de los artículos 2.º, número 2, de la Ley, y 8, 17 y 31 del Reglamento se sigue que de esta acción de responsabilidad puede deducirse un expediente disciplinario contra el funcionario responsable, a quien en todo caso se anotara lo ocurrido, en su expediente. Hasta aquí el texto positivo resumido.

Examinemos ahora cuál es la vigencia y aplicabilidad de la expuesta Ley y Reglamento:

1. *Problema de la vigencia.*

a') *Esfera central.*

De las líneas de tensión que se señalan en el campo de la responsabilidad civil con motivo de actuación administrativa, y que antes expusimos, la LEF sólo se ocupó de la primera, es decir, de la responsabilidad de la Administración frente al administrado, aludiendo sólo al agente al consagrar frente a él una acción de regreso. Es evidente, pues, que después de la LEF, la de 1904 quedó íntegramente en vigor. Esta Ley regula una responsabilidad, y la LEF, otra diversa.

Diferente es el planeamiento en el caso de la LRJ. El capítulo II de su título IV regula la responsabilidad de autoridades y funcionarios; y

(29) GUAITA (loc. cit., pág. 96) define esta figura como «el proceso especial que tiene por objeto el exigir a un funcionario administrativo la responsabilidad civil dimanante de una infracción administrativa a él imputable».

en el artículo 44 otorga al administrado una acción de resarcimiento frente al agente por los perjuicios que a los bienes y derechos de aquéllos hayan irrogado éstos por culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos. Para el caso de culpa o negligencia graves hay, pues, una norma de igual rango que aunque no habla de derogación respecto a la Ley de 1904, prácticamente llega a iguales resultados: la innecesariedad de la previa reclamación, cosa que hay que suponer que la nueva Ley ha suprimido, y que no tenía el menor sentido en una Administración prestadora de servicios. Ha variado el supuesto de hecho, que ya no es la infracción de preceptos, sino la lesión interviniendo culpa o negligencia graves. Ha variado también, desde luego, toda la normativa del órgano *ad quem*. Hay que entender vigente, por el contrario, lo relativo a la sucesión en la obligación de indemnizar, bien por la ratificación del superior, bien por muerte del obligado. Problema interesante es el de si se ha suprimido la acción directa frente al agente en los casos de culpa leve. Opinamos, decididamente, por la supresión: o la LRJ regula en cuanto al fondo, la responsabilidad civil del agente, o la LRJ carece de sentido.

b') Esfera institucional. La Ley de 1904 rige aquí íntegramente.

c') Esfera local. Ya vimos que la LRL era en este aspecto bastante menos evolucionada que la LEF. En efecto, cabía una acción directa frente al agente en los casos de lesión causada por culpa o negligencia graves, sin que en estos casos cupiera (y aquí radica la inferioridad) otra acción frente a la Administración que la subsidiaria de aquélla, al contrario de la posibilidad en la LEF de accionar directamente frente a la Administración, en todo caso. Hay que jugar aquí sólo con estas dos Leyes, ya que la LRJ no es aplicable en esta esfera. Dados estos supuestos, la vigencia de la Ley de 1904 aquí, es indudable, con las solas modificaciones de la supresión de la absurda previa reclamación escrita, de un nuevo y único órgano *ad quem*, y del supuesto de hecho que ya no es la infracción de norma.

Esta responsabilidad en la esfera local se desenvuelve después diversamente según los supuestos siguientes:

a'') Responsabilidad de los miembros con voto. La fija la LRL en su artículo 413. Son responsables civilmente de las lesiones que los acuerdos causen, y que no haya obligación legal de soportar, las personas que hubieren votado aquéllos. Sin las distinciones de las Leyes locales anteriores entre miembros con y sin título, sin la presunción de coparticipación en el acuerdo, por el hecho de aprobar en la siguiente se-

sión el acta en que aquél se contiene. Sólo por el hecho de haberlo votado favorablemente, y que de él se siga una lesión. Hay que entender que la responsabilidad es mancomunada solidaria según las reglas del Código Civil.

b'') Responsabilidad de los ejecutores de los acuerdos. Aunque éstos no deben ejecutarse sino previo el «cúmplase» de la Presidencia (artículo 145, 5.º, del Reglamento de Funcionarios), hay que entender que en la inejecución de acuerdos hay por lo menos dos agentes responsables civilmente: el Presidente (30) y el Secretario, y muchas veces—habida cuenta de que interviniendo otros pagos, habrá incurrido en la «infracción de preceptos» de que habla la indudablemente vigente Ley de 1904—el Interventor. He aquí el único caso—con su correlativo de inejecución de sentencias—en que debe perdurar la acción que estamos estudiando. Ni es lógico, ni, como ha demostrado FERNÁNDEZ HERNANDO (31), la jurisprudencia española lo considera procedente que, ante un acuerdo inejecutado, se promueva una nueva petición a la Administración, que desembocará en otro acuerdo, que puede no ejecutarse tampoco. En estos casos, la acción única procedente es la responsabilidad civil frente a los encargados de la ejecución de los acuerdos.

c'') Responsabilidad de los funcionarios.

a'') Secretario e Interventor.

a''') Responsabilidad por su actuación en general. Esta responsabilidad existe en los términos que se derivan de la conjunción de las Leyes de 1944, de Régimen Local y LEF y Reglamento de ésta, así como del ROF: cualquier actuación viciada de culpa o negligencia grave, causante de una lesión, debe ser seguida del correspondiente resarcimiento. No es probable, sin embargo, que desaparezca la responsabilidad subsidiaria de la Administración (que obligaba en los casos de culpa grave a ejercer una acción directa frente al agente de manera insoslayable), e implantada la posibilidad de acción directa frente a ella siempre, utilice el lesionado la presente acción que puede desembocar en una declaración de que se está ante sólo la culpa leve o la falta de culpa; y que puede concluir, por último, en un sujeto pasivo insolvente. Mas una cosa es que la acción no sea de prácticos resultados, y otra diferente que exista.

(30) Por el contrario, hay que entender no es responsable el Presidente que ejecuta un acuerdo lesivo y no incurso en el artículo 362 LRL. Véase en este sentido GUAITA (loc. cit., pág. 111).

(31) José FERNÁNDEZ HERNANDO, *El incumplimiento de la sentencia administrativa*, en «Estudios homenaje a Jordana de Pozas», pág. 251.

b''') Responsabilidad por la omisión de la advertencia de ilegalidad en los casos en que ésta procede. La Ley de 1935 estableció que el Secretario y el Interventor eran responsables también de los resultados lesivos de estos acuerdos no aclarándose si se trataba de una responsabilidad por hecho propio (la omisión de la obligación de advertir), o por hecho ajeno. Por fortuna de la redacción de la actual LRL no se desprende tal cosa (32). Del texto actual se deduce, en un primer párrafo (véase el art. 413), la responsabilidad civil de los «que hubieren votado» el acuerdo. Y en párrafo aparte, dando clara idea de que trata otra clase de responsabilidad diversa (sobre todo si se tiene en cuenta que la Ley anterior englobaba a ambas), aparece la responsabilidad de los funcionarios «dentro de sus respectivas esferas de acción», si no advierten..., etcétera. Está claro que el Secretario y el Interventor no pueden responder por acuerdos «que no han votado»; y así lo ha entendido el Tribunal Supremo (sentencias de 10 de enero de 1956 y 21 de febrero de 1961).

La responsabilidad de que habla en el artículo 413, párrafo 2.º, no puede ser otra que la administrativa: falta consistente en el defectuoso cumplimiento de las funciones. Naturalmente, que—y ello es el modo lógico de no convertir en humo los derechos del lesionado—esta falta de la advertencia para el caso de acuerdos manifiestamente ilegales no supone la relevación de la responsabilidad civil de los que hubieren votado el acuerdo; responsabilidad que es independiente, en absoluto, de la advertencia. También milita en favor de esta solución lo dispuesto por la Ley de 1935 (que exoneraba a los votantes no titulados si faltó la advertencia). Las absurdas soluciones de la Ley anterior en este punto han sido, pues, superadas.

a''') Restantes funcionarios. Responden según los términos vistos en el apartado a'''). Distingamos, sin embargo, aquellos que pueden ser calificados de funcionarios (a los que se aplica el régimen visto), de aquellos otros a los que se aplica el Código civil. De los artículos dos al ocho del Reglamento de funcionarios se deduce que están en el primer caso: todos, menos los eventuales, los temporeros, los contratados para trabajos manuales y los de los servicios gestionados con órgano especial o en forma de empresa privada o mixta.

(32) Véase el documentado trabajo de ALBI, *El deber de advertencia de ilegalidad de Secretarios e Interventores, según el artículo 413 LRL y concordantes*, en «Boletín del Colegio Nacional de Secretarios, Interventores y Depositarios de Administración Local», núm. 204, págs. 854 y sigs.

d') Podemos, pues, concluir que la Ley de 1904 ha sido hoy superada en los dos esferas territoriales, gracias a las siguientes modificaciones: la lesión ha de deberse a la conducta gravemente culposa o negligente del funcionario, la acción fundada en falta leve y dirigida directamente frente al agente se ha suprimido en lo local, y según la más lógica interpretación, también en la esfera central; se ha suprimido la reclamación previa; ha variado la disciplina de los órganos *ad quem*; en lo local no existe ya la posibilidad de acción directa frente al agente en materia contractual, ni en lo central, cuando se trata de lesión surgida con motivo de la actuación del Estado como persona jurídico-privada (art. 41, LRJ); y, por último—y esto es lo verdaderamente importante—la remisión a la Ley de 1904 está hecha de tal modo que denota con toda evidencia (véanse la LRL y el REF, que la citan expresamente) la intención del legislador de acabar con el criterio obstaculista y de restricción: desaparición de trámites, y, sobre todo, supresión de requisitos, especialmente los relativos a la relación de causalidad, así como ampliación de la lesión de sólo derechos a la lesión a bienes e intereses, suprimiendo, en fin, la absurda acción directa de resarcimiento frente al agente, acción que es el punto central de este estudio, y que hay que considerar no vigente ya, para los casos de culpa leve, de daños en materia de contratos locales y de actuación jurídico-privada en lo central. La tendencia es clara: reducción del ámbito de la acción directa frente al administrador, y simplificación procedimental. Esta era, naturalmente, la orientación marcada por la doctrina.

2.º Problema de la aplicabilidad. Mas una cosa es la vigencia (norma suficientemente promulgada, no derogada) y otra la aplicabilidad (posibilidad material y jurídica de ser puesta en práctica, o conveniencia de ello supuesta otra vía paralela y más ágil). Este aspecto de la Ley de 1904 se estudiará al ver los rasgos generales del sistema español. Mas conviene adelantar que exigiendo el Tribunal Supremo (33) que al juicio de responsabilidad del agente preceda una declaración contenciosa sobre la irregularidad del acto, y siendo posible hoy exigir a aquél esta responsabilidad simultáneamente con la petición de declaración dicha irregularidad en vía contenciosa, la aplicabilidad de la Ley de 1904, es absolutamente nula.

2. Responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados. De modo harto diferente se ha regulado esta responsabilidad en nuestro Derecho. Con

(33) Véanse las numerosas sentencias citadas por GUAITA en loc. cit., págs. 119 y siguientes. A ellas pueden añadirse las de 20 de febrero de 1956, 6 de mayo de 1959, etcétera.

un criterio restrictivo sin vacilación alguna rechazable (34) el capítulo II del título V de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y el título VII del libro II de la LEC regulan de igual manera esta responsabilidad limitándola a los casos de infracción de Leyes por los Jueces y Magistrados cuando en el desempeño de sus funciones incurran en negligencia o ignorancia inexcusables. Aquí no hay responsabilidad alguna de cobertura a cargo de la Administración, sino únicamente la personal a cargo del funcionario (35). Se resuelve sin dudas el problema de la relación entre la irregularidad del acto dañoso y la declaración del derecho a resarcimiento en el sentido de la desconexión absoluta entre ambos: así el artículo 266 de la Ley del Poder judicial y el 917 de la LEC dicen que en ningún caso la sentencia recaída en el pleito de responsabilidad civil alterará la sentencia firme.

Aparte de todo ello, los Jueces y Magistrados pueden incurrir, como los demás funcionarios, en la responsabilidad derivada de delito, tipificándose para ello delitos específicos. Esta responsabilidad, naturalmente, envuelve también la civil en los términos previstos en el capítulo correspondiente del Código Penal. Señalemos, por último, que en el artículo 212 de la Ley Orgánica nos encontramos con la primera definición legal de «negligencia inexcusable», según un criterio que muchos años más tarde el ROF, va a repetir: el de actuación, «manifiestamente contraria a la Ley». Sobre la insuficiencia de este criterio hablaremos más tarde.

Ninguna razón justifica el mantener criterios restrictivos en un punto que tan esencial puede ser para el ciudadano. Sólo para el caso de sentencia absolutoria en el recurso de revisión penal cabe la indemnización a cargo del Estado seguida de una acción de repetición (art. 960 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La pobreza de este supuesto, siendo tantos y tan diversos aquellos en que en la actuación jurisdiccional caben perjuicios, releva de todo comentario.

Añadamos, por último, que para la responsabilidad a cargo de los funcionarios se establecen aquí unos rigurosos criterios de causalidad, una reclamación previa (art. 906 de la LEC), en las restantes esferas ya superada: y un plazo de suspensión (art. 904 de la LEC), difícilmente conciliable con la desconexión existente entre este pleito y el de fondo.

(34) Criterio restrictivo que se manifiesta claramente en los artículos siguientes de la propia Ley, reguladora del procedimiento.

(35) GARCÍA DE ENTERRÍA (en *Los principios...*, pág. 191) esperó del Reglamento E. F. que extendiera a Jueces y Magistrados la cobertura. No ha sido así.

3. Responsabilidad civil de los funcionarios militares. Consagrada también como de regulación excepcional por el artículo 49 de la LRJ, al igual que la anterior, aparece esta responsabilidad. Si la anterior nos ha parecido de normatividad deficiente, ésta no puede juzgarse sino como deficientísima.

Basta decir que se limita a la responsabilidad civil nacida de delito. Segundo. La acción de cobertura a cargo de la Administración.

●) Régimen general. Supuesto que a partir de la LEF en todos los casos se puede accionar directamente frente a la Administración, mas subsiste la acción frente al agente, hay que entender que si el ejercicio de esta última resulta ineficaz, podrá el perjudicado dirigirse contra la Administración subsidiariamente. Podríamos distinguir la ineficacia debida a la falta de culpa del funcionario, o a su culpa leve, de la debida al hecho de resultar el funcionario insolvente. En los tres casos, la Administración responderá, si bien en el tercero conserva frente al agente una acción de resarcimiento.

¿Cubre la Administración toda la responsabilidad del funcionario? Cubre toda la derivada de su actuación como tal, por ilegal e irregular que ésta sea, incluso aunque sea delictuosa (art. 22 del Código Penal con interpretación extensiva (36), y expresa alusión al Estado en el artículo 20, 2.º del propio Código), con tal de que racionalmente pueda considerarse producida en la esfera de actuación administrativa (37). A este respecto ROYO dice que en un principio se creyó (38) que el dolo rompe el nexo causal; mas luego añade: «¿Qué imposibilidad lógica o teórica hay para que la Administración asuma la responsabilidad por todas las faltas cometidas por los funcionarios públicos en el desarrollo de los servicios públicos? Es muy razonable este punto de vista. La Administración debe incurrir en responsabilidad siempre que un funcio-

(36) Interpretación extensiva aceptada hoy por el T. S. Véase la sentencia de 20 de octubre de 1943.

(37) GARCÍA DE ENTERRÍA (en *Los principios...*, pág. 218) dice: «Se trata de deslindar estas tres zonas sucesivas de imputación: 1.º Daños imputables directamente a la Administración. 2.º Daños imputables directamente al funcionario, pero a los que se extiende la cobertura de la Administración. 3.º Daños personales de los funcionarios que les son directa y exclusivamente imputables, sin cobertura de la Administración. En el primer caso, la acción de responsabilidad debe ser dirigida contra la Administración exclusivamente; en el segundo caso puede dirigirse alternativamente, a elección del dañado, contra la Administración o contra el funcionario; en el tercer caso, únicamente contra el funcionario. A la vez: en el primer caso, la Administración no puede repetir contra el funcionario; en el segundo caso, en la hipótesis de que se haga efectiva su garantía o cobertura, la Administración dispone de acciones de regreso contra el funcionario; en el tercer caso, no es planteable este problema».

(38) ROYO, *La responsabilidad...*, núm. 19 de esta REVISTA, pág. 22.

nario, en el ejercicio de su cargo, cause un daño», y concluye diciendo que el Conseil de Etat ha admitido esta responsabilidad subsidiaria incluso cuando la culpa personal ha sido cometida fuera del servicio.

En la legislación local hablan de esta responsabilidad diversos artículos: el 409 de la Ley la prevé, y exige para ejercer la correspondiente (39) acción el perjudicado, exigencia que, sin duda alguna, ha desaparecido, el que la infracción legal haya sido declarada previamente en sentencia firme. Insisten en ello los artículos 377 y 378, 3, de la ROF. Para el caso de actuar la Entidad local como persona jurídico-privada, el artículo 379 de la ROF declara aplicable el Código Civil, y el 382, el Código Penal, si el agente cometió delito.

b) Jueces y Magistrados. No existe tal cobertura (40).

c) Militares.

El Código de Justicia Militar, en su artículo 206 (según lo redactó la Ley de 21 de abril de 1949) establece (aparte de la responsabilidad civil del funcionario, por causa de delito), una cobertura en las siguientes restricciones, que equivalen en su conjunto a la negación de tal cobertura: 1.ª sólo procede en caso de lesión; 2.ª el culpable ha de haber sido declarado insolvente; 3.ª el delito ha debido cometerse con ocasión de un acto de servicio reglamentariamente ordenado; 4.ª el Tribunal podrá acordar la indemnización a cargo del Ejército sólo si lo estima justo; 5.ª esta decisión podrá abarcar toda la indemnización o sólo parte. Además, según el artículo 1.062 del propio Código, el Consejo Supremo de Justicia Militar puede en segunda instancia dictar auto declarando la irresponsabilidad subsidiaria de que se está tratando, no cabiendo frente a esto recurso alguno.

Tercero. Las acciones de la Administración frente al funcionario.

a) *La acción de regreso.*

Ya ha quedado establecido que en el sistema actual español, además de la acción directa frente al agente, dispone el lesionado de la acción también directa frente a la Administración, si bien los supuestos de uno y otra son diferentes: procede la primera sólo si hubo culpa grave imputable personalmente al funcionario; procede la segunda en todo caso. Mas hemos visto también que la Administración, precisamente en el mismo caso en

(39) Que este trámite ha desaparecido es indudable. Razón: las acciones frente al funcionario pueden entablarse siempre simultáneamente con la acción frente a la Administración.

(40) Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios...*, pág. 223.

que cabía la acción directa frente al agente, dispone de una acción frente a él para el caso de que aquélla haya indemnizado (aunque, como es lógico, en ningún caso cabrá una acumulación de indemnizaciones, puesto que si la acción del administrado frente al agente ha prosperado, nada pagará la Administración, y si no ha prosperado es que faltó la lesión o la imputabilidad al actuar administrativo o la culpa grave, y en los dos primeros casos nada pagará la Administración, y en el tercero no cabe la acción de regreso, puesto que la Ley aquí hace gravitar sobre la Administración el pago).

Estamos, pues, aquí ante una consecuencia de la llamada cobertura por la Administración de pago de las lesiones atribuibles a sus agentes. Como dice GARCÍA DE ENTERRÍA, «determinada la imputación al funcionario de un daño que, sin embargo, la Administración se ha visto obligada a resarcir, ésta dispone, como prevé el artículo 121 de la LEF (y define ya como principio el artículo 1.904 (C. c.) de una acción de regreso contra el funcionario culpable. Es evidente que esta acción ha de ejercitarse por la vía administrativa y no por la judicial (41), mediante el procedimiento de la decisión ejecutoria y de la acción de oficio...» Esta acción se mueve también en el campo de la culpa (agente exonerado si no incurrió en culpa o ésta fue leve; agente obligado a resarcir a la Administración si aquél incurrió en culpa grave), excluyéndose, sin embargo, de las normas de la culpa los dos siguientes casos: a') En materia contractual local, en que no cabe repetir contra el agente. b') En los casos en que aún se aplica el C. c. (en los casos la Administración puede repetir, mas es dudoso que deba hacerlo siguiendo las reglas de la culpa). Estos casos son, como sabemos: a'') Cuando las Corporaciones locales obran como personas jurídico-privadas. b'') Cuando la Administración institucional lesione bienes o derechos de los que no son objeto de la LEF.

En definitiva, el sistema sigue en este punto consecuente con los principios que lo informan: posibilidad en todo caso para el lesionado de exigir el resarcimiento de la Administración directamente, en base a la teoría de la responsabilidad objetiva (lo que da a éste una máxima garantía) y para los casos de culpa grave, al margen por completo de la actuación del administrado frente al agente, posibilidad (mejor dicho, deber) para la Administración, y en base a la teoría de la culpa, de reintegrarse a costa del agente del pago hecho, puesto que

(41) Contrariamente a lo incorrectamente establecido en el Estatuto Municipal, en que la vía procedente era la jurisdiccional. Véase respecto a este punto, GUAITA, loc. citada, pág. 130.

el daño es imputable a dicho agente, que incurrió en culpa o negligencia grave. Ello aparte de ser una exigencia de justicia (cualquiera que sea la *ratio* que se busque: enriquecimiento torticero, igualdad de cargas, etc.), es una norma de buena administración que obliga al agente a una vigilante atención, y no incurre, por otra parte, en los inconvenientes de la acción directa del lesionado frente a él.

Se plantea el problema de si en el caso de daños causados en el funcionamiento de servicios concedidos, cabe también esta posibilidad de dirigirse frente a la Administración, tras haberse dirigido infructuosamente frente al concesionario. La ineludible necesidad de proteger al administrado lesionado, nos lleva a una respuesta positiva (42), habida cuenta de que las lesiones se han producido con ocasión «del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos». Bien es verdad que, la fianza del concesionario dará satisfactoria solución a muchos de estos casos.

He aquí una posible salida con carácter general introducible en nuestro derecho. Parte de la doctrina ha defendido (43), en efecto, que la cobertura por la Administración de los daños causados por culpa o negligencia de sus agentes, y la subsiguiente acción de regreso tendrían una ágil solución en la implantación de una fianza con carácter general en previsión de estos supuestos.

Citemos, por último, los artículos que hablan de esta acción de regreso: el 1904 del C. c.; el 410, 1 *in fine* LRL; el 121, 1 *in fine* LEF; el 135, 1 Reglamento EF; 383 y 384 ROF; 42, 1 LRJ, y 960 Ley Enjuiciamiento Criminal.

b) La acción de resarcimiento por otros daños causados a la Administración por sus agentes.

Se trata ahora de reintegrar a la Administración los perjuicios que haya sufrido por consecuencia de la actuación de sus servidores, excluido el caso visto en el apartado anterior. Hablan de ello el art. 410 LRL para esta esfera y 42, 2 LRJ para la estatal. Ambos exigen, naturalmente, que el funcionario haya incurrido en culpa o negligencia graves. El artículo 383, 3 ROF puntualiza que esta acción podrá ejercitarse por las Corporaciones, «contra aquellos de sus miembros que hubieren votado el acuerdo de que se derive responsabilidad para la Administración».

Cuarto. Las acciones del funcionario frente a la Administración.

(42) En contra, GARCÍA DE ENTERRÍA (*Los principios...*, pág. 203).

(43) Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios...*, pág. 224.

En primer lugar, no hay razón alguna para excluir al funcionario del régimen de indemnizaciones por daños que hemos visto antes. Cualquier lesión que el funcionamiento normal o anormal de los servicios cause a los agentes, deberá ser resarcido por la Administración (del problema de la compensación de culpas se hablará más adelante) (44).

Específicamente hay un caso, además, tratado por nuestra legislación local. Ya el Estatuto Municipal, en su único artículo dedicado a la responsabilidad civil, decía: «... si los Tribunales declarasen indebida (su) 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». La Ley de 1945 reprodujo este precepto ampliándolo a toda clase de funcionarios. La RLR dice en su artículo 408: «Cuando se declare indebida por sentencia firme la destitución de un funcionario, la Corporación hará inmediatamente efectiva al perjudicado la cantidad correspondiente a los haberes dejados de percibir...» La LRL ha suprimido, pues, la referencia a los Concejales, aunque en la práctica, el resultado será el mismo, puesto que, según el artículo 410; la Administración puede repetir contra ellos.

IV.—RASCOS CARACTERÍSTICOS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL.

A la vista del complicado juego de acciones expuesto, estamos ya en condiciones de exponer las notas denominador común a todo el sistema. Estas notas son:

a) *Relativas al fundamento de la institución.* Si estamos—como creemos—ante una institución única, es preciso encontrar una *ratio* común a todas sus manifestaciones. Esta no puede ser otra que el deber de reparación a consecuencia de un daño que el perjudicado no está obligado a soportar (es decir, a consecuencia de una lesión). En todos los casos en que el obligado a reparar es el agente, hemos visto que aparece una nueva nota: la lesión se debe a una conducta gravemente culposa o negligente de aquél.

b) *Relativos a la lesión.*—Esta ha de ser efectiva, evaluable y determinada con relación a una persona o grupo de personas. Esta es exigencia contenida en la LEF para la responsabilidad de la Administración,

(44) En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Los principios...*, pág. 189.

mas debe considerarse aplicable a todos los supuestos de responsabilidad civil en este campo. ROYO (45) dice que «todos los autores coinciden en que el daño ha de ser anormal excepcional... material y permanente...». Nuestro derecho no exige nada de eso; si bien, en la responsabilidad que hemos estudiado—la del funcionario—la necesidad de que haya habido culpa o negligencias graves, comportará con frecuencia el que, en efecto, el daño sea anormal y excepcional.

c) *Relativas a la imputabilidad.*—La lesión ha de ser atribuible al funcionario por haber incurrido éste en culpa o negligencia grave en su actuación como tal funcionario, es decir, dentro del marco de los actos que son referibles a la función pública (46). Aquí surgen, señaladamente dos problemas: el relativo a qué actos son éstos, y el relativo a qué debe entenderse por culpa o negligencia grave.

Respecto al primero, deben someterse a la disciplina estudiada todos los actos racionalmente conectables con la función pública, por ilegales que sean; la pura apariencia debe proteger al lesionado, aunque haya habido abuso de atribuciones, aunque éstas no existieran, aunque se trate de un funcionario *de facto*. En este punto la jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha llegado a conclusiones amplísimas. Mas obsérvese el adverbio más arriba empleado: «racionalmente». Si con un examen de un imperito basta para darse cuenta de la desconexión entre el acto lesivo y la actuación administrativa, podremos estar ante una *responsabilidad, mas no ante la que hemos estudiado* (47).

En cuanto al segundo punto, contamos con una definición legal por partida doble: los artículos 212 de la Ley Orgánica del Poder judicial y 377, 3 ROF, identifican la culpa o negligencia graves con la «infracción manifiesta de las leyes». Ya se comprende que esto no es resolver el problema, sino trasladarlo. Mas se comprende también que la norma no puede aproximarse más. Se trata de un concepto a determinar en cada caso por el juzgador. La jurisprudencia ha utilizado más que el criterio de la evidente infracción de ley, el de la magnitud de las consecuencias derivadas del acto lesivo, y el grado de conciencia y previsibilidad de estas consecuencias en el agente.

(45) ROYO, *Problemas...*, pág. 221.

(46) Sobre el problema de la cadena de causalidad, véase GUAITA, loc. cit., pág. 105.

(47) Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios...*, págs. 209 y 216; ROYO, *Problemas...*, página 226. El primero dice: «... todos aquellos accidentes ocasionados por o dentro de la empresa administrativa que no puedan ser referidos a una causa extraña (fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de tercero), podrán ser imputados a la Administración».

d) *Relativas al «quantum» de la indemnización.*—De los artículos 120 y 121 LEF y 134, 2 de su Reglamento, y, más aún, del artículo 376, 1 ROF, se deduce que la indemnización abarca en todo caso al *damnum emergens*, y sólo a él (48). Señala GARCÍA DE ENTERRÍA (49) que deberían aplicarse los artículos 1.106 y 1.107 del C. c., en relación con el 1.103 del mismo Código, de donde se deduce claramente que el obligado responde del daño emergente más el lucro cesante, y esto aun en los casos de culpa leve (moderada en cuanto a la responsabilidad por los Tribunales, según el art. 1.103 C. c.). Mas la solución vigente hoy en España para la responsabilidad civil es la expuesta antes. Esta solución tiene el inconveniente de la inequidad. Mas la solución contraria tiene el inconveniente de la inseguridad y podría exponer a los funcionarios a cuantiosas indemnizaciones, muchas veces asimismo injustas.

e) *Relativas al «modus procedendi».*—Se plantean también aquí de modo destacado dos problemas:

a') El primero, el de si es posible pedir al órgano jurisdiccional la indemnización por la lesión padecida, sin un proceso previo que declare la irregularidad de la conducta del agente; o es posible lo primero sin lo segundo. Para la responsabilidad directa de la Administración es evidente que puede pedirse el resarcimiento sin previo proceso sobre la ilegitimidad del acto (artículos 122 y 128 LEF y 3, b de la LJC). Ello es lógico, si se recuerda que la responsabilidad directa de la Administración está montada sobre la teoría del riesgo objetivo. Esta solución (que el Reglamento EF consagra con absoluta claridad), da lugar, sin embargo, a algo contradictorio: el que, dado que el plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil es de un año, mientras que el de la acción contenciosa es de sólo dos meses, resulta posible el examen jurisdiccional de los actos (aunque se limite a declarar la lesión) y su indemnización durante un plazo mucho mayor del previsto en la LJC (50). Ahora bien, para la responsabilidad del funcionario, ya no se da el dato lógico relativo a la construcción del sistema sobre la teoría del riesgo, que justificaba la desconexión entre la declaración de la irregularidad del acto (acto que podía ser perfectamen-

(48) Por el contrario, GONZÁLEZ NIETO opinó (loc. cit., pág. 39) que el resarcimiento abarcaba ambos conceptos.

(49) *Los principios...*, pág. 233.

(50) Que esto constituye una anomalía es innegable. Como dice BOQUERA (loc. citada, pág. 199): «Se considera que el Juez, fijando una indemnización, fiscaliza indirectamente el fondo del acto... Otros opinan que el examen de la legitimidad de un acto siempre constituirá una cuestión previa al reconocimiento de un derecho de indemnización».

te regular), y la declaración del derecho a resarcimiento. En efecto, aquí siempre, y sin excepción, hay un dato que faltaba antes: la culpa o negligencia graves del agente. Parece lógica ahora la exigencia de declarar previamente la existencia de tal culpa o dolo, y a ello aludía, por ejemplo, el artículo 409, 2 LRL (para declarar la responsabilidad subsidiaria de la Administración era necesaria previamente que «la infracción legal hubiera sido declarada previamente por sentencia firme»). Sin embargo, y en aras, sin duda, de un deseo de no complicar el sistema para el administrado, la solución, no es hoy precisamente ésa. Examinaremos este punto a la luz de los dos textos fundamentales aplicables, uno y otro, a las esferas central y local: la Ley de 1904 y la LJC (51):

De la Ley de 1904 pareció deducirse la posibilidad de pedir simultáneamente la declaración de la existencia de la infracción y la declaración del derecho a ser indemnizado y en qué cuantía. Mas la jurisprudencia ha dicho repetidamente que la primera declaración no puede hacerla el Tribunal de que habla la Ley de 1904 (o las Leyes que en este punto la han sustituido), porque tratándose de un Tribunal civil, carece de jurisdicción para examinar la actuación administrativa; al Tribunal civil hay que darle resuelto este aspecto del problema. Y la manera de hacerlo es una declaración, en este sentido, de los Tribunales contenciosos, o, acaso—nosotros propugnamos por la sustitución de este «acaso» por un «sin duda», para facilitar salidas a esta gran maraña legislativa—el fallo de un expediente gubernativo de responsabilidad ad-

(51) En efecto, recordemos ahora lo establecido en las diferentes normas vistas: en la Ley de 1904 pareció posible declarar simultáneamente la infracción cometida y el derecho al resarcimiento (cosa desvirtuada después por el T. S.); no alteró el sistema la LRL; el ROF habla, por vez primera (art. 378) de un proceso contencioso en el que puede declararse la responsabilidad civil del agente; el Reglamento EF (art. 135, 3) va a insistir en considerar partes demandantes «ex lege» a Administración y funcionario; la LJC, en relación con los artículos 378 ROF y 134 Reglamento EF, instaura un nuevo sistema, según se explica en el texto; y además suprime, sin duda alguna, la acción civil de que hablaba el artículo 407 LRL. Hoy día la única posibilidad de exigir responsabilidad civil ante Tribunales civiles por lesiones causadas por la actuación de la Administración pública, queda reducida a los casos de actuación de ésta como persona jurídico-privada. Si no es así, y aunque sea civil el derecho lesionado (en definitiva, toda lesión podría considerarse atentatoria de derechos civiles), entenderá de la acción de resarcimiento la jurisdicción contenciosa; tras la LRJ subsiste el sistema de la LJC, y se insiste en una acción hija de la de la Ley de 1904 (para el ejercicio de la cual no hay razón alguna para suponer que el T. S. no va a exigir como exigió para aquélla una declaración contenciosa previa sobre la irregularidad del acto); por último, para los funcionarios del orden jurisdiccional (en los militares ya sabemos que se sigue el sistema del CP, con su vis atractiva absoluta) se desconecta el fondo del asunto del problema de la indemnización; mas procediendo ésta, como siempre, por conducta culposa o negligente, hace falta una declaración (sentencia) acerca de esta conducta, si bien en el mismo proceso se declarará el derecho al resarcimiento.

ministrativa seguido al agente (podría incluirse aquí también al expediente de que habla el artículo 134 Reglamento EF).

Aparece el artículo 378 ROF que señala que el Tribunal que entiende de la declaración de no conformidad del acto con el Derecho, entiende también de la declaración de responsabilidad civil, pudiendo dirigir ésta contra la Administración o el agente, ambos obligadamente partes en el pleito. Insiste en ello la LJC al declarar sometidas a ella las cuestiones sobre responsabilidad civil de la Administración. Hay que entender que se refiere tanto a la responsabilidad del agente como a la de la Administración objetivamente considerada, tal como había dicho el ROF. Por consiguiente, se ha abierto una brecha en el sistema de la Ley de 1904. Ahora son dos los caminos para exigir responsabilidad civil al funcionario: el de la Ley de 1904 (al que precederá una declaración que normalmente será una sentencia contenciosa), y el de la LJC.

Mas esta declaración de responsabilidad del agente, hasta ahora vista, es accesoria respecto a la declaración de no conformidad entre el acto lesivo y el derecho objetivo. Hay que dar un paso más. Como sabemos, cabe exigir a la Administración responsabilidad por lesiones causadas por actos no irregulares (el funcionamiento normal de los servicios), por actos infiscalizables (los actos políticos del Gobierno) (52). Ninguna razón hay para excluir de estos supuestos la responsabilidad civil de los agentes. En estos casos no habrá que impugnar el acto (que es conforme a Derecho o está excluido del control jurisdiccional), sino sólo pedir la declaración de la existencia de la lesión y, subsiguientemente, la condena a indemnizar. Y si ha habido culpa o negligencia grave, y así se pide, puede ser una condena al agente.

A estos casos debe sumarse el de inejecución de sentencias o acuerdos corporativos. Esta es la única forma de hacer eficaz el artículo 109 LJC, y de evitar un doble proceso para conseguir un único resultado (la declaración del derecho a la indemnización y percibo de ésta). Este doble proceso se da en todo caso de ejercicio de la acción de la Ley de 1904 (salvo que se admita, basta previamente la simple declaración en vía gubernativa de la culpa o negligencia graves del agente). Mas en el caso de acto disconforme a Derecho, conserva cierta lógica el engorroso sistema. Esta lógica desaparece en el caso de acto conforme a derecho, excluido de fiscalización, o de inhibición de un agente que se niega a poner en práctica la voluntad de la Administración o de un Organismo jurisdiccional. Para no llegar a conclusiones imposibles o absurdas.

(52) Recordemos la interesante objeción de BOQUERA expuesta más arriba.

das, hay que admitir la existencia de la acción contenciosa de que hablamos (53).

La importancia práctica del punto que se examina es inmensa, puesto que, como dice NIETO (54), la mayoría de los problemas de responsabilidad civil, se suscitan precisamente por la inactividad de la Administración. Insistamos, pues, en el examen de la posibilidad de admitir la acción contenciosa de responsabilidad civil por inejecución de acuerdos o sentencias contenciosas, en nuestro Derecho.

En principio, y siendo imprescindible para la apertura del contencioso español, la existencia de un acto (expreso o silencio) «de la Administración», parece imposible admitir esta acción. Aquí lo que ha hecho la Administración ha sido emanar un acto correcto y no lesivo, Precisamente por la no puesta en práctica de este acto, surge la lesión. Ante la imposibilidad, en otro caso, de lograr la efectividad del acto (ya que, como hemos visto, el ejercicio de la acción de la Ley de 1904 requiere también un contencioso previo), hay que admitir la acción cuya existencia se defiende. ¿Cómo encajarla en nuestro sistema? Considerando la inejecución como conducta producida en el actuar administrativo (equiparándola así al «acto de la Administración») (55), mas solicitando en el *petitum* la condena al funcionario responsable de la inejecución. La violencia de esta solución es patente. Mas o se admite así, o se conviene en que en el Derecho español la ejecución de acuerdos administrativos y sentencias contenciosas es materia libérrimamente entregada a la arbitraria voluntad de los funcionarios, sin apelación posible (con la única salida de la acción penal, expresamente aludida por la LJC para el caso de las sentencias contenciosas, y de difícil aplicación a los demás casos) (56).

(53) Dicho esto, el valor práctico de la acción de la Ley de 1904 queda reducido a la nada. Se podrá argüir que con ello reducimos a dos meses el plazo de un año que esta Ley estableció. Mas la reducción es obra del T. S., que exige la sentencia contenciosa previa. En la práctica, este dato debe ser muy tenido en cuenta y no pensar jamás que para ejercitar la acción de responsabilidad civil frente al funcionario se dispone de un año. Se dispone de un año después de la sentencia contenciosa; mas para incoar el proceso correspondiente a ésta sólo se dispone de dos meses. Y sin este proceso, aquella acción (hasta hoy, al menos, ha sido así) es inejercitable.

(54) Alejandro NIETO, *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso*, número 37 de esta REVISTA, pág. 112.

(55) El «acto de la Administración» se provocaría, por lo demás, mediante la puesta en marcha del expediente de que habla (tanto para la esfera central como para la local) el artículo 134 Reglamento EF.

(56) Para el caso de lesión por inejecución de sentencias por los Tribunales ordinarios, el sistema de la LEC, con su recurso ante el Tribunal inmediato superior, es bastante superior al criticado aquí.

En nuestro actual derecho puede, pues pedirse la declaración de responsabilidad civil del funcionario, bien directamente, bien como consecuencia de un proceso seguido para declarar la disconformidad del acto lesivo con el derecho objetivo. Consecuentemente con esto y relativamente al órgano *ad quem*, puntualizaremos aquí lo siguiente: Aparte de la responsabilidad civil procedente de delito, la responsabilidad del funcionario puede ser exigida por tres cauces: 1.º El ejercicio de la acción prevista en los artículos 414 LRL y 45 LRJ, es decir, la que primitivamente reguló la Ley de 1904 (57); 2.º El proceso contencioso de responsabilidad civil derivada de la declaración en el propio proceso de no conformidad del acto lesivo con el derecho objetivo; 3.º El proceso contencioso (del que se deriva en el mismo proceso la responsabilidad civil del agente), dirigido sólo a pedir que el acto se declare lesivo, en los casos en que dicho acto lesivo es infiscalizable o es conforme a derecho, o se trata de la conducta del agente que no ejecuta un acuerdo o una sentencia.

b') El segundo destacado problema aquí es el del destinatario pasivo de la acción de resarcimiento. No hay problema para los casos de la acción de regreso y otras a ejercer entre Administración y sus agentes y de las que ya hemos hablado. El problema se presenta para el administrado, que, normalmente, no sabrá sobre quién debe recaer la responsabilidad, puesto que el sujeto pasivo aparente puede no ser el real. No pueden darse reglas, y este es uno de los muchos argumentos contra la existencia de la acción directa frente al funcionario.

V.—CRÍTICA Y CONCLUSIONES.

El Derecho español sobre responsabilidad civil de los agentes de la Administración no garantiza hoy, en los casos generales, suficientemente al administrado. Mucho menos lo garantiza en los casos especiales.

En efecto, el sistema español está presidido por una Ley, grandemente modificada, pero que en lo sustancial—lo sustancial es obra de la jurisprudencia—conserva un grave inconveniente, aunque se haya eliminado el requisito de una previa reclamación por escrito al agente. Este inconveniente es la necesidad de una previa sentencia contenciosa que declare la infracción habida. Esto dificulta extraordinariamente la aplicación de la Ley; Ley que, a la vista de la innovación de que se va a hablar, no sirve hoy absolutamente para nada.

(57) Previa la declaración gubernativa o contenciosa exigida por la jurisprudencia.

Esta innovación es la posibilidad de pedir en vía contenciosa simultáneamente la declaración de no conformidad del acto lesivo con el derecho y la de existencia de la lesión, dirigiéndose la acción para reparar la lesión, bien contra la Administración, bien contra el funcionario. Esta misma posibilidad está en pie para los casos en que la demanda sólo verse sobre la existencia de la lesión y su indemnización.

Independientemente de los inconvenientes del sistema vigente, la existencia de la acción directa de responsabilidad civil frente al funcionario, cualquiera que sea su regulación, tiene también desventajas graves: la necesidad de probar, además de la lesión y la imputabilidad, la culpa o negligencia graves; la posibilidad de encontrarse con que el agente responsable es insolvente; el problema de la determinación de quién sea en realidad ese agente (con su secuela posible de dilución de responsabilidades); y la personalización de todas las tensiones con los graves peligros inherentes a todo subjetivismo.

Nos pronunciamos, pues, en contra (salvo el caso de que ya se ha hablado) de la subsistencia de esta acción directa, que GUAITA (58) calificó de «jurídicamente antieconómica, superflua y quizá de vida limitada». En efecto, esta vida ha acabado. No por derogación expresa, puesto que la Ley de 1904 está aún vigente, sino por la práctica inutilidad de su ejercicio. Mas lo que se postula aquí es la supresión de tal acción directa, cualquiera que fuere su regulación.

Frente a todo ello la responsabilidad civil directa de la Administración aparece rodeada de ventajas. Y por otra parte no permite la impunidad del agente responsable del daño con su conducta gravemente culposa o negligente, puesto que la acción de regreso restablecerá las respectivas situaciones patrimoniales al punto que requiere la justicia material, y además logrará la sanción del agente culpable.

Un solo caso, sin embargo, debe subsistir de acción directa frente a los agentes: el de inejecución de sentencias o acuerdos. Esta es la única manera de lograr la ejecución, puesto que de otro modo se reproduciría interminablemente sentencia y acuerdos siempre inejecutados (59).

La legislación vigente es difusa y a veces poco clara. No hay ninguna justificación para que se establezcan regímenes distintos para las lesiones causadas al súbdito, según sea la esfera a que pertenezcan los agentes cuyas conductas han causado estas lesiones.

Se impone una regulación única de la responsabilidad civil en el

(58) Loc. cit., pág. 130.

(59) Ello se lograría mediante el ejercicio de una acción contenciosa con un procedimiento lo más simplificado y antiformalista posible.

campo de la Administración pública. En ella la responsabilidad civil de los servidores de la cosa pública debe quedar reducida ante el administrado a los casos de inejecución dichos, quedando viva entre el agente y la Administración las restantes acciones examinadas. Ello facilitará además la importantísima función de esta institución, que no es otra que la de lograr, juntamente con el sistema contencioso, y aún más que él, una total fiscalización del actuar administrativo.

