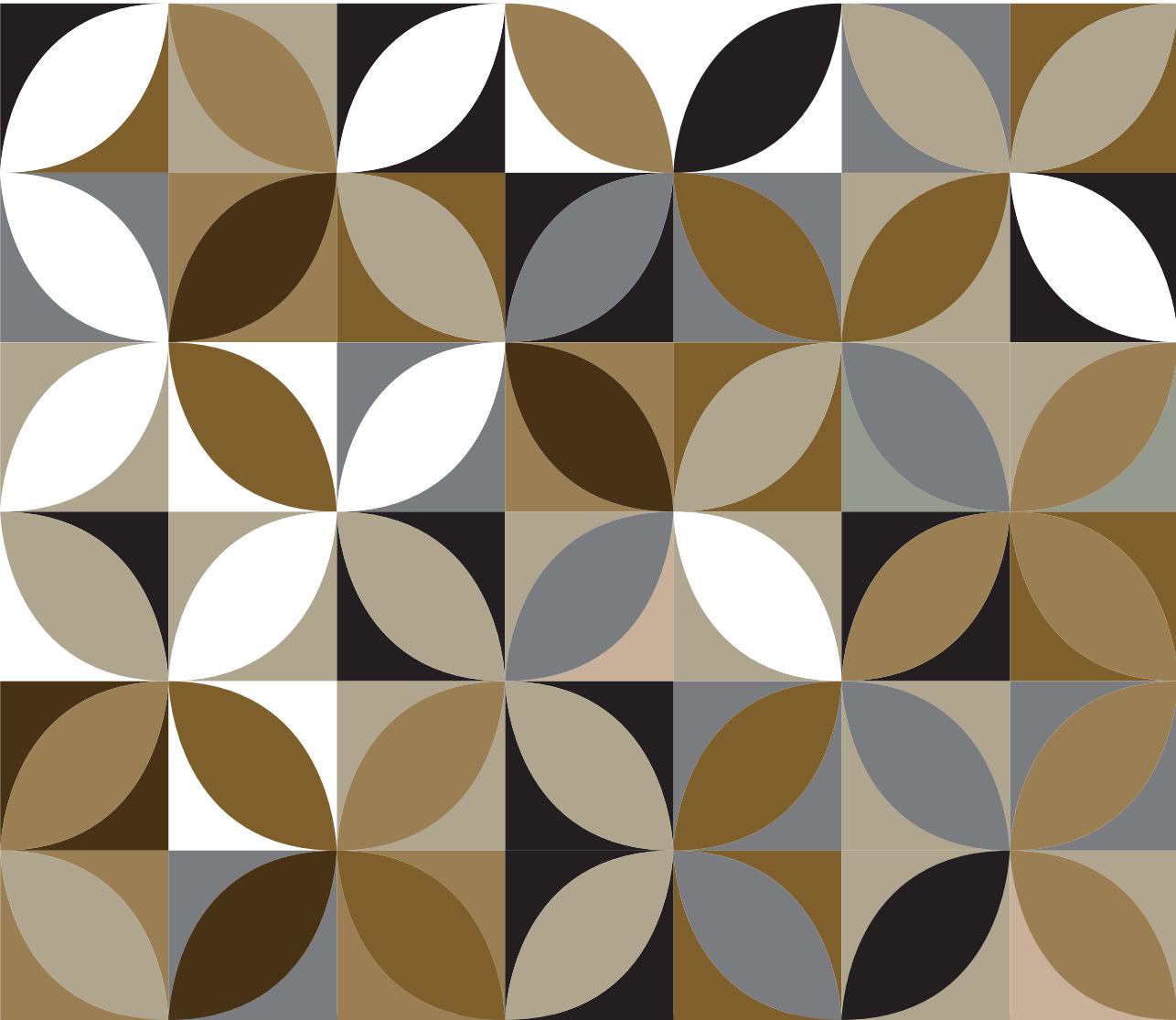


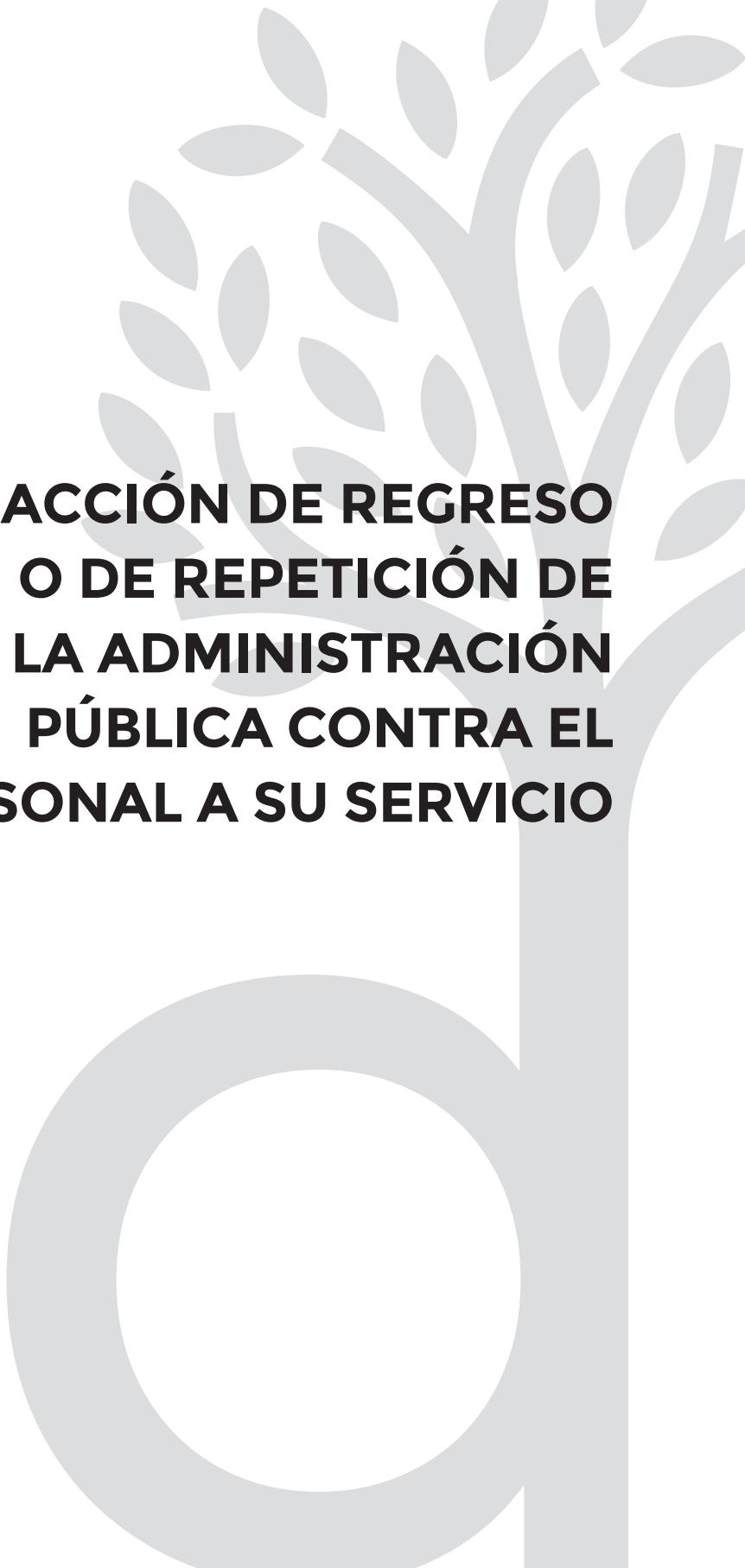
LA ACCIÓN DE REGRESO O DE REPETICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CONTRA EL PERSONAL A SU SERVICIO

Directores

Alfredo Galán Galán

Andrés Fernando Ospina Garzón





LA ACCIÓN DE REGRESO O DE REPETICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CONTRA EL PERSONAL A SU SERVICIO

LA ACCIÓN DE REGRESO O DE REPETICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CONTRA EL PERSONAL A SU SERVICIO

Directores:

Alfredo GALÁN GALÁN

Andrés Fernando OSPINA GARZÓN

Analía ANTIK Ricardo HERMANY

Rhita BOUSTA Martin IBLER

Pedro COSTA GONÇALVES Andrés Fernando OSPINA GARZÓN

Betielí DA ROSA SAUZEM MACHADO Camilo PERDOMO VILLAMIL

Alfredo GALÁN GALÁN María Juliana SANTAELLA CUBEROS

Gianluca GARDINI Daniel SILVA HORTA

Orlando VIGNOLO CUEVA



FUNDACIÓN
DEMOCRACIA
Y GOBIERNO LOCAL

Universidad
Externado
de Colombia

© FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL
Rambla de Catalunya, 126 - 08008 Barcelona
c/ Fernando el Santo 27, bajo A - 28010 Madrid
www.gobiernolocal.org

Corrección y revisión de textos: María Teresa Hernández Gil

Producción: MailFactory, S.L.

Depósito legal: M-15184-2025
ISBN: 978-84-128852-6-2 (papel) \
978-84-128852-7-9 (digital)

Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita
del titular del copyright, bajo las sanciones establecidas
en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra
por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la
reprografía y el tratamiento informático, y la distribución
de ejemplares mediante alquiler o préstamos públicos.

Índice

- PRESENTACIÓN 09** **El encuentro de la red académica en Bogotá: la acción de regreso o repetición contra los agentes del Estado. RAICA avanza y se consolida**
ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN

INFORMES NACIONALES

I. América

- 19** **Informe nacional de Argentina**
ANALÍA ANTÍK
- 41** **Informe nacional de Brasil**
RICARDO HERMANY y BETIELI DA ROSA SAUZEM MACHADO
- 67** **Informe nacional de Chile**
DANIEL SILVA HORTA
- 83** **Informe nacional de Colombia**
ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN
- 101** **Informe nacional de Perú**
ORLANDO VIGNOLO CUEVA

II. Europa

- 121** **Informe nacional de Alemania**
MARTIN IBLER
- 143** **Informe nacional de España**
ALFREDO GALÁN GALÁN
- 197** **Informe nacional de Francia**
RHITA BOUSTA
- 217** **Informe nacional de Italia**
GIANLUCA GARDINI
- 235** **Informe nacional de Portugal**
PEDRO COSTA GONÇALVES

CONCLUSIONES DE LAS MESAS DE DEBATE

**249 Conclusiones de la primera mesa:
reflexiones sobre los fundamentos de la
acción de repetición**

MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS

**257 Conclusiones de la segunda mesa:
la práctica y eficacia de la acción de
repetición o regreso**

CAMILO PERDOMO VILLAMIL

PRESENTACIÓN

El encuentro de la red académica en Bogotá: la acción de regreso o repetición contra los agentes del Estado. RAICA avanza y se consolida

Andrés Fernando Ospina Garzón

*Magistrado auxiliar del Consejo de Estado de Colombia.
Docente-investigador de la Universidad Externado de Colombia*

En la ciudad de Bogotá, el martes 3 de septiembre de 2024, se reunió por segunda vez la Red Académica Internacional de Control de la Administración (RAICA). El encuentro se desarrolló con el apoyo de la Fundación Democracia y Gobierno Local y de la Universidad Externado de Colombia, sede de este segundo encuentro. Las mesas de trabajo se realizaron de manera mixta: siete expertos asistieron de forma presencial y tres mediante conexión remota.

En la instalación del II Encuentro de la RAICA, la decana de la Facultad de Derecho del Externado de Colombia, Emilsen González de Cancino, y el director del Departamento de Derecho Administrativo, Bernardo Carvajal, destacaron la importancia de los lazos académicos del Externado con expertos de prestigiosas universidades americanas y europeas, y subrayaron la utilidad de la discusión para la protección del patrimonio público y la lucha contra la corrupción. Alfredo Galán y Andrés Ospina, directores de la red, expresaron la satisfacción de ver materializado el proyecto que se inició en la ciudad de Madrid el 20 de octubre de 2023.

El segundo encuentro de la RAICA giró en torno al estudio comparado de la acción de regreso o repetición contra los empleados públicos o agentes del Estado, como un mecanismo de control de la actividad administrativa. Los expertos de los diez países miembros de la red –cinco americanos y cinco europeos– recibieron con antelación el cuestionario que debieron responder previamente al encuentro y que sirvió de guía para la discusión.

La jornada se articuló en dos mesas de debate. En la primera se debatieron *los elementos que definen el mecanismo de regreso*: su fundamento normativo, la naturaleza jurídica del instrumento, la oportunidad procesal para ejercerlo, los sujetos pasivos de dicho control y la exigencia de un elemento subjetivo –dolo o culpa– como condicionante de este tipo de responsabilidad patrimonial. En la segunda mesa de debate se profundizó en *la práctica de la acción de regreso y su eficacia*. Se examinaron, entre otros aspectos, el carácter personal o transmisible de esta responsabilidad, las consecuencias que genera ser declarado responsable mediante esta acción y la frecuencia con la que se recurre a este mecanismo, así como los obstáculos que impiden que termine en una condena o que esta pueda ser efectivamente ejecutada.

Los moderadores de cada una de las dos mesas prepararon la discusión, formulando preguntas concretas a los expertos con el fin de resaltar coincidencias y contrastes, o de profundizar en aspectos en los que alguno de los sistemas jurídicos despertara mayor interés. Fue un ejercicio riguroso de derecho comparado, en el que, gracias al talento y esfuerzo de los moderadores, los asistentes pudieron comprobar la utilidad concreta del estudio comparado: entender mejor el sistema propio desde una mirada externa, cuestionar la validez de aquello a lo que se está habituado y vislumbrar nuevas perspectivas ante problemas comunes. Este ejercicio académico permitió enriquecer los informes nacionales de los expertos, que recogieron en sus escritos no solo las ideas iniciales, sino también el fruto de la comparación y el debate. Las conclusiones de los dos moderadores, que también se publican en este libro, son de altísima calidad y contienen reflexiones interesantes derivadas del rico y animado debate.

La jornada concluyó con la relatoría general a cargo de Alberto Montaña Plata, catedrático de la Universidad Externado de Colombia y actualmente vicepresidente del Consejo de Estado de Colombia. Su intervención constituyó una reflexión profunda, construida desde la teoría y la visión comparada, pero, sobre todo, nutrida por su experiencia como magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado, encargada de resolver, en última instancia, las acciones de repetición.

Para quien escribe esta presentación, en calidad de anfitrión del II Encuentro de la RAICA, resulta emocionante constatar la calidad de los escritos que se incluyen en esta obra y que renuevan el propósito de la red: realizar estudios comparados sobre temas de interés para el control de la Administración pública desde un enfoque académico y de excelencia. Agradezco a la Fundación Democracia y Gobierno Local su decidido apoyo a este proyecto académico y, especialmente, el esfuerzo que supone la publicación de este libro, que, sin duda, es una pieza única en la literatura jurídica, no solo por su temática, sino también por su enfoque comparado y por el rigor con que se abordaron todos los temas. Gracias a los expertos que realizaron los informes nacionales por su aporte al éxito de esta edición de los *Cuadernos RAICA*.

Finalmente, al redactar estas breves palabras introductorias, no puedo dejar de formular una reflexión personal sobre el tema del encuentro: la acción de regreso o de repetición. Para el derecho colombiano, la acción de repetición es un mecanismo imprescindible de responsabilización de los agentes del Estado, al punto de constituir un mandato constitucional explícito previsto en el artículo 90 de la Constitución. Forma parte de un conjunto de mecanismos de diversa naturaleza, causa y efectos, destinados a hacer responsables a dichos agentes por delitos, faltas disciplinarias y daños al patrimonio público. Con esta previsión normativa, el sistema jurídico busca garantizar la efectividad del Estado de derecho, sometiendo a los agentes estatales a rigurosas consecuencias sancionatorias y patrimoniales. El encuentro de la RAICA en Bogotá permitió poner en duda la idoneidad de esta persecución: el experto alemán destacó que en su país existe un deber constitucional de proteger a los funcionarios públicos, lo que constituye un límite frente a los excesos de responsabilización; mientras que el experto español describió el mecanismo, pero señaló su escasísima utilización, lo que no implica, sin embargo, que la Administración pública española funcione mal o que el patrimonio público esté desprotegido. Las discusiones de la RAICA permitieron, entonces, formular una pregunta cuya respuesta se revelará con mayor claridad a medida que transcurran los años y se sucedan nuevos encuentros de la red: ¿la multiplicación y sofisticación de los mecanismos de control de la Administración conduce necesariamente a un mejor ejercicio de las funciones públicas o puede, en algunos casos, generar una Administración más temerosa, más rígida y, por tanto, menos eficaz? La RAICA seguirá debatiendo sobre este y otros temas de igual relevancia.

Para concluir, como insumo metodológico importante del ejercicio académico realizado, se transcriben las preguntas que conforman el cuestionario que los expertos debieron responder.

“Cuestionario respecto de la acción de regreso o de repetición”

Explicación: se trata del mecanismo mediante el cual el Estado, luego de haber sido condenado a reparar unos perjuicios o de haberlos reparado por voluntad propia, conciliación, transacción, etcétera, persigue al funcionario público para que le reembolse lo que, por su acción u omisión personal, debió pagar.

1. NORMA ¿Existe alguna norma constitucional o legal que prevea la posibilidad de perseguir la responsabilidad personal de los agentes del Estado, que comprometa su patrimonio privado, por los daños que causen a particulares y que comprometan la responsabilidad del Estado?
2. MECANISMO ¿Cuál es el mecanismo previsto para obtener el reembolso de lo pagado por el Estado? ¿se trata de una acción judicial o de un procedimiento administrativo? Si se trata de una acción judicial, ¿cuál es el juez competente? ¿Cuál es el término (prescripción o caducidad) para ejercer el mecanismo y desde cuándo se cuenta dicho término? La acción de regreso es a instancia de parte o de oficio, según el modelo del proceso penal? ¿el organismo que lleva a cabo la acción de regreso puede utilizar un poder discrecional para reducir la condena, teniendo en cuenta las condiciones subjetivas y objetivas de la conducta ilícita? ¿puede el Estado declarar también una compensación con los derechos salariales del funcionario?
3. CAUSA ¿En qué casos se compromete la responsabilidad civil (personal) de los agentes del Estado? ¿El ejercicio de la acción es obligatorio o discrecional?
4. ELEMENTO SUBJETIVO ¿se requiere algún estándar de culpa, como el dolo o la culpa grave? ¿Sobre quién pesa la carga de probar la culpabilidad? ¿Existen presunciones de dolo o culpa? ¿se justifican limitaciones de responsabilidad de los funcionarios basadas en la condición subjetiva (responsabilidad solo por dolo)? ¿La naturaleza pública de la actividad ejercida justifica la diferencia con la responsabilidad de los empleados privados, que responden también por los daños que causen con culpa leve? ¿La diferencia podría ser

considerada como una forma de discriminación respecto de la responsabilidad de los profesionales privados? ¿Tiene el Estado una obligación constitucional o legal de cuidar (deber de protección) a sus empleados que exija o justifique una limitación de la posibilidad de recurso?

5. **SUJETOS (Pasivo)** ¿Quiénes son los sujetos pasivos de la acción de repetición? ¿únicamente funcionarios públicos o, incluso, particulares que ejercen funciones públicas? ¿todos los funcionarios públicos o se excluye a los elegidos por voto popular? ¿Existen diferentes categorías de “funcionarios públicos” (funcionarios; empleados públicos; particulares investidos de autoridad soberana por o en virtud de la ley; particulares empleados por el Estado para cumplir tareas públicas sin actuar ellos mismos a título soberano; etc.) y difiere la posibilidad de recurso/de reembolso en cada caso? (Activo) ¿Quién se encuentra legitimado para ejercer la acción de regreso? ¿la acción de regreso es centralizada o descentralizada, a través de órganos regionales/locales?
6. **TRANSMISIBILIDAD Y NATURALEZA JURÍDICA** ¿La responsabilidad civil de los agentes del Estado es transmisible *mortis causa* y, por lo tanto, es posible ejercer la acción de reembolso contra los herederos del funcionario público? ¿Podría hacerse valer cualquier recurso contra los herederos mediante un acto administrativo en lugar de una demanda?
7. **CONSECUENCIAS INDIVIDUALES DE LA CONDENA:** ¿las personas condenadas en acción de repetición son inhabilitadas para ejercer cargos públicos? ¿la condena presta mérito ejecutivo? Si el condenado ejerce cargo público ¿se configura una causal de destitución o de terminación de la relación de empleo público? Si el condenado es contratista del Estado ¿se configura una causal de terminación del contrato?
8. **CONSECUENCIAS SISTÉMICAS DE LA CONDENA:** ¿la acción de regreso o de repetición puede generar un desincentivo para la toma de decisiones dentro de la Administración pública, al generar miedo en el órgano de decisión? ¿la acción de regreso puede conducir a que el agente del Estado busque reducir los riesgos de ser condenado, en lugar de buscar satisfacer el interés público?

9. EFICACIA DEL MECANISMO ¿La acción de repetición es ejercida en muchos casos? ¿las demandas terminan con condena? ¿Qué mecanismos existen para que se haga efectivo el pago de la condena (ej. Medidas cautelares o posibilidad de realizar acuerdos de pago, seguros de responsabilidad civil)? ¿Consideró y tuvo en cuenta el legislador constitucional o el legislador ordinario esta posibilidad al redactar sus normas y, en caso afirmativo, cómo?".

INFORMES NACIONALES

I. América

Informe nacional de Argentina

Analía Antik

*Directora de la Maestría en Derecho Público, Facultad de Derecho,
Universidad Nacional de Rosario.*

*Presidenta de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo
(AADA)*

SUMARIO. **1. Introducción.** **2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición.** **3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición.** 3.1. Mecanismos estudiados para la acción de regreso. 3.2. Competencia de los tribunales. 3.3. Prescripción de la acción. 3.4. Discrecionalidad del planteo. 3.5. Imposibilidad de compensar montos objeto del regreso con salarios. 3.6. Hechos que originan la responsabilidad. 3.7. Constatación de la voluntad del agente. Culpa o dolo. Carga de la prueba. Presunción de inocencia. 3.8. Limitación de la responsabilidad del agente público. 3.9. Diferencias con el empleo privado. **4. Sujetos del mecanismo de regreso o repetición.** 4.1. Sujetos pasivos. 4.2. Legitimados activos. **5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo.** **6. La transmisibilidad de la responsabilidad.** **7. Las consecuencias de la condena en regreso o repetición.** **8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición.** **9. Conclusiones.** **10. Bibliografía.**

1. Introducción

La acción de regreso o repetición del funcionario trata de una acción de carácter patrimonial que se ejerce en contra de un funcionario o ex funcionario público que, como consecuencia de su conducta dolosa o culposa, haya generado un pago indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena judicial u otro método de resolución de conflictos.

En Argentina la regulación se encuentra dispersa e impactada por las modificaciones habidas con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN)¹, que establece que todo lo concerniente a la responsabilidad del Estado y de los funcionarios debe ser resuelto en el ámbito del derecho administrativo².

Ahora bien, con anterioridad a la vigencia del CCCN, se sanciona la Ley 24944³ de Responsabilidad del Estado (LRE), que prevé el ejercicio de la acción de repetición contra el funcionario que haya causado un daño por medio de una conducta antijurídica durante el desempeño de sus funciones⁴.

La norma establece el plazo de prescripción para la acción de repetición que intente el Estado contra sus agentes, pero no establece el procedimiento para llevarlo a cabo y hay que leerla en armonía con otra norma que regula la responsabilidad de los agentes públicos, la Ley 24156 (LAF)⁵, en materia del plazo de prescripción de la acción.

Juegan en el tema, por contar la nación con un sistema extendido y desordenado de contrataciones de personal, la Ley 24185⁶ y la Ley 25164⁷ y su Decreto Reglamentario 1421/2002⁸. También la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, N.º 25188, dictada por imperio del artículo 36 de la Constitución de la Nación Argentina (CN).

1. Ley 26994, B.O. 08/10/2014, con vigencia desde el 1 de agosto de 2015.

2. Artículo 1766 CCCN: “Responsabilidad del funcionario y el empleado público. Los hechos y omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda”.

3. B.O. 08/08/2014.

4. “ARTICULO 9º — La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen”.

5. Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control de la Administración Pública Nacional, B.O. 29/10/1992.

6. Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo, B.O. 21/12/1992.

7. Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, B.O. 08/10/1999.

8. B.O. 09/08/2002.

Se trata de normativas solo aplicables en el ámbito nacional. Por el régimen federal de gobierno que ostenta Argentina, cada provincia puede dictar su propia ley en materia de responsabilidad estatal y de sus funcionarios.

Este plexo se encuentra impactado también por la recientemente sancionada Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, N.º 27742⁹.

Mientras se escribe este documento, en Argentina nos encontramos en pleno proceso de “desregulación”, con lo cual algunas cuestiones que aquí se traten pueden llegar a ser alcanzadas por modificaciones que el Poder Ejecutivo efectúa, en algunos casos con intervención del Congreso, y en otros a través de su potestad reglamentaria.

Amén de ello, en nuestro país no contamos con muchos precedentes judiciales referidos a la acción de regreso, por lo que el pago de las indemnizaciones repercuten sobre la ciudadanía en general, quedando el funcionario responsable, en principio, excluido de la responsabilidad.

Se intentó regular sobre la “extinción de dominio”¹⁰, para lograr el oportuno desapoderamiento de bienes derivados de la corrupción funcional, hasta el momento sin éxito alguno.

2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición

El artículo 36 de la CN prevé que un funcionario atenta contra el sistema democrático cuando incurre en un grave delito contra el Estado que conlleva enriquecimiento, ordenando al Congreso sancionar una ley de ética pública.

Esa ley —la N.º 25188— fue sancionada en el año 1999.

Es de advertir que, a pesar de que la CN considera que atentan contra la democracia tanto los actos de fuerza contra el sistema como los actos de corrupción, como apuntábamos más arriba, las acciones de regreso, incluso la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos o la extinción de dominio para recuperar fondos indebidamente sustraídos al Estado, no poseen, hasta el momento, la contundencia necesaria.

9. B.O. 08/07/2024.

10. Véase el proyecto ingresado en la Cámara de Diputados de la Nación del año 2022, disponible en <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2022/PDF2022/TP2022/1329-D-2022.pdf>.

En el plano legal, a nivel federal, contamos con la LRE N.º 26944, la Ley de Ética Pública N.º 25188, la Ley de Administración Financiera (LAF) N.º 24156¹¹ y la Ley del Empleo Público Nacional N.º 25164, sumadas a las numerosas convenciones colectivas de trabajo existentes.

De todo este plexo normativo, la norma específica en materia de acción de regreso aparece en el artículo 9.º de la Ley 26944, que en su último párrafo expresa: “La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización”.

A su vez, la LAF, en su artículo 130, prescribe: “Toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados siempre que no se encuentre comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial”.

Luego, en materia de procedimiento, habrá de atenerse al artículo 131 de la LAF y a los decretos reglamentarios que establecen los mecanismos para la determinación de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos, y las vías administrativas y judiciales que corresponden.

Por su parte, la Ley 25188 produjo modificaciones en el Código Penal argentino (CP), y, al referirse a la reparación de los perjuicios, establece que la sentencia condenatoria podrá ordenar: “La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba”¹². No hace referencia a la acción de regreso, pero sí lo hace respecto a la responsabilidad patrimonial directa del funcionario.

Lo que ocurre en materia de actos de corrupción llevados a cabo por funcionarios es que la víctima —amén de la acción penal incoada contra el funcionario, que es personal— podría reclamar daños patrimoniales al Estado, y, con ello, generar la posibilidad de iniciar este la acción de regreso contra el agente condenado.

11. Deberán tomarse en consideración, asimismo, los decretos 1154/1997 y 1344/2007, que establecen los recaudos para llevar a cabo la acción de regreso.

12. CP, artículo 29, inc. 2.º.

En resumen, conforme a la Ley 26944 y a la jurisprudencia sostenida de la Corte Federal argentina a partir del caso “Vadell”¹³, la responsabilidad del Estado es objetiva y directa.

Conforme a las regulaciones examinadas precedentemente, la responsabilidad del agente es subjetiva, requiriendo la comprobación de dolo o culpa para que sea responsabilizado. La doctrina también refuerza la importancia de la responsabilidad personal para garantizar que los agentes públicos actúen con probidad y diligencia en la administración de sus deberes.

Con lo dicho, la CN establece el marco para las regulaciones que admiten la persecución de la responsabilidad personal de los agentes del Estado por los daños causados a terceros o al propio Estado, quedando comprometido su propio patrimonio.

3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición

3.1. Mecanismos estudiados para la acción de regreso

Como se adelantó en el acápite precedente, varias son las normas que intervienen en el tema. Un tema no menor es que la responsabilidad patrimonial del agente se encuentra relacionada con el deber de acreditar que el mismo se encuentra inmerso en responsabilidad disciplinaria, para ser posible de la acción de regreso¹⁴. Que se encuentren relacionadas no implica que no difiera el modo de hacer efectivas ambas responsabilidades¹⁵.

Véase que el artículo 130 de la LAF se refiere a “dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones”. El problema aquí es que los plazos y procedimientos para demostrar la responsabilidad disciplinaria son disímiles a los que se imponen en materia de acción de regreso.

13. CSJN, “Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires”, fallos: 306:2030, 18 de diciembre de 1984.

14. Decreto 1154/1997: “Art. 2º- Cuando para determinar la responsabilidad se exija una investigación previa, esta se sustanciará como información sumaria o sumario. [...]”.

15. Juración del Tesoro de la Nación (PTN), dictámenes 320:347: “Es posible que el mismo hecho sea enfocado desde el doble punto de vista de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria, pero no obstante ello, difiere el modo de hacerlas efectivas” (v. Dictámenes 134:99; 231:029; 231:041; 231:150; 231:170 y 241:494). En efecto, la acción judicial por responsabilidad patrimonial se puede dirigir a agentes que se encuentran excluidos del Régimen Disciplinario previsto en el capítulo VI del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública aprobado por la Ley N.º 22140 (art. 2, incs. a y g) y, por tanto, no son pasibles de estar sometidos a un sumario disciplinario (v. dictámenes 169:377; 192:82 y 98, 199:16; 211 –2.ª parte–, p. 453; 221:102), salvo en el supuesto de excepción indicado por este organismo (v. dictámenes 169:377; 172:359; 221:102; 231: 29; 231:41; 231:150; 241:494).

Esta situación se agravó cuando, en materia de prescripción, la LRE, en su artículo 9, acortó a tres (3) años la prescripción de la acción de repetición del Estado contra los funcionarios, cuando el Decreto 1344/2007 –reglamentario del artículo 131 de la LAF– la fijaba en diez (10).

En nuestro país, por imperio del Decreto 1154/1997, reglamentario del artículo 130 de la LAF, se establece un procedimiento administrativo para investigar y determinar el monto objeto del reintegro¹⁶, y, en caso de que el agente no lo cancele en sede administrativa, libera la vía judicial¹⁷.

Ahora bien, el monto objeto del reintegro debe consolidarse como un “perjuicio patrimonial registrado”, que es aquel declarado en el acto conclusivo del sumario administrativo (art. 122, inc. e], del Reglamento de Investigaciones Administrativas –RIA–¹⁸) y respecto al cual se ha efectuado la correspondiente registración contable, según la normativa vigente. Se recuerda también que como paso previo al dictado del citado acto conclusivo se requiere el dictamen del servicio jurídico permanente, siendo ese el momento en el cual el servicio competente determina la responsabilidad patrimonial, y siendo el dictamen previo el requisito necesario, si no imprescindible, para que la asesoría legal cumpla con su cometido específico y la adecuada elucidación de la cuestión planteada¹⁹.

En otro orden, el Estado podría citar como tercero al funcionario involucrado en un juicio seguido contra aquel. Esta figura se ha utilizado en

16. “Art. 6º- Los servicios jurídicos respectivos deberán, dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas, informar a las UNIDADES DE AUDITORIA INTERNA, y estas, en idéntico plazo, a la SINDICATURA GENERAL DE LA NACION, acerca de las actuaciones en que hayan intervenido con motivo de hechos, actos, omisiones o procedimientos que hubieran causado perjuicio económico al Estado Nacional, en los casos y por el importe que determinará el mencionado organismo, precisándose clara y detalladamente la composición del monto del daño, el tratamiento dado a cada caso y el número de expediente asignado”. Deberán tenerse en cuenta, además, las pautas establecidas en el artículo 4.º de la Resolución SIGEN 400/2022: “La opinión sobre la valoración del perjuicio fiscal que emita la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN, será sin perjuicio de la declaración prevista en el inciso e) del artículo 122 del Reglamento de Investigaciones Administrativas, aprobado por el Decreto N° 456/2022”. Esta norma establece que el acto conclusivo de las actuaciones sumariales deberá contener: “e) la existencia de perjuicio fiscal; en su caso, la autoridad que resulte competente autorizará al servicio jurídico respectivo la iniciación de las acciones judiciales correspondientes, cuyo ejercicio recién se llevará a cabo cuando se haya intentado previamente su cobro en sede administrativa con resultado infructuoso y en la medida en que no resulte antieconómico, en los términos del Decreto N° 1154 del 5 de noviembre de 1997, del Decreto N° 1344 del 4 de octubre de 2007 y sus normas complementarias o de aquellos que los sustituyan o reemplacen”.

17. Artículo 130, Decreto 1344/2007: “[...] fracasada la gestión de cobro en sede administrativa procederá la acción judicial”. En contra, Ivanega, que entiende que a partir de la sanción de la Ley 24156 la acción de regreso procede por vía judicial: confr. Ivanega (2010: 116).

18. Decreto 456/2022, B.O. 04/08/2022.

19. Confr. Diana (2015: 428), SAIJ: DACFI60126, citando a PTN, dictámenes 233:150.

muy pocos casos²⁰, y permite que, cuando el Estado sea condenado patrimonialmente, e internamente pueda acreditar el dolo, culpa o negligencia del agente público, este no pueda alegar al Estado deficiente o negligente defensa. Es un procedimiento complejo para el Estado, porque muchas veces los tribunales rechazan la participación de un tercero en el pleito, para no obligar a la otra parte a litigar contra quien no ha sido seleccionado por esta para ser demandado.

En este contexto no podemos soslayar que, para que prospere una acción de reintegro, el Estado debe encontrarse condenado por sentencia judicial²¹.

En síntesis, en Argentina hay que probar el dolo, culpa o negligencia del agente a fin de disparar la acción de regreso, amén de cuantificar la demanda a iniciarse. Para ello, hay que transitar la vía administrativa, vía sumaria información o sumario. Es importante que el agente sea intimado al pago antes del inicio de la acción judicial.

Si bien alguna doctrina²² aduce la importancia de que el Estado hubiere sido condenado y hubiere abonado la sentencia condenatoria para la procedencia de la acción de repetición, la PTN considera que “cuando de una lectura aislada del artículo 9.º de la LRE, pareciera que este limita la responsabilidad patrimonial al supuesto de condena al Estado, esta norma debe interpretarse armónicamente junto al artículo 130 de la LAF, toda vez que la inconsecuencia no se presume en el legislador (v. fallos 322:2189, 323:585)”²³.

3.2. Competencia de los tribunales

En el ámbito federal, la justicia competente son los tribunales de lo contencioso-administrativo con sede en la Capital Federal y en las provincias los juzgados federales radicados en cada jurisdicción.

En este punto de la competencia del tribunal, cabe aclarar que nos estamos refiriendo exclusivamente al ámbito nacional. Argentina es un régimen federal de gobierno, con lo cual detenta veinticuatro (24) regímenes provinciales diferentes.

20. CSJN, “Canale de Manes, Celia María c/ Provincia de Corrientes”, fallos: 296:263, 28 de octubre de 1976; “Izaurrealde, Roque Rafael c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, fallos: 322:2002, 31 de agosto de 1999.

21. Véase Ley N.º 26944, artículo 9. La acción de repetición del Estado contra sus funcionarios se deriva de sentencias en las cuales se hubiese condenado a aquel al pago de una indemnización.

22. *Confr. Giusti y Colombo (2023: 256)*.

23. PTN, dictámenes 320:347.

A modo de ejemplo, si tomamos la provincia de Santa Fe, la demanda judicial de regreso debe interponerla el Estado ante los jueces civiles ordinarios, en cuanto que lo contencioso-administrativo solo está reservado para los casos que se indican en la ley.

3.3. Prescripción de la acción

En este punto atenderemos a dos situaciones: i) la acción tendente a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los agentes públicos, y ii) la acción de repetición de lo pagado por el Estado con sentencia condenatoria firme.

En el primer caso, antes de la sanción del CCCN en 2015 y de conformidad con el artículo 131 del Decreto 1344/2007 –reglamentario de la LAF–, el plazo de prescripción a que alude el artículo 131 de la ley²⁴ debía entenderse de diez (10) años, conforme a lo establecido por el artículo 4023 del Código Civil velezano.

En el nuevo código, ahora resulta aplicable el artículo 2560, que reduce el plazo a cinco (5) años.

Para el segundo caso, el texto específico es el que surge del artículo 9.º de la LRE, que establece lo siguiente: “La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización”.

Es decir, una lectura armónica de las normas vigentes nos dice que el plazo de prescripción comienza a correr desde la “comisión del hecho generador del daño o de producido éste si es posterior”, para hacer efectiva la responsabilidad del funcionario público, y a partir de la sentencia judicial condenatoria firme, para llevar adelante el juicio de repetición o regreso.

Además, la LRE establece lo siguiente: “La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años”, en el caso de que la acción la lleve adelante el particular damnificado. Si bien el texto omite el momento desde el cual se cuenta el plazo para la prescripción, re-

24. Se refiere al artículo 131 de la LAF, que dispone: “La acción tendiente a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de todas las personas físicas que se desempeñen en el ámbito de los organismos y demás entes pre mencionados en los artículos 117 y 120 de esta ley, prescribe en los plazos fijados por el Código Civil contados desde el momento de la comisión del hecho generador del daño o de producido éste si es posterior, cualquiera sea el régimen jurídico de responsabilidad patrimonial aplicable con estas personas”.

sulta razonable que sea desde la comisión del hecho generador del daño o de producido este si es posterior²⁵.

3.4. Discrecionalidad del planteo

En Argentina, la demanda de regreso se promoverá tras fracasada la gestión de cobro al funcionario en sede administrativa, “salvo que la máxima autoridad con competencia para decidir lo estime inconveniente por resultar antieconómico, previo dictamen fundado del respectivo servicio jurídico y teniendo en cuenta las pautas que al respecto establezca la Sindicatura General de la Nación. Todo ello, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias y acciones penales que correspondan”²⁶.

Puede advertirse que, si bien la LAF nada dice sobre el procedimiento administrativo a agotar previo a la interposición de la demanda de regreso, que solo se encuentra regulado en el decreto reglamentario del artículo 130, el trámite es avalado por la PTN²⁷. Se colige de lo expuesto que el planteo es discrecional.

3.5. Imposibilidad de compensar montos objeto del regreso con salarios

La retribución o remuneración es uno de los derechos esenciales que definen el contrato de función o empleo público²⁸.

Atendiendo a ello, no pueden compensarse los cargos que serán reclamados en la acción de regreso reteniendo la retribución del agente.

25. Tiene dicho la CSJN: “El plazo de la prescripción corre desde que existe la responsabilidad y ha nacido la acción consiguiente para hacerla valer; lo que acontece cuando ocurre el hecho ilícito que origina la responsabilidad, aunque excepcionalmente puede determinarse un punto de partida diferente, ya bien porque el daño aparece después, o porque no puede ser adecuadamente apreciado hasta el cese de una conducta ilícita continuada”; “Larrabeiti Yañez Anatole Alejandro c/ Estado Nacional s/ Proceso de Conocimiento”, fallos: 330:4592, 30/10/2007.

26. Confr. artículo 4 del Decreto 1154/1997, reglamentario del artículo 130 de la LAF.

27. PTN, dictámenes 320:347: “El perjuicio fiscal que habría ocasionado el señor Larregina –y que a priori surge de las estimaciones realizadas por la SIGEN en la tramitación de los sumarios que lo tienen como parte–, ameritaría que la máxima autoridad de YCRT, previa intervención de su servicio jurídico y el del Ministerio de Economía, llevase a cabo el procedimiento administrativo previsto en el mencionado Decreto N.º 1154/97 y eventualmente promoviese una acción judicial, de fracasar las gestiones de cobro en sede administrativa, a fin de resarcir al erario público por los menoscabos que se le hubiesen irrogado”.

28. Confr. artículo 16, inc. b), de la Ley 25164. El precepto es aplicable también a otros regímenes de contratación, como puede ser la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), muy utilizada en el ámbito nacional.

Las medidas cautelares en torno a la retribución pueden surgir en el marco de un procedimiento administrativo disciplinario o judicial, pero no son factibles en el procedimiento previo establecido en el Decreto 1154/1997.

3.6. Hechos que originan la responsabilidad

Como afirma Ivanega²⁹, el sustento constitucional de la responsabilidad del funcionario se encuentra en la forma de gobierno republicana del artículo 1.º de la CN.

La responsabilidad patrimonial es la que se origina cuando el accionar del agente público produce daños a terceros ajenos a la Administración –responsabilidad patrimonial civil– o a la propia Administración³⁰.

La LAF no hace casuística, pero en su artículo 130 se refiere a lo siguiente: “Toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados, siempre que no se encuentre comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial”.

Se trata de una responsabilidad contractual, subjetiva, que debe ser determinada en sede judicial, aunque implica un procedimiento previo de determinación del monto y la intimación al agente para que cancele el cargo previamente a la acción judicial.

El hecho, entonces, es un daño “económico” causado contra la Administración o a terceros, cometido “en el ejercicio de sus funciones” y con “dolo, culpa o negligencia”, que tienen que ser probados por la Administración pública.

Por su parte, el artículo 9.º de la LRE establece que el funcionario público es responsable por su acción u omisión “en el ejercicio de sus funciones”, cuando incurra “en culpa o dolo” por “no cumplir sino de una manera irregular” “las obligaciones legales que les están impuestas”.

3.7. Constatación de la voluntad del agente. Culpa o dolo. Carga de la prueba. Presunción de inocencia

Para imponer una sanción, la Administración debe constatar el comportamiento antijurídico del agente público.

29. Confr. Ivanega (2010).

30. Ídem.

Dicho en otros términos, la conducta configurativa de la infracción debe haber sido cometida voluntariamente, exigiéndose una relación psicológica consciente de causalidad entre la actuación imputada y la infracción de las disposiciones administrativas³¹.

Por lo tanto, la conducta culpable no se presume —en principio—, porque nuestra CN preserva el principio de inocencia en su artículo 18, que si bien es aplicable en principio en el proceso penal, se hace extensivo a los fines de probar el dolo, la culpa o la negligencia del funcionario. El axioma encuentra amparo también en los artículos 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 26 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, y 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, todos de jerarquía constitucional en Argentina, vía el artículo 75, inc. 22, de la CN.

Es decir, quien alega culpa o dolo del agente tiene la carga de probar no solo la existencia del elemento subjetivo, sino también el daño y a cuánto asciende la suma resarcible.

La presunción de inocencia es una garantía procesal aplicable —con distintos matices— a todos los tipos de procesos, y supone que es la parte demandante o acusadora la que tiene la carga de probar la responsabilidad del acusado o demandado (ya sea la existencia del hecho ilícito o dañoso, la autoría del hecho, la relación de causalidad entre el daño y el hecho, o el dolo o culpa del acusado). Asimismo, resulta aplicable a todo tipo de procedimientos —incluyendo los administrativos— en los que esté en discusión la determinación de los derechos y obligaciones de las personas³².

Ahora bien, este modelo cede y da lugar a la presunción de culpa o negligencia, en el caso de que el funcionario hubiese incurrido en una conducta objetivamente irregular —esto es, se hubiese apartado de la conducta debida—. En ese caso “debe operarse una inversión de la carga de la prueba, presumiéndose que ha existido culpa o negligencia. En consecuencia, ya no será la víctima quien deberá probar la culpa del funcionario, sino que le competirá a este último acreditar que ha actuado con la debida diligencia y cuidado, a fin de liberarse de responsabilidad”³³.

31. *Confr. Marengo (2018).*

32. Ídem, citando a Thea (2012: 147).

33. *Confr. Giusti y Colombo (2023: 257).*

3.8. Limitación de la responsabilidad del agente público

Como ya hemos referido, en Argentina se registran escasas demandas directas contra funcionarios públicos, porque vía jurisprudencial, con la resolución en la causa “Vadell”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estatuyó la responsabilidad objetiva y directa del Estado, criterio consolidado con la sanción de la LRE (artículo 1.º, 2.º párrafo).

Además, es harto complicado configurar la hipótesis de la responsabilidad civil del agente público que permita abrir la puerta a la acción de repetición por perjuicios económicos causados al Estado, básicamente por los diversos procedimientos y diversos entes involucrados (SIGEN, AGN, Oficina Anticorrupción [OA], Fiscalía de Administraciones Administrativas [FIA], entre otros) en la comprobación del perjuicio fiscal, sumado a que SIGEN no puede actuar de oficio, sino a través de las denuncias o los procedimientos que inician las autoridades máximas de los órganos o entes estatales.

3.9. Diferencias con el empleo privado

El empleo público en Argentina encuentra protección constitucional en el artículo 14 bis, que consagra la estabilidad del empleado público. Respecto del empleo privado, asegura la protección contra el despido arbitrario, lo que implica lisa y llanamente que el trabajador puede ser despedido sin causa, pero con el pago de una indemnización.

En los hechos hay discriminación en nuestro país –no con relación a la naturaleza del empleo público o privado, que poseen diferentes grados de protección– respecto a los trabajadores que se desempeñan en la esfera pública, pero que son contratados bajo el régimen de la LCT, que debería operar solo en el ámbito del derecho laboral y no del empleo público.

Así, tenemos trabajadores estatales que gozan de estabilidad propia, lo que implica que no pueden ser despedidos por la Administración, salvo que incurriesen en conductas establecidas en la ley que los hagan pasibles de recibir sanciones extintivas de la relación de empleo público (cesantía o exoneración), previo sumario que así lo compruebe.

Por otro lado, cumpliendo funciones idénticas, nos encontramos con trabajadores regidos por la LCT que pueden ser despedidos, aun sin justa causa.

E, incluso, la manifestación más discriminatoria son aquellos trabajadores que son contratados a través de la figura de la locación de servicios.

La discriminación se hace ostensible, atendiendo a que la acción de regreso se aplica de igual manera a cualquier persona que mantenga una relación de cualquier naturaleza con el Estado y que con la acción u omisión de su actividad cause daños económicos a terceros o al propio Estado.

A fin de aclarar esta afirmación, se dirá que, conforme al artículo 130 del Decreto 1344/2007: “Cuando existiere dolo o culpa grave, el reintegro no obstará el correspondiente sumario administrativo”. Ahora bien, solo son pasibles de intervenir en un procedimiento sumarial los agentes públicos incluidos en la Ley 25164, y no los que son contratados a través de otras modalidades.

Sin perjuicio de ello, todos son susceptibles de ser perseguidos mediante acción de reintegro o repetición, con lo que aquellos excluidos del sumario previo cuentan con menores posibilidades de defensa, al menos en sede administrativa.

4. Sujetos del mecanismo de regreso o repetición

4.1. Sujetos pasivos

Conforme a lo preceptuado en el artículo 130 LAF N.º 24156, son: “Toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación” (AGN).

El artículo 117 de la norma de mención determina que las “jurisdicciones o entidades sujetas” al control de la AGN son la Administración central, los organismos descentralizados, las empresas y sociedades del Estado, los entes reguladores de servicios públicos, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (hoy excluida por haber dictado su propia Constitución en 1995) y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos.

Se encuentran incluidas las máximas autoridades de las jurisdicciones o entidades dependientes del Poder Ejecutivo Nacional, conforme el artículo 2.º del Decreto 1154/1997.

El 120, por su parte, añade a las entidades públicas no estatales o a las de derecho privado en cuya dirección y administración tenga responsabilidad el Estado Nacional, o a las que este se hubiese asociado, incluso a aquellas a las que se les hubiesen otorgado aportes o subsidios para su instalación o

funcionamiento, y, en general, a todo ente que perciba, gaste o administre fondos públicos en virtud de una norma legal o con una finalidad pública.

El artículo 3.º del Anexo del Decreto 41/1999, reglamentario de la Ley de Ética Pública N.º 25188, dispone que “se entiende por ‘funcionario público’ cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. A tales efectos, los términos ‘funcionarios’, ‘servidor’, ‘agente’, ‘oficial’ o ‘empleado’ se consideran sinónimos”.

En consonancia con lo expresado, la PTN ha dicho que, “según el artículo 9.º de la Ley N° 26.944 de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, los sujetos pasivos de esta responsabilidad son los ‘funcionarios y agentes públicos’ sin distinción. Por lo tanto, en consonancia con el artículo 130 de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156, cabe incluir a todos los sujetos que prestan funciones en el Estado, en forma remunerada o gratuita, de modo permanente o accidental, de iure o de facto, que hayan accedido al cargo por elección popular o nombramiento de autoridad competente, cualquiera sea su jerarquía”³⁴.

Asimismo, entendemos que se encuentran incluidas todas las personas que se desempeñan en el ámbito del Congreso Nacional —incluidos diputados y senadores—, del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público³⁵.

4.2. Legitimados activos

En Argentina no existe el juicio de responsabilidad, que antes de 1993 se encontraba en manos del Tribunal de Cuentas de la Nación³⁶. En ese sistema el organismo “tenía competencia para condenar en sede administrativa al funcionario sindicado como responsable, emitiendo una sentencia administrativa que constituía un título de deuda ejecutable a través de un proceso de ejecución fiscal o apremio”³⁷.

Ahora, quien lleva adelante el pleito es el Estado Nacional a través de un juicio ordinario ante los jueces de lo contencioso-administrativo, agotando previamente la vía administrativa³⁸, que tiene por fin no determinar la res-

34. PTN, dictámenes 320.347.

35. Confr. Giusti y Colombo (2023: 261).

36. Decreto-ley 23354/1956, derogado con la sanción de la Ley 24156.

37. Giusti y Colombo (2023: 260).

38. Conforme a lo establecido en el Decreto 1154/1997 y artículo 130 del Decreto 1344/2007.

ponsabilidad patrimonial del funcionario, sino identificar y evaluar el daño sufrido por el erario público (perjuicio fiscal).

Ello es importante porque la determinación del perjuicio en sede administrativa, previa al inicio de las acciones judiciales, no es impugnable en esa sede, debiendo efectuar el funcionario las objeciones que crea menester en sede judicial³⁹; por lo tanto, ni siquiera es necesario darle participación en esta etapa.

Un tema que la regulación actual mantiene huérfano es el caso en que deba iniciarse la acción de regreso al Presidente de la Nación, al Vicepresidente, a los legisladores nacionales o a los miembros de la Corte Suprema de Justicia, porque los procedimientos analizados precedentemente no lo contemplan.

Al ser funcionarios sometidos al juicio político para lograr su destitución, podría pasar que una vez destituidos, o cuando su función hubiera culminado por otras causas —renuncia, jubilación, etcétera—, se instruyera a la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), previa determinación administrativa del perjuicio fiscal por parte de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN)⁴⁰, órgano que debe ser informado por la autoridad máxima de los órganos o entes correspondientes. Esa autoridad “deberá merituar las razones de oportunidad, mérito o conveniencia acerca de iniciar la demanda judicial respectiva, debiendo para ello valorar la determinación de la existencia de un perjuicio concreto, la imputación de responsabilidad del agente involucrado, los medios de prueba disponibles de acreditar en juicio, y si el inicio del trámite judicial puede resultar antieconómico o perjudicial”⁴¹.

En el caso de los funcionarios superiores antes referidos, la determinación del perjuicio podría ser efectuada por la Auditoría General de la Nación (AGN), como órgano de control externo con jerarquía constitucional.

5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo

La LAF, en su artículo 130, prescribe: “Toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá de los daños económicos que por su dolo,

39. Confr. Giusti y Colombo (2023: 261), citando a PTN, dictámenes 255:8 y 273:433, entre otros.

40. Confr. Decreto 1154/1997.

41. Artículo 130, Decreto 1344/2007.

culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados siempre que no se encuentre comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial”.

La responsabilidad del agente es subjetiva, requiriendo la comprobación de dolo o culpa para que sea responsabilizado.

6. La transmisibilidad de la responsabilidad

El CCCN argentino, en el capítulo referido a “Pago de deudas y legados”, establece en su artículo 2356: “*Presentación de acreedores*. Los acreedores hereditarios que no son titulares de garantías reales deben presentarse a la sucesión y denunciar sus créditos a fin de ser pagados. Los créditos cuyos montos no se encuentran definitivamente fijados se denuncian a título provvisorio sobre la base de una estimación”.

Por su parte, el artículo 2359, que se refiere a los acreedores de la sucesión, asevera que los acreedores del causante pueden oponerse a la entrega de bienes a los herederos hasta el pago de sus créditos. Y el artículo 2360 permite que, ante la insolvencia de la masa hereditaria, los acreedores puedan peticionar la apertura del concurso preventivo o la declaración de quiebra de la masa indivisa conforme a las disposiciones de la ley comercial.

En este marco, el Estado puede iniciar la acción de regreso contra los sucesores o contra la masa hereditaria, en el caso de que los herederos hubieran recibido la herencia con beneficio de inventario.

Si aún no se posee la sentencia condenatoria, el Estado puede denunciar la deuda a título provvisorio a fin de interrumpir el plazo de prescripción de la acción.

El acto administrativo de determinación del perjuicio se emite solo a esos fines, y dictándose en ausencia del funcionario culpable no será suficiente para consolidar un reclamo contra la masa hereditaria.

Ahora bien, se advierte que esa solución podría vulnerar el derecho de defensa de los herederos del funcionario fallecido, cuando el inicio del juicio de regreso o la sentencia condenatoria tienen lugar tras el fallecimiento de aquél.

No se encontraron antecedentes judiciales en Argentina, pero nos llevó a esta reflexión un fallo del Consejo de Estado colombiano, que rechazó una demanda de repetición contra los herederos de un funcionario público

fallecido, con base en que para este caso concreto no se encontraba acreditado el elemento subjetivo exigido para declarar la prosperidad de las pretensiones formuladas en el escrito de demanda, por razón de que el dolo atribuido al comportamiento del agente público no puede sustentarse en las referencias probatorias realizadas en los fallos condenatorios de primera y segunda instancias proferidos en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. Estas decisiones no constituyen por sí mismas un fundamento probatorio suficiente para valorar o calificar como dolosa la conducta del exfuncionario contra cuyo patrimonio se pretende repetir, por el hecho de que dichas pruebas no fueron trasladadas ni ratificadas en el presente proceso y frente a ellas la parte demandada [los herederos] no tuvo la oportunidad de pronunciarse ni de ejercer el derecho de contradicción⁴².

7. Las consecuencias de la condena en regreso o repetición

La condena al empleado en la acción de regreso no se produce por fuera de otros procedimientos seguidos contra él. Este proceso es la consecuencia de otros tipos de responsabilidades que se investigan de naturaleza disciplinaria e incluso penal o política.

Entonces habrá de observarse, en cada caso, qué otras sanciones recibe el agente contra el cual se persigue la acción de repetición.

La inhabilitación para ejercer cargos públicos puede derivar de un procedimiento disciplinario que culmina con una sanción de cesantía o exoneración o uno de naturaleza penal, cuando esa sanción se dispone como accesoria por el juez respectivo.

Lo mismo ocurre con un funcionario que es destituido a través del juicio político.

La CN argentina establece, en su artículo 16: “Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”.

La norma deriva del principio constitucional que no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento. Esa idoneidad se refiere a la aptitud que tiene una persona para desempeñarse en un empleo⁴³.

42. Confr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Contraloría Departamental de Norte de Santander vs. Alfredo Enrique Flórez Ramírez s/ Repetición. Grado Jurisdiccional de Consulta – Inexistencia de Dolo, 01/03/2023.

43. Confr. Armanague (1999: 118).

Ahora bien, esa idoneidad o aptitud cae cuando el funcionario incurre en conductas que prescriben —una vez comprobadas— la extinción del vínculo con el Estado, ya se trate de normas relativas a la función pública, a la ética, a los contratos o al manejo de los dineros públicos.

El problema es que el sistema es complejo y muy difuso. Sin perjuicio de ello, la PTN, en febrero de 2017, dispuso la creación de un Registro de Procesos Penales relativos a Delitos contra la Administración Pública, como parte del Sistema Único Informático para la Gestión Judicial⁴⁴, con el fin de extremar los esfuerzos tendentes a la recuperación de activos y la reparación de los daños sufridos por el Estado como consecuencia de actividades ilícitas.

El artículo 2.^º de la norma dispone lo siguiente: “Cuando el Estado Nacional interviniere como denunciante o querellante en un proceso penal en el que se investigue la comisión de delitos previstos en el Libro Segundo, Títulos VI y XI del Código Penal de la Nación contra la Administración Pública Nacional centralizada o descentralizada, los responsables de los servicios jurídicos incluidos en el artículo 6^º de la Ley N° 25.344 deberán volcar en dicho Registro los siguientes datos: (i) las partes intervenientes en el proceso penal; (ii) si el Estado se ha constituido como actor civil o querellante; (iii) el tipo de delito investigado; (iv) la existencia de medidas cautelares; (v) de ser posible, el monto estimado del perjuicio fiscal; (vi) en su caso, la existencia de procesos conexos o sumarios administrativos vinculados a los mismos hechos y (vii) cualquier otro dato que estime de interés”.

Este registro puede ser clave para lograr que, amén de la recuperación del perjuicio fiscal por parte del Estado, se pueda extinguir con justa causa la relación que une al funcionario o contratista con el Estado.

Uno de los principios básicos de la organización administrativa es la competencia, entendida como el conjunto de funciones y atribuciones que un órgano o ente puede ejercer legítimamente. Así, el concepto de competencia brinda la medida de las actividades que corresponden a cada órgano administrativo de acuerdo con el ordenamiento jurídico; es, en definitiva, la aptitud legal de obrar de los órganos administrativos, por lo que, como bien se ha dicho, integra el concepto mismo de órgano.

Uno de los caracteres que distinguen a la competencia es que es obligatoria, por el deber de efectuar la actividad dentro de las atribuciones con-

44. Confr. Giusti y Colombo (2023: 267). Se trata de la Resolución 2017-3-APN-PTN.

feridas, sosteniéndose que constituye una obligación del órgano, dado que es un concepto de la esfera institucional, en la cual los derechos subjetivos son desconocidos.

Es decir, el funcionario podría ser perseguido por su inactividad, lo que puede operar como argumento de su responsabilidad disciplinaria, e incluso patrimonial o penal —incumplimiento de los deberes de funcionario público—.

Con lo cual, no resolver por el temor a ser luego demandado en la acción de regreso puede estar equiparado a las responsabilidades que puede asumir por su inactividad.

8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición

En Argentina los casos de acción de regreso son muy escasos.

El trámite instaurado, como hemos explicitado en los epígrafes precedentes, no arroja los resultados esperados.

Como afirma Gordillo, es decisivo que el funcionario público que perjudica a los usuarios, administrados y consumidores (y por ende genera no solamente responsabilidad económica, sino también social) sufra las consecuencias de su hecho dañoso⁴⁵.

Lo cierto es que, hasta ahora, el Estado es el gran pagador, y nadie parece advertir que la falta de ejercicio de la acción de regreso no solo importa a la impunidad del funcionario responsable del acto ilícito generador de la responsabilidad, sino que es peor aún, porque distribuye la obligación patrimonial sobre el conjunto de la sociedad, habida cuenta de que la indemnización se paga con fondos que salen del presupuesto estatal al que contribuimos todos con nuestros impuestos⁴⁶.

Ante el fracaso sistemático de lograr que el funcionario responda a través de las regulaciones vigentes en Argentina⁴⁷, incluso a partir de la cláusula constitucional emanada del artículo 36 —que incluye una responsabilidad penal constitucional extendida también a los particulares que se enriquecen en forma ilegítima a expensas del erario público o de la sociedad de usuarios y consumidores y por supuesto pagamos todos, en impuestos di-

45. Gordillo (2006: XIX-1).

46. Confr. Daverio (2019).

47. Leyes 26944, 24156 y sus decretos reglamentarios, 25188, entre otras.

rectos y sobre todo indirectos, como la inflación—, creemos que ahora es la Convención Interamericana contra la Corrupción la que añade algunos elementos de jurisdicción extranjera que pueden servir en la lucha que debiera ser constante contra la corrupción o la desidia, al reconocerse allí que la corrupción tiene como primera cara visible la dilapidación de fondos públicos, la generación de responsabilidades estatales que serán sociales y el enriquecimiento injustificado, entre otras lacras más⁴⁸. Si como dice Linares la responsabilidad del funcionario no es un proyecto-programa de la sociedad argentina, al menos ayudará en algo que lo sea de la comunidad internacional o de algún país extranjero⁴⁹.

9. Conclusiones

En el derecho argentino no está garantizada hoy la efectividad de la acción de regreso contra el funcionario, al menos de manera autónoma.

Puede ser perseguida como accesoria del juicio penal contra el agente público o tras la imputación de una conducta que depare la responsabilidad disciplinaria donde se acredite un perjuicio fiscal contra el Estado.

Tampoco ha prosperado el juicio político contra funcionarios de jerarquía superior, en cuanto en el Congreso no se logran las mayorías necesarias para ello.

En ese marco, las condenas patrimoniales a los funcionarios, más que a través de la acción de regreso, se dan con ocasión de la consolidación de un cargo por perjuicio económico en el marco de un procedimiento disciplinario o a la vez que son condenados en la justicia penal, que ordena la traba de medidas cautelares o ejecuciones contra bienes personales de los funcionarios involucrados.

Hubo intentos de mejorar el sistema en materia de reparación del perjuicio fiscal, y, a ciencia cierta, lo conseguido no supera el dígito de lo reclamado.

Por ello, en el año 2016, la PTN concluyó que la omisión de trabar medidas cautelares y de ejecutar las trabadas, la virtual paralización del expediente una vez dictada la sentencia y la omisión de priorizar la atención a los

48. Confr. Gordillo (1997).

49. Ídem.

juicios de montos mayores, atentaban contra las acciones de regreso en los casos en que fue detectado perjuicio fiscal⁵⁰.

Como consecuencia de ese informe, el órgano de asesoramiento del Estado Nacional dispuso instruir a los delegados del Cuerpo de Abogados del Estado para que “otorguen tratamiento adecuado, oportuno, eficaz y eficiente a todos los procesos de cobro o recupero de fondos públicos; en particular, en aquellos supuestos en que la pretensión estatal reviste un monto relevante”.

Sin perjuicio de ello, la acción de regreso —entre otras relativas a la recuperación de fondos públicos— dista de ser exitosa.

Lo que existe, más bien, es impunidad patrimonial por los daños que la conducta irregular de los funcionarios pueda producir al Estado⁵¹.

En síntesis, la eficacia de la acción de regreso en Argentina es casi nula, y el sistema se caracteriza por la fragilidad en todos sus ámbitos.

10. Bibliografía

- Armanague, J. F. (1999). *Constitución de la Nación Argentina*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Daverio, A. E. (2019). La acción de repetición contra el funcionario público. En A. E. de Bianchetti (comp.). *XV Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE*. Corrientes: Moglia Ediciones. Disponible en https://repositorio.unne.edu.ar/bitstream/handle/123456789/29793/RIUNNE_FDCSP_AC_Dave-rio_AE.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Diana, N. (2015). La determinación del perjuicio fiscal en el ámbito de la acción de recupero contra los funcionarios públicos. En S. M. Ávila (coord.). *Responsabilidad del Estado: aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944* (1.ª ed. adaptada, pp. 419-433). Buenos Aires: Infojus. Disponible en <https://www.saij.gob.ar/nicolas-diana-determinacion-perjuicio-fiscal-ambito-accion-recupero-contra-funcionarios-publicos-dacf160126-2015-11/123456789-0abc-defg6210-61fcancirtcod>.
- Giusti, J. L. y Colombo, L. (2023). *El control sobre la administración pública*. Buenos Aires: Eudeba.

50. PTN, Resolución 30/2016.

51. Confr. Giusti y Colombo (2023: 268).

- Gordillo, A. (1997). Un corte transversal al derecho administrativo: La convención interamericana contra la corrupción. *La Ley*, 1997 E.
- (2006). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Ivanega, M. M. (2010). De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos. *Rap*, 381, 113-120. Disponible en <https://www.saij.gob.ar/miriam-ivanega-nuevo-sobre-responsabilidad-patrimonial-funcionarios-publicos-dacf140674-2010-06/123456789-0abc-de-fg4760-41fcancirtcod>.
- Marengo, F. (2018). La culpabilidad en materia administrativa sancionadora. *Pensamiento Penal*, 5-6-2018. Disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/46606-culpabilidad-materia-administrativa-sancionadora>.
- Thea, F. G. (2012). Artículo 8. Garantías Judiciales. En E. M. Alonso Regueira (dir.). *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino* (pp. 127-166). Buenos Aires: La Ley.

Informe nacional de Brasil¹²

Ricardo Hерmany³

Profesor de Derecho en el Programa de Posgrado (Maestría y Doctorado).
Universidad de Santa Cruz do Sul - UNISC

Betielis da Rosa Sauzem Machado⁴

Doctora en Derecho.
Universidad de Santa Cruz do Sul - UNISC

1. Este trabajo fue realizado con el apoyo de la Coordinación de Perfeccionamiento del Personal de Educación Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamiento 001.

2. Esta publicación cuenta con el apoyo de una subvención institucional de la Confederación Nacional de Municipios (CNM).

3. Profesor de la Licenciatura y del Programa de Posgrado en Derecho —Maestría y Doctorado— de la Universidad de Santa Cruz do Sul (UNISC, Brasil). Posdoctorado en la Universidad de Lisboa (2011). Doctor en Derecho por la Universidad del Vale do Rio dos Sinos (2003), con doctorado sándwich en la Universidad de Lisboa. Magíster en Derecho por la Universidad de Santa Cruz do Sul (1999). Coordinador del grupo de estudio "Gestión Local y Políticas Públicas" en UNISC. Consultor jurídico de la Confederación Nacional de Municipios (CNM). Participa en redes de investigación nacionales e internacionales orientadas al fortalecimiento de la administración pública y del derecho local, entre las que destacan la RAICA —Red Académica Internacional de Control de la Administración—, la AEDREL —Asociación de Estudios de Derecho Regional y Local— y el IDARGS —Instituto de Derecho Administrativo de Rio Grande do Sul—, a través de las cuales ha promovido cooperación académica, eventos científicos y publicaciones conjuntas con investigadores de Brasil, Europa y América Latina. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8520-9430>. Correo electrónico: hermany@unisc.br.

4. Posdoctoranda en Derecho en el Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad de Santa Cruz do Sul (UNISC, 2025-2026). Investigadora visitante posdoctoral en la Universidad de Santiago de Compostela (España), entre mayo y junio de 2025. Beca de la Confederación Nacional de Municipios (CNM), mediante convenio CNM/Apesc. Integrante del grupo de estudio "Gestión Local y Políticas Públicas", coordinado por el prof. Ricardo Hерmany, en Brasil. Doctora en Derecho por el Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad de Santa Cruz do Sul (2021-2025), habiendo realizado una estancia de estudios de doctorado (doctorado sándwich) en la Universidad de Santiago de Compostela (España), entre noviembre de 2023 y mayo de 2024. Magíster en Derecho por el Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad de Santa Cruz do Sul (2018-2020). Posgrada en Derecho Procesal Público por la misma universidad (2018-2020). Licenciada en Derecho por la Universidad de Santa Cruz do Sul (2012-2016). Abogada —OAB/RS 107.194—. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9387548555163423>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3489-6741>. Correo electrónico: betielisauzem@yahoo.com.br.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición. 3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición. 4. Sujetos del mecanismo de regreso o repetición. 5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo. 6. La transmisibilidad de la responsabilidad. 7. Las consecuencias de la condena en regreso o repetición. 8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

1. Introducción

El mecanismo de acción de regreso o de repetición en el derecho administrativo brasileño representa una herramienta esencial para garantizar la responsabilidad individual de los agentes públicos frente a los daños causados al erario. Conforme al artículo 37, § 6.º de la Constitución Federal de 1988, el Estado tiene la responsabilidad objetiva de indemnizar a los particulares por los perjuicios sufridos debido a la actuación de sus agentes. Sin embargo, este mismo precepto prevé el derecho de regreso contra el agente causante, sujeto a la comprobación de dolo o culpa. Aunque diseñado para proteger el interés público y salvaguardar el patrimonio estatal, este mecanismo plantea múltiples desafíos normativos, procesales y prácticos que requieren un análisis detallado para evaluar su eficacia y limitaciones en el contexto contemporáneo.

El tema de este estudio es la eficacia y los desafíos de la acción de regreso en el marco del derecho administrativo brasileño, con especial atención a su aplicación frente a la Ley n.º 8.429/1992 (Ley de Improbidad Administrativa) y las recientes modificaciones introducidas por la Ley n.º 14.230/2021. El análisis se centrará en la acción de repetición como mecanismo de responsabilidad civil subjetiva de agentes públicos en Brasil, considerando los cambios legislativos recientes, las prácticas judiciales y administrativas, y su impacto en la gestión pública.

A pesar de la previsión constitucional y legal de la acción de regreso, su implementación práctica en Brasil sigue siendo limitada. Este mecanismo enfrenta dificultades relacionadas con la demostración de culpabilidad, la baja frecuencia de su ejercicio y los posibles efectos desincentivadores que puede generar en la toma de decisiones administrativas. Esto plantea la pregunta central: ¿En qué medida la acción de repetición en el derecho administrativo brasileño garantiza efectivamente la responsabilidad de los agentes públicos sin comprometer el interés público o inhibir la eficiencia administrativa?

Para responder al problema de investigación, se utiliza el método de enfoque deductivo, ya que se parte de un análisis general (premisa mayor), para llegar a un enfoque específico (premisa menor). El método procedural será hermenéutico para la correcta interpretación de los textos, y la técnica de investigación será bibliográfica, mediante documentación indirecta.

Se plantea que la acción de repetición, aunque diseñada para proteger el patrimonio público, presenta una eficacia limitada debido a obstáculos legales y procesales, así como al bajo interés de las Administraciones públicas en su aplicación. Sin embargo, su implementación eficiente podría fortalecerse con reformas orientadas a simplificar los procedimientos, fomentar la capacitación de agentes públicos y establecer incentivos claros para su ejercicio. Este estudio es relevante porque aborda un instrumento esencial en la gestión pública brasileña, cuyo uso adecuado podría mejorar la rendición de cuentas, reducir la corrupción y optimizar la protección del patrimonio estatal. La falta de claridad en la aplicación de este mecanismo y su impacto potencial en la toma de decisiones administrativas justifican un análisis profundo que pueda contribuir al desarrollo de políticas públicas más efectivas y equilibradas. Además, las recientes innovaciones legislativas demandan una reevaluación de su operatividad y alcance práctico.

El objetivo general es evaluar la eficacia de la acción de repetición como mecanismo de responsabilidad civil de los agentes públicos en Brasil, identificando los principales desafíos legales y prácticos asociados a su aplicación y proponiendo soluciones para fortalecer su uso en la gestión pública. Los objetivos específicos son analizar el marco normativo de la acción de repetición en el derecho administrativo brasileño, con énfasis en las disposiciones constitucionales y legales; examinar las principales innovaciones introducidas por la Ley n.º 14.230/2021 y su impacto en la aplicación de la acción de repetición; identificar las barreras prácticas y procesales que dificultan la implementación efectiva de este mecanismo; evaluar el impacto de la acción de repetición en la toma de decisiones administrativas, considerando los posibles efectos desincentivadores para los agentes públicos; y proponer recomendaciones para mejorar la eficacia de la acción de repetición en la protección del erario y la promoción de una gestión pública responsable.

2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición

La Ley n.º 14.230/2021 trajo modificaciones significativas a la Ley n.º 8.429/1992 (Ley de Improbidad Administrativa), redefiniendo conceptos y procedimientos para equilibrar la aplicación de sanciones, la protección de derechos

fundamentales y la seguridad jurídica. Entre las principales novedades se destacan: la exclusión de responsabilidad por divergencias interpretativas en actos fundamentados (art. 1.º, § 8.º), la exigencia del dolo como elemento esencial para configurar la improbidad administrativa y el fortalecimiento del principio de congruencia procesal (art. 10-C). (Zanella Di Pietro).

Asimismo, la ley incorporó un criterio más estricto para caracterizar los actos de improbidad administrativa, estableciendo la exigencia de dolo como elemento indispensable. Este ajuste excluyó de responsabilidad las conductas culposas, que anteriormente podían configurar improbidad administrativa según los artículos 5.º y 10.º de la normativa previa. También eliminó la figura del artículo 10-A, introducida por la Ley Complementaria n.º 157/16, que preveía la improbidad por la concesión o aplicación indebida de beneficios financieros o tributarios. Esta redefinición del dolo como elemento central busca evitar abusos y sanciones desproporcionadas (Zanella Di Pietro). El dolo, definido como la intención deliberada de causar daño, es un elemento esencial para la configuración de actos de improbidad administrativa, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley n.º 8.429/1992, tal como fue modificada por la Ley n.º 14.230/2021. Este elemento excluye la responsabilidad por conductas culposas.

Otra innovación relevante es la prohibición al juez de modificar los hechos principales o la tipificación legal presentada por el autor de la acción de improbidad (art. 10-C). En este sentido, cualquier condena basada en un tipo distinto al definido en la petición inicial será considerada nula (art. 10-F). Este cambio fortalece el principio de congruencia en el proceso judicial y protege los derechos del requerido al debido proceso (Zanella Di Pietro).

Además, la Ley n.º 14.230 introdujo una lista taxativa de actos de improbidad administrativa que violan los principios de la Administración pública (art. 11). Al mismo tiempo, derogó los supuestos más amplios previstos en los incisos I y II, proporcionando mayor precisión y limitando la interpretación subjetiva. Un aspecto novedoso de la reforma es la preocupación por la continuidad de las empresas, especialmente en el contexto de sanciones económicas. Para evitar que una sanción impida la supervivencia de la entidad, se incluyeron disposiciones específicas en los §§ 3.º y 4.º del artículo 12, orientadas a preservar su viabilidad operativa (Zanella Di Pietro).

En cuanto a la proporcionalidad en la aplicación de sanciones, se adoptó el principio del *non bis in idem* (art. 12, §§ 6.º y 7.º). Este principio prohíbe la acumulación de penalidades por el mismo hecho, promoviendo un equilibrio entre la sanción y la conducta del infractor. La reforma también

otorgó al Ministerio Público la legitimidad exclusiva para proponer acciones judiciales por improbadidad administrativa (art. 17). Esta exclusividad refuerza el papel del órgano ministerial como garante del interés público, mientras que las acciones quedan subordinadas a las normas del Código de Proceso Civil (CPC), promoviendo mayor uniformidad en su tramitación (Zanella Di Pietro).

Un punto de especial interés es la inclusión de mecanismos de solución consensual. El artículo 17, § 10-A, permite acuerdos durante la fase investigativa, mientras que el artículo 17-B introduce el acuerdo de no persecución civil. No obstante, el § 7.º del artículo 17-B establece que los investigados que incumplan el acuerdo quedan impedidos de celebrar nuevos acuerdos por un período de cinco años. La restricción a la indisponibilidad de bienes fue otro ajuste significativo (art. 16). Estas restricciones buscan proteger los derechos patrimoniales de los investigados, garantizando que las medidas cautelares se apliquen únicamente cuando sean estrictamente necesarias y proporcionadas (Zanella Di Pietro).

En lo referente al resarcimiento de daños, el artículo 18 establece que el acusado debe reparar los daños ocasionados o devolver los bienes adquiridos ilícitamente. No obstante, la ley asigna a la persona jurídica perjudicada la responsabilidad de cuantificar los daños en un plazo de seis meses. Si dicho plazo no se cumple, esta responsabilidad se transfiere al Ministerio Público (§ 2.º del art. 3.º) (Zanella Di Pietro).

Finalmente, se destaca la observancia de los principios de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño (LINDB) (art. 17-C), que refuerzan la aplicación de criterios razonables y equitativos en la interpretación de normas administrativas. Además, se prohíbe la tramitación de acciones de improbadidad en casos de absolución penal sobre los mismos hechos, siempre que haya una decisión colegiada (§ 4.º del art. 21) (Zanella Di Pietro).

En cuanto a los plazos de prescripción, la ley establece un límite de ocho años (art. 23), con disposiciones claras sobre la suspensión, interrupción y prescripción intercorriente. Estas reglas aportan mayor seguridad jurídica tanto para los agentes públicos como para el Estado (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

En síntesis, la Ley n.º 14.230 de 2021 representa un avance hacia una gestión pública más equitativa y eficiente, al ajustar conceptos clave de la improbadidad administrativa, priorizar el dolo como elemento esencial y ga-

rantizar una aplicación de sanciones más justa y proporcional. No obstante, su éxito dependerá de una implementación rigurosa y del compromiso de los operadores jurídicos con sus principios rectores.

Además, en el marco del derecho administrativo brasileño, existe un sólido fundamento normativo que permite perseguir la responsabilidad personal de los agentes del Estado por los daños que causen a terceros. Esta posibilidad, que compromete el patrimonio privado de dichos agentes, se encuentra consagrada tanto en la Constitución Federal de 1988 como en diversas legislaciones específicas, ofreciendo un sistema estructurado para garantizar la reparación de los perjuicios ocasionados.

La Constitución Federal de 1988, en su artículo 37, § 6.º, establece la responsabilidad objetiva del Estado por los daños causados a terceros. Este principio implica que las personas jurídicas de derecho público y las entidades de derecho privado que prestan servicios públicos deben responder directamente por los daños que sus agentes causen en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, el texto constitucional también contempla un mecanismo de acción de regreso contra el agente responsable del daño, aplicable en los casos en que se demuestre dolo o culpa, configurando así la responsabilidad subjetiva del agente.

Esto significa que el Estado, tras reparar a la víctima, puede exigir al agente causante del daño el resarcimiento correspondiente, siempre que quede comprobado que actuó con intención deliberada (dolo) o de manera negligente, imprudente o imperita (culpa) (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022). La responsabilidad objetiva del Estado, conforme al art. 37, § 6.º de la Constitución Federal, implica que el daño causado por sus agentes debe ser reparado directamente por el ente público. La acción de repetición, sin embargo, requiere la demostración de dolo o culpa por parte del agente.

El Código Civil brasileño, en su artículo n.º 927, párrafo único, amplía esta perspectiva al introducir la obligación de reparar el daño, incluso independientemente de culpa, en situaciones donde la actividad desarrollada por el agente implique, por su naturaleza, un riesgo elevado para los derechos de terceros. Esta disposición establece un marco adicional para la responsabilidad del agente, particularmente en contextos donde su actuación esté asociada a actividades de riesgo inherente, reforzando la idea de que el Estado y sus representantes tienen un deber especial de cuidado hacia la sociedad (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mdrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

En cuanto a la Ley n.º 8.429/1992, conocida como la Ley de Improbidad Administrativa, este instrumento regula con detalle la responsabilidad personal de los agentes públicos. Esta norma se aplica a situaciones en las que, en el ejercicio de sus funciones, los agentes públicos causen perjuicios al erario o violen los principios fundamentales de la administración pública. Entre las sanciones previstas para los responsables se incluyen el resarcimiento integral del daño, la pérdida de la función pública, la suspensión de derechos políticos, el pago de multas civiles y la prohibición de contratar con el poder público. Estas medidas buscan no solo reparar los daños materiales, sino también preservar la ética y la transparencia en la administración pública (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

El soporte normativo se complementa con el desarrollo jurisprudencial y doctrinal. La jurisprudencia brasileña ha sido clara al consolidar la distinción entre la responsabilidad objetiva del Estado y la responsabilidad subjetiva de sus agentes. Mientras que el Estado responde automáticamente por los daños ocasionados en el ejercicio de sus actividades, la responsabilidad del agente público exige la comprobación de dolo o culpa. Por su parte, la doctrina enfatiza la importancia de este mecanismo no solo como una herramienta de reparación patrimonial, sino también como un medio para fomentar la probidad y la diligencia en la actuación de los servidores públicos (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

De este modo, el contexto normativo brasileño articula de manera equilibrada la responsabilidad objetiva del Estado y la subjetiva de los agentes públicos, permitiendo que estos últimos sean responsabilizados en los casos en que se compruebe una actuación dolosa o culposa. Este sistema, además de garantizar la reparación de los daños, actúa como un incentivo para que los agentes desempeñen sus funciones con ética y responsabilidad, protegiendo tanto el patrimonio público como los derechos de los ciudadanos.

3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición

En el derecho administrativo brasileño, la acción de regreso constituye el principal mecanismo para que el Estado recupere los valores pagados a terceros en situaciones en las que los agentes públicos, mediante acción u omisión, han causado daños en el ejercicio de sus funciones. Este instrumento refleja un equilibrio entre la protección del patrimonio público y el debido proceso legal, garantizando que los agentes responsables respondan por sus conductas ilícitas.

Por regla general, la acción de regreso es de naturaleza judicial y tiene como objetivo exigir el reembolso de las indemnizaciones previamente abonadas por el Estado. Antes de la acción judicial, es habitual realizar un procedimiento administrativo destinado a investigar los hechos, delimitar las responsabilidades y reunir pruebas que fundamenten la demanda. Este proceso también puede facilitar acuerdos extrajudiciales que eviten una judicialización innecesaria.

La competencia para juzgar estas acciones varía dependiendo de la esfera en la que actúe el agente responsable. En casos que involucren a agentes federales, corresponde a la justicia federal tramitar el proceso. Por otro lado, si se trata de agentes estaduales o municipales, la competencia recae en la justicia estatal. Este esquema jurisdiccional busca adecuar el tratamiento de la causa a la estructura administrativa involucrada.

El plazo de prescripción para interponer la acción de regreso es de cinco años, conforme al Decreto n.º 20.910/1932, que regula los plazos aplicables a las deudas pasivas de la Unión, los estados y los municipios. Dicho plazo comienza a contarse desde el momento en que el Estado realiza el pago al tercero perjudicado, configurando así el hecho generador del derecho de regreso. Además, cabe destacar que las recientes modificaciones a la Ley n.º 14.230 introdujeron plazos específicos de prescripción en las acciones de improbadidad administrativa, estableciendo ocho años para este tipo de acciones (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

En cuanto a su iniciativa, la acción de regreso no se tramita de oficio, como ocurre en ciertos procedimientos penales. La decisión de promover la acción recae exclusivamente en el ente estatal perjudicado, que evalúa la conveniencia y oportunidad del proceso. No obstante, al tratarse de un instrumento destinado a proteger el patrimonio público, la obligación de investigar y, en su caso, demandar al agente responsable está alineada con el deber estatal de probidad y transparencia en la gestión de los recursos públicos.

Es importante destacar que el Estado no tiene discrecionalidad para reducir el monto a ser resarcido por el agente, incluso si las circunstancias subjetivas del acto ilícito o la situación económica del agente pudieran justificar tal flexibilización. La acción de regreso busca la reparación integral del daño efectivamente pagado por el Estado, asegurando que los recursos del erario no sean comprometidos sin justificación.

En relación con la posibilidad de compensación con los derechos salariales del agente, esta medida está permitida siempre que exista respaldo legal y que la deuda haya sido debidamente reconocida en un proceso administrativo o judicial. Sin embargo, esta compensación debe ser realizada con prudencia, respetando principios constitucionales como el de la dignidad humana y el de no confiscación, a fin de evitar que el agente quede en una situación de extrema vulnerabilidad económica.

Así, la responsabilidad civil de los agentes públicos se configura en situaciones en las que, en el ejercicio de sus funciones, causan daños a terceros mediante dolo o culpa, estableciendo su responsabilidad civil personal. El dolo se caracteriza por la intención deliberada de causar el daño, mientras que la culpa abarca negligencia, imprudencia o impericia, aunque no implique intención.

Dichos daños pueden derivar tanto de acciones como de omisiones. En el caso de acciones, se incluyen conductas como el abuso de autoridad o la práctica de actos administrativos ilegales que vulneren derechos de terceros. Las omisiones, por su parte, se producen cuando el agente incumple un deber legal de actuar, como en casos de omisión de socorro o falta de supervisión que resulta en perjuicio.

Ejemplos típicos de estas conductas incluyen el exceso de poder, cuando un agente público utiliza su posición para obtener ventajas personales o causar daño a otros; actos administrativos ilegales que ocasionan perjuicios a particulares; y conductas irresponsables que, por descuido o negligencia, generan daños patrimoniales o morales.

La obligación de promover la acción de regreso en estos casos está intrínsecamente relacionada con la comprobación del dolo o la culpa del agente. Cuando se verifica la responsabilidad, el Estado tiene el deber de buscar la reparación de los daños causados al erario. Este mandato se deriva del principio constitucional de responsabilidad civil, consagrado en el artículo 37, § 6.º, de la Constitución Federal, que refuerza el compromiso estatal con la protección del patrimonio público (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

Sin embargo, existen situaciones excepcionales en las que el Estado puede optar por no ejercer la acción de regreso. Factores como la gravedad del daño, la situación económica del agente o el impacto del cobro en

su vida personal pueden ser considerados en un análisis de oportunidad y conveniencia, aunque tal discrecionalidad debe ser siempre justificada y aplicada con cautela.

Además, el proceso administrativo previo desempeña un papel crucial en este contexto. No solo permite investigar de manera interna los hechos y delimitar responsabilidades, sino que también puede llevar a acuerdos extrajudiciales que eviten la judicialización del caso. Estos acuerdos, cuando son posibles, contribuyen a resolver conflictos de manera más ágil y eficiente, garantizando al mismo tiempo el resarcimiento al erario.

En definitiva, el mecanismo de regreso o repetición en el derecho administrativo brasileño refleja un equilibrio entre la obligación estatal de preservar los recursos públicos y el respeto por los derechos de los agentes involucrados. Aunque su ejercicio es obligatorio en casos de dolo o culpa, la posibilidad de evaluar circunstancias excepcionales permite adaptar su aplicación a las particularidades de cada situación, siempre dentro de los límites establecidos por los principios de la Administración pública.

4. Sujetos del mecanismo de regreso o repetición

En el derecho administrativo brasileño, los sujetos involucrados en la acción de regreso o repetición se dividen entre pasivos, quienes son los destinatarios de la acción, y activos, quienes están legitimados para ejercerla. Esta distinción refleja las diversas relaciones funcionales y jerárquicas dentro de la Administración pública y su interacción con la sociedad.

Los sujetos pasivos de la acción de repetición son aquellos contra quienes se dirige la demanda para obtener una indemnización en favor del erario, tras haber causado un daño en el ejercicio de sus funciones públicas. Este grupo incluye varias categorías de agentes:

Primero, están los servidores públicos, quienes ocupan cargos permanentes o temporales bajo regímenes estatutarios o laborales, como los regulados por la Consolidación de Leyes del Trabajo (CLT). También están incluidos los agentes políticos, tales como alcaldes, gobernadores, diputados y concejales, quienes, aunque disfruten de prerrogativas específicas, pueden ser responsables en caso de dolo o negligencia grave (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

Por otro lado, se encuentran los particulares que desempeñan funciones públicas, como concesionarios y permisionarios de servicios públicos. Estos actores, al ejecutar actividades delegadas por el Estado, también pueden ser responsabilizados si causan perjuicios al erario. Finalmente, figuran los particulares investidos de autoridad soberana, como jurados o síndicos en procesos de quiebra, quienes, a pesar de no tener vínculos permanentes con la Administración pública, ejercen funciones relevantes en nombre del Estado (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

Cabe señalar que los agentes políticos electos no están automáticamente excluidos como sujetos pasivos de estas acciones. Aunque suelen beneficiarse de prerrogativas como el foro privilegiado, siguen siendo responsables por los daños al erario que deriven de actos dolosos o negligentes. Sin embargo, los procedimientos que los involucran pueden ser más complejos, debido a la naturaleza de sus funciones y las instancias judiciales competentes.

Con la reforma de 2021, la Ley de Improbidad Administrativa (Ley n.º 14.230) delimitó el alcance de la responsabilidad de los agentes políticos. Actualmente, aquellos cuyas funciones no están vinculadas a decisiones de alta dirección política, como alcaldes y gobernadores, permanecen sujetos a la Ley de Improbidad Administrativa, siempre que se demuestre dolo en sus actos. Por otro lado, agentes políticos de alta jerarquía, como el Presidente de la República y ministros, están regidos por regímenes especiales, como los previstos en la Constitución y la Ley del Impeachment (Ley n.º 1.079/1950, que define los delitos de responsabilidad y regula el proceso judicial respectivo) (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

Esta diferenciación asegura que decisiones legítimas de carácter político-administrativo no sean interpretadas como improbadidad, garantizando mayor seguridad jurídica. Sin embargo, los agentes políticos siguen siendo responsables por actos dolosos que violen principios de la Administración pública, pudiendo ser sujetos a acciones de repetición tras una condena en los términos legales aplicables.

En el contexto brasileño, los funcionarios públicos se dividen en categorías con características y regímenes específicos que determinan la posibilidad y el alcance de las acciones de regreso. Entre estas categorías están: 1) servidores estatutarios, regidos por normas específicas que regulan sus

derechos y deberes, ocupando cargos permanentes o de confianza; 2) empleados de la CLT, que tienen una relación laboral contractual con el Estado, desempeñando funciones en empleos públicos; 3) agentes temporales, contratados para satisfacer necesidades excepcionales de interés público durante períodos determinados; 4) agentes delegados, como concesionarios y permisionarios, quienes realizan actividades delegadas por el Estado; 5) agentes honorarios, como jurados y miembros de mesas electorales, cuya actuación es ocasional y sin vínculo laboral permanente; y 6) agentes políticos, que ocupan cargos electivos o de alta jerarquía administrativa, como ministros y gobernadores (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

La posibilidad de recurso contra estas categorías varía. En el caso de servidores estatutarios y empleados de la CLT, el dolo o la culpa justifican la acción de regreso. Para agentes temporales y honorarios, la responsabilidad es más limitada, dadas las particularidades de sus funciones. Los agentes delegados pueden ser civilmente responsables dependiendo del tipo de delegación y de su vínculo con el poder público, mientras que la responsabilidad de los agentes políticos puede estar condicionada por prerrogativas como el foro privilegiado (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

Además, en relación con los sujetos activos de la acción de regreso, esta puede ser ejercida por diversas entidades públicas, cada una dentro de sus respectivas competencias, según corresponda al daño causado y a la responsabilidad atribuida al agente público. La Unión, los estados, los municipios y el distrito federal tienen legitimidad para demandar a sus propios agentes en caso de daño al erario. Además, las autarquías y fundaciones públicas también están facultadas para interponer estas acciones cuando el perjuicio sea resultado de conductas dolosas o negligentes de sus servidores.

Asimismo, las empresas públicas y las sociedades de economía mixta, que operan bajo regímenes de derecho privado, pueden ejercer la acción de regreso si el daño proviene de la actuación de sus empleados o colaboradores en actividades que afecten el patrimonio público. La organización de estas acciones puede ser centralizada o descentralizada. En el ámbito federal, por ejemplo, la Abogacía General de la Unión (AGU) coordina las acciones de regreso contra agentes federales. En los niveles estadual y municipal, la descentralización es más común, siendo responsabilidad de fiscalías locales o regionales llevar a cabo estas demandas, asegurando así la protección de

los recursos públicos en todas las esferas (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

Sin embargo, la diferencia de tratamiento entre agentes públicos y trabajadores privados se basa en la naturaleza de las funciones públicas, que implican mayores riesgos e impactos colectivos. Este marco tiene como objetivo proteger a los servidores públicos, permitiéndoles desempeñar sus funciones sin temor a represalias personales, siempre que actúen dentro de los límites legales y éticos establecidos.

Esta protección, no obstante, no se considera discriminatoria, sino una adaptación necesaria a las particularidades de las funciones públicas. En este sentido, la acción de regreso no solo garantiza la reparación de los daños al erario, sino que también refuerza el compromiso del Estado con la transparencia y la rendición de cuentas, equilibrando la responsabilidad de los agentes con su autonomía funcional.

En conclusión, la acción de regreso en el derecho administrativo brasileño involucra una estructura compleja que considera las particularidades de cada caso. Desde los servidores públicos hasta los particulares con funciones delegadas, todos están sujetos a este mecanismo bajo condiciones específicas. La legitimidad para promover estas acciones recae en diversas entidades públicas, que operan dentro de un sistema centralizado o descentralizado, según corresponda. Este equilibrio garantiza tanto la protección del patrimonio público como la defensa de los derechos de los agentes responsables.

5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo

En el derecho administrativo brasileño, la responsabilidad civil de los agentes del Estado se caracteriza por un enfoque complejo que requiere la evaluación de elementos subjetivos y objetivos. Este análisis incluye el establecimiento de estándares de culpa, la carga de la prueba, posibles presunciones y las justificaciones para limitar la responsabilidad de los agentes, diferenciándolos de los trabajadores del sector privado.

Para atribuir responsabilidad personal a los agentes públicos, el derecho administrativo brasileño exige un estándar subjetivo de culpa. Esto significa que es necesario demostrar dolo o culpa para responsabilizarlos. El dolo se configura cuando el agente actúa con la intención deliberada de

causar daño o con mala fe. Por otro lado, la culpa comprende negligencia, imprudencia o impericia, y no necesariamente requiere que sea grave; incluso una culpa leve puede ser suficiente para generar responsabilidad en determinados casos.

La carga de la prueba recae sobre la parte que alega el daño. En el caso de las acciones de regreso, corresponde al Estado demostrar que el agente público actuó con dolo o culpa al causar el perjuicio que motivó la obligación de indemnización. Este requisito asegura un equilibrio entre la protección del patrimonio público y los derechos de los agentes acusados.

En el marco jurídico brasileño, no se admiten presunciones automáticas de dolo o culpa contra los agentes públicos. La responsabilidad debe ser demostrada mediante pruebas concretas de que el agente actuó de manera incorrecta. Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que algunas conductas pueden constituir indicios fuertes de dolo o culpa, lo que obliga al agente a presentar una justificación o pruebas en contrario. Este enfoque refuerza el principio del debido proceso y protege a los agentes de evaluaciones arbitrarias.

Las restricciones a la responsabilidad de los agentes públicos encuentran su fundamento en la naturaleza de las funciones que desempeñan y en la necesidad de proteger el interés público. Estas limitaciones no solo buscan garantizar un entorno de trabajo seguro para los agentes, sino también evitar que el miedo a represalias paralice la toma de decisiones esenciales para el funcionamiento del Estado.

La naturaleza de las funciones públicas implica, en muchas ocasiones, decisiones complejas y riesgos inherentes que pueden tener impactos significativos sobre la colectividad. A diferencia de los trabajadores del sector privado, quienes generalmente ejecutan actividades de menor complejidad, los agentes públicos enfrentan un escrutinio mayor por el alcance social de sus decisiones. En este contexto, limitar su responsabilidad resulta crucial para evitar una “cultura de la inhibición”, en la que el temor a ser sancionados pueda afectar la eficiencia y eficacia de la Administración pública (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mdrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

Además, al comparar con los trabajadores del sector privado, en este sector la responsabilidad de los empleados suele ser más objetiva, lo que implica que las empresas o los empleadores asumen directamente los daños ocasionados por sus trabajadores, independientemente de la intención.

En contraste, la responsabilidad de los agentes públicos se centra en un análisis subjetivo de su conducta, lo que justifica la necesidad de pruebas claras de dolo o culpa.

Esta diferencia no debe interpretarse como discriminación, sino como una adaptación necesaria a las particularidades de las funciones públicas. El Estado tiene un deber constitucional de garantizar que los agentes puedan actuar con autonomía en la implementación de políticas públicas, lo que exige un marco que combine responsabilidad con protección jurídica.

El Estado, en su papel de empleador, tiene la obligación de proteger a sus agentes contra evaluaciones indebidas y represalias desproporcionadas. Este deber de cuidado tiene un carácter tanto constitucional como legal y garantiza que los agentes puedan actuar de buena fe y dentro de los límites de la legalidad.

Así, el artículo 37, § 6.º de la Constitución Federal establece que el Estado es responsable objetivamente por los daños causados por sus agentes en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, solo puede buscar el reembolso contra el agente que tiene responsabilidad subjetiva en casos de dolo o culpa, proporcionando así un marco seguro para que los servidores públicos actúen sin temor. Además, principios como la legalidad y la eficiencia respaldan la necesidad de decisiones audaces y efectivas, las cuales a menudo implican riesgos inherentes. La protección contra la responsabilidad excesiva garantiza que los agentes puedan cumplir con estas exigencias de manera adecuada.

En conclusión, la responsabilidad personal de los agentes del Estado en el derecho administrativo brasileño está definida por un estándar subjetivo que requiere dolo o culpa, y la carga de la prueba recae sobre quien alega el daño. Las limitaciones a esta responsabilidad están justificadas por la naturaleza de las funciones públicas y por el deber del Estado de proteger a sus agentes. Estas diferencias, lejos de ser discriminatorias, reflejan una adaptación necesaria para equilibrar la responsabilidad individual con las exigencias de las políticas públicas y la gestión eficiente del interés colectivo.

6. La transmisibilidad de la responsabilidad

En el derecho administrativo brasileño, la cuestión de la responsabilidad civil de los agentes del Estado y su transferibilidad *mortis causa* involucra la posibilidad de acciones de reembolso contra los herederos de un funcionario.

rio público fallecido que causó daño al erario. A continuación, exploraremos en detalle cómo se aplica esta responsabilidad después de la muerte del agente y cuáles son las formas de ejecución contra los herederos.

En el ámbito del derecho administrativo brasileño, la responsabilidad civil de los agentes públicos y su eventual transmisibilidad *mortis causa* plantea la posibilidad de que el Estado reclame una indemnización contra los herederos de un funcionario fallecido que haya causado daños al erario. Este mecanismo, aunque limitado, se enmarca en principios legales que protegen tanto los derechos de los herederos como la obligación del Estado de preservar el patrimonio público.

La legislación brasileña establece que la responsabilidad civil de los agentes del Estado puede ser transferida a sus herederos, pero únicamente dentro del límite de los bienes heredados. Este principio, recogido en el artículo 1.997 del Código Civil, asegura que las deudas del fallecido sean pagadas exclusivamente con el patrimonio dejado por él, sin exceder el valor de la herencia (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

El fundamento jurídico de esta transmisibilidad se encuentra, además, en el artículo 37, § 6.º de la Constitución Federal, que consagra la responsabilidad objetiva del Estado por los daños causados por sus agentes y permite el recurso contra el agente, en caso de dolo o culpa. Asimismo, el artículo 391 del Código Civil refuerza que las deudas, incluidas las indemnizaciones, pueden ser exigidas a los herederos siempre dentro del límite de la herencia (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

En cuanto al ejercicio de la acción de reembolso contra los herederos, cuando un agente público fallecido ha causado un daño al erario, el Estado tiene la facultad de interponer una acción de regreso para recuperar el valor correspondiente. Sin embargo, este proceso debe respetar ciertas restricciones y garantías.

En primer lugar, la reclamación contra los herederos solo puede realizarse mediante una acción judicial. No es posible que el Estado utilice actos administrativos para exigir el reembolso, pues ello violaría el derecho al debido proceso legal. Este procedimiento judicial garantiza la contradicción y la defensa plena de los herederos, además de determinar con precisión

el alcance de la deuda y la responsabilidad patrimonial (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

Durante el juicio, los herederos son convocados para presentar su defensa, y la competencia judicial dependerá del nivel administrativo involucrado. Si la sentencia es favorable al Estado, su ejecución estará estrictamente limitada al valor de los bienes heredados, evitando cualquier perjuicio que supere la capacidad patrimonial de los herederos.

Con relación a los procedimientos judiciales y recursos, el proceso para reclamar indemnización contra los herederos sigue reglas específicas para garantizar un equilibrio entre la obligación de resarcir el daño y la protección de los derechos de los herederos. Estos últimos tienen derecho a recurrir la decisión judicial mediante apelación, siempre dentro de los plazos establecidos por el Código de Procedimiento Civil. Además, durante la ejecución de la sentencia, los herederos pueden presentar embargos para cuestionar el monto o las formas de pago establecidas por el tribunal. Estas medidas son esenciales para garantizar que el proceso se ajuste a los principios de justicia y proporcionalidad (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

En cuanto a la discrecionalidad y las limitaciones: aunque el Estado tiene la obligación de resarcir el patrimonio público, la decisión de interponer una acción de regreso contra los herederos puede depender de un análisis discrecional. Este análisis considera aspectos como el valor del daño causado, la situación financiera de los herederos y la viabilidad de la recuperación (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

A pesar de esta discrecionalidad, existen limitaciones claras. En primer lugar, el cobro administrativo está expresamente prohibido, dado que cualquier intento de recuperar la deuda sin el debido proceso judicial contravendría los principios constitucionales. Además, el respeto al límite hereditario garantiza que los herederos no enfrenten cargas superiores al valor de los bienes heredados, protegiendo así su capacidad financiera y sus derechos fundamentales.

Así, la transmisibilidad mortis causa de la responsabilidad civil en el derecho administrativo brasileño refleja un equilibrio entre el deber del Estado de preservar el patrimonio público y la protección de los derechos de los

herederos. Aunque el Estado puede reclamar una indemnización en estos casos, este derecho está restringido al límite de los bienes heredados y debe ser ejercido exclusivamente a través de procedimientos judiciales que garanticen el debido proceso y la defensa plena. Este enfoque asegura que las reclamaciones se realicen de manera justa y proporcional, sin comprometer la dignidad o la estabilidad económica de los herederos.

7. Las consecuencias de la condena en regreso o repetición

En el derecho administrativo brasileño, las condenas en acciones de repetición o de regreso tienen implicaciones tanto individuales como sistémicas para los agentes involucrados y para la Administración pública en general. Estas consecuencias van desde inhabilitaciones y despidos hasta efectos sobre la dinámica de toma de decisiones dentro del aparato estatal.

Así, las consecuencias individuales de la condena están relacionadas con la inhabilitación para ejercer cargos públicos, esto es, la condena en acciones de repetición puede derivar en la inhabilitación del agente público para ejercer funciones en la Administración estatal. Este escenario es particularmente relevante cuando la acción de repetición se origina en actos calificados como improbadidad administrativa, regulados por la Ley de Improbidad Administrativa (Ley n.º 8.429/1992). Entre las sanciones previstas en su artículo 12, figuran la suspensión de derechos políticos, la prohibición de contratar con el poder público o de recibir beneficios fiscales y crediticios, así como la inhabilitación para ocupar cargos públicos por un período determinado (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

Además, la Ley Complementaria n.º 135/2010, conocida como Ley de Registro Limpio, refuerza estas medidas al establecer la inelegibilidad de los condenados por improbadidad administrativa. De manera complementaria, el artículo 37, § 4.º de la Constitución Federal señala que los actos de improbadidad conllevan la pérdida del cargo público y la inhabilitación para ejercer funciones públicas por hasta ocho años, fortaleciendo la respuesta legal a conductas contrarias al interés público.

Por lo tanto, con relación a ejecución de la condena y mérito ejecutivo, se observa que las sentencias derivadas de acciones de repetición poseen mérito ejecutivo, permitiendo al Estado adoptar medidas coercitivas, como el embargo de bienes, para recuperar los perjuicios ocasionados al erario. Este carácter ejecutivo de las condenas garantiza la eficacia del mecanismo y refuerza la obligación de los agentes responsables de resarcir los perjuicios ocasionados.

También es evidente que, en el despido o la extinción de la relación laboral, la condena en una acción de repetición puede justificar la destitución de un servidor público cuando los hechos involucren improbadidad administrativa. Según el artículo 132 de la Ley n.º 8.112/1990 (Estatuto de los Servidores Públicos Federales), la práctica de actos de improbadidad constituye una infracción grave que justifica la demisión. En el caso de empleados públicos regidos por la CLT, los actos de improbadidad también pueden configurar justa causa para la rescisión del contrato de trabajo, conforme al artículo 482 de dicha norma. Estas consecuencias pueden implicar tanto la pérdida de un vínculo laboral permanente como la extinción de funciones temporales o de confianza en el sector público (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

Además, con respecto a resolución de contratos con el Estado, cuando el condenado es un contratista del Estado, como proveedor o prestador de servicios, la condena en una acción de repetición puede justificar la rescisión del contrato. La Ley de Licitaciones y Contratos (Ley n.º 14.133/2021) establece que la falta de idoneidad moral o la incapacidad para contratar con la Administración pública constituyen razones suficientes para dar por terminado un contrato. La Ley n.º 14.133/2021 permite la rescisión de contratos con el Estado en casos de condena por improbadidad administrativa, conforme a los artículos 155 y 156. Además, se aplican sanciones como la inhabilitación para licitar o contratar (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

Así, los contratos con el Estado generalmente incluyen cláusulas que prevén la rescisión en caso de condenas por improbadidad administrativa, además de permitir la aplicación de sanciones administrativas, como la suspensión de la capacidad de licitar o contratar con el poder público, de acuerdo con el artículo 155 de la Ley n.º 14.133/2021.

En cuanto a los procesos administrativos paralelos y los recursos de defensa, se observa que, de manera complementaria a las sanciones judiciales, el servidor público condenado puede ser sometido a un proceso administrativo disciplinario (PAD). Este procedimiento puede derivar en medidas como advertencias, suspensiones o dimisiones, dependiendo de la gravedad de los actos cometidos. Durante estos procesos, el condenado mantiene el derecho a la contradicción y a una amplia defensa, así como la posibilidad de interponer recursos contra las decisiones administrativas o judiciales (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

Con relación a las consecuencias sistémicas de las acciones de repetición y el impacto en la toma de decisiones administrativas, es evidente que la posibilidad de enfrentar una acción de repetición puede generar un efecto desalentador entre los agentes públicos, conocido como “síndrome de la pluma pesada”. Este fenómeno surge del miedo a asumir riesgos que puedan derivar en responsabilidad personal, lo que lleva a los servidores públicos a evitar decisiones importantes o innovadoras, optando por alternativas conservadoras que minimicen riesgos personales, incluso a costa de la eficacia administrativa (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

Sobre los mecanismos de mitigación del desincentivo, para contrarrestar estos efectos, algunas entidades públicas han implementado seguros de responsabilidad civil que cubren a los agentes en caso de condenas, aunque esta práctica aún no es común ni de amplia cobertura. Asimismo, proporcionar apoyo y orientación jurídica continua a los servidores puede reducir la incertidumbre sobre los límites de sus atribuciones y fomentar decisiones más informadas y asertivas.

Es importante destacar la efectividad y frecuencia de las acciones de repetición, ya que, aunque el ejercicio de estas acciones está previsto en la legislación brasileña, su implementación es relativamente poco frecuente. Esto se debe a factores como la complejidad del procedimiento, los costos procesales y la dificultad para probar dolo o culpa grave en la actuación del agente público. Incluso cuando las acciones son interpuestas, los procesos judiciales suelen ser largos y no siempre resultan en condenas efectivas.

Para mejorar la eficacia de este mecanismo, el Estado puede adoptar medidas cautelares, como la indisponibilidad de bienes del agente, durante el proceso judicial. Además, la posibilidad de acuerdos de pago entre el Estado y el condenado, aunque poco explorada, podría facilitar la recuperación de recursos de manera menos onerosa y más eficiente. Así, con respecto a las consideraciones legislativas, la legislación brasileña busca un equilibrio entre la responsabilidad de los agentes públicos y la necesidad de evitar parálisis administrativas. La exigencia de dolo o negligencia grave en las acciones de repetición refuerza este balance, al tiempo que protege a los servidores de sanciones desproporcionadas por errores menores o de buena fe (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

De esta manera, las acciones de repetición en el derecho administrativo brasileño tienen un impacto significativo tanto a nivel individual como sistémico. Aunque su propósito principal es garantizar la reparación de daños al erario, estas acciones también actúan como un incentivo para la responsabilidad administrativa. Sin embargo, su aplicación enfrenta desafíos que incluyen el miedo a la toma de decisiones y la baja frecuencia de su ejercicio. A través de mecanismos como el apoyo jurídico, la gobernanza eficiente y el cumplimiento de normas de responsabilidad, el sistema busca equilibrar la protección del interés público con la salvaguarda de los derechos de los agentes y contratistas implicados.

8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición

La acción de repetición, concebida como un mecanismo para responsabilizar a los agentes públicos por los daños causados al erario, enfrenta múltiples desafíos en su aplicación práctica dentro del derecho administrativo brasileño. Su eficacia depende tanto de la frecuencia con que se ejerce como de los resultados obtenidos, los mecanismos disponibles para garantizar el cumplimiento de las condenas y la previsión legislativa que sustenta este instituto jurídico.

Así, en términos prácticos, la acción de repetición presenta baja frecuencia de ejercicio debido a factores como la complejidad procesal, los costos asociados a los litigios y las dificultades para probar la culpa o el dolo. Aunque más habitual en casos de improbadidad administrativa, su aplicación sigue siendo limitada por barreras técnicas y prácticas. La subnotificación de conductas perjudiciales y la falta de interés o capacidad técnica por parte de las Administraciones públicas para iniciar acciones judiciales agravan esta baja frecuencia de uso (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

Con respecto a los resultados de los procedimientos judiciales, se observa que los procesos judiciales derivados de acciones de repetición presentan una serie de desafíos que limitan su efectividad. Obtener condenas es una tarea compleja, ya que la responsabilidad subjetiva exige pruebas claras de dolo o negligencia grave por parte del agente público. Esta exigencia probatoria constituye una barrera significativa en muchos casos, prolongando los procedimientos y reduciendo las posibilidades de éxito (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

Incluso cuando las condenas son obtenidas, la ejecución de las sentencias enfrenta dificultades adicionales, como la localización de bienes del condenado y la obtención de recursos suficientes para cubrir la deuda. Estas limitaciones ilustran las debilidades prácticas del mecanismo y la necesidad de estrategias más eficaces para garantizar su implementación (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

Sobre a los mecanismos para garantizar el cumplimiento de las condenas, a pesar de los desafíos, el ordenamiento jurídico brasileño prevé diversos mecanismos para facilitar la recuperación de los valores adeudados al erario: 1) Medidas cautelares: durante el proceso, el juez puede decretar la indisponibilidad de bienes del agente público para garantizar que los recursos estén disponibles en caso de una eventual condena. Esta medida es crucial para evitar el desvío o la dilapidación del patrimonio del deudor. 2) Ejecución de sentencias: la condena en una acción de repetición genera un título ejecutivo judicial, permitiendo al Estado proceder con medidas coercitivas como el embargo de bienes inmuebles, cuentas bancarias y otros activos (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

Además, otros mecanismos son: 3) Acuerdos de pago: aunque no es una práctica extendida, el Estado puede negociar acuerdos de pago con el condenado. Estos acuerdos permiten recuperar los valores de forma más eficiente y menos costosa, incorporando modalidades como pagos fraccionados. 4) Seguros de responsabilidad civil: en ciertos casos, los agentes públicos cuentan con seguros de responsabilidad civil que cubren daños al erario. Sin embargo, estos seguros son poco comunes y generalmente no aplican en situaciones que involucren dolo o negligencia grave. 5) Ejecución fiscal: las deudas activas del Estado pueden ser ejecutadas bajo los términos de la Ley de Ejecución Fiscal (Ley n.º 6.830/1980), transformando las obligaciones derivadas de condenas en débitos públicos sujetos a ejecución forzosa (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

El legislador brasileño, tanto en el ámbito constitucional como en el ordinario, ha reconocido la importancia de la acción de repetición como un instrumento esencial para proteger el patrimonio público y fomentar la responsabilidad de los agentes públicos. En el artículo 37, § 6.º de la Constitución Federal de 1988, se establece la posibilidad de acción regresiva contra agentes públicos que, por dolo o culpa, hayan causado daños al erario, complementando el principio de responsabilidad objetiva del Estado. Esta

disposición busca asegurar la recuperación de recursos públicos malversados o indebidamente gastados (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

De manera complementaria, la Ley de Improbidad Administrativa (Ley n.º 8.429/1992) y la Ley n.º 8.112/1990 (Estatuto de los Servidores Públicos Federales) incluyen normas específicas para viabilizar la acción de repetición, detallando las sanciones aplicables y reforzando los estándares de probidad administrativa. A pesar de estas previsiones, la implementación del mecanismo enfrenta desafíos importantes. La necesidad de pruebas contundentes, la complejidad de los procedimientos y la falta de una cultura administrativa enfocada en la responsabilidad, dificultan su aplicación práctica (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

De esta manera, al reflexionar sobre la eficacia del mecanismo, se observa que la acción de repetición constituye un instrumento clave para promover la responsabilidad y la transparencia en la gestión pública, aunque su eficacia requiere una mayor movilización de las Administraciones y la simplificación de los mecanismos procesales. Además, es crucial promover una cultura de integridad y responsabilidad en la Administración pública, integrando prácticas de gobernanza y cumplimiento que reduzcan la necesidad de recurrir a acciones judiciales. Al mismo tiempo, la implementación de seguros de responsabilidad civil más accesibles y la promoción de acuerdos de pago podrían contribuir a una mayor eficacia del mecanismo sin comprometer el interés público (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

En conclusión, aunque la acción de repetición enfrenta limitaciones significativas en su ejercicio y efectividad, sigue siendo una herramienta valiosa para garantizar la integridad del patrimonio público. Su fortalecimiento requiere no solo ajustes legislativos y operativos, sino también un compromiso más amplio con la promoción de prácticas administrativas responsables y eficientes (Zanella Di Pietro, 2024; Justen Filho, 2022; Mazza, 2023; de Bittencourt Mudrovitsch y Pupe da Nóbrega, 2022; Capes, 2023; Pereira Pinheiro, 2023).

Así, la acción de repetición en el derecho administrativo brasileño tiene baja frecuencia de ejercicio y enfrenta importantes desafíos para resultar en condenas. Cuando se utilizan, existen mecanismos legales como medidas cautelares, ejecución de sentencias y acuerdos de pago, que ayudan a

asegurar la efectividad del reembolso al erario. El legislador constitucional y ordinario considera estas posibilidades en sus normas, pero la efectividad del sistema depende aún de una mayor movilización y eficiencia en la aplicación de las leyes, además de una cultura administrativa que valore la responsabilidad y la integridad en la gestión pública.

9. Conclusiones

En este sentido, la acción de repetición, establecida en el derecho administrativo brasileño, es una herramienta fundamental para proteger el patrimonio público y garantizar la responsabilidad de los agentes estatales por los daños que ocasionen al erario. Sin embargo, su aplicación práctica enfrenta obstáculos significativos. Entre ellos se encuentran la dificultad para demostrar el dolo o la culpa grave, la complejidad y los costos de los procesos judiciales, y una limitada movilización por parte de las Administraciones públicas para ejercer este mecanismo.

La reforma introducida por la Ley n.º 14.230/2021 representó un avance al delimitar el alcance de la responsabilidad de los agentes públicos y reforzar principios como la proporcionalidad y la seguridad jurídica. No obstante, el éxito de la acción de repetición depende no solo de disposiciones legales bien estructuradas, sino también de una implementación práctica eficiente que reduzca las barreras existentes.

Para fortalecer este mecanismo, resulta esencial fomentar una cultura administrativa basada en la integridad y la transparencia, complementada con medidas como la promoción de seguros de responsabilidad civil, la simplificación de procedimientos procesales y la capacitación constante de los agentes públicos. Además, la inclusión de acuerdos de pago podría aumentar la eficacia del sistema, logrando un equilibrio entre la recuperación del daño y la protección de los derechos de los agentes.

En conclusión, la acción de repetición es un instrumento poderoso pero subutilizado dentro del derecho administrativo brasileño. Su correcto empleo no solo garantizará la protección del erario, sino que también contribuirá al fortalecimiento de la gestión pública responsable, equilibrando la rendición de cuentas con la promoción de decisiones audaces y eficientes en beneficio del interés colectivo.

10. Bibliografía

- Brasil. Constituição. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988*. Disponible en <http://www.planalto.gov.br>. Acceso el 28 sept. 2024.
- Brasil. Lei n. 8429, de 02 de junho de 1992. (1992). Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponible en <http://www.planalto.gov.br>. Acceso el 28 sept. 2024.
- de Bittencourt Mudrovitsch, R. y Pupe da Nóbrega, G. (2022). *Lei de Improbidade Administrativa Comentada. De acordo com a Reforma pela Lei n. 14.230/2021*. Río de Janeiro: Lumen Juris.
- Capes, F. (2023). *Nova Lei de Improbidade Administrativa. Limites constitucionais* (3.ª ed.). São Paulo: SaraivaJur.
- Justen Filho, M. (2022). *Reforma da lei de improbidade administrativa. Comparada e comentada* (1.ª ed.). Río de Janeiro: Forense.
- Mazza, A. (2023). *Manual de direito administrativo* (13.ª ed.). São Paulo: SaraivaJur.
- Pereira Pinheiro, I. (2023). *Nova lei de Improbidade Administrativa Comentada* (2.ª ed.). São Paulo: Editora Mizuno.
- Zanella Di Pietro, M. S. (2024). *Direito Administrativo* (37.ª ed.). Río de Janeiro: Forense.

Informe nacional de Chile

Daniel Silva Horta

*Profesor de Derecho Administrativo Sancionador.
Universidad Austral de Chile*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición. 3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición. 4. Sujetos del mecanismo de acción de regreso o repetición. 5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo. 6. La transmisibilidad de la responsabilidad. 7. Las consecuencias de la condena en acción de regreso o repetición. 8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

1. Introducción

En rigor, en Chile existen dos mecanismos para obtener el regreso o la repetición: un mecanismo judicial y un mecanismo administrativo. Sin embargo, el mecanismo administrativo se encuentra prácticamente en desuso. Por ello, este informe se centrará, principalmente, en el mecanismo judicial (acción de regreso o repetición). Lo anterior, haciendo las referencias, cuando corresponda, al mecanismo administrativo de repetición.

Ante la ausencia de una definición legal, la acción de regreso o repetición ha sido definida por nuestra jurisprudencia como “el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de

sus funcionarios o exfuncionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción por los daños antijurídicos que les haya causado¹.

Pese a la importancia de su finalidad, la acción de regreso o repetición ha tenido escasa aplicación práctica en Chile, cuestión que explica su breve desarrollo dogmático. Lo anterior, sumado a una sucinta e inorgánica regulación, configura los rasgos distintivos del contexto en que se ha elaborado el presente informe.

2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición

El ordenamiento jurídico chileno contiene diversas normas de rango constitucional y legal que regulan la posibilidad de perseguir la responsabilidad de los agentes del Estado, involucrando su patrimonio privado, por daños causados a particulares que comprometen la responsabilidad del Estado.

A nivel constitucional, esta materia se encuentra recogida en el inciso 2.^º del art. 38 de la Constitución Política de la República de Chile. El mencionado inciso establece lo siguiente: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”².

A nivel legal, existen diversas normas que aluden a la idea del derecho del Estado a perseguir la responsabilidad personal de sus agentes, por daños causados a particulares, que comprometen la responsabilidad del Estado. En primer lugar, se debe tener presente el art. 4.^º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LOCBGAE), el cual señala: “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”³.

1. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 30 de julio de 2015, Rol N.^º 5.499-2015, considerando 3.^º

2. Inciso 2.^º del art. 38 del Decreto N.^º 100 de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Publicado en el Diario Oficial el 22 de septiembre de 2005.

3. Art. 4.^º del Decreto con Fuerza de Ley N.^º 1-19653 de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N.^º 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2001.

En segundo lugar, se debe considerar lo dispuesto en el art. 42 del mismo cuerpo legal, el cual establece lo siguiente: “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”. Como es posible observar, este artículo se refiere expresamente al derecho de la Administración a repetir en contra del funcionario que hubiese incurrido en “falta personal”⁴. Como explicaré más adelante, el concepto de falta personal ha sido clave en la construcción jurisprudencial del derecho de repetición en Chile.

Sin perjuicio de la regulación general citada precedentemente, en Chile, la acción de repetición también se encuentra establecida en algunos contextos normativos específicos. Así, en el ámbito municipal, esta materia se encuentra regulada por el art. 152 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. El citado artículo establece lo siguiente: “Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio. No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”⁵.

En el contexto sanitario, esta regulación se encuentra contenida en el art. 38 de la Ley, que establece un régimen de garantías en salud, el cual señala: “Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio. El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio. Los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado. La conducta imprudente o dolosa del funcionario deberá siempre ser acreditada en el juicio en que se ejerce la acción de repetición, la que prescribirá en el plazo de dos años, contado desde la fecha en que la sentencia que condene al órgano quede firme o ejecutoriada”⁶.

4. Art. 42 del Decreto con Fuerza de Ley N.º 1-19653 de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N.º 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2001.

5. Art. 152 del Decreto con Fuerza de Ley N.º 1 de 2006, del Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Desarrollo Administrativo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N.º 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Publicado en el Diario Oficial el 26 de julio de 2006.

6. Art. 38.^º de la Ley N.º 19.666 de 2004, que establece un régimen de garantías en salud. Publicada en el Diario Oficial el 03 de septiembre de 2004.

Por otra parte, se debe tener presente la normativa especialmente aplicable a los funcionarios del Ministerio Público. Al respecto, los incisos 1.º y 2.º del art. 5.º de la Ley 19.640, que establece la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, señalan: “El Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público. La acción para perseguir esta responsabilidad patrimonial prescribirá en cuatro años, contados desde la fecha de la actuación dañina. En todo caso, no obstará a la responsabilidad que pudiese afectar al fiscal o funcionario que produjo el daño, y, cuando haya mediado culpa grave o dolo de su parte, al derecho del Estado para repetir en su contra”⁷.

Las normas citadas precedentemente son las más relevantes del ordenamiento jurídico chileno sobre la materia, y configuran los principales elementos de la acción de repetición en Chile. En efecto, son las normas más importantes porque hacen directa y explícita mención al derecho del Estado a repetir en contra de los funcionarios y/o a la responsabilidad del funcionario que hubiese ocasionado el daño.

Como es posible observar, la regulación de la “acción de repetición” en el ordenamiento jurídico chileno presenta las siguientes particularidades:

- 1) La responsabilidad de los funcionarios que hubiesen generado el daño se encuentra establecida a nivel constitucional.
- 2) Sin perjuicio de la regulación general contemplada en el art. 4.º de la LOCBGAE, el derecho del Estado para repetir en contra de los funcionarios, también, se encuentra establecido en distintos contextos normativos específicos (ámbito municipal, sanitario y Ministerio Público).
- 3) Pese a que el legislador se ha preocupado de dejar expresamente establecido el derecho del Estado a repetir en contra de los funcionarios, existen muchos aspectos sustantivos y procesales relevantes que no se encuentran regulados. A modo de ejemplo, el plazo de prescripción solamente se encuentra expresamente regulado en el ámbito sanitario (dos años desde la fecha en que la sentencia que condene al órgano quede firme o ejecutoriada). Lo anterior ha generado discusiones respecto de cuál es el plazo de prescripción de esta acción en los ámbitos restantes, y desde qué momento se cuenta.

7. Art. 5.º de la Ley N.º 19.640 de 1999, que establece la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Publicada en el Diario Oficial el 15 de octubre de 1999.

- 4) La falta de regulación hace que, para comprender adecuadamente la acción de repetición en Chile, resulte fundamental revisar la forma en que la jurisprudencia ha ido configurando sus elementos procesales y sustantivos.

Hasta aquí, me he referido a las normas que regulan la “acción de repetición” (mecanismo judicial). Sin embargo, pese a su falta de utilización, se hace necesario dedicar algunas líneas a lo siguiente: en el ordenamiento jurídico chileno, existe un mecanismo administrativo para hacer efectiva la responsabilidad civil de los funcionarios por los daños ocasionados a terceros. Al respecto, el art. 67, inciso 2.º, de la Ley 10336 establece lo siguiente: “Asimismo, el Contralor podrá ordenar que se descuento, en las condiciones ya indicadas, de las remuneraciones de los funcionarios a que se refiere el inciso anterior, las sumas que el Fisco u otra institución estatal deba pagar a terceros en virtud de sentencia judicial, cuando se haga efectiva la responsabilidad civil por actos realizados en el ejercicio de las funciones respectivas”⁸.

Desde un punto de vista teórico, el mecanismo administrativo regulado en el art. 67, inciso 2.º, de la Ley 10336 es importante. Lo anterior, debido a que permite sostener que en el ordenamiento jurídico chileno coexisten dos mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios por los daños ocasionados a terceros. Un mecanismo judicial, conocido como “acción de repetición” (reconocido en diversas disposiciones legales), y un mecanismo administrativo de competencia de la Contraloría General de la República. Este organismo es un ente fiscalizador con autonomía constitucional que tiene las siguientes funciones principales: (1) controlar la legalidad de los actos de la Administración, (2) fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del fisco, (3) examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de fisco, municipalidades y demás organismos y servicios que determinen las leyes, y (4) llevar la contabilidad general de la nación⁹.

Finalmente, en relación con el contexto normativo, viene al caso mencionar que, sin perjuicio de las normas referidas específicamente a la acción de repetición, en el ordenamiento jurídico chileno existen una serie de normas que hacen alusión a la idea de la responsabilidad civil de los funciona-

8. Inciso 2.º del art. 67 del Decreto 2421 de 1964, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido de la Ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República. Publicado en el Diario Oficial el 10 de julio de 1964.

9. Art. 98 del Decreto N.º 100 de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Publicado en el Diario Oficial el 22 de septiembre de 2005.

rios públicos. A modo de ejemplo, se debe tener presente lo dispuesto en el inciso 1.º del art. 18 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, el cual señala lo siguiente: “El personal de la Administración del Estado estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarle”¹⁰.

3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición

Como se señaló en el apartado precedente, el principal mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico chileno para obtener la repetición es la “acción de repetición”. Esta acción no se encuentra definida en nuestra legislación. Sin embargo, como ya se señaló, la jurisprudencia la ha definido como “el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o exfuncionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción por los daños antijurídicos que les haya causado”¹¹.

En cuanto a su naturaleza, nuestros tribunales han indicado que se trata de una acción judicial específica y autónoma consagrada en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, han señalado que la acción de repetición es una institución *sui generis*, que no es asimilable en forma exclusiva a ninguna de las instituciones específicas previstas en el Código Civil¹². Con todo, se estima que “comparte características de varias de aquellas, especialmente con el fundamento del pago de lo no debido y el enriquecimiento sin causa. Sin embargo, se aleja de aquellas, toda vez que en la especie la obligación del Estado es debida, pues la ley establece que debe responder, al menos en una primera instancia, si es que la víctima dirige la acción en su contra, no obstante, se otorga la acción de reembolso a la Administración, si la falta de servicio por la que debió responder se origina en una falta personal de un funcionario cometida con grave negligencia”¹³.

Por otra parte, nuestros tribunales han señalado que la acción de repetición es una acción de carácter excepcional. Lo anterior, en el sentido de

10. Inciso 1.º del art. 18.º del Decreto con Fuerza de Ley N.º 1-19653 de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N.º 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2001.

11. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 30 de julio de 2015, Rol N.º 5.499-2015, considerando 3.º.

12. Corte Suprema, sentencia de 29 de mayo de 2017, Rol N.º 68.835- 2016, considerando 11.º.

13. Corte Suprema, sentencia de 29 de mayo de 2017, Rol N.º 68.835- 2016, considerando 11.º.

que “no siempre que el Estado sea condenado por falta de servicio, éste podrá repetir en contra del funcionario, sino que sólo podrá hacerlo en aquellos casos en que exista negligencia grave atribuible al funcionario, toda vez que es en aquellos casos en que se refleja la ratio legis de la norma. Así, las faltas cometidas con negligencia inexcusable del funcionario, que se vinculan en algún grado con el Estado, determinan que en una primera instancia éste deba responder y justifican que se repita por éste en contra del autor una vez efectuado el pago”¹⁴.

A modo de caracterización general, se debe tener presente que, para su procedencia, la jurisprudencia ha establecido tres presupuestos: “a) capacidad del funcionario; b) víctima indemnizada por la Administración; c) funcionario causante directo del daño que haya actuado mediando dolo o culpa. Lo anterior por cuanto la falta personal del funcionario, al encontrarse vinculada con el funcionamiento del servicio, da derecho al Estado para repetir, por cuanto la acción u omisión realizada con culpa o dolo exclusiva del funcionario, determina que sea éste el que en última instancia deba responder, encontrándose en aquella decisión legislativa motivos de justicia y de eficiencia, toda vez que no puede el Estado, avalar y responder por conductas inexcusables de los funcionarios públicos”¹⁵.

Los juzgados competentes para conocer de la acción de repetición son los juzgados de letras, los cuales integran el poder judicial como tribunales ordinarios de justicia¹⁶. En cuanto al juzgado de letras específicamente competente para conocer de una acción de repetición, se debe tener presente lo dispuesto en el art. 48 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece: “Los jueces de letras de comunas asiento de Corte conocerán en primera instancia de las causas de hacienda, cualquiera que sea su cuantía. No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, en los juicios en que el Fisco obre como demandante, podrá éste ocurrir a los tribunales allí indicados o al del domicilio del demandado, cualquiera que sea la naturaleza de la acción deducida. Las mismas reglas se aplicarán a los asuntos no contenciosos en que el Fisco tenga interés”¹⁷.

La acción de repetición es a instancia de parte. Así, para que el juez declare la falta personal del funcionario y se ordene el reintegro del monto

14. Corte Suprema, sentencia de 29 de mayo de 2017, Rol N.º 68.835- 2016, considerando 10.º.

15. Corte Suprema, sentencia de 29 de mayo de 2017, Rol N.º 68.835- 2016, considerando 10.º.

16. Art. 3.º de la Ley 7.421, de 1943, que aprueba el Código Orgánico de Tribunales. Publicada en el Diario Oficial el 15 de junio de 1943.

17. Art. 48 de la Ley 1552, de 1902, que aprueba el Código de Procedimiento Civil. Publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 1092.

de la indemnización que el Estado ha debido pagar, se requiere que previamente se interponga una acción judicial por parte de uno de los sujetos legitimados, a los cuales me referiré más adelante.

La acción judicial de repetición es prescriptible. En efecto, la jurisprudencia ha entendido que la regla general en esta materia es que la acción de repetición prescriba en el plazo de cinco años. Al respecto, ha indicado: “la acción de repetición consagrada en el inciso segundo del artículo 152 de la Ley N° 18.695, similar a la establecida en el artículo 42 de la Ley N° 18.575, es una acción específica y autónoma consagrada en nuestro ordenamiento jurídico, sin que se contemple un plazo especial de prescripción, razón por la que es aplicable el término previsto en el artículo 2515 de Código Civil, que constituye la regla general dispuesta a propósito de la prescripción de acciones, norma que dispone como plazo el de cinco años contados desde que la obligación se hizo exigible”¹⁸. Este plazo se cuenta desde la fecha en que la obligación se hizo exigible, entendida como el momento en que el fisco pagó efectivamente las sumas cuya repetición se pretende¹⁹. Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener presente que, como ya se señaló, existen reglas especiales de prescripción en la regulación sanitaria.

El ordenamiento jurídico chileno no contempla un poder discrecional para reducir la condena en base a las condiciones subjetivas y objetivas de la conducta ilícita o alguna otra circunstancia. Por el contrario, en el marco de la responsabilidad civil de los funcionarios públicos, el art. 67 de la Ley 10.336 prohíbe a la Contraloría General de la República liberar total o parcialmente a los funcionarios de aquellas sumas que se deriven de una sentencia judicial. Al respecto, el art. 67 de la Ley 10.336 señala: “Salvo el caso de que la obligación derive de una sentencia judicial, el Contralor podrá, por resolución fundada, liberar total o parcialmente de la restitución o del pago de las remuneraciones a que se alude en los incisos anteriores, cuando, a su juicio, hubiere habido buena fe o justa causa de error”²⁰. En línea con lo anterior, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha sostenido de manera reiterada que el Estado no puede renunciar a su derecho a repetir lo pagado respecto del funcionario que hubiere incurrido en falta personal. Lo anterior, por no existir una norma expresa que lo faculte para ello²¹.

18. Corte Suprema, sentencia de 29 de mayo de 2017, Rol N.º 68.835- 2016, considerando 12.º.
19. Corte Suprema, sentencia de 29 de mayo de 2017, Rol N.º 68.835- 2016, considerando 12.º.

20. Art. 67 del Decreto 2421 de 1964, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido de la Ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República. Publicado en el Diario Oficial el 10 de julio de 1964.

21. Contraloría General de la República, dictamen N.º 12.212 de 18 de marzo de 2008.

Respecto a la posibilidad de que la condena sea descontada directamente de las remuneraciones del funcionario, cabe señalar que, en el ordenamiento jurídico chileno, el contralor general de la República cuenta con la potestad de ordenar que las sumas correspondientes a la condena de la acción de repetición sean descontadas de las remuneraciones de los funcionarios. Específicamente, esta potestad se encuentra regulada en el art. 67 de la Ley 10.336, el cual señala: “El Contralor podrá ordenar que se descuenten de las remuneraciones de los funcionarios de los Organismos y Servicios que controla, en las condiciones que determine y adoptando los resguardos necesarios, las sumas que éstos adeuden por concepto de beneficios pecuniarios que hayan percibido indebidamente. Estos descuentos podrán hacerse efectivos también sobre el desahucio y las pensiones de jubilación, retiro y montepío. Si recaen sobre remuneraciones mensuales no podrán exceder del 50% de las mismas. Asimismo, el Contralor podrá ordenar que se descuento, en las condiciones ya indicadas, de las remuneraciones de los funcionarios a que se refiere el inciso anterior, las sumas que el Fisco u otra institución estatal deba pagar a terceros en virtud de sentencia judicial, cuando se haga efectiva la responsabilidad civil por actos realizados en el ejercicio de las funciones respectivas”²².

Ahora bien, como ya se señaló previamente en este informe, la norma citada precedentemente no ha sido interpretada, solamente, como una potestad para descontar a los funcionarios las sumas determinadas judicialmente, de forma previa, a través de una acción de repetición. En efecto, la Contraloría General de la República ha entendido que esta norma establece un mecanismo administrativo de reembolso. Lo anterior no ha estado exento de discusión en la dogmática. Al respecto, Pierry Arrau (1995: 352) ha señalado que el ejercicio de esta atribución requiere: (a) que se trate de daños causados en el ejercicio de las funciones, y (b) que constituyan falta personal. Complementa indicando que esta regulación deja abierta la discusión respecto de quién debe calificar la falta personal: (a) la propia Administración mediante un procedimiento disciplinario, (b) la Contraloría, o (c) un juez, a través de un juicio distinto. Para otro sector de la doctrina, la determinación de la falta personal siempre debe ser determinada previamente por el juez que conoce la acción de repetición, reduciendo la aplicación de esta norma simplemente a un mecanismo de descuento de la sentencia dictada en el juicio de repetición (Cárcamo Righetti, 2023: 68).

22. Art. 67 del Decreto 2421 de 1964, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido de la Ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República. Publicado en el Diario Oficial el 10 de julio de 1964.

Sin perjuicio de la discusión doctrinal, lo cierto es que, en la práctica, es posible advertir que la Contraloría General de la República ha interpretado que la sentencia condenatoria en contra de un funcionario, en juicio de repetición, no es presupuesto necesario para el ejercicio de su atribución establecida en el art. 67, inciso segundo, de la Ley 10.336. Por el contrario, ha señalado que la “acción de repetición” procede en caso de que no sea posible aplicar el descuento al funcionario, por ejemplo, por no estar recibiendo remuneración²³.

4. Sujetos del mecanismo de acción de regreso o repetición

Los sujetos pasivos de la acción de repetición son quienes se desempeñan como funcionarios públicos. En Chile, siguiendo un punto de vista orgánico, se ha entendido que son funcionarios públicos las personas naturales que ejercen un cargo público en la Administración pública en calidad de (a) planta, (b) contrata, y (c) excepcionalmente regidos por el Código del Trabajo.

Por otra parte, los legitimados para ejercer la acción de regreso son: (a) el Consejo de Defensa del Estado²⁴, (b) las municipalidades²⁵, y (c) los servicios públicos descentralizados con personalidad jurídica y patrimonio propio. Lo anterior da cuenta de que, en Chile, el ejercicio de la acción de repetición es de carácter descentralizado.

23. Contraloría General de la República, Dictamen N.º 74.960 de 3 de diciembre de 2012. En la investigación efectuada para la realización de este informe pude observar que son muy escasos los pronunciamientos del Organismo Contralor respecto a esta atribución establecida en el art. 67, inciso segundo, de la Ley 10.336. En efecto, en la página de búsqueda de jurisprudencia del organismo contralor es posible observar que respecto al inciso segundo del art. 67 de la Ley 10.336 se han dictado solamente 19 dictámenes. El primero de estos pronunciamientos es del 5 de diciembre de 1974 (Dictamen N.º 88368) y el último es del 29 de mayo de 2014, es decir, fue dictado hace más de una década (Dictamen N.º 37734).

24. El Consejo de Defensa del Estado es un servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica, bajo la supervigilancia directa del Presidente de la República e independiente de los diversos ministerios. El Consejo de Defensa del Estado tiene por objeto, principalmente, la defensa judicial de los intereses del Estado (arts. 1.º y 2.º del Decreto con Fuerza de Ley N.º 1, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado. Publicado en el Diario Oficial el 07 de agosto de 1993).

25. Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas. Inciso 2.º del art. 1.º del Decreto con Fuerza de Ley N.º 1 de 2006, del Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Desarrollo Administrativo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N.º 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Publicado en el Diario Oficial el 26 de julio de 2006.

5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo

Para que proceda la acción de repetición se requiere falta personal, entendida como “extrema negligencia o dolo”. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado lo siguiente: “En el Derecho Administrativo se denomina una falta personal la que comete el funcionario actuando con extrema negligencia o dolo, imprudencia temeraria para utilizar los mismos términos del artículo 38 de la Ley N° 19.966, que por estar vinculada con el servicio, ya sea porque se ha cometido en el ejercicio de la función o con ocasión de la misma, con los medios proporcionados por el servicio, dará lugar también a la responsabilidad estatal si se han generado perjuicios. De la definición recién transcrita se infiere claramente que no hace referencia a cualquier incumplimiento de obligaciones funcionarias ni es equivalente a mera culpa. Existirá una diversidad de situaciones imprudentes o negligentes que estrictamente no correspondan a faltas personales. Para que un comportamiento llegue a serlo se exige dolo o una imprudencia temeraria. Son estas características, que introducen un elemento restrictivo, las que facultan al Estado a repetir en contra del funcionario”²⁶.

Respecto a esta exigencia de culpa grave o dolo se debe tener presente que nuestra jurisprudencia ha entendido que la acción de repetición es una acción de carácter excepcional. Lo anterior, en el sentido de que solamente procede por negligencia inexcusable del funcionario, toda vez que es en aquellos casos en que se refleja la *ratio legis* de la norma²⁷. Como es posible observar, a juicio de nuestros sentenciadores, la limitación subjetiva emana de la ratio o motivo de esta norma excepcional.

A mayor abundamiento, viene al caso mencionar que la carga de probar la culpabilidad pesa sobre la parte demandante. En este sentido, se debe tener presente que nuestro ordenamiento jurídico no contempla presunciones de dolo o culpa para el caso de la acción de repetición.

La naturaleza pública de la actividad que realiza la Administración justifica la diferencia con la responsabilidad de los empleados privados, quienes generalmente responden de culpa leve. En efecto, atendida la complejidad y diversidad de las situaciones que deben enfrentar los funcionarios públicos, un sistema menos exigente de culpabilidad podría generar un importante desincentivo para ingresar en la Administración y/o adoptar determinadas

26. Corte Suprema, considerando 8.º, sentencia de 12 de abril de 2016, rol 14.945 de 2015.

27. Corte Suprema, sentencia de 29 de mayo de 2017, Rol N.º 68.835- 2016, considerando 10.º.

decisiones en el ejercicio de un cargo público, afectando el cumplimiento de los fines de la Administración.

Por otra parte, el buen funcionamiento de la Administración y, por ende, la satisfacción del interés general, requieren que los funcionarios se sientan respaldados por la Administración y puedan realizar sus funciones, respetando el principio de legalidad, pero sin temor a que si cometen cualquier daño deberán responder con su patrimonio personal al Estado. A modo de ejemplo, pensemos en el caso de un policía. ¿Cómo afectaría el razonamiento de un policía, al momento de tener que realizar una persecución, el saber que debe responder por los daños que pueda generar a terceros durante el trayecto por alguna mala maniobra? Probablemente, simplemente no realizaría la persecución, y, por ende, no cumpliría de buena manera su función. Esta diferencia no puede ser conceptualizada como una discriminación. Simplemente es una más de las particularidades propias del especial régimen jurídico que liga a la Administración con sus funcionarios, personas a las cuales el ordenamiento jurídico impone deberes y derechos especiales con la finalidad de satisfacer el interés general.

En teoría, esta especie de protección a los funcionarios, mediante la exigencia de culpa grave o dolo para que proceda la acción de repetición, podría ser considerada como parte de una especie de deber de cuidado de la Administración al funcionario. Al respecto, cabe señalar que, a nivel constitucional, en Chile no se establece expresamente un “deber de cuidado” del Estado respecto de sus empleados. Sin embargo, en relación con esta idea, se debe tener presente que el inciso primero del art. 38 de la Constitución establece lo siguiente: “Una Ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcional y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes”²⁸.

Luego, en cumplimiento de ese mandato constitucional, el art. 17 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado señala: “Las normas estatutarias del personal de la Administración del Estado deberán proteger la dignidad de la función pública y guardar conformidad con su carácter técnico, profesional y jerarquizado”²⁹. En con-

28. Inciso 1.º del art. 38 del Decreto N.º 100 de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Publicado en el Diario Oficial el 22 de septiembre de 2005.

29. rt. 17.º del Decreto con Fuerza de Ley N.º 1-19653 de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N.º 18.575.

cordancia con lo anterior, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha establecido que la dignidad de la función pública impone a la Administración el deber de dar protección a una serie de aspectos asociados al ejercicio de la función pública, y velar por que los funcionarios cuenten con todas las condiciones necesarias para ejercer su función³⁰. Por lo expuesto, estimo que es posible afirmar que el Estado de Chile tiene el deber de dar protección a sus funcionarios, cuestión que subyace a la configuración de las exigencias subjetivas de la acción de repetición y su carácter excepcional³¹.

6. La transmisibilidad de la responsabilidad

Nuestro ordenamiento jurídico administrativo no contempla la transmisión mortis causa de la responsabilidad civil de los funcionarios. Sobre esta materia, tampoco es posible advertir la existencia de jurisprudencia en que se hubiese ejercido la acción de repetición en contra de los herederos del funcionario público. Ahora bien, de acuerdo con las reglas generales del Código Civil, en caso de fallecimiento del funcionario condenado judicialmente en una acción de repetición, el monto repetido constituiría una deuda hereditaria que debería ser deducida del acervo o masa de bienes que el difunto haya dejado³².

7. Las consecuencias de la condena en acción de regreso o repetición

La condena por acción de repetición no se encuentra contemplada en el ordenamiento jurídico chileno como una inhabilitación para ejercer cargos públicos. La condena que inhabilita para ejercer cargos públicos es la condena penal por crimen o simple delito, pero no la condena civil por acción

Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2001.

30. Contraloría General de la República, Dictamen N.º 36.961 de 06 de julio de 2010.

31. Sin perjuicio de lo anterior, existen normas en nuestro ordenamiento jurídico que establecen protecciones específicas a los funcionarios públicos. A modo de ejemplo, se debe tener presente lo dispuesto en el art. 90 del Estatuto Administrativo, el cual consagra el derecho a defensa de los funcionarios públicos. Art. 90 del Decreto con Fuerza de Ley N° 29 de 2004, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo. Publicado en el Diario Oficial en fecha 16 de marzo de 2005.

32. Art. 959, numeral 2.º, del Decreto con Fuerza de Ley N.º 1 del 2000, del Ministerio de Justicia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N.º 4.808, sobre registro civil, de la Ley N.º 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N.º 16.618, Ley de menores, de la Ley N.º 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N.º 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Publicado en el diario oficial el 30 de mayo del 2000.

de repetición³³. Por otra parte, se debe tener presente que la condena por acción de repetición no es causal de destitución o de terminación de la relación de empleo público. Sin perjuicio de lo anterior, se debe considerar que, de conformidad con el art. 434 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia definitiva que se encuentre firme tiene mérito ejecutivo³⁴.

Algunos podrían considerar que la existencia de la acción de repetición podría generar un desincentivo para el ejercicio de la función pública. Sin embargo, estimo que en la práctica no se ha generado ese “temor” en el seno de la Administración. En efecto, la acción de repetición es tan excepcional que la mayoría de los funcionarios públicos desconoce su existencia. Los reales “temores” de los funcionarios públicos se encuentran centrados en la sanción disciplinaria de destitución y la responsabilidad civil que hace efectiva la Contraloría General de la República mediante el “juicio de cuentas”. El juicio de cuentas corresponde a la forma de hacer efectiva la responsabilidad civil de los funcionarios públicos por los daños provocados al órgano administrativo directamente, sin afectar a terceros³⁵.

33. I respecto, el art. 54 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado señala: “Sin perjuicio de las inhabilidades especiales que establezca la ley, no podrán ingresar a cargos en la Administración del Estado: a) Las personas que tengan vigente o suscriban, por sí o por terceros, contratos o cauciones ascendentes a doscientas unidades tributarias mensuales o más, con el respectivo organismo de la Administración Pública. Tampoco podrán hacerlo quienes tengan litigios pendientes con la institución de que se trata, a menos que se refieran al ejercicio de derechos propios, de su cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive. Igual prohibición regirá respecto de los directores, administradores, representantes y socios titulares del diez por ciento o más de los derechos de cualquier clase de sociedad, cuando ésta tenga contratos o cauciones vigentes ascendentes a doscientas unidades tributarias mensuales o más, o litigios pendientes, con el organismo de la Administración a cuyo ingreso se postule. b) Las personas que tengan la calidad de cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive respecto de las autoridades y de los funcionarios directivos del organismo de la administración civil del Estado al que postulan, hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente, inclusive. c) Las personas que se hallen condenadas por crimen o simple delito”. Art. 54 del Decreto con Fuerza de Ley N.º 1-19653 de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N.º 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2001.

34. Art. 434 de la Ley 1552, de 1902, que aprueba el Código de Procedimiento Civil. Publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 1092.

35. El juicio de cuentas se encuentra regulado en los arts. 95 y ss. del Decreto 2421 de 1964, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido de la Ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República. Publicado en el Diario Oficial el 10 de julio de 1964. El juicio de cuentas puede ser definido como “un procedimiento contencioso administrativo especial, de doble instancia, que tiene por objeto determinar y hacer efectiva la responsabilidad civil extracontractual que pudiere afectar a las personas que tienen a su cargo bienes o fondos de las entidades sometidas a la fiscalización del Ente Superior de Control” (Hanssen Tallar, 2007: 47).

8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición

Dado a su carácter excepcional, se registran muy pocos casos en que se haya ejercido la acción de repetición. Lo anterior se refleja en la poca jurisprudencia y doctrina que existe en Chile en relación con esta materia. A modo de ejemplo, el Consejo de Defensa del Estado no interpuso acciones de repetición durante el año 2023³⁶.

Por otra parte, se debe tener presente que, debido a la necesidad de acreditar la culpa grave o dolo, es difícil obtener sentencias condenatorias. Sin embargo, en la jurisprudencia es posible encontrar algunos casos que han terminado con sentencia condenatoria. A modo de ejemplo, en la causa Rol 68.835 de 2016 de la Corte Suprema, se confirmó la condena a un auxiliar de un establecimiento educacional dependiente de la Municipalidad de Nueva Imperial. En el caso, el auxiliar fue condenado a reembolsar a la Municipalidad la suma de \$22.000.000, correspondiente al monto que debió pagar el Municipio a título de indemnización de perjuicios por daño moral a una víctima de abuso sexual en el establecimiento educacional³⁷.

En cuanto a las medidas cautelares, cabe señalar que no existe una regulación especial sobre medidas cautelares o posibilidad de realizar acuerdos de pago respecto de la acción de repetición o reembolso. Por ello, respecto de las medidas cautelares se aplican las reglas generales del Código de Procedimiento Civil, y respecto de la posibilidad de realizar acuerdos de pago rigen las normas generales del Consejo de Defensa del Estado.

En cuanto a los seguros de responsabilidad civil, se debe tener presente que, de acuerdo con el art. 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República: “Todo funcionario que tenga a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o bienes del Estado, de cualquiera naturaleza, deberá rendir caución para asegurar el correcto cumplimiento de sus deberes y obligaciones. Las cauciones podrán consistir en seguros, fianzas y otras garantías que determine el reglamento que dicte el Presidente de la República. En dicho reglamento se establecerán, además, las modalidades, el monto y las condiciones de aquéllas; como también las normas relativas a su cancelación y liquidación”³⁸. Dado que estas cauciones se encuentran referidas al

36. Oficio Ordinario N.º 2703 de 22 de agosto de 2024, de la Presidencia del Consejo de Defensa del Estado, que responde solicitud de acceso a la información pública.

37. Corte Suprema, sentencia de 29 de mayo de 2017, Rol N.º 68.835 de 2016.

38. Art. 68 del Decreto 2421 de 1964, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido de la Ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República. Publicado en el Diario Oficial el 10 de julio de 1964.

ámbito de la responsabilidad civil de los funcionarios públicos y al correcto cumplimiento de los deberes funcionariales, considero que se podrían hacer efectivas en el caso de una condena en el marco de una acción de repetición.

9. Conclusiones

- 1) En Chile, la repetición del Estado en contra de un funcionario es excepcional. El limitado ejercicio de esta atribución ha generado una falta de interés dogmático y de reflexión teórica sobre la importancia de que el Estado pueda repetir en contra de los funcionarios por los daños ocasionados a terceros. Así las cosas, la forma en que entendemos la repetición en Chile obedece, en gran parte, al esfuerzo desarrollado por la jurisprudencia judicial por delinear los elementos y características de la acción de repetición.
- 2) En nuestro país, uno de los principales desafíos teóricos pendientes, en materia de repetición, es la armonización de la acción judicial de repetición con la atribución de la Contraloría General de la República para repetir administrativamente en contra de los funcionarios (art. 67, inciso 2.º, de la Ley 10336). Esta cuestión es importante, ya que de su resolución dependen cuestiones tan relevantes como la oportunidad y la forma en que se determina la falta personal del funcionario.
- 3) Finalmente, desde un punto de vista de lege ferenda, no existe duda alguna sobre la necesidad de que el legislador regule de forma más coherente y completa los elementos sustantivos y procedimentales del poder del Estado para repetir en contra de los funcionarios.

10. Bibliografía

- Cárcamo Righetti, A. (2023). La necesidad de instruir procedimiento disciplinario previo a la acción de repetición o reembolso por falta personal en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 254, 49-74. Disponible en <https://dx.doi.org/10.29393/rd254-2niac10002>.
- Hanssen Tallar, C. (2007). *La función jurisdiccional de la Contraloría General de la República* (2.ª ed.). Santiago: LexisNexis.
- Pierry Arrau, P. (1995). Repetición del Estado contra el funcionario. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVI, 349-360. Disponible en <https://www.projurepucv.cl/index.php/rderecho/article/view/314>.

Informe nacional de Colombia

Andrés Fernando Ospina Garzón

*Magistrado auxiliar del Consejo de Estado de Colombia.
Docente-investigador de la Universidad Externado de Colombia*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición. 3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición. 4. Sujetos del mecanismo de regreso o repetición. 5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo. 6. La transmisibilidad de la responsabilidad. 7. Las consecuencias de la condena en regreso o repetición. 8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

1. Introducción

El artículo 1 de la Constitución de 1991 define a Colombia como un Estado social de derecho. Bastaría esta norma constitucional para fundar la responsabilidad de los agentes al servicio del Estado; el Estado de derecho es el resultado de la existencia y eficacia de dos principios complementarios: el de juridicidad (conocido tradicionalmente como principio de legalidad) y el de responsabilidad¹, entendido como las consecuencias que se derivan, necesariamente, del desconocimiento del principio de juridicidad. Esto significa que, aunque la responsabilidad no sea un elemento exclusivo del Estado de

1. "El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad": Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-832/01.

derecho, su definición se delimita en este tipo de Estado por los contornos propios del sometimiento del poder al ordenamiento jurídico. En otras palabras, la responsabilidad se causa por el desconocimiento de la juridicidad; la responsabilidad debe estar establecida y delimitada por normas previas, y las autoridades y los procedimientos para establecerla también deben estar previstos en el ordenamiento jurídico.

En el derecho nacional, la responsabilidad de las personas al servicio del Estado es de dos tipos, categorías que engloban distintas formas de la responsabilidad: las responsabilidades personales y las responsabilidades patrimoniales. Se trata de la división clásica que fue posible gracias al principio según el cual las obligaciones recaen sobre los bienes del deudor y no sobre su persona (*pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esse*), instaurado por la Lex Poetelia Papiria del año 326 AC.

La **responsabilidad personal** materializa el poder punitivo estatal (*ius puniendi*) y consiste en la imposición de afectaciones de los derechos personales del agente del Estado, con fines punitivos. De su naturaleza sancionatoria se derivan importantes exigencias y garantías que racionalizan, humanizan y limitan esta prerrogativa estatal; entre otras, la de responsabilidad personal, que impide la responsabilidad sancionatoria por el hecho ajeno y la transmisibilidad de las sanciones. Dentro de la responsabilidad personal de los agentes del Estado se encuentran tanto la *responsabilidad penal* como la *responsabilidad disciplinaria*².

La **responsabilidad patrimonial** se predica de los bienes del agente³; no recae sobre los derechos personales de los agentes al servicio del Estado; se trata de mecanismos diseñados para proteger el patrimonio estatal, que no pretenden realizar reproches o juicios de desvalor a comportamientos personales. Así, la finalidad primordial de esta responsabilidad es la de resarcir los perjuicios causados al erario. De este tipo de responsabilidad no se exige, por la ausencia de fines punitivos, el respeto del principio de responsabilidad personal. En Colombia, existen dos tipos de responsabilidad de naturaleza patrimonial en la que pueden incurrir los agentes al servicio del Estado: la denominada *responsabilidad fiscal* o responsabilidad económico-financiera por la gestión de los recursos públicos⁴, y la responsabilidad por repetición, de la que es objeto el presente estudio.

2. Sobre la responsabilidad disciplinaria en el derecho colombiano, puede consultarse: Os-pina Garzón (2022; 2018a; 2018b; 2018c).

3. Cf. Gil y Rincón (2016).

4. Sobre este tema, puede consultarse el informe colombiano, incluido en el número 1 de los Cuadernos RAICA: Lozano Villegas (2024).

La expresión “repetición” se inspira del derecho civil, en el que se usa para significar el reembolso al que tiene derecho quien paga por otro, paga lo no debido⁵ o paga en exceso. Por ejemplo, la repetición describe el derecho que, en las relaciones internas de la solidaridad pasiva, tiene el que ha hecho el pago de la totalidad de la obligación, para perseguir a sus coobligados, con el fin de que le reembolsen lo que les corresponde. Por repetición se entiende, entonces, el reembolso, la recuperación o el cobro de lo pagado, como se deduce, por ejemplo, del artículo 1525 del Código Civil, que dispone: “ACCION DE REPETICION POR OBJETO O CAUSA ILICITA. No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”. En muchas otras disposiciones del Código Civil se utiliza la expresión “repetición”, en el sentido de reembolso o recuperación de lo pagado⁶.

Es en el mismo sentido utilizado por el derecho civil en el que el derecho administrativo configuró la acción pública de repetición y el llamamiento en garantía con fines de repetición.

2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición

En el derecho administrativo, el mecanismo para establecer la responsabilidad civil de los agentes del Estado se consagró, por primera vez, en el Decreto-ley 222 de 1983, Estatuto de Contratación Administrativa, donde se disponía que los empleados oficiales deberían responder civilmente por los perjuicios causados a las entidades públicas, a los contratistas y a los terceros, “cuando celebren contratos sin el cumplimiento de los requisitos y formalidades consignados en el presente estatuto” (art. 290), pero únicamente si actuaron con culpa grave o dolo (art. 297). Al poco tiempo, se previó una norma general, que estableció la responsabilidad de los funcionarios por los daños que llegaren a causar de manera dolosa o gravemente culposa (art. 77 del Decreto-ley 01 de 1984, Código Contencioso-Administrativo) y que condujeran a una condena a la entidad pública (art. 78).

5. “Artículo 2313. Pago de lo no debido. Si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para **repetir** lo pagado”. [...]”. “Artículo 2315. Pago por error de derecho de obligación si fundamento. Se podrá **repetir** aún lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aún una obligación puramente natural”.

6. Por ejemplo: “Artículo 1525. **Acción de repetición** por objeto o causa ilícita. No podrá **repetirse** lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”. “Artículo 2233. Pago de intereses no estipulados. Si se han pagado intereses, aunque no estipulados, no podrán **repetirse** ni imputarse al capital”. “Artículo 2285. Pago por personas incapaces. Lo pagado por personas que no tienen la libre administración de sus bienes, podrá **repetirse**, en todos los casos, por los respectivos padres de familia, maridos, tutores o curadores”. “Artículo 2399. Condonación de la deuda. El fiador, a quien el acreedor ha condonado la deuda en todo o parte, no podrá **repetir** contra el deudor por la cantidad condonada, a menos que el acreedor le haya cedido su acción al efecto”.

Sin embargo, estas regulaciones eran de rango legal. Con la expedición de la Constitución de 1991 se previeron los elementos esenciales del mecanismo. En efecto, el artículo 90 de la Constitución prevé que el Estado deberá responder, de manera directa o institucional⁷, por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de sus agentes. De esta manera, la Constitución protege la posición jurídica de las víctimas de los daños causados por el Estado⁸. A continuación, el mismo artículo introdujo un mandato constitucional para que, después de que el Estado haya sido condenado a responder por los daños antijurídicos⁹, persiga el recobro de lo pagado y que fue causado por el dolo o culpa grave de su agente. La repetición no es entonces una responsabilidad subsidiaria¹⁰, porque no procede en el caso en que el Estado –obligado principal– no responda, sino una responsabilidad condicionada a la condena y satisfacción de la obligación por parte de la entidad estatal.

El mandato constitucional del artículo 90 fue inicialmente desarrollado por la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, que en sus artículos 71 a 74 reglamentó la repetición contra los funcionarios y empleados judiciales. Por su parte, por el ejercicio de la función administrativa, la Ley 446 de 1998 previó que la repetición procedería no solamente en caso de condenas, sino también de conciliaciones (art. 31), aunque dispuso que el mecanismo sería la acción de reparación directa y no uno específico. Pero se trataba de regulaciones parciales. Fue la Ley 678 de 2001, “por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de

7. “Durante los debates de la Asamblea Constituyente algunos integrantes promovieron el establecimiento de una cláusula de responsabilidad solidaria entre la entidad demandada y el agente estatal que contribuyó a la causación del daño, con fundamento en que protegía los derechos de las personas de las actuaciones jurídicas. No obstante, esta propuesta fue eliminada”: Contreras Pantoja (2024: 508).

8. De esta manera, pareciera, a primera vista, haberse suprimido la posibilidad de demandar directamente al victimario, como, por ejemplo, se preveía en el artículo 293 del Decreto-ley 150 de 1976, según el cual la entidad contratante y sus funcionarios eran solidariamente responsables por los daños que se causaran y, por lo tanto, las víctimas podrían escoger a quién demandar: a la entidad, a los funcionarios o a los dos.

9. La jurisprudencia examina si la condena judicial corresponde verdaderamente a una declaración de responsabilidad del Estado o si, por el contrario, a pesar de que la sentencia ordenó el pago de una suma de dinero, su fundamento es diferente, como por ejemplo la indexación de una suma o la devolución de lo pagado por el particular, casos en los cuales no prospera la acción de repetición, por ausencia de uno de sus elementos. Por ejemplo, Consejo de Estado, Secc. 3, Sub. B, Sentencia de 18 de noviembre de 2024, exp. 11001-03-26-000-2017-00068-00 (59345).

10. En contra, Sergio González sostiene que la repetición es una responsabilidad “subsidiaria y subjetiva”: González Rey (2024: 474). Durante la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 ya se había incurrido en la imprecisión de calificar esta responsabilidad como “subsidiaria”: “Al decirse que la demanda podrá dirigirse contra el funcionario, estamos estableciendo de manera directa una responsabilidad que en el régimen del servidor público es sólo subsidiaria”: Juan Carlos Esguerra Portocarrero en *Gaceta Constitucional*, 142, 21/12/1991, p. 25.

los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”, la que reguló, de manera integral, los mecanismos para cumplir el mandato constitucional. Por su parte, existen disposiciones complementarias en el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo CPACA.

3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición

Al tratarse de una obligación constitucional, la decisión de perseguir el recobro contra los agentes del Estado no es discrecional. Sin embargo, se trata de una obligación condicionada al cumplimiento de los requisitos que la misma Constitución previó para que, tras la responsabilidad del Estado, se pueda buscar la responsabilidad personal del agente. Este mandato constitucional puede cumplirse por dos vías, ambas de naturaleza jurisdiccional y de competencia de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo: el llamamiento en garantía (vía paralela al proceso declarativo de la responsabilidad del Estado) o la acción de repetición (proceso judicial declarativo autónomo posterior al de condena de la responsabilidad del Estado).

El **llamamiento en garantía** es un mecanismo de economía procesal que permite vincular al agente del Estado al proceso judicial declarativo de la responsabilidad del Estado para que, en el mismo proceso, el juez decida, en primer lugar, lo relativo a la responsabilidad del Estado, y, a continuación, juzgue si se dieron las condiciones para comprometer la responsabilidad patrimonial del agente que pudo haber causado el daño que se reparará. Debe aclararse que la condena al Estado no necesariamente conduce a la condena de su agente, ya que los elementos de la responsabilidad institucional frente a las víctimas son diferentes de los de la responsabilidad personal del agente frente al Estado. Adicionalmente, en el caso de que, además de condenar la responsabilidad del Estado, se declare la responsabilidad del agente, el obligado a reparar los perjuicios a las víctimas seguirá siendo el Estado, y, por lo tanto, el llamamiento en garantía únicamente permite que, tras haber sido pagada la condena, la entidad pública condenada disponga de un título ejecutivo contra el agente declarado personalmente responsable.

El llamamiento en garantía no es obligatorio y, por ello, es la entidad pública demandada la que decide, de manera discrecional, si vincula o no a su agente al proceso¹¹. Esta decisión, asesorada por el Comité de conciliación de

11. El carácter no obligatorio del llamamiento en garantía fue declarado constitucional en la Sentencia C-484/02 de la Corte Constitucional de Colombia.

la entidad pública, se toma en función de las circunstancias descritas en la demanda, de las pruebas aportadas y del análisis de la probabilidad de que dicho proceso termine en una condena. El agente del Estado que no fue llamado en garantía podrá solicitar su intervención en el proceso, como tercero con interés¹², si considera que su participación podría ser útil en la defensa de la entidad. De no llamar en garantía y resultar condenada, la entidad pública deberá examinar si se dan los elementos que hacen obligatorio el ejercicio de la acción de repetición.

La Ley 678 de 2001 prohibía, en su artículo 19, que se llamara en garantía cuando, en la contestación de la demanda, la entidad pública hubiera alegado el rompimiento del nexo causal: caso fortuito, fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de un tercero. Se trataba de una norma lógica, que pretendía amparar la lealtad procesal, ya que evitaba que las entidades públicas presentaran al proceso estrategias de defensa contradictorias: el daño no es imputable a la entidad, pero, a la vez, examine si fue causado por su agente. Esta prohibición fue derogada por el artículo 44 de la Ley 2195 de 2022. Al parecer, en detrimento de la lealtad procesal, se quisieron ampliar las posibilidades de defensa de la entidad pública, posiblemente inspirados en la lógica de las pretensiones principales y las subsidiarias.

El llamamiento en garantía procede en los procesos declarativos de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y de controversias contractuales, todos ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. La decisión que tome el juez respecto del llamamiento en garantía hace tránsito a cosa juzgada respecto del agente vinculado al proceso y cuya responsabilidad fue juzgada. Por lo tanto, respecto de dicho sujeto, no es posible presentar una demanda posterior de acción de repetición. Por el contrario, sí es posible ejercer una acción de repetición contra otro agente del Estado, en el caso en el que el juez concluya que el llamado en garantía no era el causante del daño.

La acción de repetición es un mecanismo de naturaleza igualmente jurisdiccional, de competencia, también, de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. A diferencia del llamamiento en garantía, la acción de repetición da lugar al desarrollo de un proceso judicial declarativo autónomo¹³, cuyo único objeto es el juzgamiento de la responsabilidad personal del agente del Estado. Como se planteó, no existe obligación legal de llamar en garantía. Por el contrario, el ejercicio de la acción de repetición sí es obliga-

12. Artículo 224 de la Ley 1437 de 2011.

13. Cf. Contreras Pantoja (2022: 1223).

torio, aunque se trata de una obligación condicionada al cumplimiento de los requisitos que activan la responsabilidad personal del agente. La acción de repetición debe ser ejercida por el jefe de la entidad pública obligada a reparar perjuicios derivados de la responsabilidad del Estado. Para esto, dispone de un término de seis meses posteriores al pago total de la condena. Aunque este término no extingue la acción de repetición, su no ejercicio dentro de este término compromete la responsabilidad disciplinaria del jefe de la entidad¹⁴ y, adicionalmente, legitima, de manera subsidiaria, al Ministerio Público o la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para que sean ellos los que presenten la demanda de repetición contra el agente del Estado. En la actualidad¹⁵, este mecanismo está sometido a un término de caducidad (de orden público, inmodificable e irrenunciable por las partes) de cinco años contados así: si la condena, conciliación, transacción, etc., se pagó dentro del término legal de los diez meses, la fecha del pago determina el comienzo del término de caducidad. Por el contrario, si el pago es extemporáneo, es decir, posterior al plazo de diez meses, la fecha del cumplimiento de la obligación es indiferente respecto del conteo de la caducidad; la acción caducará al cabo de cinco años posteriores a los diez meses.

El monto de la condena a reembolsar al Estado todo o parte de lo pagado por este, de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución, depende del nexo causal, es decir, de la parte del daño antijurídico que fue causada por el dolo o culpa grave del agente. Así, es posible que el reembolso sea por el 100 % de lo pagado, el 70 %, el 60 %, el 10 %, etcétera. El monto de la condena no se aumenta si la conducta es dolosa, ni se disminuye si es culpable, porque no se trata de una sanción y estos elementos subjetivos no determinan la intensidad del reproche, que no hay, sino que abren la puerta a la condena, que —se insiste— depende exclusivamente del nexo causal.

Sin embargo, en atención a las dificultades para obtener el recaudo efectivo, la Ley 2195 de 2022 introdujo, en su artículo 48, la posibilidad de que, fruto de una conciliación dentro del proceso, el agente obtenga una disminución del monto de la condena de hasta el 50 %, dependiendo de su capacidad financiera (salario devengado) y de su patrimonio. Se trata de una

14. Se trata de una falta gravísima: "Artículo 58. Falta relacionada con la acción de repetición. No instaurarse en forma oportuna por parte del representante legal de la entidad, en el evento de proceder, la acción de repetición contra el funcionario, exfuncionario o particular en ejercicio de funciones públicas, cuya conducta haya generado conciliación o condena de responsabilidad contra el Estado": Ley 1952 de 2019, Código General Disciplinario.

15. Antes del artículo 42 de la Ley 2195 de 2022, por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones, el término de caducidad de la acción de repetición era de dos años.

norma criticable porque hace depender el monto del pago no de la conducta del agente, sino de su capacidad de pago, pero busca incentivar el pago por parte de los agentes y, adicionalmente, la terminación anticipada de estos procesos. Igualmente, la misma ley permitió la realización de acuerdos de pago, posteriores a la sentencia que condena la responsabilidad del agente y que incluyan la disminución del monto a pagar, en atención, de nuevo, a su capacidad de pago. Sin embargo, los beneficios obtenidos no serán tan atractivos como si hubiere hecho una conciliación judicial, ya que el tope de reducción es el 35 % de la condena. Finalmente, también se permite la condonación de los intereses que genera la condena en repetición, de hasta el 100 %, dependiendo del momento en que se realiza el pago (pago dentro del año, 100 %; pago dentro de los dos años, 50 %; y pago dentro de los tres años, 30 % de condonación).

Para el recaudo de la condena, el Estado cuenta con la posibilidad de iniciar un procedimiento administrativo de cobro coactivo o de presentar una demanda ejecutiva. En ambos casos, es posible embargar los bienes del agente, incluido su salario, para que de allí se satisfaga la obligación, pero no es posible realizar una compensación directa, ya que no se reúnen los requisitos previstos en el Código Civil para dicha compensación.

Los elementos que determinan la responsabilidad del Estado son distintos de aquellos que comprometen la responsabilidad personal, patrimonial o civil de sus agentes. Para que se comprometa la responsabilidad personal del agente del Estado se requiere: (1) El compromiso de la responsabilidad del Estado, a través de una condena judicial, no necesariamente de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, o de cualquiera de los sucedáneos de la condena judicial: un acuerdo de conciliación¹⁶ (art. 31), una transacción o cualquiera de las otras formas de reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado, como es el caso de la extensión de efectos de una sentencia de unificación. (2) La prueba de la conducta dolosa o gravemente culposa del agente del Estado. Y (3) el nexo causal entre la conducta dolosa o gravemen-

16. El art. 31 de la Ley 446 de 1998 previó que la repetición procedería no solamente en caso de condenas, sino también de conciliaciones. Tal previsión fue reiterada en el artículo 2 de la Ley 678 de 2001, donde, adicionalmente, se incluyeron otras formas de comprometer la responsabilidad del Estado. La ampliación de la causa de la repetición a la conciliación fue declarada constitucional por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-338/06, en donde se consideró que “el deber de repetir contra el agente generador del daño, en todos aquellos eventos en los cuales llegue a imponerse una condena como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del respectivo agente, sin que el establecimiento de tal deber de repetir quede circunscrito en manera alguna, única y exclusivamente a los eventos en que exista una sentencia condenatoria”.

te culposa del agente y el daño antijurídico que condujo al reconocimiento de la responsabilidad del Estado.

Repetir contra el agente del Estado es un mandato constitucional en el que, en principio, no existe discrecionalidad. Sin embargo, existe un margen de interpretación en el análisis de la demanda o de la declaración de responsabilidad del Estado para determinar si se reúnen o no las condiciones para que se active el deber de repetir.

4. Sujetos del mecanismo de regreso o repetición

SUJETOS PASIVOS: los obligados a responder son los agentes del Estado. El concepto de agente del Estado es amplio y propio del régimen de repetición. Se trata de una categoría que comprende a (1) todos los servidores públicos (empleados públicos, trabajadores oficiales y miembros de corporaciones públicas). Este grupo incluye a los funcionarios y empleados judiciales. También a los (2) ex servidores públicos, pero por los hechos realizados durante el tiempo en el que cumplían la función pública; (3) los particulares que ejercen funciones públicas; (4) los contratistas del Estado, intervenientes, consultores y asesores en materia de contratación estatal. Este grupo no corresponde a particulares que ejercen funciones públicas, pero son sujetos de esta responsabilidad por expresa disposición legal.

La categoría de agentes comprende, por lo tanto, a los servidores públicos de elección popular (empleados públicos elegidos por voto, como los alcaldes, gobernadores, así como los miembros de las corporaciones públicas, como los ediles, concejales, diputados, representantes en la Cámara y senadores). Respecto de los congresistas (representantes y senadores) se ha discutido si, en virtud de la legislación actual, es posible ejercer contra ellos una acción de repetición, no por el ejercicio de sus funciones administrativas, lo que parece obvio, sino por la eventual condena de la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley. Teóricamente las normas actuales lo permiten, aunque dicha hipótesis se encontraría con la doble dificultad de la prueba individual del dolo o la culpa grave, así como de la determinación de la proporción de la condena, en consideración del nexo causal individual. Se trata de dificultades operativas tan importantes que no se ve cómo podría condenarse a un congresista a este tipo de reembolso. Por otra parte, la condena de la CtelDH a Colombia, en el caso Petro vs. Colombia, significó que la privación o limitación de los derechos políticos de los elegidos por voto popular solamente podría ser impuesta por un juez penal, en un proceso penal, lo que resultaría problemático, en este caso, porque la condena al reembolso es decidida por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo,

y, de no cumplirla, genera una inhabilidad de por vida para el ejercicio de cargos o funciones públicas, en virtud del artículo 122 de la Constitución, inciso 6¹⁷. Aunque la sentencia de la CteIDH no se refirió expresamente a la repetición y su efecto de inhabilidad, la discusión se encuentra abierta.

SUJETOS ACTIVOS: puede llamar en garantía la entidad pública demandada. La acción de repetición la debe ejercer el jefe de la entidad cuya responsabilidad fue declarada o reconocida, y, en su defecto, el Ministerio Público o la Agencia de Defensa Jurídica del Estado - ANDJE. No existe una regulación especial en pro de la garantía de la autonomía de las entidades territoriales, pero, en principio, esta se garantiza por el hecho de que el legitimado es la entidad declarada responsable, que puede ser una entidad territorial. Sin embargo, la legitimación subsidiaria del Ministerio Público podría generar debates en cuanto a la autonomía territorial, aunque, de inmediato, se resaltaría que se trata de un mandato constitucional en el que no existe discrecionalidad. La legitimación de la ANDJE solamente se predica de entidades públicas del orden nacional o de las territoriales que hayan celebrado convenios con esta entidad nacional, para el ejercicio de su defensa jurídica.

5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo

La exigencia de dolo o culpa grave como condición para comprometer la responsabilidad personal, civil o patrimonial de los agentes del Estado se encuentra dispuesta, de manera expresa, en la Constitución Política. Se trata del elemento de la responsabilidad personal de los agentes del Estado que genera más discusión e incomprensión. Para algunos, se trata de la prueba de que este mecanismo es una sanción, en desarrollo del *ius puniendi* estatal, que realiza un verdadero juicio de desvalor de la conducta del agente¹⁸ y que,

17. "Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, [...] quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño. [...]".

18. Cf. Bermúdez Muñoz (2001: 14). Este razonamiento fue expuesto por el mismo autor en la demanda de constitucionalidad que presentó contra el artículo 2 de la Ley 678 de 2001, que define el mecanismo como una "acción civil de carácter patrimonial". Para el demandante, "cuando el artículo 90 de la Carta exige la existencia de dolo o de culpa para poder repetir contra el servidor público, le está otorgando a esa acción un carácter sancionatorio, que rebasa el carácter exclusivamente civil o patrimonial al que se alude en la norma legal demandada". Estos argumentos no fueron acogidos por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-484/02, en donde se confirmó la ausencia de finalidad punitiva en el mecanismo, al ser un instrumento "para que el Estado la ejerza con el único propósito de reintegrar a las arcas

por ello, afecta negativamente su patrimonio, al mismo tiempo que ello le acarrea otras consecuencias adversas. Se trataría del desarrollo de la prohibición de responsabilidad sancionatoria objetiva que la Corte Constitucional ha identificado como una manifestación del principio de dignidad humana. En realidad, el dolo o la culpa grave cumplen una función diferente a la de realizar el reproche: actúan como estándar alto de responsabilidad que protege o ampara a los agentes del Estado de una repetición automática o, al menos, demasiado frecuente, que ponga en riesgo su derecho al empleo, así como su patrimonio personal. En otras palabras, la demostración del dolo o de la culpa grave sirve para abrir la puerta a la responsabilidad personal de los agentes, al considerar que el daño no fue causado por una actuación normalmente esperable de un agente del Estado, sino por una actuación tan al margen del comportamiento propio del servicio público que no forma parte de los riesgos propios de la actividad, que se encuentran cubiertos por el derecho al cargo. Al ser simples activadores de la responsabilidad personal, el dolo y la culpa grave cumplen idéntica función, y es por ello que el monto de la condena no se aumenta en el caso del dolo, ni se disminuye en el caso de la culpa grave, como sí debería ocurrir si se tratase de una sanción. Por todo lo anterior, se equivoca la jurisprudencia cuando, dentro de las funciones de la repetición contra los agentes del Estado, además de las incontestables funciones resarcitoria y preventiva, agrega una cierta función “retributiva”¹⁹. Se trata de una afirmación fundada en la falta de comprensión de la función garantista del estándar de comportamiento dentro del régimen de la repetición.

A diferencia de lo que ocurre con la regulación civil de la responsabilidad de los administradores, que comprometen su responsabilidad por culpa aun leve (por ej., art. 298 del CC), la exigencia de un estándar más alto, de dolo o culpa grave, para la responsabilidad de los agentes del Estado se justifica por diversas razones: en primer lugar, porque el dañar y comprometer la responsabilidad del Estado, aun siendo diligente, forma parte de la normalidad del ejercicio de las funciones públicas. En segundo lugar, porque se busca incentivar el empleo en lo público y, a su vez, proteger a los agentes del Estado que se vinculan con este, para que, con mayor libertad y tranquilidad, ejerzan las funciones sin el miedo permanente a comprometer su patrimonio personal, que, necesariamente, es infinitamente menor que la capacidad

públicas el valor de la condena que hubo de pagar como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes”.

19. “[...] Una función retributiva, dado que la obligación de reparar lo pagado por el Estado, si bien se configura como una responsabilidad civil de tipo patrimonial, surge también de juicio de reproche al proceder del servidor público que, con sus actuaciones u omisiones dolosas o gravemente culposas, dio lugar a la condena al Estado”: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-354/20.

dañina del actuar estatal. Finalmente, porque el ejercicio de empleos o funciones públicas materializa un derecho político que resultaría afectado, de manera desproporcionada, con un compromiso automático o bastante fácil de la responsabilidad personal del agente.

La diferencia de trato respecto de la responsabilidad de los administradores privados no podría, de manera alguna, ser considerada discriminatoria, en primer lugar porque no existe ni siquiera patrón de comparación (*tertium comparationis*), y, sobre todo, porque las razones expuestas justifican el trato diferente. Aunque podría pensarse, de manera desprevenida, que la responsabilidad de los agentes del Estado debería ser más fuerte que la de los particulares, por la confianza depositada en ellos, por la naturaleza de los recursos y por el impacto que su actuación puede causar, debido al interés general que se encuentra en juego, este razonamiento justifica la agravación de la responsabilidad sancionatoria, penal o disciplinaria, mas no de la responsabilidad patrimonial, en la que, como garantía de las víctimas, es el Estado quien responde frente a ellas.

CARGA DE LA PRUEBA Y PRESUNCIones: es a la entidad pública que pretende comprometer la responsabilidad de su agente a la que incumbe probar que este actuó con dolo o con culpa grave. Sin embargo, se trata de una prueba difícil, según el caso, por lo que, respecto de los empleados y trabajadores judiciales, el artículo 71 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 270 de 1996, previó unos casos en los que se presume el dolo y la culpa²⁰. No existían presunciones de dolo o de culpa en el régimen general de la repetición. Sin embargo, desde el año 2001, el legislador introdujo una serie taxativa de casos en los que, por disposición legal, el dolo o la culpa grave se encuentran presuntos y, por lo tanto, a la entidad pública le corresponde únicamente activar la presunción, es decir, probar su supuesto de hecho, para que se invierta la carga de la prueba y sea el agente demandado el que deba demostrar que no actuó de esta manera.

20. [...]

1. La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable.
2. El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación.
3. La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer": art. 71 de la Ley 270 de 1996.

Las presunciones originales de la Ley 678 de 2001 fueron juzgadas por la Corte Constitucional y declaradas exequibles, en consideración de que se trataba de verdaderas presunciones y no de ficciones²¹, es decir, que el legislador consultó la lógica y la experiencia para presumir el hecho e invertir, por consiguiente, la carga de la prueba. Por el contrario, algunas de las nuevas presunciones de dolo y culpa grave introducidas por la Ley 2195 de 2022 son tan antitécnicas que configuran verdaderas ficciones (contrarias a la lógica y a la experiencia), y, por lo tanto, son violaciones del derecho fundamental al debido proceso²². Si la entidad pública encuentra que el comportamiento de su agente es doloso o gravemente culposo, pero no se encuadra en alguna de las presunciones, deberá demostrar plenamente su ocurrencia.

6. La transmisibilidad de la responsabilidad

Al no tratarse de una sanción, respecto de la cual se predicaría el respeto del principio constitucional de personalidad de las penas o de las sanciones, la responsabilidad patrimonial por vía de la repetición es esencialmente transmisible *mortis causa*, como ocurre, igualmente, en la responsabilidad fiscal²³. Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha limitado tal posibilidad en virtud de la prevalencia de los derechos fundamentales y de su eficacia como mandatos constitucionales²⁴. Por ello, caso a caso, ha examinado si la demanda de repetición contra los herederos del agente del Estado les va a permitir reales posibilidades de ejercer el derecho fundamental a la defensa o si, por el contrario, dicho derecho será simplemente nominal, por las dificultades del acceso a la prueba, en cuyo caso ha considerado que la acción de repetición no procede contra los herederos. Ahora, cuando la condena ya se encuentra judicialmente impuesta al momento de

21. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-374/02.

22. El art. 5 de la Ley 678 de 2001, modificado por el art. 39 de la Ley 2195 de 2022, presume el dolo en los siguientes eventos. Se subraya aquellos textos que, por no corresponder a la lógica y a la experiencia, son ficciones y deberían ser declarados inconstitucionales:

“[...] Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

1. Que el acto administrativo haya sido declarado nulo por desviación de poder, indebida motivación, o falta de motivación, y por falsa motivación.
2. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.
3. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia contrario a derecho en un proceso judicial.
4. Obrar con desviación de poder”.

23. Cf. Moreno Machado (2024).

24. Entre otras, pueden consultarse: Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia de 18 de noviembre de 2021, exp. 54001-23-31-000-2007-00149-0101 (52710); Consejo de Estado, Secc. 3, Sub. B, Sentencia de 19 de octubre de 2022, exp. 41001-23-33-000-2017-00257-01 (65762).

la delación de la herencia, la transmisibilidad de la deuda en el patrimonio del causante no es puesta en duda, porque, se insiste, no es una sanción.

7. Las consecuencias de la condena en regreso o repetición

A pesar de no ser una sanción, la condena en repetición acarrea consecuencias adversas para el agente del Estado. En primer lugar, se trata de una deuda soportada en un título ejecutivo que da lugar al cobro aun contra su voluntad, con medidas coactivas sobre su patrimonio, en virtud de un procedimiento administrativo de cobro coactivo o de un proceso ejecutivo. Adicionalmente, el artículo 17 de la Ley 678 de 2001 disponía que la condena en repetición generaría la pérdida del derecho al cargo, incluso si se encontraba desempeñando otro o en otra entidad pública, la caducidad del contrato estatal y una inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por cinco años. Sin embargo, la Corte Constitucional (sentencia C-233 de 2002) declaró la inconstitucionalidad de estas consecuencias, tras considerar que eran impropias de un mecanismo no sancionatorio²⁵. Ahora bien, subsiste la inhabilidad definitiva prevista en el artículo 122 de la Constitución Política, por el no pago de la condena en repetición. Se trata de una inhabilidad consecuencia no de una inhabilidad-sanción, que manifiesta la voluntad constitucional de que sus servidores públicos no hayan sido declarados responsables de actuación dolosa o gravemente culposa, salvo que hayan asumido el pago de su propio patrimonio.

Sin duda, el ejercicio politizado de la acción de repetición desincentiva el ejercicio de las funciones públicas y afecta la eficacia administrativa. Sin embargo, dicho riesgo se enerva, por una parte, porque el estándar de responsabilización es alto: dolo y culpa grave, y, por otra parte, porque la condena la realiza la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, que garantiza la juridicidad de la decisión y excluye todo tipo de capricho en la condena. Debe advertirse que es perfectamente posible materializar adecuadamente el interés público, con suficiente tranquilidad, sin incurrir en comportamientos alejados de dicho interés y que coinciden con el dolo y la culpa grave.

8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición

No se dispone de estadísticas que permitan evidenciar, numéricamente, el ejercicio de los mecanismos de repetición por parte de las entidades públicas del orden territorial. Sin embargo, no se trata de un exotismo en el ordenamiento jurídico colombiano, sino que, por el contrario, es una figura

25. Estas consecuencias eran criticadas por la doctrina: González Rey (2003: 407).

de permanente estudio y ejercicio en las instancias judiciales. Respecto de las entidades públicas del orden nacional, un estudio de 2018 concluyó que, entre 2012 y 2017, de las demandas de repetición presentadas y que terminaron con una sentencia de fondo, “el 66,7% son desfavorables para el Estado [...]. Dicho estudio apuntó, sin sorpresa, “que el uso de la acción de repetición como medio de control para recuperar el recurso público es ineficaz e ineficiente”²⁶. Con atino, la doctrina afirma que, en materia de repetición: “Demandar casi nunca es ganar”²⁷, considerando que la Agencia de Defensa Jurídica del Estado afirmó que, para 2024, la tasa probable de éxito en este tipo de demandas es de tan solo el 30 %. Ahora, una de las causas más frecuentes de condena absolutoria es que las entidades públicas alegan una de las presunciones de dolo y culpa, pero no demuestran, de manera previa, el supuesto de hecho de ellas, que les permitiría hacerlas valer.

El principal problema del mecanismo consiste en su materialización, es decir, en la posibilidad real del recaudo de la condena. El patrimonio de los agentes del Estado no alcanza a cubrir, en la mayoría de los casos, el valor de las condenas, porque, como se dijo, la capacidad de dañar del Estado es inmensamente mayor que el patrimonio de los agentes que provocan el daño²⁸. Adicionalmente, ocurren prácticas de ocultación o alzamiento de bienes para evitar el cobro de la condena. Para hacer efectiva la condena, algunos agentes del Estado son obligados a la adquisición de seguros de responsabilidad civil, que amparen este tipo de eventualidades²⁹. Adicionalmente, existe la posibilidad de adoptar medidas cautelares sobre el patrimonio del agente del Estado. Finalmente, como se indicó más arriba, la preocupación por la eficacia del mecanismo condujo al legislador en el año 2022 a permitir legalmente la celebración de conciliaciones, acuerdos de pago y condonación de intereses, que, mediados por la reducción de los montos a pagar, incentiven el recaudo efectivo de la condena. Finalmente, la inhabilidad del artículo 122 de la Constitución termina cuando se ha pagado la condena, lo que, de manera lógica, incentiva el pago.

En fin, debe tenerse en cuenta que la única finalidad del llamamiento en garantía no es que el Estado pueda recuperar lo pagado. Además de ello, la vinculación del agente del Estado permite una mejor defensa de los intereses del Estado, al posibilitar que quien disponga del interés y de la in-

26. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Dirección de Políticas Públicas (2018).

27. González Rodríguez (2024: 557).

28. Cf. Jiménez y Soler (2012: 78).

29. Cf. Neira Pineda (2024).

formación necesaria defienda a la entidad demandada, como una forma de evitar su eventual condena.

9. Conclusiones

El derecho colombiano muestra un panorama bastante desarrollado de las responsabilidades que pueden recaer sobre el personal al servicio del Estado. En una misma persona pueden confluir responsabilidades personales y patrimoniales, e incluso la limitación de su derecho político a ejercer funciones públicas puede verse afectada por ambas vías. Aunque la jurisprudencia constitucional colombiana no vea anomalía alguna en tal sistema, y en particular considere que no existe vulneración de la prohibición del bis in idem, esta realidad invita a la reflexión: ¿es acaso el sobrecontrol ejercido sobre los agentes del Estado un mecanismo adecuado para los fines del Estado social de derecho? La satisfacción de dichas finalidades es un objetivo constitucional guiado por el principio de eficacia administrativa, y es justamente la eficacia la que, en muchas ocasiones, se ve afectada por los efectos adversos del sobrecontrol.

En el caso específico de la repetición o del regreso, el legislador colombiano ha buscado, en múltiples ocasiones, mejorar el reintegro al patrimonio público, incluso en detrimento de los derechos de los agentes del Estado. Frente a ello, la jurisdicción de lo contencioso-administrativo ha cumplido un rol importante en la defensa de los derechos del personal al servicio del Estado, y ello explica, parcialmente, la baja tasa de condenas proferidas. Sin embargo, la eficacia de la repetición no podría medirse únicamente en términos económicos, dejando de lado que este mecanismo también tiene una función de control de la actividad pública y de prevención de actuaciones futuras que, al estar completamente al margen de los estándares de la función pública, comprometan el patrimonio del agente del Estado.

Queda pendiente una reflexión acerca de la utilidad de conservar el mecanismo en las condiciones actuales o si se requiere la implementación de reformas que busquen no únicamente mejorar el recaudo, sino también evitar la presentación de demandas ineptas o evidentemente infundadas, que únicamente atemorizan al personal al servicio del Estado y desincentivan el trabajo en el sector público.

10. Bibliografía

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Dirección de Políticas Públicas. (2018). *Análisis cuantitativo y jurisprudencial de la acción de*

- repetición. Disponible en <https://www.defensajuridica.gov.co/docs/BibliotecaDigital/Documentos%20compartidos/0001.pdf> (consultado el 3 de julio de 2025).
- Bermúdez Muñoz, M. (2001). La acción de repetición contra el servidor público. *Ámbito Jurídico*, 29 de octubre a 11 de noviembre de 2001.
- Contreras Pantoja, D. F. (2022). La repetición como un mecanismo de protección del patrimonio público en escenarios de responsabilidad institucional y personal: complejidades de su efectividad. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Horizontes del Contencioso Administrativo* (t. II). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- (2024). La responsabilidad personal de los agentes estatales: la culpabilidad como elemento definitivo de imputación de la responsabilidad patrimonial en la acción de repetición. En J. I. Rincón Córdoba (dir.). *Régimen jurídico de los agentes estatales. Tomo III. La responsabilidad patrimonial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gil Botero, E. y Rincón Córdoba, J. I. (2016). *La responsabilidad patrimonial del servidor público*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- González Rey, S. (2003). La acción de repetición (Lecciones). En AA. VV. *III Jornadas de Derecho constitucional y administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- (2024). La acción de repetición. Lecciones (II). En J. I. Rincón Córdoba (dir.). *Régimen jurídico de los agentes estatales. Tomo III. La responsabilidad patrimonial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- González Rodríguez, S. A. (2024). La eficacia de la acción de repetición en la protección del patrimonio público en Colombia: un asunto pendiente por resolver. En J. I. Rincón Córdoba (dir.). *Régimen jurídico de los agentes estatales. Tomo III. La responsabilidad patrimonial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jiménez, W. G. y Soler Pedroza, I. (2012). Causas de la ineficacia de la acción de repetición en Colombia y sus posibles correctivos. *Diálogos de Saberes*, 36, 65-80.
- Lozano Villegas, G. (2024). INFORME NACIONAL DE COLOMBIA. El control fiscal en Colombia: perspectivas, análisis y retos. En A. Galán Galán y A. F. Ospina Garzón (dirs.). *Control económico-financiero de los recursos públicos. Una mirada desde la Administración local* (Cuadernos RAICA, 1, pp. 101-123). Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Moreno Machado, C. I. (2024). La transmisibilidad de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado. En J. I. Rincón Córdoba (dir.). *Régimen jurídico de los agentes estatales. Tomo III. La responsabilidad patrimonial* (pp. 654-680). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Neira Pineda, J. C. (2024). Seguros de manejo global y de responsabilidad frente a la mala conducta de los servidores públicos: contenido y vías

- para hacer efectiva la póliza. En J. I. Rincón Córdoba (dir.). *Régimen jurídico de los agentes estatales. Tomo III. La responsabilidad patrimonial* (pp. 681-742). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ospina Garzón, A. F. (2018a). El fundamento del poder de sanción de la Administración: terapia para el abandono de un complejo. En A. Montaña Plata y J. I. Rincón Córdoba (eds.). *El poder sancionador de la Administración Pública: discusión, expansión y construcción* (pp. 19-70). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- (2018b). El poder disciplinario: ¿Instrumento adecuado en la lucha contra la corrupción? De la deriva penalista del poder disciplinario y otros demonios. En J. C. Henao y A. R. Zárate (eds.). *Corrupción en Colombia* (tomo 4, pp. 497-539). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
 - (2018c). La naturaleza de la responsabilidad disciplinaria: el regreso a los orígenes. En AA. VV. *El derecho administrativo como instrumento al servicio del ciudadano* (pp. 459-474). Lima: Palestra.
 - (2022). El control judicial de los fallos disciplinarios a partir de la reforma. Interrogantes, críticas y perspectivas. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Comentarios al nuevo Código General Disciplinario* (pp. 363 y ss.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Informe nacional de Perú

Orlando Vignolo Cueva¹

Profesor de Derecho Administrativo.

Universidad de Piura

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición. 3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición. 4. Sujetos del mecanismo de regreso o repetición. 5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo. 6. La transmisibilidad de la responsabilidad. 7. Las consecuencias de la condena en regreso o repetición. 8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía. 11. Índice de abreviaturas.

1. Introducción

Los temas de la responsabilidad civil de los políticamente elegidos, los funcionarios públicos y el personal de las distintas modalidades de empresas públicas (de forma jurídico-pública y las sociedades mercantiles)², cuando actúan

1. Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Universidad de Piura (Perú). Profesor ordinario de Derecho administrativo de la Universidad de Piura (Perú). Socio de Lazo Abogados. Vocal de la Sala de eliminación de barreras burocráticas del Tribunal del INDECOPI. Director de la revista *Anuario de la Función Pública*. Correo electrónico: orlando.vignolo@udep.edu.pe. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3801-9239>.

2. Estas distinciones son fundamentales para establecer el alcance funcional del principio de responsabilidad personal respecto de cada sujeto activo de la lesión patrimonial. Sin esa distinción, se podrían cometer severos abusos sobre las posibilidades de aplicación de la acción de

sometidos a sus respectivos vínculos y regímenes de cobertura, constituyen facetas diferentes de un solo fenómeno: la responsabilidad patrimonial de individuos que –de manera jurídica y formal– se encuentran vinculados a las variopintas organizaciones del sector público. Estos regímenes nacionales se activarían cuando los primeros producen –en esas específicas relaciones jurídicas singulares– un daño antijurídico contra el patrimonio público o terceros³. La base conceptual para que este grupo de potenciales causantes de daños públicos sea segmentada de la teoría general de la responsabilidad estaría en la vieja frase pronunciada por M. Hauoriou que bien podría extrapolarse al multifacético objeto de estudio: “Hay dos correcciones de la prerrogativa de la Administración reclamados por el instinto popular, cuyo sentimiento respecto del Poder Público puede formularse en estos dos brocados: que haga pero que obedezca a la ley; que haga pero que pague el perjuicio”⁴.

A continuación, este trabajo de reporte peruano, sin perjuicio de las cuestiones específicas señaladas en el sumario, deberá afrontar dos precisiones conceptuales para comprender el alcance material y los destinatarios de este régimen. Cuestiones que, por cierto, no aparecen claramente tratadas en nuestra realidad, y que más bien se dejan a un análisis judicial caso por caso. Así, por un lado, se deberán establecer las actividades jurídicas y materiales y en qué tipo de relaciones jurídicas pueden ocasionarse daños al patrimonio público o a terceros. Esto nos permitirá luego individualizar al sujeto causante de la lesión en su propia naturaleza (o funcionario público, o político o personal bajo derecho laboral de empresa pública). Finalmente, deberá entenderse que –en puridad–, en el estado actual de nuestro derecho, solo se puede damnificar a dos tipos de organizaciones estatales: por un lado, a las Administraciones públicas o vulgarmente conocidas como entidades administrativas⁵, y en segundo lugar, colocadas a la par de las primeras (a pesar

regreso, y, cómo no, una potencial afectación de los principios de seguridad jurídica e igualdad, que son fundamentales para limitar válidamente esta forma de responsabilidad patrimonial. Para una mayor profundización, desde el derecho peruano, en el concepto de funcionario, puede revisarse Vignolo Cueva (2022).

3. El concepto “patrimonio público” se ha venido imponiendo en nuestra legislación como un conjunto armónico y sistemático de bienes y derechos de titularidad pública que sirven para salvaguardar al interés público. Desde la legislación organizativa (como la LBD, LOM y LOGR) y la propia normatividad sectorial (del control gubernamental, el abastecimiento público y otras), se ha ido lentamente evolucionando hacia una visión patrimonialista y de superación de los bienes corpóreos. Para muestra, la definición contenida en la LSNC sobre los recursos y bienes del Estado, entendidos como “los recursos y bienes sobre los cuales el Estado ejerce directa o indirectamente cualquiera de los atributos de la propiedad, incluyendo los recursos fiscales y de endeudamiento público contraídos según las leyes de la República”.

4. Esta cita del profesor francés aparece en varios trabajos sobre responsabilidad patrimonial. Por todos, revisar Mir Puigpelat (2012: 30 y ss.).

5. Sobre el concepto de Administración pública en el derecho peruano no se puede dejar de revisar Abruña Puyol (2010).

de ser jurídicamente distintas), a las empresas públicas como organizaciones económicas de titularidad pública que actúan en relaciones de mercado bajo la estricta aplicación del principio de subsidiariedad horizontal⁶.

2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición

El ordenamiento peruano aparece altamente desordenado sobre el punto consultado. No existe una sola norma ni dispositivo aplicable al caso concreto de un funcionario público que, actuando en ejercicio de potestades administrativas y practicando tareas públicas dentro de un órgano administrativo, produzca un daño antijurídico y patrimonial sobre administrados. En primer término, asumiendo una fuerte influencia de la antigua Ley española 30/1992, el actual numeral 260.6 del TUO LPAG plantea el directo reconocimiento de la acción de regreso en los siguientes términos: “Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio”.

Esta posibilidad de acción judicial es atemperada por el propio legislador, al permitir una potencial y voluntaria actividad extrajudicial de conciliación o transacción entre la Administración pública damnificada y el potencial funcionario productor del daño, siempre que el respectivo “reembolso de lo indemnizado” aprobado en un acuerdo sea luego recogido en una resolución administrativa. Esta farragosa actividad aparece preceptuada en la parte final del citado numeral 260.6 del TUO LPAG.

En segundo lugar, de una manera aislada, el régimen de control gubernamental ha reconocido una pseudoacción de regreso basada en informes de control que imputan daños patrimoniales no necesariamente probados y cualificados, los cuales necesitan de una posterior definición judicial. Estos informes administrativos, al señalar (de manera claramente indiciaria) la responsabilidad patrimonial sobre determinados funcionarios de la Administración pública o personal de empresas públicas, obligan a que sus organizaciones empleadoras, ministerios con rectoría sobre la Administración empleadora (si es que es un organismo público dependiente de los primeros), o la propia Procuraduría de la CGR, demanden judicialmente el

6. Sobre el concepto de empresas públicas en el derecho peruano puede revisarse Vignolo Cueva (2017).

daño “ocasionado” ante el orden jurisdiccional civil o laboral (esto último dependerá —de nuevo— del tipo de causante de la lesión).

Esta citada legislación sectorial del control gubernamental, sin construir un régimen verdadero, pues solo menciona algunas líneas generales remitiendo todo lo importante a la respectiva legislación procesal, simplemente indica que la responsabilidad civil de los servidores y funcionarios públicos aparece, “por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones [...] ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la Entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico” (ver definición contenida en la novena disposición transitoria de la LSNC).

A partir de lo indicado, se puede indicar que en Perú sí tenemos reconocimiento normativo de la acción de regreso, pero es de corte caótico y poco funcional. Me explico a continuación. Estos reconocimientos legislativos que pareciera ordenar la categoría vienen, a continuación, acompañados de un gran desorden, pues la aplicación de los regímenes jurídicos adjetivo y sustantivo de cada acción de regreso dependerá del sujeto a ser demandado. Esto último, debido a que la acción (judicial) de regreso ha venido siendo usada —indistintamente— para acometer daños públicos cometidos por funcionarios públicos a la par que por personal de empresas públicas, sin entenderse que muchas de estas últimas organizaciones económicas empleadoras tienen condición de sociedad anónima, con sometimiento expreso a otras reglas y principios del derecho laboral privado.

Pero el caos se amplifica más cuando —por ejemplo— se revisa la mal entendida *autonomía* de responsabilidades, la cual, en la actualidad, ha sido incorrectamente interpretada desde el numeral 264.1. del TUO LPAG. Esta última normal legal señala que las “consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación”. Como se notará, la última parte de esta disposición plantea que, una vez decidida una acción de regreso por parte de una Administración pública o empresa pública, se utilice una obligatoria supletoriedad hacia el derecho civil, o el derecho laboral y sus respectivas ordenaciones procesales (derecho procesal civil y derecho procesal laboral), cuando, por el contrario, lo que mandan la técnica legislativa y la seguridad jurídica es que la construcción de lo que falta del régimen sustantivo y todo lo adjetivo de esta acción judicial sea he-

cha en un solo dispositivo legal, con todas las precisiones y variantes a que obliga esta compleja materia.

Esta crítica, como veremos luego, es el punto de inicio de varios de los problemas aplicativos del régimen actual, siendo un punto importante que debe ser afrontado por nuestro legislador dentro de todo el derecho de la función pública y del personal de empresas públicas, a fin de construir una verdadera teoría de los daños públicos e ir disminuyendo el desorden imperante, atacar la propia disminución del patrimonio público, la falta de eficacia respecto al pleito judicial incoado contra un sujeto causante, y el abuso que viene imperando desde la CGR y las propias organizaciones empleadoras del país.

3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición

Como había adelantado, el modelo de acción de regreso en el derecho peruano es completamente *judicial*. No existe reconocimiento normativo de un procedimiento administrativo de reparación o indemnización en vía de regreso. Sin embargo, en casos excepcionales, y aplicando –directa o indirectamente– la actividad extrajudicial que aparece recogida en el numeral 260.6 del TUO LPAG, aparecieron algunos dispositivos que, muchas veces sin reconocer responsabilidad patrimonial de una Administración pública, otorgaron montos económicos a ciertos sujetos privados afectados por actividades administrativas. A continuación, estas normas cubrieron la no aplicación de la acción de regreso tras conceptos como apoyos económicos o irreales formas de subvenciones. El más reciente es el D.U. 066-2023, que muestra esta forma antijurídica de eliminar responsabilidad patrimonial de la organización administrativa, pero resarciendo.

En cuanto a asuntos procesales de la acción de regreso, esta queda ligada a la naturaleza jurídica del sujeto a ser demandado, pues si es propiamente un **funcionario público de la Administración pública** (en el sentido más amplio, y no importando el modelo organizativo de función pública), se utilizará lo siguiente: (i) el proceso de conocimiento del CPC, que es altamente formalizado, adaptado a petitorios de mucha cuantía y largo en etapas y plazos; (ii) su plazo general de prescripción es de diez años contado a partir de la comisión del hecho generador o vinculado a la producción del daño público; (iii) el impulso de la acción judicial es siempre de parte y se encuentra sometida al principio de rogación y la figura extintiva del abandono; (iv) la Administración pública demandante se somete a la jurisdicción ordinaria y no tiene ningún poder para ponderar la cuantía judicial final (más allá del cálculo dinerario inicial de la pretensión indemnizatoria); (v) la

imposición final de la cuantía indemnizatoria es hecha solo por los jueces civiles competentes, y se basa exclusivamente en criterios referidos a la antijuridicidad y otros que se explicarán en las siguientes partes de este trabajo; (vi) la parte sustantiva de la acción de regreso se basará en elementos de culpabilidad, dolo y otros esenciales construidos desde las reglas del CC y la jurisprudencia casatoria de la Corte Suprema de la República; (vii) la explicada acción judicial de regreso basada en un previo informe de control calza por completo en el presente esquema procesal y sustantivo, con lo cual surge la pregunta de si —en este caso— estamos solo ante una forma de prueba indiciaria e incentivo preliminar para incoar el proceso judicial respectivo, antes que ante una verdadera modalidad de la categoría. Me decanto a pensar que es lo primero (es solo una forma de impulsar la presentación de una demanda procesal distinta de contenido, a partir de prepararse en base a un medio probatorio que indiciariamente justificaría algunos hechos antijurídicos y dañosos contra el patrimonio público atribuibles a unos determinados sujetos-funcionarios)⁷.

En cambio, si el demandado es propiamente un **trabajador o directivo de empresas públicas que tengan forma jurídico-societaria**, al estar bajo el régimen laboral de la actividad privada, esta acción de regreso quedará ligada a las siguientes consideraciones jurídicas: (i) se someterá al proceso ordinario laboral propio de la LPT y con claros anclajes conceptuales en el ordenamiento sustantivo laboral contenido en el D.L. N.º 728, RIT, otras normas internas, reglas jurisprudenciales casatorias y las propias del CC; (ii) el impulso de la acción judicial es siempre de parte y se encuentra sometida al principio de rogación y la figura extintiva del abandono; (iii) la empresa pública demandante se someterá a la jurisdicción laboral ordinaria y no tiene ningún poder para ponderar la cuantía judicial final; (iv) la imposición final de la cuantía indemnizatoria es hecha solo por los jueces laborales competentes, y se basa exclusivamente en criterios referidos a la antijuridicidad y otros que se explicarán en otros apartados de este trabajo; y por último, (v) al igual que con los funcionarios, la acción judicial de regreso para personal de empresas públicas, basada en un previo informe de control, se somete por completo al descrito sistema de fuentes procesal y sustantivo.

7. Lo dicho da un sentido interpretativo equilibrado al carácter de prueba preconstituida que aparece preceptuado para los informes de control en el literal f) del artículo 15 de la LSNC, norma que indica que los primeros, “con el debido sustento técnico y legal”, constituyen “prueba preconstituida para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos informes”. Para ver más detalles sobre esta cuestión polémica puede revisarse Morón Urbina (2013: 45 y ss.).

Ahora bien, cabe indicar que frente a los **democráticamente elegidos** existen algunos criterios aplicativos y mitologías que hasta ahora no se disipan en nuestro derecho. Por lo general, frente a la falta de informes de control o demandas de responsabilidad civil efectivamente presentadas contra alcaldes, regidores, gobernadores regionales, consejeros regionales y presidente de la República, aparece la responsabilidad civil instruida en los procesos penales, como una categoría de ejercicio directo que ocupa un lugar preponderante y de suplencia frente a la inoperancia de la CGR y las propias entidades que fueron dirigidas por estos sujetos tan particulares. Al respecto, en este grupo funcional, el artículo 96 del CP y siguientes han tomado casi un exclusivo protagonismo, asumiéndose la responsabilidad civil por el delito como el “derecho de la víctima que debe efectivizarse durante el tiempo que dure la condena. El juez garantiza su cumplimiento”.

En cualquier caso, cabe indicar que una muestra normativa final de la potente potestad jurisdiccional aplicable a nuestro modelo de acción de regreso aparece en la definición de la indemnización que preceptúan los artículos 1973 y otros del CC, en los cuales se muestran muchos detalles y elementos propios de la conceptualización de la acción lesiva, el daño, los factores de atribución y otros. En todos los casos, estas cuestiones sustantivas quedarán a cargo y control del juez competente. Pero, además, el legislador permite que se abra siempre la posibilidad de reducción de la cuantía final, debido a la aparición de imprudencia que “hubiere concurrido en la producción del daño”. En estos casos, siempre “la indemnización será reducida por el Juez, según las circunstancias”.

4. Sujetos del mecanismo de regreso o repetición

Como puede deducirse del epígrafe anterior, existen **tres grupos humanos del sector público** que podrían verse impactados por la acción de regreso en el derecho peruano: (i) los funcionarios públicos, no importando su modelo organizativo de función pública o forma de vinculación (incluyendo a los que trabajan en las empresas públicas de forma jurídico-pública o Administraciones públicas empresariales); (ii) los directivos, mandos medios gerenciales y personal de las empresas públicas societarias; y (iii) los políticamente elegidos que antes había tratado (presidente de la República, gobernadores regionales, consejeros regionales, alcaldes y regidores municipales), incluyendo en esta lista a aquellos que gozan de privilegios constitucionales (tales como el Presidente de la República y los ministros de Estado). En cualquier caso, en nuestro derecho —lo que merecería una explicación y tiene no pocas voces discordantes— no se ha establecido ninguna inmunidad para la

demandas judiciales indemnizatorias en contra de ningún funcionario democráticamente elegido (aunque no se utilice tanto).

En este punto, existe una **cuarta opción** que resulta harto polémica y necesitada de explicaciones extras, aunque puede ser perfectamente encajada en cualquiera de los dos primeros grupos. Me refiero a los exfuncionarios públicos y extrabajadores o directivos de empresas públicas societarias. En concreto, cuando se han aplicado acciones de regreso basadas en previos informes de control, se ha utilizado hasta un plazo de diez años para considerarlos como sujetos procesales que puedan ser demandados judicialmente (ver definición contenida en la novena disposición transitoria de la LSNC). Sin embargo, de manera específica cuando la demanda es presentada por las empresas públicas, esta posibilidad colisiona con la brevedad de los plazos de presentación de acción que tiene el derecho procesal laboral, y el propio tratamiento que tienen los asuntos de antiguos empleados (desvinculados). Esto merece un trabajo separado y sistemático, tomando como prisma la categoría de la responsabilidad extracontractual, el plazo específico del CPC⁸ y la construcción judicial sobre el principio de inmediatez aplicado en relaciones laborales de las empresas públicas societarias⁹.

Ahora bien, este señalamiento tripartito luego debe pasar un segundo filtro de conceptos procesales y sustantivos, a fin de poder seleccionar al correcto demandado. Estas cuestiones son las siguientes: (i) solo se puede demandar a quien produjo el daño al patrimonio público, y, por ende, solo podrían aparecer funcionarios públicos o personal de empresas públicas societarias que tengan relación causal con la lesión; (ii) no han existido muchos casos de sujetos privados delegados de potestades administrativas o externalizados que realicen actividades materiales públicas que hayan sido sometidos a procesos judiciales indemnizatorios, y en nuestro derecho estos casos están completamente apartados de la acción de regreso, porque el legislador ha cuidado que las Administraciones públicas no se hagan responsables patrimonialmente de estos hechos cometidos por dichos terce-

8. El artículo 2001 del CC peruano establece que el plazo de prescripción para la responsabilidad civil extracontractual es de dos años desde que la víctima tuvo conocimiento del daño y de la identidad del responsable. Esto significa que cualquier acción judicial por responsabilidad extracontractual debe iniciarse dentro de este período, contado a partir del momento en que se conoció el hecho dañino. Además, el artículo 233 del Código Civil estipula que el plazo de prescripción para la acción de responsabilidad civil es de dos años. Además, el Informe de Control Específico de la Contraloría no puede extender la aplicación del régimen de responsabilidad civil contractual más allá del término de la relación contractual del demandado. De acuerdo con el artículo de prescripción de dos años, las acciones por responsabilidad civil deben ser iniciadas dentro de este período desde la ocurrencia del hecho.

9. Por todas, ver Casación Laboral N.º 15867-2015.

ros sujetos, indicándose, de manera muy escueta, que las “entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas” (ver numeral 260.1 del TUO LPAG); y, por último, (iii) el modelo peruano de acción de regreso (sea por incoación propia o por evidencia obtenida desde un informe de control) puede ser ejercitado por cualquier Administración pública o empresa pública, sin importar su condición organizativa o territorial, su objeto o su cuestión funcional propia. El modelo es altamente descentralizado.

5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo

Todos estos puntos han sido tratados por la jurisprudencia civil y laboral aplicable a los distintos casos concretos. Resumo a continuación varias de las consideraciones que han sido usadas por los tribunales de justicia peruanos, además de las normas más relevantes que aparecen tras estos elementos del régimen. Así, en primer lugar, en el ámbito de la responsabilidad civil, resulta imprescindible la *existencia de un daño o una lesión* para que se genere la obligación indemnizatoria. En concreto, a fin de que procedan la acción de regreso y la consiguiente indemnización, debe probarse la existencia de un daño cierto, es decir, uno existente y consistente, además de injusto. En ese sentido, una lesión no puede ser hipotética.

En este sentido, **la certeza de esta lesión** se verifica a través de la probanza efectuada exclusivamente por el demandado, mediante la existencia de la utilidad en poder del damnificado al momento del daño y su consecuente pérdida. En casos en que sea necesaria la subsistencia de la lesión, lo que se requiere es que, al momento de realizar la pretensión indemnizatoria, aún se verifiquen sus efectos. El requisito de especialidad se relaciona con la afectación de un interés que ha merecido juridicidad por parte del ordenamiento jurídico. Es decir, que se encuentre tutelado por el mismo y que confiera, en ese sentido, al titular afectado el derecho de actuar en protección de la afectación generada a dicho interés. Ello, en orden a lo previsto en el artículo 1321 del CC: “quedá sujeta a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuosos, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante”.

Ahora bien, con relación al requisito de **injusticia**, es preciso señalar que en nuestro ordenamiento el mismo se rige por un criterio de “atipici-

dad", en el sentido de que se parte de la premisa de que toda lesión a un interés protegido es injusto, a menos que expresamente, por medio de una norma legal, se definan supuestos de daños justamente sufridos, como es el caso de los supuestos definidos en el artículo 1971 del CC: i) ejercicio regular de un derecho; ii) legítima defensa; y iii) estado de necesidad. En cualquier caso, este elemento se adapta muy bien a los derechos y bienes incluidos dentro del macroconcepto de patrimonio público.

Por otro lado, en nuestro derecho han aparecido **distintos daños** patrimoniales públicos que han sido planteados de manera más corriente, tales como i) daño emergente, cuando existe una pérdida patrimonial efectivamente sufrida; o ii) lucro cesante, cuando existe una ganancia frustrada o dejada de percibir. Aquí es más difícil la probanza de daños extrapatrimoniales públicos, aunque se ha intentado en recientes casos penales (sin mucho éxito procesal), tales como i) daño al buen nombre de la Administración pública¹⁰.

A partir de los conceptos de daños que acabo de resumir, resulta importante señalar que se han definido otros elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial del agente público, en las siguientes consideraciones jurisprudenciales y normativas relevantes¹¹:

- a) Primer elemento, **intencionalidad de daño**, entendida del siguiente modo: "cuando se trata de un funcionario al que se le imputa responsabilidad por sus actos funcionales, el examen no se reduce al hecho de que su actividad se haya producido en contravención a algún dispositivo legal, motivo por el cual, incluso, luego el acto puede ser anulado, sino además debe verificarse si se realizó con el ánimo de producir daño"¹².
- b) Segundo elemento, **antijuridicidad**, entendida según los hechos, dentro del ámbito de la responsabilidad contractual, como siempre

10. Cfr. Taboada Córdova (2003: 19).

11. Estas posturas jurisprudenciales peruanas se encuentran cercanas a las expresadas por la jurisprudencia española. Por todas, ver la sentencia del Tribunal Supremo español de 4 de marzo de 1998 (RJ 1988, 2488), citada por Bartual Ramón (2015). En dicha sentencia se indica que los elementos de esta categoría son: "a) el primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o a perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente; b) en segundo lugar la lesión se define como daño ilegítimo; c) el vínculo entre la lesión y el agente que produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicos, d) finalmente la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado".

12. Ver Casación N.º 2360-2017-Lima.

exclusivamente típica, según lo preceptuado por el artículo 1321 del CC. Esto daría lugar a los siguientes patrones de conducta antijurídicos:

- Incumplimiento en sentido estricto: en este caso, el funcionario público o trabajador de empresa pública simplemente no ejecuta su obligación o deber, por lo que ni siquiera existe un supuesto de cumplimiento tardío, parcial, defectuoso o inexacto en términos espaciales.
- Cumplimiento tardío o inexacto en términos temporales: en este supuesto, el agente público ejecuta su obligación o deber, pero de manera tardía, es decir, en un momento posterior a aquel en que se había establecido por una fuente jurídica exacta.
- Cumplimiento inexacto en términos especiales: en este supuesto, el agente público ejecuta su obligación o deber, pero sin respetar ciertas condiciones especiales establecidas jurídicamente (modo, condición, temporalidad).
- Cumplimiento parcial: en este supuesto, el agente público ejecuta su obligación, pero no íntegramente, sino que solo cumple parte de ella.
- Cumplimiento defectuoso: en este supuesto, el agente público ejecuta su obligación, pero de manera defectuosa, en condiciones y con características distintas a las establecidas, es decir, existe una divergencia entre la obligación ejecutada y aquella que fue introducida por el derecho.

Ahora bien, sobre este elemento, en cuanto a la antijuricidad, la Corte Suprema señaló lo siguiente¹³:

4.6. Al respecto, uno de los principales elementos, es el de la antijuricidad de la conducta, la cual consiste en determinar que aquel comportamiento ha contravenido una norma prohibitiva, y/o violado el sistema jurídico en su totalidad; es decir, solo nacerá la obligación de indemnizar, cuando se haya causado daño a otro u otros, mediante un proceder que no es amparado por el derecho, porque se incumple una norma imperativa, los principios del orden público, o las reglas de convivencia social, como las buenas costumbres; y en el caso de los asuntos contractuales, ésta surgirá del incumplimiento de una conducta pactada de forma previa, lo cual, es considerado como una conducta típica; supuesto que está regulado en el artículo 1321 del Código Civil; lo que dará lugar a la obligación legal del resarcimiento. Entonces, cuando se cause daño en el ejercicio regular de un derecho, legítima defensa o estado de necesidad, no existirá responsabilidad civil, porque estos habrían ocurrido en el ámbito permitido por el ordenamiento jurídico¹⁶.

13. Ver Casación N.º 3230-2019-Lima.

En suma, siempre primero debe revisar los hechos que puedan ser estimados como *antijurídicos*, principalmente, y en este caso, los comportamientos considerados por el ordenamiento como **deberes funcionales**. Solo si se comprueba este elemento y su conexión con el sujeto activo (el productor de la posible lesión) se podrá pasar al examen de la causalidad, los factores de atribución y el tipo de daños a ser indemnizados. Si se quiere los indicados son elementos sucesivos, que si se van consolidando uno a uno, se puede avanzar al siguiente.

- c) El elemento **imputación**, que aparece unido a la causalidad. Así, para que surja la responsabilidad patrimonial, deben concurrir, además: (i) la imputación de conductas, y (ii) la imputación de daños a las conductas previamente imputadas. Entonces, se afirma que solo procede imputar una lesión propia de este régimen cuando el imputado, “con su actuación, además de haberlo causado (además de que haya relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño), haya creado un riesgo no insignificante, no permitido y no consentido de producirlo, y dicho riesgo – y no otro: fuerza mayor o intervención de la víctima o de un tercero – sea el que se haya realizado en el resultado lesivo”¹⁴.
- d) El elemento **causalidad**, por el cual se ha indicado lo siguiente: “conducta antijurídica abstractamente considerada de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es decir, según el curso normal y ordinario de los acontecimientos debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado. Si la respuesta a esta interrogante es negativa, no existirá una relación causal, aun cuando se hubiere cumplido el factor in concreto”¹⁵. Adicionalmente, en materia contractual, la relación de causalidad está recogida en el artículo 1321 del CC, el cual hace alusión al resarcimiento de los daños derivados de la inejecución de la obligación o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprendiendo tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata o directa de tal inejecución.
- e) Los factores de atribución, en este caso, como elementos aparecen en nuestro Código Civil bajo el sistema subjetivo de la **responsabilidad contractual**, recogido en el artículo 1321 del CC, cuyo texto señala lo siguiente:

14. Cfr. Mir Puigpelat (2012: 251).

15. Taboada Córdova (2003: 85).

“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por **dolo, culpa inexcusable o culpa leve**.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”.

En cualquier caso, el factor de atribución subjetivo se construye sobre la base de la culpabilidad de la parte incumplidora. En ese orden de ideas, para que proceda la obligación de indemnizar no solamente se requiere que se haya producido un daño, sino también que el mismo sea consecuencia del dolo o la culpa del autor.

En resumen, para la configuración de la responsabilidad civil (patrimonial) de un agente público, sea funcionario público o personal de empresas públicas, se requiere la presencia de los *cuatro principales* elementos antes señalados, los cuales han sido reconocidos por la Corte Suprema de Justicia de la República como partes taxativas y obligatorias del régimen. Al respecto, se indicó que, en “ese contexto, se debe partir que la disciplina de la responsabilidad civil, [...], tiene por finalidad resolver los conflictos [...] como consecuencia de la producción del daño, y en ese sentido, en ambos casos, **para su configuración se requiere necesariamente de la concurrencia de sus elementos, tales como: la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución**”¹⁶.

6. La transmisibilidad de la responsabilidad

No existe posibilidad en nuestro derecho. La indemnización patrimonial reconocida por sentencia judicial definitiva con carácter de cosa juzgada solo puede ser ejecutada contra el patrimonio del agente público demandado, agotándose en sus límites. No existe una posibilidad general de trasmisión de ningún tipo, pues no se ha considerado que este monto pueda ser considerado como derecho de crédito, salvo en algún supuesto excepcional que se explicará a continuación.

16. Casación N.º 3168-2015-LIMA.

Así, en temas propiamente sucesorios regulados en los artículos 660 y 661 del CC peruano, una sentencia indemnizatoria por ejecutarse puede ser incluida en la masa hereditaria transmitida, asumiéndose como un pasivo en los límites económicos de la primera. Además, la transmisión y aceptación de esta masa hereditaria con este específico pasivo (creado por la sentencia judicial) siempre quedará bajo la voluntad y libre renuncia del respectivo heredero forzoso. Este último supuesto es hipotético, y quedará absolutamente supeditado a la autonomía de voluntad de los diversos herederos del causante del daño al patrimonio público.

Por otro lado, si el deceso del causante se da antes o durante el proceso judicial de indemnización, simplemente se dará por concluido el respectivo proceso judicial civil o laboral, sea mediante el abandono o cualquier otra forma extintiva que pueda existir en el régimen procesal pertinente. La responsabilidad patrimonial potencial y no demostrada judicialmente se agota con la vida misma del causante del probable daño.

7. Las consecuencias de la condena en regreso o repetición

En general, la responsabilidad civil de los funcionarios públicos y del personal de empresas públicas, incluyendo la aplicación de la acción de regreso, no se conecta con la definición final por actos administrativos disciplinarios o sentencias penales en nuestro derecho (derecho disciplinario y derecho penal). El *principio de independencia de responsabilidades* o también denominado de “autonomía” aparece expresamente reconocido en el citado numeral 264.1. del TUO LPAG (las “consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación”), y se convierte en una categoría clave para separar estos regímenes en sus respectivos desenvolvimientos. Por tanto, no existe conexión entre lo que se deberá especificar y concretar por parte de un juez penal en la imposición de una pena y lo procesado por parte de los órganos disciplinarios cuando instruyen o sancionan (en ambos casos, con posibilidad del uso de inhabilitaciones como penas o sanciones).

Una de las pocas posibilidades de conexión probatoria y de *delimitación fáctica* entre estas responsabilidades punitivas y no punitivas es que pueda utilizarse una sentencia de responsabilidad civil como medio probatorio de cargo o de descargo en un proceso penal o procedimiento disciplinario, tanto para precisar de manera indubitable algún hecho como para probar la ocurrencia efectiva de una lesión contra el patrimonio público o mostrar la aparición de más sujetos responsables.

En este punto, repito que no existen causantes privados (incluyendo contratistas) que sean procesados en este régimen de daños públicos por acción de regreso, por el alcance actual planteado en el numeral 260.1 del TUO LPAG (las “entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas”). Este tipo de sujetos privados responden en el sistema de responsabilidad civil propia apartada de cualquier fuente de derecho público, con la aplicación exclusiva del CC, el ordenamiento de los seguros y la jurisprudencia pertinente.

8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición

Los índices de eficacia y éxito de las acciones de regreso son bastante escasos. Además, se tiene poca información pública sobre los resultados judiciales en términos globales y específicos, además de la existencia de muchos datos judiciales confidenciales por los propios condicionantes existentes en nuestra legislación procesal. En suma, la responsabilidad patrimonial es quizás el subrégimen de la función pública y del personal del sector público más oscuro que existe en nuestro derecho administrativo. Esta misma opacidad se traslada a los potenciales acuerdos extrajudiciales o la eficacia de la tutela cautelar aplicada sobre el patrimonio de los demandados (particularmente, sobre el destino de los embargos, secuestros o inscripciones registrales de ciertos bienes).

Por otro lado, aunque se ha empezado a discutir para ciertas burocracias que tienen altos riesgos de lesión patrimonial (policías, serenazgos, personal asistencial y médicos, funcionarios penitenciarios, etc.), actualmente no existen sistemas concretos para permitir una aceleración del pago o un cubrimiento económico efectivo de las potenciales indemnizaciones, financiadas con fondos públicos (tales como seguros, mecanismos propios del mutualismo o cualquier otro elemento económico de protección). Ahora bien, aunque sí existe la posibilidad de transacción o conciliación extrajudicial en nuestro modelo de acción de regreso (como paso previo a la judicialización), en la práctica es un mecanismo solo de tránsito para llegar a la demanda final ante el poder judicial, con pocas posibilidades de utilización para llegar a un verdadero acuerdo fuera del litigio procesal (aunque, todo sea dicho, sobre esto no existen datos fidedignos y públicos).

Lo anterior viene fundamentado en la cláusula legal que da origen a la acción de regreso, la cual siempre plantea la aparición de una potestad discrecional a cargo de la Administración pública posiblemente damnificada,

pues el legislador presenta la partícula optativa clásica de la discrecionalidad administrativa (“podrá”). Esto puede revisarse en el actual numeral 260.6 del TUO LPAG, que preceptúa que, cuando “la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido”.

9. Conclusiones

Quisiera a continuación, para terminar este reporte nacional del Perú, presentar algunas conclusiones y una recomendación final respecto a la acción de regreso. Estas son las siguientes:

- a) En primer término, debo decir que el modelo peruano de la acción de regreso aplicable sobre funcionarios públicos y personal de empresas públicas es completamente errático, desordenado, altamente inestable en fuentes y sometido a una fuerte mitología conceptual. Hace falta que nuestro legislador tome en serio esta categoría y pueda plantear un dispositivo que **unifique** y **elimine** este caos sistémico que poco bien hace al interés general.
- b) Pero quizás lo más relevante de este análisis sea saber si un régimen tan deficitario e ineficaz debe seguir **existiendo**. Quizás sea necesario realizar una evaluación numérica y de montos judiciales recuperados para saber qué medidas tomar en el futuro inmediato. Más aún si en la actualidad estamos ante una forma de responsabilidad pública de los agentes antes señalados que se asemeja más a un látigo en el aire (que nunca se usa y es muy costoso) que a un mecanismo real de resarcimiento ante daños al patrimonio público. Que en este razonamiento tan necesario no nos pierda la mezquina, ficticia y misteriosa lucha anticorrupción (pública).
- c) Es evidente que la mala aplicación, la excesiva judicialización de todos los hechos potencialmente dañosos o que generen lesiones por culpa leve sobre el patrimonio público, o la falta real de ejecución de sentencias condenatorias contra malos funcionarios o personal de empresas públicas, pueden terminar siendo factores clave para la parálisis administrativa y el pavor individual de muchos buenos funcionarios públicos y personal de empresas públicas. Por eso, la acción de regreso no debe ser un factor más de acrecentamiento de este fenómeno tan nocivo llamado **administración defensiva**.

- d) Por lo anterior, es urgente tener **jueces** independientes y apartados de la contaminación mediática y la presión popular, y que sepan las particularidades de este enredado régimen, tanto del orden civil como del laboral, a fin de que puedan mostrar equilibrio y juridicidad en la sentencia final (esto último ha ido progresivamente mejorando en nuestro país). En cualquier caso, estos magistrados deberán también tener un amplio conocimiento de derecho administrativo para poder mostrar una ecuación completa frente a materia.
- e) Por otro lado, en aras de buscar siempre el equilibrio ante este régimen caótico, considero que toda Administración pública o empresa pública que pretenda demandar debe hacer un previo análisis jurídico de sus posibilidades de **éxito judicial**. Sin planificación y estrategia no se puede afrontar el estado actual de la acción de regreso peruana. Al respecto, debe entenderse que las actuales normas de control gubernamental e incluso las propias normas procesales laborales abren siempre el espacio para revisar si, en un caso concreto, se presenta esta acción judicial o no.
- f) Finalmente, quisiera proponer algunas **cuestiones conceptuales** que podrían resultar útiles para los sujetos demandantes. Estas son las siguientes: (i) la revisión de la entidad económica del potencial daño público (si compensa el esfuerzo procesal); (ii) la toma en consideración de la posible exposición al riesgo de la reconvención (contrademandas del demandado); (iii) las posibilidades de éxito final de la acción judicial según los análisis previos de los elementos de la responsabilidad civil; (iv) el análisis económico y financiero de la previa capacidad patrimonial del probable demandado; y, por último, (v) las posibilidades procesales y sustanciales del uso de medidas cautelares para secuestrar, custodiar, embargar o inscribir temporalmente acciones, bienes y derechos del potencial demandado (sin tutela cautelar no existe estrategia alguna que lleve al éxito).

10. Bibliografía

- Abruña Puyol, A. (2010). *Delimitación jurídica de la administración pública en el ordenamiento peruano*. Lima: Palestra.
- Bartual Ramón, V. J. (2015). La antijuridicidad. En AA. VV. *Manual de Responsabilidad Pública*. Navarra: Aranzadi, Thomson Reuters.
- Mir Puigpelat, O. (2012). *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid: B de F.

- Morón Urbina, J. C. (2013). *Control Gubernamental y Responsabilidad de Funcionarios Públicos*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Taboada Córdova, L. (2003). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: Grijley.
- Vignolo Cueva, O. (2017). La reconstrucción de la noción de empresas públicas peruanas. *Revista Gallega de Administración Pública*, 54, 125-141.
- (2022). Derecho penal y administrativo. El funcionario público y la lucha por la armonía dogmática. *Revista de Derecho Público: teoría y método*, 1 (5), 7-36.

11. Índice de abreviaturas

CPC	Código Procesal Civil
CC	Código Civil
CGR	Contraloría General de la República
RIT	Reglamento Interno de Trabajo
TUO LPAG	TUO Ley del Procedimiento Administrativo General
LPT	Ley Procesal del Trabajo
LSNC	Ley del Sistema Nacional de Control

II. Europa

Informe nacional de Alemania

Martin Ibler

Dr. jur., Dr. h.c., Catedrático de la Universidad de Konstanz

SUMARIO. **1. Introducción.** **2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición.** 2.1. Derecho constitucional. 2.1.1. Artículo 34 de la Ley Fundamental. 2.1.2. Artículo 33 (4) y (5) de la Ley Fundamental. 2.1.3. Otras normas constitucionales sobre responsabilidad y regreso en el Estado federal. 2.2. Derecho simple (leyes formales sin rango constitucional). 2.2.1. Artículo 839 del Código Civil alemán. 2.2.2. Otras leyes (simples) de la Federación y de los estados federados. **3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición.** **4. Sujetos del mecanismo de regreso o repetición.** **5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo.** **6. La transmisibilidad de la responsabilidad.** **7. Las consecuencias de la condena en regreso o repetición.** 7.1. Consecuencias individuales de la condena. 7.2. Consecuencias sistémicas de la condena. **8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición.** **9. Conclusiones.** **10. Bibliografía.** **11. Índice de abreviaturas.**

1. Introducción

La responsabilidad del Estado frente a un tercero perjudicado —en la “relación externa”—, y con ella la posibilidad del Estado de recurrir en la “relación interna” contra el funcionario (o empleado público u otra persona que trabaje para el Estado) que causó el daño al tercero, tiene muchas facetas en Alemania: quien está autorizado a actuar en nombre del Estado y comete errores al hacerlo puede perjudicar a terceros en todos los ámbitos del derecho público. Si la acción u omisión perjudicial fue ilícita es solo una cuestión (preliminar) para la responsabilidad del Estado y para la acción de regreso. Además, debe aclararse si la persona que actúa en nombre del Estado ha incumplido culpablemente un “deber oficial” especial que le incumbe y que sirve para proteger al ciudadano perjudicado. La pretensión de regreso requiere incluso una culpabilidad cualificada en forma de dolo o culpa grave. Así pues, las decisiones sobre responsabilidad y regreso no solo concretan la responsabilidad financiera del Estado frente al ciudadano, sino también el deber del Estado de proteger a sus funcionarios.

Sin embargo, la legislación alemana regula la responsabilidad del Estado y los recursos de forma compleja y poco transparente. Las razones de ello son heterogéneas y numerosas. La primera radica en la accidentada evolución histórica de esta importante cuestión jurídica, política y económica. Una segunda razón es que en el Estado federal alemán las competencias legislativas, también en materia de acción de regreso, están repartidas entre la Federación y los 16 estados federados. En tercer lugar, las normas pertinentes (sobre responsabilidad, deber, protección y regreso) pertenecen a distintos niveles jerárquicos (Constitución, leyes simples, derecho subordinado —en la Federación y en los estados federados—). En cuarto lugar, la Constitución permite excepciones a la responsabilidad del Estado para las personas a su servicio, y, en consecuencia, el legislador ha establecido diversas disposiciones especiales para jueces, notarios y otros. Una quinta razón que contribuye a la complejidad es que las normas sobre responsabilidad del Estado y regreso entrelazan el derecho público y el privado. En sexto lugar, la acción de regreso puede diferir en función de la persona que actuaba en nombre del Estado: ¿estaba formalmente nombrada como funcionaria en virtud de una ley de los funcionarios en sentido formal (*Beamtengesetz*), o realizaba un trabajo administrativo como empleada en virtud del derecho privado (por lo que debe hacerse otra distinción entre los “empleados públicos” contratados de forma permanente y los autorizados en un caso individual, por ejemplo una empresa privada de grúa llamada por la Policía para un accidente)? La situación es incluso diferente si una persona desempeña

tareas administrativas en una función especial (por ejemplo, como miembro electo de un consejo municipal).

2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición

2.1. Derecho constitucional

2.1.1. Artículo 34 de la Ley Fundamental

La Constitución de la República Federal de Alemania, la Ley Fundamental de 1949, regula en su artículo 34 (similar al artículo 131 de la Constitución de Weimar de 1919) los principios centrales de la denominada responsabilidad oficial (*Amtshaftung*). En este subcaso de responsabilidad estatal, el Estado debe indemnizar los daños causados a un tercero por la actuación de derecho público de una persona a su servicio. Para tales daños a terceros (a diferencia de los daños causados directamente al propio Estado), el artículo 34 de la Ley Fundamental también permite y limita el recurso (acción de repetición) del Estado contra sus empleados. Esta disposición constitucional aporta claridad para muchos casos de responsabilidad y acción de repetición, aunque no para todos.

La primera frase del artículo 34 responsabiliza básicamente al Estado (o a determinadas instituciones estatales) del incumplimiento del deber oficial por parte de quienes están a su servicio:

“Cuando alguien en ejercicio de una función pública que le fuera confiada violare los deberes que la función le impone con respecto a un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado o la corporación a cuyo servicio se encuentre”.

Con esta frase, la Constitución asegura que una persona que haya sido perjudicada por un acto de derecho público y tenga derecho a indemnización no reciba la indemnización personalmente del funcionario público (o empleado público u otra persona autorizada por el Estado) que causó el daño, sino del Estado. Esta frase del artículo 34 de la Ley Fundamental no es una base autónoma para una indemnización del ciudadano agraviado, sino que transfiere al Estado una obligación de pago del funcionario público predeterminada por el derecho civil por razones históricas. Esta transferencia de responsabilidad mejora la posición de la parte perjudicada, que en el Estado siempre tiene un deudor solvente, y al mismo tiempo protege al personal al servicio del Estado de reclamaciones personales de terceros (y así también aumenta la predisposición de sus empleados a tomar decisiones, lo que es útil para el Estado).

La segunda frase del artículo 34 permite y limita la acción de regreso del Estado contra el causante del daño en determinadas condiciones:

“En caso de dolo o culpa grave queda abierta la acción de regreso”.

Por un lado, la disposición sirve al interés del Estado en la refinanciación. Por otro, al limitar el recurso al dolo o culpa grave (que aún no se mencionaba en el artículo 131, segunda frase, de la Constitución de Weimar de 1919), protege a la parte que actúa en nombre del Estado de un recurso precipitado, lo que no es deseable desde el punto de vista de la política jurídica. “Queda abierta” significa que la propia Constitución no ordena la acción de regreso, sino que deja la decisión fundamental en manos de los legisladores de la Federación y los estados federados. Aunque sus leyes prevean el regreso, deben limitarlo al dolo o culpa grave; también deben respetar los límites de otras disposiciones constitucionales para proteger a los funcionarios (véase más adelante).

La tercera frase del artículo 34 remite a los tribunales civiles los litigios relativos a la responsabilidad oficial y la acción de regreso subsiguiente:

“Para la reclamación de daños y perjuicios abierta así como para la acción de regreso no podrá excluirse la vía judicial ordinaria”.

La segunda mitad de esta disposición constitucional también pretende proteger a aquellos a quienes el Estado desea recurrir. Para protegerlos, jueces independientes deben decidir sobre el derecho de recurso. Por razones históricas, los tribunales civiles (“la vía judicial ordinaria”) y no los tribunales administrativos son los constitucionalmente encargados de esta protección.

Sin embargo, el artículo 34 de la Ley Fundamental no cubre todos los casos de responsabilidad del Estado y regreso. La expresión “en ejercicio de una función pública” significa que solo consiste en actos de derecho público y no de derecho privado, y la palabra “en principio” permite excepciones a la responsabilidad del Estado sin que la Constitución especifique tales casos especiales. Otras disposiciones constitucionales también son importantes para la acción de regreso.

2.1.2. Artículo 33 (4) y (5) de la Ley Fundamental

Cabe mencionar aquí en particular el artículo 33 de la Ley Fundamental. El apartado 4 de este artículo se refiere a “funcionarios del servicio público sujetos a una relación de servicio y lealtad, bajo un régimen de derecho público”. Según este apartado 4, como regla general, se les debe confiar el

ejercicio de facultades de soberanía, con carácter permanente. De conformidad con el artículo 33 (2) de la Ley Fundamental, el Estado los selecciona únicamente según “su idoneidad, su capacidad y su rendimiento profesional”, para, a continuación, nombrarlos formalmente funcionarios de conformidad con la correspondiente ley de los funcionarios (de la Federación o de un estado federado). Aunque estos “funcionarios en sentido formal” solo representan alrededor de 1/3 de los empleados de la Administración pública de la Federación, de los estados federados y de los municipios, la Constitución los considera indispensables para el buen funcionamiento del Estado de derecho, tal y como lo caracteriza la Ley Fundamental en el artículo 20 (3). Por consiguiente, a los funcionarios públicos en sentido formal se les encienden principalmente tareas que son de importancia fundamental para la existencia y el funcionamiento del Estado (por ejemplo, a los agentes de policía, la prevención de peligros y la persecución de delitos penales). Según el artículo 33 (5) de la Ley Fundamental, el derecho del servicio público aplicable a los funcionarios en sentido formal “debe ser regulado y desarrollado teniendo en cuenta los principios tradicionales del régimen de funcionarios de carrera”. Los funcionarios públicos en sentido formal tienen deberes especiales de fidelidad hacia el Estado, y a cambio el Estado tiene deberes especiales hacia ellos. El objetivo principal de los deberes recíprocos es garantizar el funcionamiento a largo plazo del Estado de derecho (Günther, 2012: 678, 682; Summer, 1992: 6). Los deberes de fidelidad de los funcionarios en sentido formal (por ejemplo, deber de obediencia, deber de lealtad, prohibición de huelga, deber de neutralidad) y los deberes del Estado para con estos funcionarios (por ejemplo, deber vitalicio de empleo, deber vitalicio de cuidado, deber vitalicio de alimentación financiera) son “principios tradicionales del régimen de funcionarios de carrera” con rango constitucional en el sentido del artículo 33 (5) LF. En particular, el deber constitucional de cuidado (*Fürsorgepflicht*) del Estado (Conrad, 2024: 122 y ss.) le obliga a velar por sus funcionarios y protegerlos de dificultades irrazonables¹. También puede restringir la acción de regreso (por ejemplo, solo permitir el pago a plazos o prescribir un aplazamiento) o, en casos excepcionales, incluso impedirla por completo (Schönrock, 2019: 373-375).

La jurisprudencia y la literatura aún no han aclarado plenamente si el deber y el derecho de los funcionarios a oponerse a instrucciones manifiestamente ilegales (la llamada “*Remonstration*”) también forman parte de los principios tradicionales del régimen de funcionarios de carrera y, por tanto, también están cubiertos por el artículo 33, apartado 5, de la Ley Fundamental, o si derivan de otra disposición constitucional (artículo 33, apartado 4, de

1. BVerfG, Sentencia del 15-12-1976 – 2 BvR 841/73 – BVerfGE 43, 154 y ss. (p. 165).

la Ley Fundamental) o solo del derecho ordinario. No obstante, se reconoce que no cabe acción de regreso contra un funcionario que haya protestado ante sus superiores contra una instrucción ilegal (Günther, 1988: 308; Romann, 1996: 33).

No obstante, el apartado 5 del artículo 33 de la Ley Fundamental solo protege a los funcionarios en sentido formal (a diferencia de la mencionada disposición de transferencia de responsabilidad del artículo 34 de la Ley Fundamental). Estos funcionarios –también denominados “funcionarios en sentido estatutario”– son nombrados formalmente funcionarios mediante acto administrativo con la presentación de un documento especialmente formulado, y su relación jurídica con el Estado es diseñada de forma característica por la Ley Fundamental y las leyes ordinarias de la Federación y de los estados federados. Sin embargo, el apartado 5 del artículo 33 no se aplica al grupo más amplio de “empleados del servicio público” (*Angestellte im öffentlichen Dienst*) –aproximadamente 2/3 de los empleados del Estado– que están al servicio del Estado en virtud de un contrato de empleo de derecho privado o de una obligación permanente similar. Por lo menos, hoy están protegidos en la medida correspondiente por una complicada red que consiste en leyes sencillas y convenios colectivos sindicales (Lorse, 2024: 113).

2.1.3. Otras normas constitucionales sobre responsabilidad y regreso en el Estado federal

En el Estado federal alemán la Federación, pero también cada estado federado, tiene calidad de Estado. Una tarea importante de la Ley Fundamental es separar las competencias de la Federación de las de los estados federados. Algunas de las normas de competencia constitucional influyen en el recurso del Estado contra las personas por cuyo comportamiento este tuvo que pagar una indemnización a un tercero perjudicado.

Según el artículo 73 (1), n.º 8, de la Ley Fundamental, solo la Federación puede promulgar leyes que regulen la situación jurídica de los funcionarios federales.

El artículo 74 (1), n.º 27, de la Ley Fundamental, otorga a la Federación también la competencia de aprobar leyes para regular los derechos estatutarios y obligaciones de los funcionarios en los estados federados (y en los municipios y otras corporaciones de derecho público). A diferencia de la competencia legislativa “exclusiva” de la Federación mencionada en el artículo 73, aquí se trata de una competencia denominada “concurrente”: así, en la medida en que la Federación no haga uso de ella, los estados federados

pueden determinar o complementar por sí mismos las relaciones jurídicas de sus funcionarios mediante leyes estatales (véase el artículo 71 de la Ley Fundamental).

La Constitución Federal, en el artículo 74 (1), n.º 25, de la Ley Fundamental (desde 1994), también prevé la competencia legislativa concurrente para la promulgación de leyes sobre la responsabilidad del Estado.

En Alemania, el desarrollo histórico de la responsabilidad y el recurso del Estado ha entrelazado el derecho público y el privado de forma complicada (véase el punto 2.2.1, más adelante). En consecuencia, dependiendo del caso concreto, el derecho civil también debe aplicarse en diversos grados en los casos de responsabilidad y recurso del Estado. Por este motivo, desde la perspectiva del derecho constitucional, también debe mencionarse el artículo 74 (1), n.os 1 y 12, de la Ley Fundamental, que atribuyen a la Federación competencias legislativas concurrentes en materia de derecho civil y derecho laboral.

2.2. Derecho simple (leyes formales sin rango constitucional)

En la jerarquía de normas, por debajo de la Constitución, las normas relevantes para la responsabilidad y la restitución pueden encontrarse en diversas leyes “simples” (de la Federación y de los estados federados). La primera y más importante —porque hoy en día solo puede entenderse junto con la norma constitucional de rango superior del artículo 34 LF— es el artículo 839 del Código Civil.

2.2.1. Artículo 839 del Código Civil alemán

Por razones históricas, la responsabilidad oficial en Alemania, que forma parte del derecho público, tiene sus raíces en el derecho civil. Cuando entró en vigor (el 1 de enero de 1900) el Código Civil que sigue vigente hoy en día, las reclamaciones por daños y perjuicios (responsabilidad) debidas al comportamiento culpable de los funcionarios se asignaron al derecho civil. Como suele ocurrir en el derecho civil, también se prohibió a los funcionarios perjudicar a terceros. Si un funcionario perjudicaba a un tercero, (inicialmente) no era el Estado, sino el propio funcionario, quien debía indemnizar personalmente al tercero. Por lo tanto, como el Estado no era (originalmente) responsable de los daños, no había necesidad de que el Estado recurriera contra el funcionario. La redacción del artículo 839 (1) del Código Civil alemán, que no se ha modificado hasta la fecha, es la siguiente:

“Si un funcionario infringe dolosa o culposamente el deber profesional que le incumbe frente a un tercero, ha de indemnizar a dicho tercero el daño causado por ello. Si al funcionario solo le es imputable culpa —y no dolo— solo cabe dirigirse contra él si el lesionado no puede obtener indemnización de otra forma”.

Sin embargo, la consecuencia jurídica así establecida (responsabilidad personal del funcionario) ha quedado obsoleta porque el artículo 34 de la Ley Fundamental, que tiene rango constitucional, estipula que ya no es el funcionario quien responde personalmente ante la parte perjudicada, sino el Estado (véase más arriba). La transferencia de responsabilidad a través del artículo 34 LF, de rango superior en la jerarquía de normas, modifica el artículo 839 del Código Civil (que no es más que una simple ley). En consecuencia (a diferencia de lo que ocurría en 1900), se plantea la cuestión del recurso del Estado contra el funcionario. Además, el artículo 34 LF modifica el artículo 839 del Código Civil en otro aspecto: a diferencia del artículo 839 del Código Civil, el artículo 34 LF no se refiere a un “funcionario”, sino más generalmente a “alguien en ejercicio de una función pública que le fuera confiada”. Por lo tanto, el grupo de personas para las que el Estado debe asumir la obligación de pago ya no se limita a los “funcionarios en sentido formal”. El grupo de personas a las que el Estado puede recurrir mediante una acción de restitución es, así pues, más amplio.

Sin embargo, la responsabilidad personal de un “funcionario en sentido formal” con arreglo al artículo 839 del Código Civil no ha desaparecido por completo debido al artículo 34, de rango superior, de la Ley Fundamental. El artículo 34 LF solo se aplica si alguien actúa para el Estado en virtud del derecho público. El artículo 839 del Código Civil no contiene esta limitación. Si un “funcionario público en sentido formal” perjudica a un tercero sin actuar en nombre del Estado (por ejemplo, por robo), este funcionario puede ser personalmente responsable de los daños y perjuicios de conformidad con el artículo 839 del Código Civil alemán. En estos (pocos) casos, no cabe recurso alguno.

2.2.2. Otras leyes (simples) de la Federación y de los estados federados

Dado que la Constitución no ordena por sí misma al Estado que recurra contra el responsable del daño de derecho público, sino que simplemente lo permite (véase el punto 2.1.1 anterior), sigue siendo necesaria la orden correspondiente. Debido a la gran importancia económica y política de la posibilidad de recurrir y a la relevancia del recurso para los derechos fundamen-

tales, se requiere una ley formal (Breuer, 2022: 339). La Federación y todos los estados federados han creado estas leyes en el ámbito de sus competencias.

a) *Normas de recurso contra los funcionarios de la Federación*

El artículo 75 (1) de la Ley de funcionarios federales (*Bundesbeamtengesetz*)² contiene la siguiente disposición de recurso para las personas nombradas formalmente funcionarios federales mediante acto administrativo (los denominados funcionarios federales):

“Un funcionario que haya incumplido sus deberes intencionadamente o por negligencia grave será responsable de indemnizar al empleador de derecho público cuyas funciones haya desempeñado por los daños resultantes. Si dos o más funcionarios han causado conjuntamente el daño, serán responsables solidarios”.

A diferencia del artículo 34 de la Ley Fundamental, esta disposición legal de regreso no se limita a las actividades soberanas (de derecho público) del funcionario (Burth, 2024: 1). Esta norma especial sustituye a otras normas generales de recurso de derecho civil.

b) *Normas de recurso contra los funcionarios de los estados federados*

Para quienes han sido nombrados formalmente funcionarios de un estado federado, las normas correspondientes se encuentran en una ley de la Federación, la Ley del Estatuto de los Funcionarios (*Beamtenstatusgesetz*)³, y en leyes complementarias de cada estado federado.

El artículo 48, primera frase, de la Ley del Estatuto de los Funcionarios, estipula:

“Los funcionarios que intencionadamente o por negligencia grave incumplan las obligaciones que les incumben deberán indemnizar al empleador de derecho público cuyas funciones hayan desempeñado por los daños y perjuicios resultantes”.

Esta disposición tampoco se limita al regreso en caso de acciones del funcionario en virtud del derecho público, sino que también permite y limita el regreso en caso de acciones en virtud del derecho privado.

2. BGBI. I, 5-2-2009, p. 160.
 3. BGBI. I, 17-6-2008, p. 1010.

Además, cada estado federado ha creado otras normas para sus funcionarios que solo se aplican en el respectivo estado federado (sobre la prescripción y sobre la *cessio legis* en caso de que un funcionario recurra al estado y este aún tuviera reclamaciones contra otras personas por el daño en cuestión). Al fin y al cabo, en materia de recursos, las leyes de la función pública de los estados federados son esencialmente las mismas que las de la Federación, y se remiten básicamente a las disposiciones sobre prescripción del Código Civil alemán (por ejemplo, para el estado federado de Baden-Württemberg, véase el artículo 59 de la Ley de los funcionarios del estado federado [*Landesbeamtengesetz*])⁴.

c) *Normas de recurso contra los “empleados del servicio público”*

Los “empleados del servicio público” trabajan para el Estado sobre la base de un contrato de derecho privado, es decir, están integrados en la organización estatal por un periodo de tiempo más largo o de forma permanente. Dado que el artículo 75 de la Ley Federal de funcionarios federales, el artículo 48 de la Ley del Estatuto de los Funcionarios y las leyes complementarias de los estados federados solo se aplican a los “funcionarios en sentido formal” que han sido nombrados formalmente funcionarios mediante la presentación de un certificado especialmente formulado –véase punto a) anterior–, en el caso de los “empleados del servicio público” se aplican regulaciones distintas en materia de responsabilidad y recursos. Se recogen en los convenios colectivos celebrados por el Estado con los sindicatos, por ejemplo, en el convenio colectivo de la función pública (para los empleados de las Administraciones federal y local) y en el convenio colectivo de la función pública de los estados federados (para los empleados de los estados federados). Sin embargo, según estos convenios colectivos, las disposiciones aplicables a los empleados del servicio público se aplican, en consecuencia, a la responsabilidad de los empleados por daños y perjuicios. Para el recurso del Estado contra un empleado del servicio público, esto significa que este también (solo) puede ser considerado responsable si ha incumplido intencionadamente o por negligencia grave los deberes que le incumben, independientemente de si actuaba en virtud de derecho público o privado.

d) *Excepciones legales especiales a la responsabilidad y de regreso para grupos especiales de personas*

- Responsabilidad personal estatutaria de los notarios

4. GBI. B.-W., 9-11-2010, p. 793.

Como excepción, la Federación ha excluido la responsabilidad del Estado por los notarios. Según el artículo 19 del Código Notarial Federal (*Bundesnotarordnung*), son personalmente responsables de sus errores. En consecuencia, el Estado no tiene ningún derecho de reembolso frente a los notarios. Además, la frase 1 del apartado 1 del artículo 19a del Código Notarial Federal obliga a todo notario a mantener un seguro de responsabilidad profesional.

- Regulación estatutaria especial de la limitación de responsabilidad y reembolso de gastos de los jueces

También existe una limitación especial de responsabilidad para la actividad judicial. Está contenida (por razones históricas) en el Código Civil. El artículo 839 (2), primera frase, del Código Civil, establece:

“Si un funcionario infringe su deber profesional al dictar sentencia en un pleito, solo es responsable del daño causado por esto, si la infracción del deber está sancionada con una pena pública a imponer por vía del proceso penal judicial. A una negativa contraria al deber o a una tardanza en el ejercicio de la función no se aplica esta disposición”.

En los raros casos en los que, debido a esta limitación de la responsabilidad, el Estado es responsable en virtud del artículo 839 (2) del Código Civil en relación con el artículo 34 de la Constitución por los daños sufridos por un tercero (por ejemplo, los costes jurídicos innecesarios de los procedimientos de apelación), la Ley Federal de Jueces (*Deutsches Richtergesetz*) para los jueces federales y las leyes de jueces de los estados federados (para sus jueces) establecen que las disposiciones de la Ley Federal de funcionarios federales (*Bundesbeamtengegesetz*) o de la Ley del Estatuto de los Funcionarios (*Beamtenstatusgesetz*) y las leyes de funcionarios públicos de los estados federados (*Landesbeamtengegesetze*) se aplican en consecuencia. Por tanto, solo es posible recurrir contra el juez en estos raros casos (Scheffer, 2010: 425 y ss.).

- Disposición legal especial para el reembolso en el caso de los soldados

En Alemania, los soldados no son “funcionarios en sentido formal” ni “empleados del servicio público”, sino una categoría aparte de empleados federales. Sin embargo, también se les aplica la disposición constitucional sobre responsabilidad del artículo 34 de la Ley Fundamental (véase también el punto 2.2.1). Además, el estatuto jurídico de los soldados resulta de una ley federal especial. Si la Federación tiene que pagar una indemnización a un tercero perjudicado por el soldado, este debe indemnizar al Estado por dicho daño si ha incumplido intencionadamente o por negligencia grave

un deber que le incumbe; véase el artículo 24 (1) de la Ley del Soldado (*Soldatengesetz*).

- Normativa especial sobre el recurso contra los llamados “encargados de poderes soberanos”

El derecho administrativo alemán denomina “encargados de poderes soberanos” (*Beliehene*) a los particulares que han sido autorizados por ley o en virtud de una ley a ejercer la autoridad soberana. Una autorización de este tipo es una excepción, porque la Constitución exige en el apartado 4 del artículo 33 de la Ley Fundamental que el ejercicio del poder soberano se asigne generalmente a funcionarios en sentido formal como tarea permanente. Una excepción está justificada si el Estado no está en condiciones de ejercer siempre por sí mismo el grado necesario de autoridad soberana. Por ejemplo, según el artículo 12 (1) de la Ley de Seguridad Aérea (*Flugsicherheitsgesetz*)⁵, un capitán de aerolínea que no trabaja para el Estado, sino para una aerolínea privada, debe garantizar la seguridad pública a bordo de la aeronave durante el vuelo “como encargado de poderes soberanos”, y ejerce poderes policiales con este fin. Si un capitán de vuelo daña culpablemente a un tercero, el Estado (la Federación) es responsable de los daños (artículo 839 del Código Civil en relación con el artículo 34 de la Ley Fundamental). La Ley de Seguridad Aérea otorga a la República Federal de Alemania un derecho de recurso contra el capitán (y su compañía aérea) si incumplió intencionalmente o por negligencia grave sus deberes policiales.

En la medida en que el recurso por responsabilidad oficial no está regulado específicamente para otros “encargados de poderes soberanos” (*Beliehene*), muchos autores suponen que podría derivarse de una “obligación contractual de derecho administrativo” (*verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis*), que no está regulada en detalle por la ley (Zuleeg, 1970: 630). Hay que rebatir que la Constitución (artículo 34, segunda frase, de la Ley Fundamental) debe entenderse en el sentido de que el recurso ha de ser previsto en una ley parlamentaria (véase 2.2.2. más arriba), como es el caso del artículo 12 (5) de la Ley de Seguridad Aérea y otras leyes⁶.

- Excepciones al recurso en el caso de los denominados “ayudantes administrativos”

5. BGBI. I, 11-1-2005, p. 78.

6. Para más argumentos en contra, véase Frenz (1992: 164 y ss.).

Según el derecho administrativo alemán, los “ayudantes administrativos” (*Verwaltungshelfer*) son particulares a los que el Estado recurre (normalmente mediante contrato) para que le ayuden a cumplir una tarea mediante una actividad de derecho privado, pero que no están integrados de forma permanente en la organización estatal. Los ayudantes administrativos no son ni “funcionarios en sentido formal”, ni “empleados de servicio público”, ni “encargados de poderes soberanos”. A diferencia de los “encargados de poderes soberanos”, los “ayudantes administrativos” no tienen autoridad soberana. Un ejemplo de ayudante administrativo es la empresa privada de grúas a la que llama la Policía tras un accidente de tráfico para retirar un coche averiado. Si el ayudante administrativo causa daños a un tercero, el Estado puede ser considerado responsable según una opinión controvertida pero predominante. Cualquier recurso del Estado contra ese ayudante administrativo debería limitarse a dolo o culpa grave, de conformidad con el artículo 34 (2) de la Ley Fundamental. Sin embargo, en la literatura jurídica y en la jurisprudencia⁷ se asume, con la ayuda de una interpretación histórica, que esta norma constitucional de recurso no se extiende a los ayudantes administrativos, de modo que también son responsables de cualquier negligencia en virtud del derecho civil. Este resultado es razonable porque los ayudantes administrativos suelen ser empresarios privados que pueden asegurarse en consecuencia (Stelkens, 2004: 661).

- Restricción de la acción de regreso en caso de accidente de tráfico

Según la jurisprudencia, se aplica algo especial si un funcionario (en sentido formal) o empleado del servicio público es culpable de un accidente de tráfico mientras viaja en un vehículo de su empleador y ha causado daños a un tercero⁸. La particularidad es que el Estado, como propietario de los vehículos oficiales, no tiene que suscribir un costoso seguro de responsabilidad civil, sino que puede pagar con cargo a las arcas del Estado los daños causados en accidentes de tráfico por sus conductores en servicio. Esta ventaja financiera para el Estado no debe suponer, sin embargo, ninguna desventaja para sus funcionarios y empleados. Según la Ley del Seguro Obligatorio (*Pflichtversicherungsgesetz*), el seguro de responsabilidad civil de automóviles solo puede recurrir contra la persona asegurada en unos pocos casos. En consecuencia, el Estado, como “autoasegurador” (*Eigenversicherer*), solo puede recurrir contra sus funcionarios y empleados en caso de daños de circulación si, en casos excepcionales, el seguro de responsabilidad civil pudiera recurrir contra un particular.

7. Tribunal Supremo Federal, Sentencia del 14-10-2004 – III ZR 169/04 – BGHZ 161, 6 (11 y ss.).
 8. Tribunal Supremo Federal, Sentencia del 289-10-1993 – III ZR 67/92 – NJW 1994, 660 (661).

- Responsabilidad y recurso en caso de actividad no soberana (es decir, de derecho privado, “fiscal”) a favor del Estado

La responsabilidad oficial del Estado estipulada por la Constitución en el artículo 34, primera frase, de la Ley Fundamental, y las disposiciones sobre el recurso contenidas en la segunda frase, solo se aplican a las acciones de derecho público (“en ejercicio de una función pública”), no a las acciones de derecho privado (véase el punto 2.1.1). Sin embargo, la norma constitucional no excluye la responsabilidad del Estado y el recurso en caso de acciones de derecho privado de un funcionario, empleado u otra persona que trabaje para el Estado. Las leyes simples son decisivas a este respecto:

La responsabilidad del Estado por los daños causados a un tercero por sus funcionarios y empleados, que actúan para el Estado en virtud del derecho privado (fiscal), se rige por el derecho civil general. En este caso, si el Estado es parte en una obligación contractual (o cuasicontractual) con la parte perjudicada, es responsable en virtud del artículo 278 del Código Civil por sus “auxiliares” que actúen con arreglo al derecho privado (*Erfüllungsgehilfen*). Fuera de una obligación contractual (o cuasicontractual), el Estado es responsable de los actos no autorizados de sus “auxiliares” de conformidad con el artículo 831 del Código civil (*Verrichtungsgehilfen*).

El reembolso en estos casos, en cambio, no siempre se rige por el derecho civil. Si quienes causaron el daño actuando en virtud del derecho privado eran “funcionarios públicos en sentido formal”, se aplican las normas de recurso de las leyes de funcionarios de la Federación o de los estados federados (*Beamtengesetze*) antes mencionadas porque, a diferencia de la disposición constitucional del artículo 34 de la Ley Fundamental, estas también se aplican al recurso en caso de acciones de derecho privado y limitan este recurso al dolo o culpa grave. Como también se ha explicado anteriormente (punto c), esto se aplica, en consecuencia, a los “empleados del servicio público”. Si, por el contrario, el Estado cuenta con otras personas que trabajan para él en régimen de derecho privado, por ejemplo un “ayudante administrativo” (*vid. supra*), el derecho civil se aplica al recurso. El hecho de que el Estado pueda o no recurrir contra el empleado de derecho privado en casos de negligencia leve, así como de dolo y negligencia grave, depende del contrato individual entre el Estado y el empleado. En este contrato se puede acordar una limitación del recurso.

3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición

Si el Estado paga daños y perjuicios a un tercero de conformidad con el artículo 34 de la Ley Fundamental en relación con el artículo 839 del Código Civil, el recurso contra la persona que causó el daño (intencionadamente o por negligencia grave) en el ejercicio de un cargo público (es decir, actuando u omitiendo de conformidad con el derecho público) incumpliendo un deber oficial específico es mediante una demanda (de pago) ante un tribunal civil. De conformidad con el artículo 71 (2) n.º 2 de la Ley de la organización judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz*), el tribunal regional (*Landgericht*) es competente en primera instancia, el tribunal regional superior (*Oberlandesgericht*) en segunda instancia, y el Tribunal Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof*) en tercera y última instancia. Aunque se trata de una demanda de indemnización de derecho público (Borgs-Maciejewski, 1967: 136 y ss.), los tribunales civiles deciden sobre el recurso por responsabilidad oficial. En Alemania, los tribunales administrativos son generalmente competentes para los litigios de derecho público, de conformidad con el artículo 40 (1) del Código de Tribunales Administrativos (*Verwaltungsgerichtsordnung*), incluidas las acciones por daños y perjuicios interpuestas por el Estado contra sus funcionarios. Sin embargo, desviándose de este principio, el artículo 34, tercera frase, de la Ley Fundamental, que ocupa un lugar más elevado en la jerarquía de las normas, prescribe “la vía judicial ordinaria” (es decir, los tribunales civiles) para el recurso tras la responsabilidad oficial (véase el punto 2.1.1 anterior). El término “vía judicial” también deja claro que el Estado solo puede interponer este recurso mediante una acción judicial; la afirmación en un procedimiento administrativo mediante un acto administrativo (decisión sobre prestaciones) está, por tanto, prohibida por la Constitución; por esta razón, en el caso del recurso en virtud de la responsabilidad oficial, también se excluye una compensación con los derechos salariales del funcionario⁹.

Dado que el Estado no puede obtener por sí mismo un título ejecutivo para el recurso por responsabilidad oficial mediante un acto administrativo, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos del derecho administrativo, tampoco existe una ejecución directa de este recurso en los procedimientos administrativos de ejecución. De este modo, la tercera frase del artículo 34 de la Ley Fundamental también sirve para proteger a las personas que actúan en nombre del Estado en virtud del derecho público.

9. Esto es juzgado erróneamente por los autores que consideran permisible la compensación (p. ej., Ossenbühl y Cornils, 2013: 121).

Si existe derecho de repetición, el Estado (empleador) está obligado a interponer una demanda para obtener el pago. El tribunal civil decide de conformidad con el Código de Procedimiento Civil (*Zivilprozessordnung*). Cada parte debe presentar los hechos a su favor (principio de presentación - *Beibringungsgrundsatz*) y probarlos (carga de la prueba). Las partes están en litigio sobre una reclamación de pago monetaria (reclamación de reembolso). Sin embargo, debido al deber de cuidado (*Fürsorgepflicht*) del Estado para sus funcionarios (véase 2.1.2 más arriba), esta reclamación de recurso puede ser inferior a la indemnización que el Estado tuvo que pagar a la parte perjudicada.

El Código de Procedimiento Civil alemán no estipula un plazo para la acción de recurso, lo que, de incumplirse, hace que la acción sea inadmisible. Sin embargo, la acción puede ser infundada si la pretensión sustantiva de reembolso del Estado ha prescrito. El plazo de prescripción del derecho de recurso se rige por el Código Civil. El plazo de prescripción ordinario es de tres años (artículo 195 del Código Civil). A diferencia del Código Civil alemán, el plazo de prescripción del derecho de recurso solo comienza cuando el Estado ha reconocido la reclamación de daños y perjuicios del tercero perjudicado o cuando se ha establecido legalmente la reclamación de este último contra el Estado (véanse, p. ej., el artículo 75, apartado 2, de la Ley de funcionarios federales, y el artículo 59, apartado 1, segunda frase, de la Ley de los funcionarios del estado federado de Baden-Württemberg). Aparte de esto, el resultado del procedimiento inicial, en el que se condenó al Estado a pagar daños y perjuicios a la parte perjudicada en la relación externa, no es vinculante en el procedimiento de recurso contra el funcionario.

4. Sujetos del mecanismo de regreso o repetición

Cualquier persona contra la que deba interponerse una acción de regreso puede ser demandada por el Estado en un procedimiento de recurso ante el tribunal civil. Puede tratarse de un funcionario en sentido formal, un empleado de servicio público o un particular que ha sido autorizado a ejercer la autoridad soberana (2.2.2). Un miembro electo de un órgano administrativo (por ejemplo, miembro de un consejo municipal) también puede ser demandado en una acción de recurso. El demandante es el organismo estatal para el que actuó el causante del daño, por ejemplo la Federación, un estado federal o un municipio. El demandante y el demandado son partes iguales en el procedimiento.

5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo

En la relación externa con el tercero perjudicado, el Estado es responsable de toda persona que, deliberadamente o por negligencia, incumpla un deber oficial que le incumba frente a un tercero en ejercicio de una función pública que le haya sido confiada (véase el artículo 34, primera frase, de la Ley Fundamental, en relación con el artículo 838 del Código Civil). En cambio, la Constitución limita el recurso en la relación interna al dolo o culpa grave. La autorización contenida en el artículo 34, segunda frase, de la Ley Fundamental para prescribir el recurso en caso de dolo o culpa grave ha sido utilizada por la Federación y los 16 estados federados por ley –véanse los puntos *a) y b)* anteriores–. En consecuencia, el recurso por parte del Estado en caso de daños causados a terceros queda excluido en caso de negligencia simple (es decir, leve y media) por parte de la persona que actúa para el Estado en virtud del derecho público, independientemente de si esta persona es un “funcionario en sentido formal” o un “empleado del servicio público”. Para los funcionarios en sentido formal, la limitación de responsabilidad por dolo o culpa grave se justifica por el deber de cuidado (*Fürsorgepflicht*) del Estado, que se desprende de los “los principios tradicionales del régimen de funcionarios de carrera” en el sentido del apartado 4 del artículo 33 de la Ley Fundamental (véase 2.1.2 supra). El hecho de que, además, las leyes simples de funcionarios de la Federación y de los estados federados (en conjunción con los convenios colectivos) limiten el recurso de los empleados del servicio público del mismo modo –véanse *a)-c)*–, no constituye una discriminación frente a otros profesionales privados. A diferencia de estos últimos, los empleados del servicio público cumplen primordialmente los intereses de bien común del Estado. Más aún, a diferencia de otros particulares, los empleados del servicio público están vinculados por la Constitución en virtud de la legislación alemana, en particular por los derechos fundamentales (véase el apartado 3 del artículo 1 de la Ley Fundamental) y el principio del Estado de derecho (véase el apartado 3 del artículo 20 de la Ley Fundamental).

En los procedimientos civiles relativos al recurso, el Estado (empleador), como demandante, soporta la carga de la prueba del incumplimiento del deber y de la culpa del demandado, que actuó en nombre del Estado, así como de los daños sufridos. Dado que en muchos casos la acción de regreso fue precedida por otra acción civil en la que el tercero perjudicado demandó al Estado por daños y perjuicios y la responsabilidad del Estado se dilucidó en esta primera acción, apenas hay dificultades para demostrar el incumplimiento del deber y el daño en la acción de regreso. Sin embargo,

la situación es diferente cuando se trata de establecer la intencionalidad, la negligencia grave o la negligencia simple. Esta diferenciación del grado de culpa no era relevante en la demanda del tercero perjudicado contra el Estado, ya que cualquier culpa es suficiente para la responsabilidad del Estado frente al perjudicado (cf. artículo 34, primera frase, LF en relación con § 839, apartado 1, primera frase, del Código Civil). En consecuencia, en la demanda del tercero perjudicado contra el Estado, el tribunal no ha establecido regularmente ningún hecho sobre el grado de culpa. Por lo tanto, en la demanda de recurso, el empresario (p. ej., la Federación, el estado federado o la municipalidad) debe presentar y probar cuidadosamente los hechos que hablan a favor de la intencionalidad o negligencia grave por parte del causante del daño demandado. Esto no es fácil, ya que solo comete negligencia grave quien incumple el deber de diligencia exigido en los tratos comerciales en un grado inusitadamente alto, al no observar lo que debería haber sido obvio para cualquiera en el caso concreto¹⁰.

El funcionario demandado por el Estado en el proceso de reembolso, por el contrario, soporta la carga de la prueba de la concurrencia de una causa de justificación, en particular de la infructuosa *remonstración*, de la cuestión de la negligencia concurrente, de la prescripción y de la necesidad de una limitación de responsabilidad a causa del “deber de cuidado” (*Fürsorgepflicht*); véase 2.1.2.

6. La transmisibilidad de la responsabilidad

El derecho de repetición del Estado contra su empleado nace en el momento en que surge la reclamación de indemnización del tercero perjudicado contra el Estado y se cumplen las condiciones para la repetición. La pretensión de reembolso del Estado no se extingue con el fallecimiento de su empleado, sino que debe ser satisfecha por los herederos de este; véanse los artículos 1922 y 1967 del Código Civil alemán. También debe recurrirse contra los herederos del empleado mediante una acción de pago por parte del Estado (del empleador público) ante el tribunal civil competente (véase el artículo 34, tercera frase, de la Ley Fundamental, 2.1.1 supra).

10. Tribunal Supremo (BGH), Sentencia del 2-3-2017 – III ZR 271/15 – Base de datos *juris*, núm. marg. 21.

7. Las consecuencias de la condena en regreso o repetición

7.1. Consecuencias individuales de la condena

El procedimiento judicial civil relativo al derecho de repetición del Estado contra su empleado no tiene consecuencias directas sobre el estatuto de la persona que origina la responsabilidad oficial del Estado y debe reembolsar al Estado sus daños a terceros. La condena del demandado en el procedimiento de recurso simplemente proporciona al Estado un título ejecutivo para su reclamación de pago. No es posible ordenar una sanción o medida disciplinaria en los procedimientos de recurso. El derecho de responsabilidad del Estado es independiente del derecho penal y disciplinario.

Después de todo, es concebible que solo en el curso de un procedimiento de recurso ante el tribunal civil se descubran hechos que den al Estado motivos para tomar otras medidas contra el causante del daño fuera de este proceso judicial, pero que entonces tendrían que cumplir los requisitos del derecho disciplinario, el derecho penal y/o el derecho de rescisión contractual.

7.2. Consecuencias sistémicas de la condena

La forma jurídica actual de la acción de restitución es el resultado de una larga evolución que revisó varias decisiones erróneas de política jurídica adoptadas por los legisladores alemanes. Según el artículo 839, que entró en vigor con el Código Civil el 1 de enero de 1900 y seguía una tradición jurídica alemana –*si excessit, privatus est*–, el funcionario respondía en un principio con su patrimonio personal (Scheuner, 1955: 336 y ss.). Sin embargo, pronto se vio que los ciudadanos agravados por un funcionario no siempre encontraban en él un deudor solvente. Los funcionarios, por su parte, amenazados con la ruina si cometían errores, trabajaban de forma excesivamente burocrática, lenta y débil en la toma de decisiones.

Para contrarrestar este agravio, muchos estados federados del *Reich* alemán promulgaron “leyes de responsabilidad civil” (*Beamtenhaftungsgesetze*) suplementarias para sus funcionarios a partir de 1909, y el *Reich* para sus funcionarios en 1910. En ellas se estipulaba que la indemnización por incumplimiento culpable del deber oficial, que el funcionario debía pagar personalmente en virtud del Código Civil, tenía que ser abonada en el futuro por el Estado a la parte perjudicada. Al mismo tiempo, disponían que el Estado “puede” recurrir contra el funcionario. La transferencia de la responsabilidad al Estado, combinada con el recurso contra el funcionario a discreción del

Estado, se incluyó entonces como principio en la primera Constitución democrática del Imperio alemán (la “Constitución de Weimar”) en 1919. Hoy en día, la Ley Fundamental de 1949 limita el recurso de tal forma que el Estado puede imponerlo solo en casos de dolo o culpa grave. La Federación y todos los estados federados han hecho uso de esta autorización. Esto significa que quienes actúan en el marco del derecho público para el Estado siguen siendo “internamente” responsables ante este y responden con su patrimonio si han incumplido intencionadamente o por negligencia grave sus deberes oficiales —a pesar de las numerosas medidas de protección (por ejemplo, el deber de cuidado del Estado, la protección jurídica de los jueces independientes)—. Si aún no se ha disipado por completo el temor a que incluso esta responsabilidad limitada provoque una falta de voluntad para trabajar y debilitar así al Estado, este tiene un interés legítimo en protegerse a sí mismo y al contribuyente de los riesgos financieros de la responsabilidad oficial en la medida de lo posible.

8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición

Por lo que se ve, no hay estadísticas oficiales sobre el número de casos de acción de regreso. Sin embargo, las resoluciones judiciales se publican regularmente en bases de datos jurídicas. Aquí se puede consultar el texto completo de las resoluciones judiciales pertinentes buscando por una palabra clave. Por ejemplo, la base de datos jurídica alemana más importante, *juris*, contiene 1068 resultados bajo las palabras clave combinadas “acción de regreso, responsabilidad oficial”, incluidas 16 sentencias en los seis primeros meses de 2024 y 32 sentencias en 2023.

Los mecanismos para garantizar el pago del importe de la sentencia se derivan de la normativa sobre ejecución de sentencias de los tribunales civiles. El “deber de cuidado” (*Fürsorgepflicht*) del Estado (que tiene su origen en el artículo 33, apdo. 5, LF, véase 2.1.2 supra) hacia sus funcionarios en sentido formal y los deberes similares de derecho simple hacia sus empleados del servicio público abren la posibilidad de acuerdos de pago, etc.

9. Conclusiones

Aunque la responsabilidad patrimonial del Estado y las posibilidades de repetición son extremadamente complejas en Alemania, no cabe esperar una simplificación fundamental. Pues la responsabilidad patrimonial del Estado y las posibilidades de repetición no solo caracterizan la capacidad de funcionamiento del Estado (un recurso más fácil a favor del Estado podría reducir el entusiasmo de quienes trabajan para él), sino que también influyen en su

situación presupuestaria, que además puede variar mucho entre la Federación y los dieciséis estados federados. Algunos de los diecisiete presupuestos estatales podrían no ser capaces de hacer frente a un cambio importante en la responsabilidad y el recurso estatales. Cabe destacar que en 1981 la Federación intentó promulgar una ley de responsabilidad estatal unificada para toda Alemania. A raíz de un recurso interpuesto por los Gobiernos de varios estados federados, el Tribunal Constitucional Federal declaró nula la ley porque la Federación aún no tenía competencia legislativa para el derecho de responsabilidad estatal entero¹¹. Posteriormente, en 1994, se creó mediante enmienda constitucional una nueva competencia legislativa de la Federación en materia de responsabilidad del Estado. Sin embargo, hasta la fecha, es decir, desde hace más de 30 años, no ha habido ningún intento serio de promulgar una nueva ley federal de responsabilidad estatal –aunque, al principio de cada legislatura a nivel federal, los partidos gobernantes reiteran en su acuerdo de coalición que quieren reformar el derecho de responsabilidad estatal–.

10. Bibliografía

- Borgs-Maciejewski, H. (1967). *Die Durchsetzung vermögensrechtlicher Ansprüche des Dienstherrn gegen Beamte*. Bonn: Ludwig Röhrscheid Verlag.
- Breuer, M. (2022). Artikel 34. En W. Kahl et al (dir.). *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*. Heidelberg: C.F. Müller.
- Burth, J. (2024). Bundesbeamten gesetz § 75 Pflicht zum Schadensersatz. En R. Brinktine et al. (dir.). *Beck'scher Online-Kommentar Beamtenrecht Bund*. Múnich: C.H.Beck.
- Conrad, M. (2024). Fürsorgepflicht - Ausgewählte Aspekte und Gedanken. *Zeitschrift für Beamtenrecht*, 72, 122-127.
- Frenz, W. (1992). *Die Staatshaftung in den Beleihungstatbeständen*. Berlín: Duncker & Humblot.
- Günther, H. (1988). Folgepflicht, Remonstration und Verantwortlichkeit des Beamten. *Zeitschrift für Beamtenrecht*, 36, 297-317.
- (2012). Das öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnis i.S.v. Art. 33 Abs. 4 GG. *Die öffentliche Verwaltung*, 65, 678-685.
- Lorse, J. (2024). Das Fürsorgeprinzip im Beamtenrecht – ein entwicklungs-fähiger Grundsatz des Berufsbeamtentums. *Zeitschrift für Beamtenrecht*, 72, 113-122.

11. BVerfG, Sentencia del 19-10-1982 - 2 BvF 1/81 - BVerfGE 61, 149 y ss.

- Ossenbühl, F. y Cornils, M. (2013). *Staatshaftungsrecht* (6.^a ed.). Múnich: C.H.Beck.
- Romann, D. (1996). *Remonstrationsrecht und Remonstrationspflicht im Beamtenrecht*. Speyer: Hochschule für Verwaltungswissenschaften.
- Scheffer, M. (2010). Regressanspruch gegen Richter wegen Amtspflichtverletzung. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 29, 425-428.
- Scheuner, U. (1955). Grundfragen der Staatshaftung für schädigende Eingriffe. En O. Bachof et al. (dir.). *Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 12. Juli 1885 - 9. Juni 1955 (pp. 331-345). Múnich: Isar-Verlag.
- Schönrock, S. (2019). Beamtenhaftung und Fürsorgepflichten des Dienstherrn. *Zeitschrift für Beamtenrecht*, 67, 370-375.
- Stelkens, U. (2014). Amtshaftung und Regress bei Schädigungen durch Verwaltungshelfer. *Juristenzeitung*, 59, 656-661.
- Summer, R. (1992). Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums - ein Torso. *Zeitschrift für Beamtenrecht*, 40, 1-6.
- Zuleeg, M. (1970). Die Beleihung mit Hoheitsgewalt, Verwaltungshilfe und privatrechtliches Handeln bei Schülern. *Die öffentliche Verwaltung*, 23, 627-634.

11. Índice de abreviaturas

BGBI. I	<i>Bundesgesetzblatt Band I</i> (Boletín Oficial federal de la República de Alemania, tomo I)
BGHZ	<i>Amtliche Sammlung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen</i> (Gaceta judicial del Tribunal Federal Supremo en materia civil)
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i> (Tribunal Constitucional Federal alemán)
BVerfGE	<i>Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i> (Gaceta judicial del Tribunal Constitucional Federal alemán. Los números que siguen a la abreviatura se refieren respectivamente: al tomo, a la primera página de la sentencia y a la página exacta de la cita)
GBl. B.-W.	<i>Gesetzblatt Baden-Württemberg</i> (Boletín Oficial del Estado Federado Baden-Württemberg)
LF	Ley Fundamental (Constitución de la República Federal de Alemania del 23-5-1949)
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i> (revista)

Informe nacional de España

Alfredo Galán Galán

Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Barcelona

SUMARIO. **1. Introducción.** 1.1. Definición. 1.2. Terminología. 1.3. Contexto general: la reclamación de responsabilidad de la víctima por los daños causados como consecuencia de la actuación de un empleado público. 1.4. Delimitación de otros supuestos afines. **2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición.** 2.1. Inexistencia de regulación constitucional de la acción de regreso. 2.2. Regulación legal de la acción de regreso. 2.2.1. *Marco legal principal: el artículo 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.* 2.2.2. *Resto del marco legal: regulación de la acción de regreso en otras leyes.* 2.3. Regulación de derecho civil de la acción de regreso del empleador contra sus dependientes. **3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición.** 3.1. Mecanismo previsto para obtener el reembolso de lo pagado por la Administración. 3.2. Naturaleza judicial o administrativa del mecanismo de regreso. 3.3. El procedimiento administrativo de ejercicio de la acción de regreso. 3.3.1. *Principio de necesidad de procedimiento administrativo.* 3.3.2. *Regulación del procedimiento administrativo de ejercicio de la acción de regreso.* 3.3.3. *Problemas procedimentales del ejercicio de la acción de regreso.* 3.4. Intervención de los órganos judiciales. 3.5. Plazo para el ejercicio de la acción de regreso. 3.6. Inicio de oficio o a instancia de parte del procedimiento de ejercicio de la acción de regreso. 3.7. Posibilidad de la Administración de reducir discrecionalmente las consecuencias de la condena en regreso. 3.8.

Posibilidad de la Administración de declarar también una compensación con los derechos salariales del empleado público condenado en regreso. 3.9. Supuestos en los que se compromete la responsabilidad patrimonial de los empleados públicos. 3.10. La identificación del empleado público autor material del daño. 3.11. El pago de la indemnización por la Administración a la víctima del daño. 3.12. Carácter obligatorio o discrecional del ejercicio de la acción de regreso. **4. Sujetos del mecanismo de regreso o repetición.** 4.1. Sujeto pasivo: legitimación pasiva en el ejercicio de la acción de regreso. 4.2. Sujeto activo: legitimación activa para el ejercicio de la acción de regreso. **5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo.** **6. La transmisibilidad de la responsabilidad.** **7. Las consecuencias de la condena en regreso o repetición.** 7.1. Las consecuencias individuales de la condena. 7.1.1. *La condena como causa de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos.* 7.1.2. *La condena como título ejecutivo.* 7.1.3. *La condena como causa de destitución o de terminación de la relación de empleo público.* 7.1.4. *La condena como causa de terminación del contrato público.* 7.2. Las consecuencias sistémicas de la condena. 7.2.1. *Ventajas de la utilización de la acción de regreso.* 7.2.2. *Razones que explican la falta de ejercicio por la Administración de la acción de regreso.* **8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición.** 8.1. Eficacia real de la acción de regreso. 8.2. Mecanismos para hacer efectivo el regreso. 8.3. Medidas normativas para garantizar la eficacia de la acción de regreso. **9. Conclusiones.** **10. Bibliografía.**

1. Introducción

1.1. Definición

La acción de regreso es el mecanismo jurídico mediante el cual la Administración, después de haber pagado la indemnización a la víctima, exige responsabilidad patrimonial a su empleado público autor material del daño, causado en ejercicio de sus funciones y mediando dolo, culpa o negligencia graves.

1.2. Terminología

En el ordenamiento no se utiliza ninguna expresión específica para referirse a este mecanismo jurídico. La doctrina científica suele utilizar diferentes denominaciones, habitualmente de manera indistinta, como si fueran sinónimas, tales como “acción de regreso”, “acción de repetición”, “acción de

reembolso” o “acción de resarcimiento”. La denominación mayoritaria, sin embargo, es la de “acción de regreso”¹.

1.3. Contexto general: la reclamación de responsabilidad de la víctima por los daños causados como consecuencia de la actuación de un empleado público

El supuesto que aquí se contempla es el siguiente: el empleado público vinculado por una relación de servicio con una Administración, en ejercicio de sus funciones, realiza una actuación (acción u omisión) que es origen de un daño que sufre un tercero (normalmente un particular, pero también puede serlo otra Administración).

La víctima pretende la reparación del daño causado mediante la reclamación de la correspondiente responsabilidad patrimonial. La primera cuestión que se plantea es la determinación del sujeto frente al que reclamar.

Históricamente, el ordenamiento español reconocía a la víctima un derecho de opción: reclamar directamente contra la Administración; directamente contra el empleado público; o bien conjuntamente contra ambos. En la práctica, lo habitual era que la reclamación se presentara directamente contra la Administración. Principalmente por tres motivos. Primero: para evitar el riesgo de insolvencia del empleado público. Segundo: porque el régimen de responsabilidad de la Administración (responsabilidad objetiva) es más favorable a la víctima que el del empleado público (responsabilidad por culpa). Y tercero: porque la Administración tiene el deber de reparación integral del daño, mientras que, en la práctica, ese principio no rige para el empleado público (el importe de la indemnización que debe pagar el empleado a la Administración puede llegar a ser inferior —nunca superior— a la cuantía de la indemnización que la Administración ha pagado con anterioridad a la víctima).

Como consecuencia de una reforma legislativa operada en el año 1999, y hasta la actualidad, el ordenamiento español solamente reconoce a la víctima el derecho a reclamar directamente contra la Administración. En otras palabras, ha eliminado la acción directa de la víctima contra el empleado público. En consecuencia, es la Administración la que debe responder y, si se cumplen los requisitos legales de la responsabilidad patrimonial de la

1. Aunque no nos detengamos en este punto, en el fondo subyace aquí la cuestión discutida acerca de la naturaleza jurídica de esta acción.

Administración, será ella la que tenga la obligación de indemnizar a la víctima del daño.

Después de que la Administración haya pagado efectivamente la indemnización a la víctima, la Administración deberá ejercitarse de oficio la acción de regreso contra el empleado público autor material del daño. Para el ejercicio de esa acción y para que tenga éxito su ejercicio deberán cumplirse los requisitos legalmente establecidos (que serán examinados más adelante).

En definitiva, en la actualidad, solamente la Administración en la que presta sus servicios puede reclamar responsabilidad patrimonial, mediante el ejercicio de la acción de regreso, al empleado público. Para compensar la eliminación de la acción directa de la víctima contra el empleado público, la reforma legal de 1999 dejó muy claro el carácter obligatorio para la Administración del ejercicio de la acción de regreso².

1.4. Delimitación de otros supuestos afines

En este trabajo nos vamos a ocupar de la acción de regreso regulada en el derecho administrativo que ejerce la Administración contra su empleado público para la exigencia de responsabilidad patrimonial. En consecuencia, a pesar de su cercanía, no es objeto de estudio y, por tanto, queda excluida:

- 1) La responsabilidad patrimonial del empleado público por daños causados a un tercero cuando no es en ejercicio de sus funciones públicas. Será un supuesto de responsabilidad civil entre particulares.
- 2) La responsabilidad patrimonial del empleado público por daños causados no a un tercero, sino a la propia Administración a la que presta sus servicios (artículo 36.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).
- 3) La responsabilidad penal del empleado público. La actuación del empleado público origen del daño a la víctima puede, además, ser constitutiva de una infracción penal. El ejercicio de la acción de re-

2. A pesar de ese carácter obligatorio, sin embargo, la doctrina científica es unánime a la hora de denunciar que, en la práctica, son muy pocos, por no decir que inexistentes, los casos en que la Administración efectivamente ejerce la acción de regreso. Lo que supone, también en esos mismos términos prácticos, una criticable situación de impunidad de los empleados públicos por los daños causados como consecuencia de su actuación. Régimen que suele calificarse de privilegiado en comparación con el propio de la Administración y de los sujetos privados.

greso es compatible con la exigencia de responsabilidad penal al empleado público (artículos 36.6 y 37 de la Ley 40/2015).

- 4) La responsabilidad civil derivada del delito del empleado público. De la comisión de una infracción penal puede derivarse, como consecuencia jurídica, no solamente la imposición de una sanción penal (responsabilidad penal), sino también la obligación de reparar el daño causado (responsabilidad civil derivada del delito). El ejercicio de la acción de regreso es compatible con la exigencia de responsabilidad civil derivada del delito del empleado público (artículo 37.1 de la Ley 40/2015).

La responsabilidad patrimonial de los empleados públicos está sometida a un régimen jurídico distinto en atención a si han causado el daño como consecuencia de una actuación que constituya delito o bien que no lo sea. En el caso de que no sea delito, se aplica el derecho administrativo y, en concreto, el régimen previsto en el artículo 36 de la Ley 40/2015. En cambio, si hay delito, se aplica el derecho penal, en concreto el régimen previsto en el Código Penal para la responsabilidad civil derivada del delito (artículos 109 y siguientes)³.

El punto de partida de la regulación penal indicada es la afirmación de que la comisión de infracción penal hace nacer responsabilidad civil derivada del delito. Así, según el artículo 109.1 del Código Penal: “La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados”.

La víctima tiene dos vías para reclamar la responsabilidad civil derivada de un delito (artículo 109.2 del Código Penal). La primera, que constituye la regla general, es reclamar la responsabilidad civil junto a la responsabilidad penal en el mismo proceso penal. En este caso, la sentencia penal que se dicte decidirá sobre la responsabilidad penal (sanción penal) y la responsabilidad civil (indemnización). La segunda vía es que la víctima se reserve en el proceso penal la acción de responsabilidad civil para ejercerla en un proceso posterior ante la jurisdicción civil.

3. La aplicación de la legislación penal está reconocida expresamente por el propio derecho administrativo, en concreto en el artículo 37.1 de la Ley 40/2015: “La responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente”.

En la hipótesis de que la víctima ejerza conjuntamente la acción penal y la acción civil en el proceso penal, es necesario que la pretensión se dirija simultáneamente contra el empleado público y contra la Administración en la que presta sus servicios (artículo 121, párrafo segundo, del Código Penal). La razón es que, en estos casos, la Administración es responsable civil subsidiaria de los daños derivados del delito cometido por su empleado público (artículo 121, párrafo primero, del Código Penal)⁴. Que la Administración tenga responsabilidad subsidiaria significa que solamente responderá en caso de insolvencia del empleado público.

Nótese que, en el caso de exigencia de la responsabilidad civil derivada del delito, la víctima sí que tiene acción directa contra el empleado público. En otras palabras, no tiene la limitación de tenerse que dirigir única y exclusivamente contra la Administración. En definitiva, constituye una excepción a la regla general en el régimen de responsabilidad patrimonial regulado en el derecho administrativo.

En la hipótesis de que se haga realidad la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, por la insolvencia del empleado público causante material del daño mediante una actuación que constituye delito, se plantea el interrogante acerca de si puede o no ejercitarse la acción de regreso. Es decir, si esa Administración puede repetir contra su empleado. Puede argumentarse, en contra de esta posibilidad, que la acción de regreso regulada en el artículo 36 de la Ley 40/2015 está pensada únicamente para el sistema administrativo de responsabilidad extracontractual y no, en cambio, para los casos de responsabilidad civil derivada del delito. No obstante, es cierto que, también en estos supuestos, la Administración habrá pagado efectivamente la indemnización a la víctima y, si se cumplen los demás requisitos del citado artículo 36 de la Ley 40/2015,

4. Artículo 121, párrafo primero, del Código Penal: "El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria".

no se ve la razón que deba impedir a la Administración exigir responsabilidad patrimonial a su empleado público⁵.

- 5) La responsabilidad disciplinaria del empleado público. La actuación del empleado público origen del daño a la víctima puede, además, ser constitutiva de una infracción administrativa, que tenga como consecuencia jurídica la imposición de una sanción administrativa (responsabilidad disciplinaria). El ejercicio de la acción de regreso es compatible con la exigencia de responsabilidad disciplinaria del empleado público.
- 6) La responsabilidad contable (económico-financiera). La actuación del empleado público origen del daño a la víctima puede, además, dar lugar a responsabilidad contable. El ejercicio de la acción de regreso es compatible con la exigencia de responsabilidad contable del empleado público.
- 7) La responsabilidad patrimonial (civil) de jueces y magistrados integrados en el poder judicial. El ordenamiento jurídico establece un régimen específico y diferenciado de responsabilidad para estos sujetos (error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia). En cualquier caso, no entran dentro del sujeto pasivo (legitimación pasiva) de la acción de regreso.
- 8) La acción de repetición del empleador contra sus dependientes prevista en el derecho civil. La acción de regreso de la Administración contra su empleado público, regulada por el derecho administrativo, es diferente a la acción de repetición que tiene el empleador contra sus dependientes, regulada en el derecho civil (artículos 1903 y 1904 del Código Civil).

2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición

2.1. Inexistencia de regulación constitucional de la acción de regreso

La Constitución Española no prevé la acción de regreso. En general, la Constitución no recoge la responsabilidad patrimonial de los empleados públicos.

5. Sobre esta polémica, Barcelona Llop (2000: 49-50). En general, sobre la cuestión, Mir Puigpelat (2002: 115-119).

cos. Lo único que está constitucionalizado es la responsabilidad patrimonial de la Administración pública (artículo 106.2 de la Constitución Española)⁶.

La consecuencia es que no existe una garantía constitucional de la existencia de la acción de regreso. Ni tampoco, claro está, de sus características esenciales. Por lo tanto, el reconocimiento y la configuración de este mecanismo se defiere completamente al legislador ordinario infraconstitucional⁷. Aquí se plantea la cuestión de determinar el concreto legislador que sea competente para llevar a cabo esta labor⁸.

2.2. Regulación legal de la acción de regreso

El legislador español ha tomado la decisión —no obligada constitucionalmente— de reconocer la acción de regreso de la Administración contra sus empleados públicos. De hecho, está reconocida en una pluralidad de textos legales⁹. Analicemos brevemente el marco legal existente.

6. Artículo 106.2 de la Constitución: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

7. Así lo destaca Oriol Mir Puigpelat: “*La Constitució espanyola, a diferència de la d'altres països, al·ludeix a la responsabilitat civil de l'Administració però no a la dels funcionaris i agents públics. D'això s'extreu una conseqüència important: el règim de responsabilitat civil dels treballadors públics queda totalment en mans del legislador. Una llei que exonerés globalment de responsabilitat civil l'Administració seria inconstitucional per vulneració de l'article 106.2 CE; no ho seria, en canvi, la llei que exonerés els funcionaris i agents públics*”, en Mir Puigpelat (2002: 92).

8. Hay que advertir que, en el caso del ordenamiento español, el legislador ordinario puede ser tanto el estatal como el autonómico, en atención a las reglas de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. En este sentido, el artículo 148.1.18 de la Constitución atribuye al legislador estatal la competencia para regular las bases (legislación estatal básica) del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios, así como su sistema de responsabilidad. El legislador autonómico, si así lo ha previsto el correspondiente estatuto de autonomía, tendrá la competencia para el desarrollo de las bases estatales (legislación autonómica de desarrollo) y de ejecución de toda la legislación.

9. La acción de regreso, como ahora se verá, está recogida en diferentes leyes, de épocas distintas, reguladoras de ámbitos materiales diferentes y aplicables a tipos de Administración no siempre coincidentes. Además, pueden existir contradicciones entre los contenidos de dichas leyes. Para resolver estas antinomias deben aplicarse las reglas generales que rigen las relaciones entre las leyes (estatales y autonómicas; generales y sectoriales; comunes y especiales, etc.). No obstante, como idea fuerza, podemos afirmar la prevalencia de la regulación contenida en la Ley 40/2015.

2.2.1. Marco legal principal: el artículo 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

Dentro del capítulo dedicado a la “Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”, el artículo 36 lleva por rubrica “Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”. El apartado 2 recoge la acción de regreso, cuya regulación se completa con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6. La Ley 40/2015, y concretamente este precepto, se ha dictado al amparo del título competencial del artículo 149.1.18 de la Constitución.

“Artículo 36. Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Pùblicas.

1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento.

Para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera ocurrido dolo, o culpa o negligencia graves.

4. El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad al que se refieren los apartados 2 y 3, se sustanciará conforme a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Pùblicas y se iniciará por acuerdo del órgano competente que se notificará a los interesados y que constará, al menos, de los siguientes trámites:

- Alegaciones durante un plazo de quince días.
- Práctica de las pruebas admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas durante un plazo de quince días.
- Audiencia durante un plazo de diez días.

- d) Formulación de la propuesta de resolución en un plazo de cinco días a contar desde la finalización del trámite de audiencia.
 - e) Resolución por el órgano competente en el plazo de cinco días.
5. La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa.
6. Lo dispuesto en los apartados anteriores, se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes".

2.2.2. Resto del marco legal: regulación de la acción de regreso en otras leyes

Aunque no entremos en profundidad, es importante advertir que la acción de regreso, además de en la Ley 40/2015, está reconocida y regulada en otras muchas leyes; así:

- 1) Legislación estatal y autonómicas sobre Administraciones locales. Destaca el artículo 78.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local¹⁰.
- 2) Legislación sobre expropiación forzosa. En el artículo 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954¹¹. Se desarrolló en el artículo 135 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957¹².
- 3) Legislación estatal y autonómicas reguladoras de la función pública (empleados públicos). Destaca el artículo 94.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.
- 4) Legislaciones autonómicas reguladoras del Gobierno y la Administración de la correspondiente Comunidad Autónoma.

10. En el ordenamiento español, el primer reconocimiento de la acción de regreso tuvo lugar, precisamente, por la legislación reguladora de las Administraciones locales; en concreto, en el artículo 410 del Texto articulado de la Ley de Régimen Local publicado en 1950 (actualmente derogado).

11. Vigente.

12. Derogado.

2.3. Regulación de derecho civil de la acción de regreso del empleador contra sus dependientes

Hasta aquí hemos analizado el marco legal que el derecho administrativo establece para la acción de regreso que ejercita la Administración contra su empleado público. Añadimos ahora que el derecho civil también regula la acción de regreso (en su terminología, acción de repetición) que ejercita el empleador o empresario contra sus dependientes.

De entrada, el artículo 1903 del Código Civil establece los supuestos de responsabilidad por actuaciones de un tercero, esto es, por la actuación de aquellas personas de quienes se debe responder. Entre estos supuestos se incluye expresamente el de “los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”.

Complementariamente, el artículo 1904 del Código Civil añade: “El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho”.

Dejamos anotada la existencia de un debate doctrinal acerca de la relación entre la acción de regreso de la Administración (derecho administrativo) y la del empleador (derecho civil). Lo que parece innegable es que la construcción de la acción de regreso administrativa, que es posterior en el tiempo, ha tenido lugar tomando como referencia la acción de regreso (repetición) civil. Lo que no obsta, claro está, para que no sea posible una traslación automática por las esenciales diferencias de la posición jurídica de la Administración frente al empleador y del empleado público frente al dependiente.

3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición

3.1. Mecanismo previsto para obtener el reembolso de lo pagado por la Administración

El mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico español es la denominada “acción de regreso” (artículo 36 de la Ley 40/2015).

3.2. Naturaleza judicial o administrativa del mecanismo de regreso

Se trata de determinar si el mecanismo mediante el cual se obtiene el regreso se configura como una acción judicial o bien como un procedimiento

administrativo. Pues bien, la respuesta es que la acción de regreso es una acción administrativa: es ejercitada por la Administración pública que ha pagado la indemnización a la víctima contra su empleado público autor material del daño, y se tramita a través de un procedimiento administrativo (artículo 36 de la Ley 40/2015).

3.3. El procedimiento administrativo de ejercicio de la acción de regreso

3.3.1. Principio de necesidad de procedimiento administrativo

El ejercicio de la acción de regreso debe hacerse necesariamente a través de un procedimiento administrativo. Se trata, por lo tanto, de una actividad administrativa formalizada o procedimentalizada. Así se deriva del artículo 36.2, párrafo primero, de la Ley 40/2015, cuando afirma que la Administración exigirá a su empleado público responsabilidad “en vía administrativa” y “previa instrucción del correspondiente procedimiento”.

3.3.2. Regulación del procedimiento administrativo de ejercicio de la acción de regreso

La regulación del procedimiento administrativo de ejercicio de la acción de regreso se contiene en el artículo 36.4 de la Ley 40/2015. Según este precepto, para ejercitarse esa acción debe seguirse el procedimiento siguiente:

- 1) Regla general: remisión a las reglas generales del procedimiento administrativo común establecidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: “El procedimiento para la exigencia de responsabilidad [...] se sustanciará conforme a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas” (artículo 36.4 de la Ley 40/2015).
- 2) Reglas específicas de procedimiento para el ejercicio de la acción de regreso. Sin perjuicio de esa remisión general, el mismo artículo 36.4 de la Ley 40/2015 ya establece las siguientes reglas específicas de procedimiento:
 - a) El procedimiento se iniciará por acuerdo del órgano competente.
 - b) El acuerdo de iniciación del procedimiento se notificará a los interesados.

- c) El procedimiento a seguir “constará, al menos, de los siguientes trámites”:
 - c.1) Alegaciones. Durante un plazo de 15 días.
 - c.2) Práctica de pruebas. Las admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas. Durante un plazo de 15 días.
 - c.3) Audiencia. Durante un plazo de 15 días.
 - c.4) Propuesta de resolución. En un plazo de 5 días a contar desde la finalización del trámite de audiencia.
 - c.5) Resolución del órgano competente (que pone fin al procedimiento). En un plazo de 5 días.

Es de interés realizar las siguientes observaciones respecto a la regulación del procedimiento de ejercicio de la acción de regreso en el artículo 36.4 de la Ley 40/2015:

- 1) La ley no ha establecido un procedimiento específico para el ejercicio de la acción de regreso, en el sentido de procedimiento especial. Lo que hay son especialidades procedimentales (en relación con el procedimiento administrativo común).
- 2) En realidad, los trámites previstos como reglas específicas en el artículo 36.4 de la Ley 40/2015 se corresponden con trámites generales del procedimiento administrativo común. Habrá que ver, en relación con cada uno de esos trámites, si se ha establecido verdaderamente o no alguna especialidad (por ejemplo, el plazo).
- 3) Los trámites específicos del procedimiento enumerados en el artículo 36.4 de la Ley 40/2015 no constituyen una enumeración cerrada: dice el tenor literal del precepto que ese procedimiento constará, “al menos”, de los trámites allí listados. Por lo tanto, pueden añadirse otros (por ejemplo, petición de informes).
- 4) En lo no previsto en el artículo 36.4 de la Ley 40/2015 se aplicarán las reglas generales del procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015.

3.3.3. Problemas procedimentales del ejercicio de la acción de regreso

El ejercicio de la acción de regreso tradicionalmente plantea una serie de problemas que, lamentablemente, no han sido resueltos con la nueva regulación contenida en la Ley 40/2015. Destacamos los siguientes:

- 1) Determinación del órgano competente. El artículo 36.4 de la Ley 40/2015 no determina el órgano competente para iniciar, instruir y resolver el procedimiento. Las reglas generales del procedimiento administrativo común tampoco resuelven esta cuestión. Para solucionar este problema tendremos que acudir a la legislación que regule la organización de cada Administración pública, en busca de la norma que establezca el órgano competente. En su defecto, deberán tenerse en cuenta las normas atributivas de la competencia residual. Por ejemplo, en el caso de los municipios, la competencia residual se atribuye al Alcalde, de manera que será a este órgano a quien correspondan todas las competencias atribuidas al municipio y que no se hayan asignado específicamente a ningún órgano municipal (artículo 21.1.s] de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local)¹³.
- 2) Plazo máximo para el ejercicio de la acción de regreso y, por tanto, para el inicio del procedimiento administrativo. Esta cuestión es analizada más adelante con detenimiento.
- 3) Plazo máximo para resolver expresamente y notificar el procedimiento. El artículo 36.4 de la Ley 40/2015 no lo establece. La solución se encuentra aplicando la regla general del procedimiento administrativo común: si la norma reguladora del concreto procedimiento no establece ningún plazo, ese plazo será de 3 meses, a contar, en los procedimientos iniciados de oficio —como es nuestro caso—, desde la fecha del acuerdo de iniciación (artículo 21.3.a] de la Ley 39/2015)¹⁴.
- 4) Consecuencia jurídica de la falta de resolución expresa o de notificación de la resolución dentro del plazo máximo. El artículo 36.4 de la Ley 40/2015 no lo establece. La solución se encuentra, de nuevo, mediante la aplicación de la regla general del procedimiento administrativo común: en los procedimientos iniciados de oficio —como es nuestro caso— el vencimiento del plazo máximo establecido sin

13. En este sentido, Mir Puigpelat (2002: 110); y Fortes González (2014: 280-285).

14. Mir Puigpelat (2002: 112).

que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver. En el supuesto de que se trate de un procedimiento en el que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen (como es nuestro caso, puesto que la consecuencia es la imposición de la obligación de pago de una indemnización), la consecuencia jurídica que se producirá es la caducidad del procedimiento. En este caso, la resolución que ponga fin al procedimiento se limitará a declarar la caducidad y ordenar el archivo de las actuaciones (artículo 25.1.b] de la Ley 39/2015)¹⁵.

- 5) Identidad de procedimiento administrativo para los supuestos de ejercicio de la acción de responsabilidad por la Administración contra sus empleados públicos por daños causados no a terceros (acción de regreso), sino en los bienes o derechos de la propia Administración. El legislador ha decidido que, en este supuesto, se seguirá el mismo procedimiento administrativo que el establecido para el ejercicio de la acción de regreso (artículo 36, apartados 3 y 4, de la Ley 40/2015).

3.4. Intervención de los órganos judiciales

Hemos visto que la acción de regreso no es una acción judicial. Pero sí que cabe la posibilidad de que su ejercicio sea controlado por los tribunales de justicia. En este punto cabe destacar las siguientes ideas:

- 1) La resolución del procedimiento administrativo de ejercicio de la acción de regreso —que es un acto administrativo— pone fin a la vía administrativa (artículo 36.5 de la Ley 40/2015).
- 2) Recursos posibles ante la resolución del procedimiento administrativo de ejercicio de la acción de regreso: recurso administrativo ordinario de reposición y recurso judicial contencioso-administrativo. Contra los actos que ponen fin a la vía administrativa, el interesado tiene dos posibilidades (artículo 123 de la Ley 39/2015). La primera: interponer directamente recurso judicial contencioso-administrativo. La segunda: interponer recurso administrativo ordinario de reposición y, si es desestimado, luego el recurso judicial contencioso-administrativo. En consecuencia, el orden jurisdiccional compe-

15. Mir Puigpelat (2002: 112).

tente para conocer los recursos judiciales contra el ejercicio de la acción de regreso es el contencioso-administrativo (tribunales de lo contencioso-administrativo).

- 3) Posible intervención de los tribunales penales. La regulación establecida sobre la acción de regreso debe ser entendida sin perjuicio de la posible intervención de los tribunales penales en el caso de que la actuación del empleado público sea constitutiva de delito. Así lo advierte expresamente el artículo 36.6 de la Ley 40/2015: “Lo dispuesto en los apartados anteriores, se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los tribunales competentes”.

3.5. Plazo para el ejercicio de la acción de regreso

La regulación de la acción de regreso no contempla la cuestión del plazo de que dispone la Administración para su ejercicio. Esta laguna genera inseguridad jurídica. Por ello, sería muy aconsejable una intervención clarificadora del legislador, cosa que, lamentablemente, no ha tenido lugar en el artículo 36 de la Ley 40/2015.

Los principales interrogantes que se plantean en relación con el plazo de ejercicio de la acción de regreso son los siguientes:

- 1) La existencia necesaria de un plazo máximo de ejercicio de la acción de regreso. Hay acuerdo doctrinal respecto a que el ejercicio de la acción de regreso debe estar sometido a un plazo máximo, esto es, no puede quedar abierto sin límite en el tiempo. La principal razón que se esgrime es que no es admisible que el empleado público quede sometido indefinidamente a la posibilidad de que se inicie un procedimiento de responsabilidad patrimonial contra él¹⁶.
- 2) La naturaleza del plazo. También hay acuerdo doctrinal mayoritario en el sentido de que se trata de un plazo de prescripción. No de caducidad.
- 3) Consecuencia de la falta de ejercicio de la acción de regreso dentro del plazo máximo. El plazo es preclusivo: finalizado el plazo, la Administración ya no podrá ejercitar la acción de regreso. La acción ha prescrito.

16. Mir Puigpelat (2002: 110); Barcelona Llop (2000: 55-56); y Fortes González (2014: 274).

- 4) La duración del plazo. En este punto no hay acuerdo doctrinal. Brevemente, son dos las principales tesis que se mantienen. En el fondo, la discrepancia se vincula al tema de la determinación de la naturaleza de la acción de regreso:
- a) Algunos autores consideran que la acción de regreso es una acción de responsabilidad patrimonial (o responsabilidad civil)¹⁷. Por lo tanto, a falta de establecimiento legal de un plazo específico, será de aplicación el plazo de 1 año. La razón es que este es el plazo que la legislación establece, con carácter general, cuando se trata del ejercicio de acciones de responsabilidad civil. Así sucede en el ámbito del derecho administrativo: el plazo que tiene la víctima del daño cuando reclama la responsabilidad de la Administración (artículo 67.1 de la Ley 39/2015). Pero también en el propio del derecho civil: el plazo de que dispone la víctima del daño contra el causante en las relaciones entre particulares (artículo 1968 del Código Civil).
- b) Otros autores entienden, en cambio, que la acción de regreso no es, en rigor, una acción de responsabilidad patrimonial (o responsabilidad civil), sino una acción para hacer efectivo un derecho de crédito legalmente reconocido a la Administración. Por esta razón, se decantan por el plazo más largo de 4 años, que es el establecido en el artículo 15.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, para la prescripción de los derechos de crédito de la Hacienda pública¹⁸.

Existen argumentos convincentes en favor de cada una de estas dos tesis interpretativas. No obstante, en nuestra opinión, la segunda de ellas permite demorar en exceso el ejercicio de la acción de regreso, colocando al empleado público en una peor situación que el resto de los sujetos, al quedar sometido a la posibilidad de reclamaciones de responsabilidad durante un tiempo mayor¹⁹.

- 5) El inicio del cómputo del plazo (*dies a quo*). El plazo para el ejercicio de la acción de regreso debe comenzar a correr desde el mo-

17. Mir Puigpelat (2002: 110-111); González Pérez (2012: 715); Monedero Montero de Espinosa (2003: 254); y Fortes González (2014: 276).

18. Barcelona Llop (2000: 56); De la Vallina Velarde (1997: 355); y Fernández Ajenjo (2005).

19. En este sentido, Mir Puigpelat (2002: 111); y Fortes González (2014: 276).

mento en que la Administración haya realizado efectivamente el pago de la indemnización a la víctima del daño²⁰.

En consecuencia, no se inicia el cómputo desde el momento anterior en que se ha producido el daño a la víctima o bien desde la fecha en que se ha declarado formalmente la responsabilidad patrimonial de la Administración (mediante resolución en un procedimiento administrativo o bien en un proceso judicial).

Si la Administración se ha puesto de acuerdo con la víctima del daño para un pago fraccionado de la indemnización, es decir, que será satisfecha mediante pagos periódicos, hemos de entender, en estos casos, que el plazo para el ejercicio de la acción de regreso contra el empleado público comienza a contar desde el primero de esos pagos periódicos²¹.

3.6. Inicio de oficio o a instancia de parte del procedimiento de ejercicio de la acción de regreso

El ejercicio de la acción de regreso por la Administración es de oficio. Así lo establece expresamente el artículo 36.2, primer párrafo, de la Ley 40/2015.

La iniciación de oficio del procedimiento administrativo admite diversas variantes: por acuerdo del órgano competente, por propia iniciativa, por orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia (artículo 58 de la Ley 39/2015). En el caso de iniciación de oficio por denuncia, la ley advierte que la presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento (artículo 62.5 de la Ley 39/2015).

Que el inicio del procedimiento sea de oficio por la Administración tiene como consecuencia, a contrario, que no es posible —a tenor de lo establecido en el artículo 36.2, primer párrafo, de la Ley 40/2015— el inicio a instancia de parte, es decir, a solicitud de persona interesada.

No obstante lo afirmado en el párrafo anterior, hemos de constatar que alguna legislación autonómica ha reconocido expresamente la posibilidad de inicio del procedimiento a solicitud de interesado, en concreto, a la víctima del daño. Nos referimos al artículo 26 de la Ley 2/2010, de 11 de marzo, de

20. Barcelona Llop (2000: 56); Mir Puigpelat (2002: 111); Monedero Montero de Espinosa (2003: 254); y Fortes González (2014: 277).

21. Barcelona Llop (2000: 56); Mir Puigpelat (2002: nota 16 p. 111); De la Vallina Velarde (1997: 355); Díez Sánchez (2007: 223); y Fortes González (2014: 277).

Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de Gestión Pública. Su apartado primero, de conformidad con lo establecido en la legislación estatal, no reconoce acción directa a la víctima contra el empleado público: debe dirigir su reclamación directamente contra la Administración²². Ahora bien, como novedad, el apartado segundo sí que le reconoce legitimación para solicitar a la Administración que ejercite la acción de regreso²³. La compatibilidad de esta regulación autonómica con la regulación estatal no ha sido cuestionada, que nosotros sepamos, y, en todo caso, no ha dado lugar a ningún pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

3.7. Posibilidad de la Administración de reducir discrecionalmente las consecuencias de la condena en regreso

La cuestión que aquí se plantea es si la Administración que ejercita la acción de regreso dispone de un poder discrecional para reducir las consecuencias de la declaración de responsabilidad por regreso, teniendo en cuenta para ello las condiciones subjetivas y objetivas de la conducta ilícita.

El artículo 36.2, segundo párrafo, de la Ley 40/2015 establece un conjunto de criterios legales moduladores de la responsabilidad patrimonial del empleado público: “Para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso”.

En relación con estos criterios de modulación de la responsabilidad es de interés realizar las siguientes observaciones:

- 1) Determinación de los criterios de modulación de la responsabilidad: enumeración legal. El precepto legal ya contiene una enumeración de criterios, que son los siguientes:

22. Artículo 26.1 de la Ley 2/2010: “Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, los ciudadanos se dirigirán directamente a la Administración autonómica en reclamación de las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por sus autoridades y empleados públicos, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal”.

23. Artículo 26.2 de la Ley 2/2010: “Los ciudadanos indemnizados como consecuencia de responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica podrán solicitar que se exija a las autoridades o empleados públicos la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave. Ello sin perjuicio de la obligación de la Administración de exigir de oficio dicha responsabilidad”. Sobre esta novedad autonómica, Fortes González (2014: 227-228).

- a) El resultado dañoso producido.
 - b) El grado de culpabilidad.
 - c) La responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas.
 - d) La relación con la producción del resultado dañoso.
- 2) Determinación de los criterios de modulación de la responsabilidad: enumeración abierta. Hemos visto que los criterios de modulación de la responsabilidad del empleado público vienen enumerados en el artículo 36.2, párrafo segundo, de la Ley 40/2015. Añadimos ahora que se trata de una enumeración legal abierta (*numerus aper-tus*): la Administración puede utilizar otros criterios distintos a los allí previstos. A esta conclusión se llega del propio tenor literal del precepto: establece que “se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios [...].” El “entre otros” no deja lugar a dudas sobre la interpretación aquí expuesta.
- 3) Efectos de la aplicación por la Administración de los criterios de modulación de la responsabilidad. La Administración debe tener en cuenta los criterios de modulación en dos aspectos distintos relativos a la exigencia de responsabilidad del empleado público. Así se deriva del tenor literal del artículo 36.2, párrafo segundo, de la Ley 40/2015: la Administración debe ponderar esos criterios “para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación”:
- a) En primer lugar, para determinar la existencia de esa responsabilidad y, por tanto, para poder exigirla. Es decir, la aplicación de los criterios puede permitir a la Administración excluir la responsabilidad del empleado público.
 - b) En la hipótesis de que exista la responsabilidad, los criterios se aplican en segundo lugar, para determinar el importe de la indemnización; en otras palabras, para cuantificar la responsabilidad exigible al empleado público. Cabe recordar aquí lo dicho en el sentido de que los criterios permiten reducir el importe de la indemnización, pero nunca aumentarlo, tomando como referencia la cuantía de

la indemnización previamente pagada por la Administración a la víctima del daño²⁴.

- 4) Carácter imperativo de la aplicación por la Administración de los criterios de modulación de la responsabilidad. La Administración tiene la obligación legal de tomar en consideración los criterios de modulación. A esta conclusión se llega del tenor literal del artículo 36.2, párrafo segundo, de la Ley 40/2015: para la exigencia de responsabilidad al empleado público “se ponderarán” los criterios allí indicados. La utilización del verbo en modo imperativo no deja lugar a dudas.
- 5) Discrecionalidad de la Administración en la aplicación de los criterios de modulación de la responsabilidad. Con la previsión de estos criterios de modulación de la responsabilidad la ley está reconociendo un gran margen de discrecionalidad a la Administración²⁵.

Esta discrecionalidad se proyecta sobre los dos efectos de la aplicación de los criterios: en el reconocimiento de la existencia de la responsabilidad y, en caso afirmativo, en la determinación de la cuantía de la indemnización.

El modo a través del cual se atribuye esa discrecionalidad es doble. Por un lado, la redacción legal genérica y abierta en la que se describen los criterios, concediéndose así un amplio margen interpretativo al aplicador. Y, por el otro, al preverse que el listado legal de criterios no es cerrado, sino que la Administración puede utilizar otros diferentes y no precisados.

3.8. Posibilidad de la Administración de declarar también una compensación con los derechos salariales del empleado público condenado en regreso

Esta posibilidad no está prevista expresamente en el ordenamiento jurídico.

Entendemos que esta cuestión debe situarse en el contexto de la ejecución forzosa de los actos administrativos; en nuestro caso, de la resolución que pone fin al procedimiento de ejercicio de la acción de regreso y que declara la responsabilidad del empleado público, imponiéndole la obliga-

24. Así, Mir Puigpelat (2002: 107-109); y Fortes González (2014: 268-269).

25. Así lo destacan Mir Puigpelat (2002: 109); y Fortes González (2014: 269).

ción del pago de una indemnización. En la hipótesis de que el empleado se resista a cumplir voluntariamente con la resolución y, por tanto, no proceda al pago de la indemnización.

Pues bien, como peculiaridad, en este caso, según alguna opinión doctrinal, no será necesario acudir a los mecanismos legales habituales de ejecución forzosa, puesto que la Administración podrá retener de la nómina del empleado las cantidades que correspondan durante las mensualidades necesarias. Seguramente con el límite de que la retención no alcance al importe total de la nómina, para asegurar que el empleado siga percibiendo un mínimo de subsistencia. En cualquier caso, si ese empleado es apartado de su lugar de trabajo, no como consecuencia del ejercicio de la acción de regreso, sino de una sanción penal o administrativa (disciplinaria), y, por tanto, la Administración no dispone ya de una nómina que pueda retener, podrá utilizarse la vía de apremio ordinaria tal y como viene establecida en la legislación (artículos 97 y siguientes de la Ley 39/2015)²⁶.

3.9. Supuestos en los que se compromete la responsabilidad patrimonial de los empleados públicos

Para que la Administración pueda dirigirse contra su empleado público deben cumplirse un conjunto de requisitos establecidos legalmente:

- 1) Requisitos para el ejercicio de la acción de regreso.
 - a) La identificación del empleado público autor material del daño.
 - b) El pago de la indemnización por la Administración a la víctima del daño.
- 2) Requisitos para el éxito del ejercicio de la acción de regreso.
 - a) La imputación de la responsabilidad al empleado público. Que se pueda probar que es el autor material del daño.

26. "Sin perjuicio del recurso contencioso-administrativo que el interesado tiene a su disposición contra el acto que pone fin al procedimiento, éste es sin duda ejecutivo en los términos comunes, aunque no parece necesario que la Administración acuda a la vía de apremio dado que puede retener de la nómina del empleado público las cantidades que correspondan durante las mensualidades necesarias, puesto que ninguna razón hay para pretender que la cantidad se perciba de una sola vez. No obstante, si el agente está apartado del empleo público, sea a consecuencia de una sentencia penal, sea a consecuencia de una sanción disciplinaria, la vía de apremio podrá ser utilizada de conformidad con lo dispuesto en la legislación"; en Barcelona Llop (2000: 57). En el mismo sentido, Mir Puigpelat (2002: 112).

- b) Dolo, culpa o negligencia graves del empleado público autor material del daño.

3.10. La identificación del empleado público autor material del daño

Para que la Administración pueda ejercitar la acción de regreso es requisito que esté debidamente identificado el empleado público causante del daño²⁷. La acción se ejercita contra un sujeto en concreto, el autor material causante del daño, presuponiendo que se conoce su identidad.

La consecuencia es que la identificación debe producirse antes del inicio del procedimiento administrativo de ejercicio de la acción de regreso. A contrario, no constituye objeto de este procedimiento la identificación del empleado público responsable: no están previstos trámites dirigidos a realizar las averiguaciones precisas en caso de que se desconozca quién es²⁸.

La necesaria identificación del agente causante del daño es una diferencia relevante entre el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración y el régimen de responsabilidad patrimonial del empleado público vía ejercicio de la acción de regreso. En efecto, para poder declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración no es necesario identificar al concreto empleado público causante del daño. La razón es que, en estos casos, la lesión se imputa en abstracto al funcionamiento (normal o anormal) del servicio público, de manera que la víctima tiene derecho a la indemnización con independencia de que el daño pueda o no atribuirse a un agente en concreto²⁹. En cambio, en el supuesto del ejercicio de la acción de regreso es necesario, como estamos diciendo, que previamente esté identificado el empleado público autor material del daño.

En relación con el requisito de la identificación del empleado público autor material del daño se suscitan algunas dudas que conviene despejar:

- 1) La manera en que puede llevar a cabo esa identificación la Administración que quiere ejercitar la acción de regreso.

27. Este requisito se califica de “ineludible” y de “absolutamente necesario” en Barcelona Llop (2000: 51). En el mismo sentido, en Fortes González (2014: 237).

28. “La acción de regreso presupone, para su propia activación, que se conoce la identidad del empleado público cuya conducta ha provocado el daño. Y ello desde un principio porque la acción de regreso no está prevista para descubrir al causante efectivo de la lesión, no está prevista para investigar nada”; en Barcelona Llop (2000: 51). En este mismo sentido, Fortes González (2014: 237).

29. Así se recuerda expresamente en Barcelona Llop (2000: 51).

Dos son los escenarios posibles:

- a) La primera posibilidad es que el autor material del daño haya sido identificado en el previo procedimiento (administrativo o judicial) en el que se haya declarado la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En este caso, la Administración lo tiene fácil: ejercitará la acción de regreso contra el empleado público previamente identificado como autor material del daño. Todo ello sin perjuicio, claro está, de que esta persona, en su defensa, pueda sostener lo contrario en el procedimiento administrativo de ejercicio de la acción de regreso³⁰.

- b) El segundo escenario es que no se haya identificado al autor material del daño en el procedimiento (administrativo o judicial) en el que se haya declarado la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En este caso, la Administración no tendrá más remedio, si quiere ejercitar la acción de regreso y como presupuesto para poder hacerlo, que llevar a cabo las pesquisas que considere convenientes para lograr el objetivo de la identificación³¹.

Este trámite administrativo interno de información previa no está expresamente previsto en la regulación legal del procedimiento de ejercicio de la acción de regreso (artículo 36.4 de la Ley 40/2015). Pero lo que sí contiene es una remisión general a las reglas procedimentales contenidas en la Ley 39/2015, esto es, en la ley reguladora del procedimiento administrativo común³². Pues bien, el artículo 55.1 de esa Ley 39/2015, sin duda aplicable también al procedimiento administrativo de ejercicio de la acción de regreso, prevé la posibilidad de abrir un período de información o actuaciones previas, esto es, con anterioridad al inicio del procedimiento³³. En nuestra

30. Aquí se ve la relevancia del debate acerca de la conveniencia o la necesidad de que se reconozca a ese empleado público la condición de interesado en el previo procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de la Administración. En efecto, habilitar su intervención en ese momento procedural, aportando sus alegaciones y, en su caso, proponiendo la práctica de pruebas, si tiene éxito en su posición, le evitará tener que sufrir el posterior procedimiento contra él de ejercicio de la acción de regreso.

31. Barcelona Llop (2000: 51).

32. "El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad a la que se refieren los apartados 2 y 3, se sustanciarán conforme a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas" (artículo 36.4 de la Ley 40/2015).

33. Artículo 55.1 de la Ley 39/2015: "Con anterioridad al inicio del procedimiento, el órgano competente podrá abrir un período de información o actuaciones previas con el fin de conocer

opinión³⁴, la identificación del autor material del daño puede ser objeto de estas actuaciones previas³⁵.

Cabe señalar en relación con esta cuestión, por último, que la posibilidad de realizar actuaciones previas con la finalidad de identificar a los posibles responsables, aunque no está prevista en el caso de la acción de regreso, lo cierto es que no resulta algo extraño a nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, está contemplado expresamente en el supuesto de exigencia de responsabilidades contables. Así, dentro del capítulo dedicado a las “actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades contables”, el artículo 45.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, habilita acordar la formación de pieza separada con la finalidad de concretar, entre otros aspectos, “los posibles responsables, tanto directos como subsidiarios”³⁶.

Si a pesar de estos esfuerzos no se ha identificado al empleado público efectivamente causante del daño, la consecuencia legalmente obligada es clara: no puede ejercitarse la acción de regreso y, por tanto, no cabrá iniciar el correspondiente procedimiento administrativo.

2) La existencia de una pluralidad de posibles responsables.

las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento”.

34. Lo cierto es que el artículo 55.1 de la Ley 39/2015, que regula el período de información o actuaciones previas con carácter general para todo tipo de procedimiento administrativo, no contempla expresamente que tenga como fin la identificación de la persona responsable. A diferencia de lo establecido en el apartado siguiente, esto es, en el artículo 55.2 de la misma Ley, aplicable exclusivamente a los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora —que no es nuestro caso—, al prever que las actuaciones previas se orientarán a determinar, entre otros aspectos, “la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables”. No obstante, los términos tan genéricos con los que está redactado el artículo 55.1, al recoger que la información o actuaciones previas tienen como fin “conocer las circunstancias del caso concreto”, permiten incluir en ellas, sin dificultad, la averiguación de la persona causante del daño.

35. También son de esta misma opinión, con alusión al artículo 69.2 de la Ley 30/1992, antecedente del actual artículo 55.1 de la Ley 39/2015, entre otros, Barcelona Llop (2000: nota 36 p. 51); De la Vallina Velarde (citado por Barcelona en esa misma nota); y Fortes González (2014: 238).

36. Artículo 45.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas: “Una vez concluido el examen y comprobación de cualquier cuenta, grupos de cuentas, o los correspondientes procedimientos de fiscalización, si aparecieren hechos que pudieran ser no constitutivos de alcance de caudales o efectos públicos, en los términos definidos en la presente Ley, pero que pudieran dar lugar a otro tipo de responsabilidades contables, el Consejero de Cuentas, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o Letrado del Estado y con citación y, en su caso, intervención del presunto responsable o de sus causahabientes, acordará la formación de pieza separada con la finalidad de concretar los hechos, los posibles responsables, tanto directos como subsidiarios, y el importe total de los perjuicios ocasionados a los caudales o efectos públicos, cuando así resultare de lo actuado en el procedimiento fiscalizador de que se trate”.

Lo habitual es que el autor material del daño sea una única persona. Pero también es posible que sean varias, esto es, que diversos empleados públicos hayan concurrido en la causación del daño³⁷. En este caso, será precisa la identificación de todos ellos.

3) El descubrimiento sobrevenido de nuevos posibles responsables.

Cabe la posibilidad de que, una vez iniciado el procedimiento administrativo de ejercicio de la acción de regreso, como consecuencia de las actuaciones realizadas durante su tramitación, la Administración deduzca la existencia de otro u otros posibles responsables. Está claro que la acción deberá dirigirse también contra ellos. No lo está, en cambio —puesto que no está legalmente previsto—, la forma en que deba tener lugar. En este sentido, cabe barajar las opciones de que sean llamados como interesados al procedimiento, o bien de que se inicie otro procedimiento distinto también en vía de regreso y posteriormente se acumule con el procedimiento en curso³⁸.

3.11. El pago de la indemnización por la Administración a la víctima del daño

Para que la Administración pueda ejercitar la acción de regreso es requisito que previamente haya pagado la indemnización a la víctima que ha sufrido el daño causado materialmente por el empleado público.

La exigencia de este requisito viene establecida de manera expresa y reiterada por el ordenamiento jurídico. Así, con carácter general para todas las Administraciones públicas, en el artículo 36.2, primer párrafo, de la Ley 40/2015³⁹. Y específicamente para las Administraciones locales, en el artículo 78.3 de la Ley 7/1985⁴⁰.

37. Podemos encontrar ejemplos variados. Así, de entrada, la responsabilidad derivada de acuerdos adoptados por órganos colegiados. O bien si los daños son consecuencia de la inactividad de la Administración, en cuyo caso serán responsables todos los que tenían la obligación de actuar o bien los que, con su voto en contra, impidieron la adopción del acuerdo que era obligado tomar. Se destacan estos ejemplos en Fortes González (2014: 238-239).

38. Así se sostiene en Fortes González (2014: 239).

39. Artículo 36.2, primer párrafo, de la Ley 40/2015: "La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento" (la cursiva es nuestra).

40. Artículo 78.3 de la Ley 7/1985: "Las corporaciones locales podrán exigir la responsabilidad de sus miembros cuando por dolo o culpa grave, hayan causado daños y perjuicios a la corporación o a terceros, si éstos hubiesen sido indemnizados por aquélla" (la cursiva es nuestra).

El requisito que aquí estamos analizando, esto es, que la Administración haya pagado la indemnización a la víctima, presupone lógicamente la existencia de responsabilidad patrimonial de esa Administración. En concreto, se presupone el cumplimiento de las condiciones siguientes:

- 1) Que se haya iniciado un procedimiento para la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya sea en vía administrativa o bien en vía judicial. La Administración no puede efectuar el pago de indemnización alguna al margen de un procedimiento⁴¹.
- 2) Que se hayan cumplido todos los requisitos legalmente establecidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración (artículos 32.1 y 2 y 34.1 de la Ley 40/2015).
- 3) Que el procedimiento termine con la resolución (administrativa o judicial) que declare la responsabilidad patrimonial de la Administración y, por tanto, la obligación de reparar a la víctima mediante el pago de la correspondiente indemnización.
- 4) Que la Administración haya cumplido la obligación de reparación y haya pagado efectivamente la indemnización a la víctima del daño.

De lo que hemos afirmado se deduce la existencia sucesiva de dos procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, de manera que el primero se erige en presupuesto del segundo. En efecto, en primer lugar, será preciso que se haya tratado el procedimiento (administrativo o judicial) de responsabilidad patrimonial de la Administración. El objeto de este procedimiento es averiguar la existencia de responsabilidad de la Administración y, en caso afirmativo, determinar la indemnización. Las partes de este procedimiento son la Administración causante del daño y la víctima que lo ha sufrido. No lo es el empleado público autor material del daño⁴². Después del pago de esa indemnización, mediante el ejercicio de la acción de regreso, se iniciará un segundo procedimiento (administrativo) de responsabilidad patrimonial del empleado público autor material del daño. En este caso, el objeto del procedimiento es averiguar la responsabilidad de ese sujeto y, en caso afirmativo, determinar la indemnización. Las partes de

41. Lo que es compatible con la admisión del acuerdo entre la Administración y la víctima del daño. Así, la ley admite expresamente la terminación convencional del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de la Administración (artículos 86.5 y 91.1 de la Ley 39/2015).

42. Sobre la necesidad o conveniencia de que el empleado público autor material del daño esté presente en el previo procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de la Administración, Cierco Seira (2023).

este segundo procedimiento son la Administración y su empleado. No lo es la víctima del daño.

Igual que hemos afirmado en relación con el primero de los requisitos, aquí también la consecuencia es que el pago de la indemnización por la Administración a la víctima debe haberse producido antes del inicio del procedimiento administrativo de ejercicio de la acción de regreso. A contrario, no constituye objeto de este procedimiento nada que tenga que ver con la indemnización a la víctima del daño.

En relación con el requisito del previo pago de la indemnización de la Administración a la víctima se suscitan algunas dudas que conviene despejar:

- 1) El daño indirecto al patrimonio administrativo constituye la habilitación legal para el ejercicio de la acción de regreso.

La conducta del empleado público, autor material de la lesión, es el origen de un doble daño. De entrada, de un daño directo a la víctima, cuya existencia habilita legalmente a imponer a la Administración la obligación de pagarle la indemnización correspondiente (tras seguirse un procedimiento administrativo o judicial). Además, en segundo lugar, de un daño indirecto a la Administración de la que forma parte el empleado público y que se ha visto obligada a pagar la indemnización a la víctima. En efecto, el pago efectivo de esa indemnización, con el consiguiente detrimento patrimonial, es lo que legalmente habilita a la Administración a ejercer la acción de regreso con la finalidad de imponer a su empleado la obligación de pagarle la indemnización correspondiente (tras seguirse el procedimiento administrativo de ejercicio de la acción de regreso). En definitiva, la existencia de ese daño indirecto, que solamente es real tras el pago efectivo de la indemnización a la víctima, es lo que constituye el fundamento del segundo requisito que estamos analizando en este apartado⁴³.

- 2) La exigencia del pago de la indemnización pretende evitar el enriquecimiento injusto de la Administración.

Que la ley subordine la posibilidad del ejercicio de la acción de regreso contra el empleado público a que la Administración haya pagado la indemnización a la víctima del daño, no es más que una

43. En este sentido, Fortes González (2014: 247).

cautela establecida por el legislador para evitar que pueda producirse un supuesto de enriquecimiento injusto de esa Administración. Esa cautela es lo que da sentido a la exigencia legal: se pretende impedir que la Administración obtenga de su empleado una cantidad que ella (todavía) no ha pagado a la víctima⁴⁴.

- 3) Pago de la indemnización o declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Cabe plantearse el interrogante acerca de si el requisito que estamos examinando se cumple solamente cuando la Administración realiza el pago a la víctima del daño, o bien es suficiente con el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración haya sido declarada, ya sea en vía administrativa o bien en vía judicial, con el consiguiente nacimiento de la obligación de pago de la indemnización. Pues bien, la respuesta es que no es suficiente con el reconocimiento del deber indemnizatorio, sino que, además, es preciso que la víctima haya efectivamente cobrado la indemnización. Es una opinión generalizada en la doctrina⁴⁵. Esta tesis encuentra su fundamento, de entrada, en la literalidad de las leyes que, como hemos dicho, de manera reiterada exigen este requisito (así, artículos 36.2, primer párrafo, de la Ley 40/2015, y 78.3 de la Ley 7/1985). Además, de manera complementaria, se sustenta en el hecho de que el daño indirecto en el patrimonio administrativo, que constituye el fundamento del ejercicio de la acción de regreso, no se hace efectivo hasta el momento del pago de la indemnización, en los términos ya explicados. Y por último, de manera coherente con lo que acaba de decirse, el riesgo arriba anunciado de que se produzca un enriquecimiento injusto de la Administración únicamente se eliminará con el pago efectivo de la indemnización a la víctima.

- 4) Pago fraccionado de la indemnización por la Administración a la víctima del daño.

La ley admite que la Administración pague la indemnización debida a la víctima del daño de forma fraccionada, mediante pagos

44. Se subraya este sentido de la exigencia legal en Mir Puigpelat (2002: 98).

45. Esta respuesta es defendida, entre otros, por Mir Puigpelat (2002: 98); y Fortes González (2014: 247-249).

fraccionados (artículo 34.4 de la Ley 40/2015)⁴⁶. En esta hipótesis son dos las dudas que se plantean en relación con el posterior ejercicio de la acción de regreso.

La primera es la determinación del momento en el que la Administración podrá ejercitar la acción de regreso contra el empleado público: desde que se haya abonado el primer pago o bien cuando se haya pagado la totalidad de la indemnización a la víctima. La regulación legal de la acción de regreso no ofrece una solución expresa. No obstante, lo más razonable es entender que puede ejercitarse desde el primer momento, esto es, la Administración puede repetir contra su empleado desde que haya realizado el primer pago periódico a la víctima del daño. La solución contraria comportaría retrasar excesivamente el momento de ejercicio de la acción de regreso, poniendo en riesgo la consecución de los fines que le son propios⁴⁷.

La segunda duda, vinculada con la anterior, es saber, en el supuesto de que la Administración esté pagando la indemnización a la víctima de forma fraccionada, si el empleado público puede también pagar fraccionadamente a la Administración su indemnización. Tampoco en este caso hay solución legal expresa. De todos modos, es igualmente razonable —y justo— reconocer esta posibilidad al empleado público: para evitar una situación de enriquecimiento injusto de la Administración, su empleado no debe estar obligado

46. Artículo 34.4 de la Ley 40/2015: “La indemnización procedente podrá [...] ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado”.

47. Esta es la tesis mantenida por Oriol Mir Puigpelat: “*Però què succeirà quan l'Administració no satisfaci la indemnització en un sol pagament, sinó de forma fraccionada (per exemple, pagant una pensió periòdica)? Quan podrà exercitar l'acció de regrés? En el moment en què faci el primer pagament o quan hagi pagat tot el deute? Ni l'LRJPAC ni l'RRP donen una resposta. Una interpretació rígida podria portar a entendre que l'Administració només podrà exercitar l'acció de regrés quan hagi pagat tot el deute. Sembla més raonable, tanmateix, en la meva opinió, entendre que l'Administració podrà repetir a partir del primer moment, és a dir, a partir del moment en què faci el primer pagament; el contrari podria portar a retardar excessivament l'exercici de l'acció de regrés, impedint que aquesta desenvolupés els seus benèfics efectes (reparació de l'Administració, prevenció de danys, control de la conducta dels funcionaris i agents). Això seria evident en el cas que l'Administració optés per una pensió periòdica: no tindria cap sentit que l'Administració no pogués repetir contra el funcionari o agent responsable fins que la víctima o els seus hereus deixessin de cobrar la pensió; podrien passar tants anys que el funcionari o agent responsable, mentrestant, podria haver deixat de treballar a l'Administració o fins i tot haver mort*”, en Mir Puigpelat (2002: 98).

a pagarle periódicamente una cantidad superior a la que la Administración esté pagando a la víctima del daño⁴⁸.

Un problema distinto es decidir si el empleado público puede pagar la indemnización de forma fraccionada, en la hipótesis de que la Administración no lo haya hecho así a la víctima del daño, esto es, que haya realizado el pago de una sola vez. De nuevo, no hay respuesta legal expresa. Pero entendemos que puede aplicarse aquí la solución prevista genéricamente por la ley cuando se contempla el pago de la indemnización por la Administración (artículo 34.4 de la Ley 40/2015): será posible “cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado”.

- 5) Sustitución de la indemnización por una compensación en especie de la Administración a la víctima del daño.

La ley admite que la Administración sustituya el pago de la indemnización a la víctima por una compensación en especie (artículo 34.4 de la Ley 40/2015)⁴⁹. En esta hipótesis, se plantea la duda de si puede ejercitarse la acción de regreso y, en caso afirmativo, el modo en que deberá hacerse. Ante la ausencia de previsión legal expresa, nuestra opinión es clara en el sentido de que la respuesta debe ser positiva. La peculiaridad, en estos casos, es que, durante la tramitación del procedimiento administrativo de ejercicio de la acción de regreso, deberán realizarse los trámites necesarios para valorar la reparación y cuantificar el importe de la indemnización debida por el empleado público⁵⁰. Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que el importe de la indemnización que debe pagar el empleado público puede no coincidir con el importe de la indemnización que pagó la Administración a la víctima o, en su caso, con el valor de la compensación en especie.

Un problema distinto es decidir si cabe sustituir la indemnización que debe pagar el empleado público por una compensación en especie a la Administración. Tampoco aquí hay respuesta legal ex-

48. Así se afirma en Mir Puigpelat (2002: 98). Se muestran de acuerdo con la tesis de este autor, en relación con las dudas indicadas sobre el pago fraccionado de la indemnización, entre otros, Díez Sánchez (2007: 223); y Fortes González (2014: 249).

49. Artículo 34.4 de la Ley 40/2015: “La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie [...], cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado”.

50. En este sentido, Fortes González (2014: 250).

presa. De nuevo, sin embargo, consideramos que puede aplicarse la solución prevista genéricamente por la ley para la Administración cuando se contempla la sustitución del pago de la indemnización por una compensación en especie (artículo 34.4 de la Ley 40/2015): será posible “cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado”.

- 6) Pago de la indemnización a la víctima del daño por un tercero. El caso del aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Cabe la posibilidad de que el pago de la indemnización a la víctima del daño no lo haga la Administración, sino un tercero. La principal hipótesis en que el pago por tercero tendrá lugar es aquella en que la Administración tenga asegurada su responsabilidad patrimonial. En ese caso, quien pagará la indemnización es la compañía de seguros.

Varios son los interrogantes que se plantean en la hipótesis descrita, esto es, la del pago de la indemnización a la víctima por la compañía de seguros. Encontrar una respuesta se dificulta por la falta de una regulación legal de esta cuestión⁵¹:

- a) Posibilidad de ejercicio de la acción de regreso por la Administración.

En el caso descrito, la Administración no puede ejercitar la acción de regreso. La razón es que no se cumple el requisito legalmente establecido —y que estamos analizando en este apartado— de que sea la Administración quien haya pagado la indemnización a la víctima. Ese requisito, en los términos establecidos en la ley, no solamente exige que el pago a la víctima se haya realizado, sino, además, que el sujeto que lo haya hecho sea la Administración. Y no cualquier Administración, sino justamente aquella en la que presta sus servicios el empleado público autor material del daño.

51. Los autores que han estudiado esta cuestión coinciden en destacar la insuficiencia del marco legal y defienden una clarificación mediante la oportuna reforma legislativa. En este sentido Mir Puigpelat (2002: 121); y Fortes González (2014: 207, 209).

En el supuesto que ahora examinamos tal cosa no sucede: el pago lo hace un tercero, la compañía de seguros de la Administración⁵².

- b) Posibilidad de ejercicio de la acción de regreso por la compañía de seguros.

Aceptado que la Administración no puede ejercer la acción de regreso, la cuestión que ahora se plantea es si ese ejercicio es posible por la compañía de seguros, puesto que es ella la que efectivamente ha realizado el pago de la indemnización a la víctima del daño. La respuesta debe ser necesariamente negativa. Es cierto que la compañía de seguros ha realizado el pago, pero no se cumplen otros requisitos esenciales de la acción de regreso. De entrada, la acción de regreso está reservada a un tipo concreto de sujetos, las Administraciones públicas, y la compañía de seguros no lo es. Además, es esencial que la acción se dirija contra los propios empleados del sujeto que paga la indemnización, cosa que no sucede si es la compañía de seguros que reclama contra los empleados públicos de la Administración asegurada. Dado este panorama, para que fuera admisible el ejercicio de la acción de regreso por la compañía aseguradora, en sustitución de la Administración asegurada, sería preciso que contase con una habilitación legal que, sin embargo, es inexistente⁵³.

- c) Posibilidad de subrogación de la compañía aseguradora en la posición de la Administración.

El párrafo primero del artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, reconoce a la compañía aseguradora el derecho a la subrogación en la posición del asegurado, de manera que podrá ejercitar los derechos y las acciones que, por razón del siniestro, correspondan al asegurado frente a las personas responsables, siempre con el límite de no superar el importe de la

52. Así lo sostienen Barcelona Llop (2000: 50); Mir Puigpelat (2002: 99, 120); y Fortes González (2014: 206).

53. Algun autor se ha manifestado favorable a que la ley permita a la compañía de seguros el ejercicio de la acción de regreso, aunque reconoce que, actualmente, esa habilitación legal no existe; Gamero Casado (1999: 376-377). La imposibilidad de ejercicio de la acción de regreso por la compañía de seguros es defendida de manera clara por Barcelona Llop (2000: nota 34 p. 50, nota 35 p. 51). Más dudas presenta Oriol Mir Puigpelat, según el cual parece que el hecho de haber satisfecho la indemnización a la víctima conlleva que la acción de regreso corresponda entonces a la compañía de seguros; en Mir Puigpelat (2002: 120).

indemnización⁵⁴. Pues bien, de la literalidad de este precepto legal, aplicado al caso que nos ocupa, parece derivarse que la compañía de seguros puede subrogarse en el ejercicio de la acción que tiene la Administración asegurada contra el empleado público autor material del daño⁵⁵.

Ahora bien, la lectura del párrafo primero debe completarse con lo establecido en el párrafo tercero del mismo artículo 43 de la Ley 50/1980. Este precepto limita el derecho de subrogación del asegurador, al disponer que no lo tendrá “contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la ley”⁵⁶. Y este es precisamente el supuesto de la responsabilidad patrimonial de la Administración: el empleado público es el autor material del daño y, por tanto, es la persona cuya actividad (acción u omisión) da origen al nacimiento de la responsabilidad del asegurado, esto es, de la Administración para la que trabaja. Siendo esto así, se concluye que, a pesar de haber pagado la indemnización a la víctima, la compañía de seguros no tendrá derecho a la subrogación contra el empleado público causante del daño.

Esta conclusión, sin embargo, debe ser rápidamente matizada, a la vista de que el citado párrafo tercero del artículo 43 de la Ley 50/1980, en su inciso final, recoge una excepción al límite indicado: la compañía aseguradora sí tendrá derecho a la subrogación contra esos sujetos si han actuado con dolo o bien si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro⁵⁷. Aplicándolo al caso que estamos examinando: la compañía aseguradora tendrá

54. Párrafo primero del artículo 43 de la Ley 50/1980: “El asegurador, una vez pagada la indemnización podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización”.

55. Afinando el análisis, cabría preguntarse si, produciéndose esa subrogación, la compañía de seguros estaría ejercitando la acción de regreso o bien una acción distinta. En cualquier caso, lo que queda claro es que el fundamento legal del ejercicio subrogado de la acción no derivaría de la legislación de procedimiento administrativo, en concreto, de la que regula la acción de regreso que se contempla únicamente para las Administraciones, sino de la legislación general sobre el contrato de seguro.

56. Párrafo tercero del artículo 43 de la Ley 50/1980: “El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado”.

57. Inciso final del párrafo tercero del artículo 43 de la Ley 50/1980: “Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada

derecho de subrogación contra el empleado público autor material del daño si actuó dolosamente o bien si tiene asegurada su propia responsabilidad. Son dos, por tanto, las excepciones. Y cada una de ellas plantea su propia problemática.

La primera excepción consiste en que la aseguradora de la Administración podrá dirigirse contra el empleado público “si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro”. En este caso, “la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato” (último inciso del párrafo tercero del artículo 43 de la Ley 50/1980). Esta afirmación legal, aplicada al caso que nos ocupa, presenta un problema interpretativo, puesto que no queda claro a qué responsabilidad se refiere (la de la Administración o la del empleado público), y, por tanto, a qué contrato de seguro se alude (el celebrado por la Administración o el que haya podido celebrar el propio empleado público). A partir de aquí son posibles dos interpretaciones. De entrada, entender que estamos ante esta excepción cuando exista un pacto expreso incluido en el contrato de seguro suscrito por la Administración, esto es, que se haya pactado expresamente en ese contrato la posibilidad de que la aseguradora se dirija contra el empleado público⁵⁸. Una segunda interpretación, en cambio, sostiene que el precepto legal se refiere a la hipótesis en la que el empleado público tenga asegurada su propia responsabilidad, de manera que, en este caso, la compañía aseguradora de la Administración podrá dirigirse contra el empleado público, en rigor, contra su propia aseguradora para reclamar la cantidad pagada a la víctima del daño⁵⁹.

La segunda excepción es que igualmente la aseguradora de la Administración podrá dirigirse contra el empleado público “si la responsabilidad proviene de dolo” (último inciso del párrafo tercero del artículo 43 de la Ley 50/1980). Nótese que, en este caso, se establece un régimen de responsabilidad más restrictivo que el previsto para el ejercicio de la acción de regreso de la Administración contra su empleado: es posible no solamente cuando haya dolo, sino también culpa o negligencia graves (artículos 36.2, párrafo primero, de la Ley 40/2015, y 78.3 de la Ley 7/1985). En otras palabras,

mediante un contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato”.

58. Esta parece ser la interpretación sostenida por Barcelona Llop (2000: 51).

59. Esta tesis es defendida, con apoyo en la interpretación que la doctrina privatista hace del artículo 43 de la Ley 50/1980, por Mir Puigpelat (2002: nota 29 pp. 120-121).

los supuestos en los que el empleado público responde se hacen depender de si su Administración ha contratado o no un seguro de responsabilidad patrimonial. Si no lo ha hecho, responderá frente a la Administración (acción de regreso) en caso de dolo, culpa o negligencia graves. Pero si ha contratado el seguro, responderá frente a la aseguradora (derecho de subrogación) solamente en caso de dolo, quedando exentos los casos de culpa o negligencia graves. Se introduce así un trato diferenciado en materia de responsabilidad patrimonial del empleado público cuya justificación es más que discutible y que, en todo caso, constituye un ejemplo más de la necesidad de una intervención legislativa clarificadora en esta materia⁶⁰.

d) Procedimiento para el ejercicio del derecho de subrogación de la compañía aseguradora de la Administración.

Hemos concluido que, al amparo del artículo 43 de la Ley 50/1980, la compañía aseguradora de la Administración puede dirigirse contra el empleado público en dos supuestos excepcionales: cuando la responsabilidad esté amparada mediante un contrato de seguro o bien cuando provenga de dolo. El problema que ahora se plantea es la determinación del procedimiento a través del cual la aseguradora deba ejercer su derecho de subrogación. De nuevo, no hay solución legal expresa y sí, en cambio, posiciones doctrinales no coincidentes⁶¹.

Para algunos autores, la compañía aseguradora debe ejercitar la acción subrogatoria contra el empleado público a través de un proceso judicial en la jurisdicción ordinaria, esto es, la civil. La razón es

60. "En términos institucionales, la situación resultante no es muy satisfactoria puesto que no se ve por qué un funcionario ha de estar más protegido que otro sólo porque la Administración pública en la que presta sus servicios haya concertado una póliza de seguros (lo que no es nada infrecuente). Pero, por otro lado, no hay que olvidar que la aseguradora ha percibido las primas correspondientes y que si tiene facilidades para repercutir el negocio le sale poco menos que redondo"; en Barcelona Llop (2000: 51). También en tono crítico, Oriol Mir Puigpelat sostiene que, con esta limitación de responsabilidad del empleado público, en caso de existencia de un contrato de seguro, "es burlarà de nou el mandat del legislador contingut a l'article 145 LRJPAC, fent que els funcionaris i agents públics esdevinguin pràcticament irresponsables quan l'Administració s'hagi assegurat (només respondran, davant l'asseguradora, en cas de dol)"; Mir Puigpelat (2002: 121). En estos casos, "la posición del funcionario asegurado sale reforzada, ya que la aseguradora solo podrá repercutir contra él cuando ha actuado dolosamente, a diferencia de lo que sucede con la acción administrativa de regreso, para cuyo ejercicio bastan culpa o negligencia graves"; en Fortes González (2014: 206-207).

61. Una descripción de estas posiciones doctrinales, en Fortes González (2014: 207-209).

que se trata de una acción civil, derivada de un contrato de naturaleza privada (el contrato de seguro), entre sujetos privados, y que, por tanto, debe ventilarse ante la jurisdicción ordinaria de conformidad con las reglas comunes⁶².

Para otros autores, en cambio, debe seguirse el procedimiento administrativo de ejercicio de la acción de regreso. Como la compañía aseguradora no puede ejercitar esta acción, la solución es reconocerle el derecho a iniciar ese procedimiento administrativo mediante una reclamación. Ahora bien, esta posibilidad no está actualmente prevista por la ley⁶³. Ante este inconveniente, cabe pensar que la aseguradora tenga que instar a la Administración para que sea ella la que inicie el procedimiento administrativo⁶⁴. Hay que advertir, no obstante, que ese “instar” tiene mal encaje con el dato legislativo de que el procedimiento administrativo de ejercicio de la acción de regreso únicamente puede iniciarse de oficio por la Administración (artículo 36.2, primer párrafo, de la Ley 40/2015). En todo caso, podría pensarse que, iniciado el procedimiento de oficio por la Administración, lo correcto sería que se emplazase a la aseguradora en su condición de interesada, para que pueda personarse, hacer alegaciones y recibir el reintegro de lo abonado⁶⁵. No debe olvidarse, sin embargo, el obstáculo no menor que supone para estas tesis la afirmación arriba hecha según la cual en estos casos, cuando ha sido la compañía aseguradora la que ha pagado la indemnización a la víctima, la Administración no puede ejercitar la acción de regreso y, por tanto, no puede iniciar el correspondiente procedimiento administrativo.

3.12. Carácter obligatorio o discrecional del ejercicio de la acción de regreso

En la actualidad, el ejercicio de la acción de regreso es obligatorio para la Administración. Esto significa que, si se cumplen los requisitos legalmente

62. Así lo defienden, con alguna divergencia en sus razonamientos, Barcelona Llop (2000: nota 34 pp. 50-51); Díez Sánchez (2007: 220); y Peña López (2005: 21-22).

63. Defiende esta tesis, aunque es consciente del obstáculo de la falta de reconocimiento legislativo, Gamero Casado (2013: 272-273).

64. Posición defendida por Huergo Lora (2002: 192-193).

65. Así se sostiene en Caraza Cristín (2004).

establecidos, el legislador impone a la Administración el ejercicio de la acción de regreso contra el empleado público⁶⁶.

La consecuencia del no ejercicio de la acción de regreso en el supuesto arriba descrito es que estaremos en presencia de una actuación ilegal de la Administración: por el incumplimiento de la obligación legalmente impuesta y, por tanto, la vulneración del artículo 36.2, primer párrafo, de la Ley 40/2015.

Esta consecuencia, sin embargo, debe ser inmediatamente matizada. O, si se prefiere, relativizada. La razón es que el párrafo segundo de ese mismo precepto legal establece un conjunto de criterios de modulación de la responsabilidad del empleado público (ya examinados en el apartado 2.6 de este cuestionario) cuya ponderación es legalmente obligatoria por la Administración⁶⁷. La Administración tiene un amplio margen de discrecionalidad en la aplicación de esos criterios. De esa aplicación puede resultar como efecto que la Administración decida no exigir responsabilidad al empleado público. Si toma esa decisión, con la justificación de esos criterios legales de modulación, no estaremos ante una actuación administrativa ilegal. Dicho de otra manera, la cobertura del segundo párrafo permite entender que no se incumple la obligación impuesta en el párrafo primero del reiterado artículo 36.2 de la Ley 40/2015.

4. Sujetos del mecanismo de regreso o repetición

4.1. Sujeto pasivo: legitimación pasiva en el ejercicio de la acción de regreso

La Administración ejerce la acción de regreso contra “sus autoridades y demás personal a su servicio” (artículo 36.2, primer párrafo, de la Ley 40/2015).

En relación con la legitimación pasiva en el ejercicio de la acción de regreso (sujeto pasivo) es de interés realizar las siguientes observaciones:

- 1) La amplia expresión utilizada por el legislador permite incluir dentro de la categoría de sujeto pasivo a toda clase de empleado público, esto es, de personas unidas por una relación de servicio con

66. Así se deriva claramente del artículo 36.2, párrafo primero, de la Ley 40/2015: cuando la Administración haya pagado la indemnización a la víctima, “exigirá de oficio” la responsabilidad en la que hubiera incurrido su empleado público. La utilización del imperativo (“exigirá”) no deja lugar a la duda.

67. Martín Rebollo (2005: 129); y Fortes González (2014: 219).

la Administración. Esto incluye: empleados públicos en situación estatutaria (funcionarios) y con relación laboral (contratados); empleados públicos que prestan sus servicios de manera interina o provisional (interinos); y electos, esto es, aquellos que ocupan el cargo como consecuencia de un proceso de elección popular. Siempre que, claro está, presten sus servicios en una entidad pública que tenga la calificación de Administración (como es el caso de los electos locales, es decir, los cargos electos en las Administraciones locales).

- 2) La regulación de la acción de regreso no establece ninguna distinción de régimen jurídico en atención al tipo de empleado público de que se trate.

También en relación con la legitimación pasiva (sujeto pasivo) se plantean los siguientes interrogantes:

- 1) La figura del funcionario de hecho. Se conoce como funcionario de hecho aquella persona que, sin un nombramiento válido, ejerce de buena fe las funciones públicas propias de un empleado público. El principal problema que se ha planteado es decidir si los actos dictados por un funcionario de hecho son válidos o inválidos. Para garantizar la seguridad jurídica y, sobre todo, para proteger a los particulares que pueden haber obtenido derechos de los actos dictados, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha afirmado la validez de esa actuación, siempre que se cumplan determinados requisitos. No tenemos conocimiento de ningún caso de ejercicio de la acción de regreso contra un funcionario de hecho. No obstante, parece razonable defender que sea posible. La Administración sí incurre en responsabilidad patrimonial por los daños causados por la actuación del funcionario de hecho y, por tanto, deberá pagar la indemnización a la víctima. En consecuencia, no es absurdo que la Administración pueda repetir contra el autor material del daño.
- 2) Los particulares que ejercen funciones públicas como colaboradores de la Administración. Es cada vez más frecuente que el ordenamiento jurídico habilite a particulares a ejercer funciones públicas como colaboradores de la Administración, que, en todo caso, retiene la titularidad de la función y conserva potestades de control y supervisión. Estos colaboradores privados pueden ser personas físicas, pero lo habitual es que sean personas jurídicas (las denominadas "entidades privadas colaboradoras de la Administración"

o ECA). Para poder actuar, el colaborador privado necesita contar con un título habilitante (por ejemplo, acreditación inicial de entidad de acreditación y posterior autorización de la Administración). Para conseguir esa habilitación, siempre se exige, entre otros requisitos, que el colaborador privado cuente con la cobertura de un seguro, fijándose una cuantía mínima asegurada. Por lo tanto, en el caso de que el colaborador privado cause un daño a un particular como consecuencia de su actuación, la compañía aseguradora responderá pagando la indemnización hasta el límite de la suma asegurada. El pago de la parte de la indemnización que exceda la suma asegurada —si es que tal cosa sucede— corresponderá al propio colaborador privado con la garantía de su patrimonio. En el caso de insolvencia, sin embargo, surge la discusión de si responde subsidiariamente la Administración titular de la función. En caso de respuesta afirmativa, aquí tampoco sería absurdo que la Administración pudiera repetir contra el colaborador privado (si bien, cabe recordar, se encontrará en situación de insolvencia)⁶⁸.

- 3) Jueces y magistrados integrantes del poder judicial. El ordenamiento jurídico establece un régimen específico y diferenciado de responsabilidad para estos sujetos (error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia). En cualquier caso, no entran dentro del sujeto pasivo (legitimación pasiva) de la acción de regreso.

4.2. Sujeto activo: legitimación activa para el ejercicio de la acción de regreso

El ejercicio de la acción de regreso se atribuye a “la Administración correspondiente” (artículo 36.2, primer párrafo, de la Ley 40/2015).

En relación con la legitimación activa para el ejercicio de la acción de regreso (sujeto activo) es de interés realizar las siguientes observaciones:

- 1) Solamente puede ejercitar la acción de regreso la “Administración”. A contrario, no está legitimada activamente cualquier otra entidad pública que no tenga la consideración jurídica de Administración pública. Todo ello sin perjuicio de los problemas que más abajo se apuntan.

68. Sobre esta cuestión, Galán Galán (2020: 53-73).

- 2) Solamente puede ejercitar la acción de regreso la Administración "correspondiente", es decir, aquella Administración que ha pagado la indemnización a la víctima y en la que preste sus servicios el empleado público autor material del daño. No puede hacerlo otra Administración en sustitución de ella. Así, por ejemplo, en el ordenamiento español no está previsto que esta acción sea ejercitada por una Administración especializada e independiente.
- 3) Puede ejercitar la acción de regreso cualquier tipo de Administración. En otras palabras, no se limita a una clase concreta. Así, por ejemplo, pueden ejercitárla las Administraciones locales, las autonómicas y la Administración General del Estado.
- 4) Dentro de la Administración correspondiente, la acción de regreso debe ser ejercitada por el órgano administrativo competente.
- 5) La Administración debe ejercitar la acción de regreso de oficio.

También en relación con la legitimación activa (sujeto activo) se plantean los siguientes interrogantes:

- 1) Legitimación para ejercer la acción de regreso en el caso de pago de la indemnización a la víctima por un tercero. El caso más habitual es que ese pago sea realizado por la compañía aseguradora de la Administración. Dado este supuesto, se discute si la legitimación para el ejercicio de la acción de regreso debe corresponder a la Administración (aunque no cumple el requisito de haber realizado el pago de la indemnización) o bien a la compañía de seguros (que no cumple el requisito de ser una Administración).
- 2) Legitimación para solicitar a la Administración el ejercicio de la acción de regreso. El ejercicio de la acción tiene carácter obligatorio y la Administración debe hacerlo de oficio. No obstante, en la práctica, es habitual la pasividad de la Administración. Dada esta realidad, la doctrina científica busca mecanismos legales para garantizar el ejercicio de la acción. Entre ellos, el reconocimiento de legitimación a determinados sujetos para solicitar a la Administración que ejerzte la acción y, en su caso, para poder interponer recurso judicial ante el tribunal contencioso-administrativo con la pretensión de que le obligue al ejercicio.

5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo

Para que prospere la acción de regreso ejercitada por la Administración es necesario que el empleado público autor material del daño haya actuado con dolo, culpa o negligencia graves.

La exigencia de este requisito viene establecida de manera expresa y reiterada por el ordenamiento jurídico. Así, con carácter general, para todas las Administraciones públicas, en el artículo 36.2, primer párrafo, de la Ley 40/2015⁶⁹. Y específicamente para las Administraciones locales, en el artículo 78.3 de la Ley 7/1985⁷⁰.

De este requisito legal pueden derivarse las siguientes consecuencias:

- 1) Elemento subjetivo para la exigencia de responsabilidad al empleado público. Para que nazca responsabilidad del empleado público no basta con que objetivamente haya causado materialmente el daño, sino que, además, se requiere un elemento subjetivo: que lo haya hecho mediando dolo, culpa o negligencia graves. En otras palabras, se configura un régimen de responsabilidad subjetiva y no objetiva.
- 2) Conducta cualificada para la exigencia de responsabilidad al empleado público. Solamente nacerá responsabilidad del empleado público cuando la causación del daño se deba a una conducta especialmente reprobable por su parte, en concreto: que haya actuado con dolo, culpa o negligencia graves. A contrario, no responde cuando, a pesar de ser el autor material del daño, haya actuado con culpa o negligencia no graves: los casos de culpa leve o culpa levensima. Por supuesto, no lo hará en aquellos casos en los que no haya dolo ni culpa. Tampoco en los supuestos de error.
- 3) Exigencia de responsabilidad del empleado público solamente en algunos casos —no todos— de funcionamiento anormal de los servi-

69. Artículo 36.2, primer párrafo, de la Ley 40/2015: “La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por *dolo, o culpa o negligencia graves*, previa instrucción del correspondiente procedimiento” (la cursiva es nuestra).

70. Artículo 78.3 de la Ley 7/1985: “Las corporaciones locales podrán exigir la responsabilidad de sus miembros cuando por *dolo o culpa grave*, hayan causado daños y perjuicios a la corporación o a terceros, si éstos hubiesen sido indemnizados por aquélla” (la cursiva es nuestra).

cios públicos. La Administración pública responde de los daños causados como consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos. En cambio, en el caso del empleado público, al exigirse el elemento subjetivo, nunca responderá en caso de funcionamiento normal del servicio. Y tampoco en todos los casos de funcionamiento anormal: únicamente en aquellos supuestos en los que la anormalidad en el funcionamiento del servicio se deba a la actuación dolosa, culposa o negligente graves del empleado público.

- 4) Cobertura a través de la responsabilidad de la Administración de los daños causados materialmente por el empleado público sin concurrir el elemento subjetivo. La víctima del daño siempre será indemnizada. Ello se garantiza a través de la responsabilidad patrimonial de la Administración: tiene la obligación de indemnizar el daño causado como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si es normal como anormal (responsabilidad objetiva). Por lo tanto, será la Administración la que cubra con su responsabilidad aquellos supuestos en los que el empleado público es autor material de un daño, pero no nace su responsabilidad por faltar el dolo, culpa o negligencia graves (los casos de culpa leve o levísima). La Administración pagará la indemnización a la víctima del daño, pero no prosperará el ejercicio de la acción de regreso contra el empleado público⁷¹.

La cobertura por la Administración de estos casos en los que no nace la responsabilidad personal del empleado público es consecuencia de una decisión consciente del legislador. En otras palabras, el legislador ha considerado oportuno que el empleado público no responda en casos de imprudencia leve. La garantía de indemnidad de la víctima que ha sufrido el daño obliga, por lo tanto, a que otro sujeto se haga cargo del pago de la indemnización: la Administración en la que presta sus servicios el empleado público autor material del daño. Lo que significa, en última instancia, que el coste de la reparación se hace recaer en los hombros del contribuyente. Dicho de otra manera más clara: las consecuencias económicas del daño causado por la actuación imprudente leve del empleado público no se hacen recaer sobre la víctima del daño ni sobre el empleado público autor material, sino sobre el conjunto de los ciudadanos que sufragan los presupuestos de la Administración.

71. En los casos "de culpa leve y levísima hay una franquicia para el funcionario, frente al cual no podrá repetir la Administración por lo que ésta ha pagado"; en Serrera Contreras (1993: 112).

Cabe preguntarse, entonces, por el fundamento de esa exoneración legal de responsabilidad del empleado público. La ley no lo explicita. Seguramente detrás de esta decisión hay razones de justicia material y de conveniencia, para evitar el temor a actuar de los empleados públicos que conlleve una paralización de la actividad administrativa y, con ello, el sacrificio del principio de eficacia de la Administración⁷².

- 5) Régimen de responsabilidad más flexible o privilegiado del empleado público, en comparación con el de la Administración y con el de los particulares. El legislador ha querido establecer un régimen de responsabilidad más favorable para el empleado público si lo comparamos con el propio de la Administración o bien con el general de los particulares.

La Administración tiene un régimen de responsabilidad objetiva: para que nazca su responsabilidad basta con la causación material del daño (funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos). Ese nacimiento no se condiciona a la concurrencia de ningún elemento subjetivo (dolo o culpa). En cambio, en el caso del empleado público la ley le atribuye un régimen de responsabilidad subjetiva: solamente responde si, además de ser el autor material del daño, ha actuado con dolo, culpa o negligencia graves.

El régimen general de responsabilidad civil de los particulares (esto es, el régimen de responsabilidad común) es, al igual que el propio de los empleados públicos, un régimen de responsabilidad subjetiva. La diferencia estriba en que, en el caso de los particulares, no se exige la cualificación de que la culpa o negligencia sea leve. Es decir, también responden en los casos de imprudencia leve.

6. La transmisibilidad de la responsabilidad

No está prevista expresamente en el ordenamiento jurídico la transmisibilidad *mortis causa* de la responsabilidad del empleado público y, por tanto, la posibilidad de ejercicio de la acción de regreso contra sus herederos.

72. "La finalidad no es otra que la de permitir un cierto margen de acción a los mismos [empleados públicos], por lo que los daños derivados de simples errores o imprudencias leves serán asumidos por la Administración. Pero el régimen administrativo no protege la intencionalidad en la causación del daño, o la gravedad de la culpa o negligencia del funcionario o agente en su actuación"; en Fortes González (2014: 256). "Que la Administración asuma la responsabilidad del funcionario cuando la culpa de éste fue leve o menos que leve, aparece como de evidente justicia"; en Serrera Contreras (1993: 115).

Como regla general, la aceptación de la herencia comporta la transmisión de la totalidad del patrimonio hereditario: no solamente del activo, sino también del pasivo. En consecuencia, el heredero también adquiere las deudas y obligaciones del causante. Como precaución, el ordenamiento prevé la posibilidad de que la aceptación de la herencia se pueda hacer “a beneficio de inventario”: la aceptación queda condicionada a que, después de determinado el patrimonio hereditario, el activo resulte mayor que el pasivo.

En aplicación también de las reglas generales, no se transmiten aquellos derechos y obligaciones que tengan carácter personalísimo. El ordenamiento no se pronuncia acerca de si tiene ese carácter personalísimo la obligación de pago de una indemnización nacida de un supuesto de responsabilidad patrimonial. Por otro lado, como son muy pocos los casos en los que efectivamente se ejercita la acción de regreso, no hay jurisprudencia que resuelva este interrogante. Además, no es una cuestión que haya sido objeto de examen por la doctrina científica española.

Sí está prevista expresamente la transmisión *mortis causa* en el caso de la responsabilidad contable. En concreto, en el artículo 38.5 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas: “Las responsabilidades, tanto directas como subsidiarias, se transmiten a los causahabientes de los responsables por la aceptación expresa o tácita de la herencia, pero sólo en la cuantía a que ascienda el importe líquido de la misma”.

7. Las consecuencias de la condena en regreso o repetición

7.1. Las consecuencias individuales de la condena

En relación con las consecuencias que la condena en regreso tiene para el empleado público, son de interés las consideraciones siguientes.

7.1.1. La condena como causa de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos

La cuestión que aquí se plantea es si la condena en repetición constituye, por sí misma, causa de inhabilitación del empleado público para el ejercicio de cargos públicos. La respuesta es que tal cosa no está prevista en el ordenamiento jurídico.

No obstante, hay que recordar que el ejercicio de la acción de regreso es compatible con el ejercicio de la potestad disciplinaria (sancionadora ad-

ministrativa) contra el empleado público. También lo es con la responsabilidad penal en que pueda haber incurrido con su actuación.

7.1.2. La condena como título ejecutivo

La resolución que pone fin al procedimiento administrativo de ejercicio de la acción de regreso es un acto ejecutivo, esto es, un título ejecutivo por sí mismo. En caso de que el destinatario se resista al cumplimiento voluntario, la Administración podrá utilizar los medios de ejecución forzosa previstos por la ley (artículos 100 y siguientes de la Ley 39/2015).

La regulación específica de la acción de regreso no establece ninguna especialidad en esta materia. Por lo tanto, son de aplicación las reglas generales del procedimiento administrativo (remisión expresa en artículo 36.4 de la Ley 40/2015).

7.1.3. La condena como causa de destitución o de terminación de la relación de empleo público

La cuestión que aquí se plantea es si la condena en repetición constituye, por sí misma, causa de destitución o de terminación de la relación de empleo público. La respuesta es que tal cosa no está prevista en el ordenamiento jurídico.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la acción de regreso es compatible con la exigencia de otros tipos de responsabilidad del empleado público (así, responsabilidad penal o responsabilidad disciplinaria –sancionadora administrativa–). En este sentido, es posible que la actuación del empleado puede ser constitutiva de infracción (penal o administrativa) que lleve aparejada como sanción (penal o administrativa) la separación del servicio.

7.1.4. La condena como causa de terminación del contrato público

En la hipótesis de que el empleado público condenado en regreso sea contratista de la Administración, la cuestión que se plantea es si dicha condena, por sí misma, constituye causa de terminación del contrato. La respuesta es que no está previsto expresamente en el ordenamiento jurídico. En concreto, la declaración de responsabilidad del empleado público como consecuencia del ejercicio de la acción de regreso, como tal:

- 1) No se recoge como un supuesto independiente de prohibición de contratar con la Administración (artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público).
- 2) No constituye una causa independiente de invalidez del contrato (artículos 38 a 40 de la Ley 9/2017).
- 3) No constituye causa independiente de extinción del contrato (artículo 209 de la Ley 9/2017).
- 4) No constituye causa independiente de resolución del contrato (artículo 211 de la Ley 9/2017).

7.2. Las consecuencias sistémicas de la condena

La doctrina científica se esfuerza en destacar las ventajas de la utilización de la acción de regreso y las razones que explican que, en la práctica, la Administración no la ejercite a pesar de su carácter obligatorio⁷³.

7.2.1. Ventajas de la utilización de la acción de regreso

La doctrina científica ha destacado las ventajas que supone el ejercicio de la acción de regreso por la Administración contra el empleado público y que, en general, pueden vincularse con las funciones que se le atribuyen:

- 1) Permite el cumplimiento de la función de reparación de la Administración. La Administración ha sufrido un “daño indirecto”, en la medida en que ha tenido que pagar la indemnización a la víctima. La acción de regreso permite reparar ese daño mediante la imposición al empleado público de la obligación de indemnizar a la Administración. De esta manera se consigue que no sea el conjunto de los ciudadanos, en su condición de contribuyentes que pagan impuestos, los que tengan que cargar con las consecuencias patrimoniales negativas de la conducta gravemente irregular del empleado público. En este sentido, la acción de regreso es un mecanismo pensado para defender el interés general.
- 2) Permite el cumplimiento de la función de prevención de daños. Que el empleado público responda previene que esa conducta gra-

73. Un estudio específico sobre esta cuestión, con abundante cita del posicionamiento de otros autores, en Doménech Pascual (2008).

vemente irregular se repita en el futuro. La responsabilidad es un potente incentivo para que el empleado público adopte las medidas necesarias para evitar la producción de daños similares. La inmunidad del empleado público, en cambio, perpetúa las condiciones que dieron origen a la producción del daño. Le desincentiva de adoptar un comportamiento atento y diligente. Si sabe de antemano que es irresponsable, puede tender a descuidar su conducta o rebajar el grado de diligencia exigible en el cumplimiento de sus funciones. Desde este punto de vista, la exigencia de responsabilidad patrimonial al empleado público, mediante el ejercicio de la acción de regreso, contribuye al correcto desarrollo de la actividad administrativa: a hacer realidad los principios de buena administración y de eficacia administrativa.

- 3) Permite el cumplimiento de la función de control. A través de la acción de regreso, la Administración puede controlar la actuación de sus empleados públicos. En efecto, al enjuiciar su responsabilidad, podrá controlar cómo ha actuado ese trabajador en concreto, y además, en conjunto, la unidad en la que se integra. Las conclusiones a las que se llegue pueden servir para introducir mejoras en el funcionamiento administrativo.

7.2.2. Razones que explican la falta de ejercicio por la Administración de la acción de regreso

La doctrina científica también ha especulado, puesto que no existe un estudio empírico en la materia, acerca de las razones que expliquen el hecho de que, en la práctica, la Administración no ejercite la acción de regreso. En breve, son las siguientes:

- 1) La inercia administrativa contraria a la figura de la responsabilidad patrimonial del empleado público.
- 2) Las resistencias corporativas o sindicales.
- 3) Los altos costos políticos que, en algunos casos, puede suponer el ejercicio de la acción de regreso. Especialmente cuando se exige responsabilidad a electos.
- 4) La mentalidad que impera en el ámbito de lo público (la filosofía pública). El empleado público que debe tomar la decisión de ejercer la acción de regreso contra otro empleado público tendrá

presente que lo que está en juego no es un interés suyo; en otras palabras, no se trata de reparar un daño propio. La defensa del interés general puede considerarse no prioritaria: la indemnización a la víctima se paga con dinero de todos ("disparar con pólvora del rey").

- 5) La habitual situación de insolvencia del empleado público. Es frecuente que sea muy elevado el importe del daño causado como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Así, es probable que el empleado público autor material del daño no tenga patrimonio propio suficiente para poder hacer frente al pago íntegro de la indemnización que corresponda.
- 6) El riesgo de potenciar un modelo de Administración defensiva. Ante el temor de incurrir en responsabilidad por su actuación, el empleado público incrementará su exigencia de prudencia: adoptará cautelas excesivas, a veces innecesarias y siempre caras. Tenderá a ser conservador, en absoluto innovador: se decantará siempre por las formas de actuación más conocidas y ya probadas. En última instancia, tenderá a inhibirse de tomar decisiones y actuar.
- 7) La pérdida de calidad del trabajador público. El riesgo de tener que hacer frente al pago de indemnizaciones que pueden ser muy elevadas, será un desincentivo para que los ciudadanos opten por ocupar puestos de trabajo en el sector público. Los más preparados y competentes fácilmente encontrarán colocación en el sector privado. La consecuencia, en última instancia, es que los empleos públicos tenderán a ser ocupados por los más insensatos o incompetentes.

8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición

8.1. Eficacia real de la acción de regreso

No existen datos empíricos sobre los casos de ejercicio de la acción de regreso en España: número, supuestos en que se ejercita y resultado del ejercicio. La única referencia son los casos en que se ha judicializado el conflicto y finalmente se ha dictado sentencia por un tribunal, que son muy pocos. En general, hay unanimidad en la doctrina científica a la hora de denunciar

que estamos en presencia de un mecanismo no utilizado por la Administración⁷⁴.

8.2. Mecanismos para hacer efectivo el regreso

La resolución que pone fin al procedimiento administrativo de ejercicio de la acción de regreso es un acto administrativo ejecutivo que, por tanto, puede ser objeto de las medidas de ejecución forzosa previstas en la ley.

Es una práctica bastante frecuente que los empleados públicos —o, al menos, algunos tipos de ellos— tengan contratados seguros de responsabilidad civil. En ese caso, será la compañía aseguradora la que asegurará la realización del pago de la indemnización a la Administración en la que preste sus servicios.

Hay que advertir que, en no pocas ocasiones, no es el empleado público, sino la misma Administración en la que trabaja, la que se encarga de pagar las primas del seguro del empleado público. En otras palabras, no es extraño que la Administración concierte simultáneamente dos tipos de seguros: uno para sí misma (cubre el riesgo de responsabilidad patrimonial de la Administración: la obligación de pago de la indemnización por la Administración a la víctima del daño) y otro para su empleado público (cubre el riesgo de responsabilidad patrimonial del empleado público autor material del daño: la obligación de pago de la indemnización por el empleado a su Administración). Como resulta evidente, si se da esta circunstancia, se coloca al empleado público en una situación muy cercana a la impunidad: el coste económico de la responsabilidad derivada de su actuación (causación de daños mediando dolo, culpa o negligencia graves) no es asumido por el asegurado (empleado público), sino por quien tiene derecho al cobro de la indemnización (Administración). En resumen, la Administración cobra (recibe la indemnización), pero también paga (las primas del seguro). En cualquier caso, debemos tener siempre en cuenta las cláusulas que se hayan pactado en el contrato de seguro. Por ejemplo, que se excluya de la cobertura la actuación dolosa del empleado público.

74. Sirva como ejemplo el ilustrativo título: “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, de Doménech Pascual (2008). Este autor califica la acción de regreso de “florero”. También es representativa la calificación como “ignota acción de regreso” realizada en Saura Fructuoso (2015).

8.3. **Medidas normativas para garantizar la eficacia de la acción de regreso**

El legislador es consciente del muy escaso uso que la Administración hace de la acción de regreso contra sus empleados públicos. Esta es la razón que explica algunas decisiones legislativas que pretenden incentivar la utilización de este mecanismo:

- 1) El reconocimiento legal, con gran amplitud, de la acción de regreso.
- 2) El carácter obligatorio para la Administración del ejercicio de la acción de regreso.
- 3) La previsión legal de que la acción de regreso deberá ser ejercitada de oficio por la Administración.
- 4) La compatibilidad del ejercicio de la acción de regreso con la posible exigencia de otros tipos de responsabilidad del empleado público: responsabilidad penal, responsabilidad disciplinaria (sancionadora administrativa) y responsabilidad contable.

A pesar de todas estas medidas legales de incentivo, la realidad es tózuda: sigue constatándose una generalizada pasividad de la Administración a la hora de ejercitar la acción de regreso. Por esta razón, en los términos ya examinados, la doctrina propone vías para garantizar ese ejercicio, principalmente mediante el reconocimiento de legitimación a determinados sujetos para solicitar a la Administración el ejercicio y, en su caso, para poder recurrir judicialmente ante los tribunales contencioso-administrativos con la pretensión de que obliguen a la Administración al ejercicio.

9. Conclusiones

La acción de regreso está expresamente reconocida y regulada con bastante detalle en el ordenamiento jurídico español. Ante la imposibilidad legal de que la víctima reclame directamente la responsabilidad del empleado público autor material de daño, el legislador prevé la acción de regreso y la configura de ejercicio obligatorio y de oficio por la Administración. A pesar de los diversos objetivos que pueden alcanzarse con dicho ejercicio, favorables todos ellos para el interés general, lo cierto es que, en la práctica, su utilización es muy reducida cuando no inexistente. La mirada a otros ordenamientos jurídicos pone de manifiesto que esta situación no siempre sucede. Es más, en otras experiencias comparadas el estado de la cuestión es bien

distinto, caracterizado por un alto grado de uso. Ello invita a reflexionar, de nuevo, sobre las causas que justifican la escasa eficacia práctica de este mecanismo jurídico en España. En efecto, si la decisión del legislador es mantenerlo, debe abordarse el estudio de las mejoras normativas y, seguramente, el cambio de prácticas administrativas que aseguren su eficacia.

10. Bibliografía

- Barcelona Llop, J. (2000). La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 105, 37-57.
- Blanquer Criado, D. (1997). *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Ponencia especial de Estudios del Consejo de Estado*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas.
- Caraza Cristín, M.ª del M. (2004). El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: ¿un tema completamente resuelto tras la reforma de la Ley Orgánica 19/2003? *Revista Andaluza de Administración Pública*, 54.
- Cierco Seira, C. (2023). *Acotaciones sobre la posición del empleado público, autor de la lesión, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial*. Barcelona: Generalitat de Cataluña.
- De la Vallina Velarde, J. L. (1997). Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 274-275, 331-360.
- Díez Sánchez, J. J. (2007). Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos. En J. A. Moreno Martínez (coord.). *La responsabilidad civil y su problemática actual* (pp. 205-234). Madrid: Dykinson.
- Doménech Pascual, G. (2008). Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 1-20.
- Fernández Ajenjo, J. A. (2005). La responsabilidad patrimonial de las autoridades y empleados públicos, en especial la responsabilidad contable derivada de la gestión financiera pública. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 13, 2179-2207.
- Fortes González, A. I. (2014). *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas*. Madrid: INAP.
- Galán Galán, A. (2020). La responsabilidad por los daños causados por la actuación de las entidades privadas colaboradoras de la Administración. En A. Galán Galán (dir.). *Entidades privadas colaboradoras de la Administración* (pp. 53-73). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Gamero Casado, E. (1999). Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 103, 357-381.
- (2013). El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En T. Quintana López (dir.). *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública* (tomo I, pp. 221-292). Valencia: Tirant lo Blanch.
- García-Álvarez García, G. (2009). La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas. En T. Quintana López (dir.). *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales* (tomo I, pp. 549-611). Valencia: Tirant lo Blanch.
- González Pérez, J. (2012). *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Pamplona: Civitas-Thomson.
- González Pérez, J. y González Navarro, F. (1993). *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común* (Ley 30/92, de 26 de noviembre). Madrid: Civitas.
- González-Berenguer Urrutia, J. L. (1962). Función pública y acciones de responsabilidad civil. *Revista de Administración Pública*, 39, 187-219.
- Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros, J. M. (2004a). La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas. *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, 257, 1-24.
- (2004b). La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas. En J. de Fuentes Bardají (dir.). *Manual de responsabilidad pública. Homenaje a Pedro González Gutiérrez-Barquín* (pp. 275-312). Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda y Ministerio de Justicia.
- Huergo Lora, A. (2002). *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*. Madrid: Marcial Pons.
- López Álvarez, E. (1999). Comentarios a los artículos 140 y siguientes de la LRJAE y PAC. En P. Sala Sánchez (coord.). *Comentarios a la reforma del procedimiento administrativo (Análisis de la Ley 4/1999)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Luque Torres, G. (1997). Notas sobre la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos. *Actualidad Civil*, 39, 1015-1029.
- Martín Rebollo, L. (2001). La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos). *Derecho y Salud*, 9 (1), 9-20.
- (2005). *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*. Madrid: Iustel.

- Martínez Novella, S. (2002). La responsabilidad civil, penal y administrativa de las autoridades y los funcionarios. *Cuadernos de Derecho Local*, 0, 75-96.
- Mir Puigpelat, O. (2002). Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l'Administració. *Revista Jurídica de Catalunya*, 4, 87-121.
- (2006). Sin opción. InDret. *Revista para el Análisis del Derecho*, 352, 1-6.
- Monedero Montero de Espinosa, J. I. (2003). La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas. *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 24, 247-262.
- Montoro Chiner, M.ª J. y Hill Prados, M.ª C. (2002). *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*. Barcelona: Atelier.
- Peña López, F. (2005). La vía de regreso: un medio a disposición de la Administración pública (y su aseguradora) para exigir responsabilidad civil a su personal. *Práctica de Derecho de Daños*, 30, 5-29.
- Rivero Ysern, E. (1973). La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración. *Revista de Estudios de la Vida Local*, 177, 1-27.
- Saura Fructuoso, C. (2015). La ignota acción de regreso de la Administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad. *Documentación Administrativa*, 2.
- Serrera Contreras, P. L. (1993). Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas. En AA. VV. *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (vol. II). Madrid: Ministerio de Justicia y Ministerio de la Presidencia.

Informe nacional de Francia

Rhita Bousta

Catedrática de Derecho Público.
Universidad de Lille

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición. 3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición. 4. Sujetos del mecanismo de regreso o repetición. 5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo. 6. La transmisibilidad de la responsabilidad. 7. Las consecuencias de la condena en regreso o repetición. 8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

1. Introducción

El tema de la acción de regreso (en francés: “*action récursoire*”) de la Administración pública contra el personal a su servicio está poco desarrollado en Francia, tanto a nivel normativo y jurisprudencial como a nivel doctrinal. Así pues, las fuentes bibliográficas de referencia son pocas y relativamente antiguas (Castagné, 1958; Roques, 1991; Bordier, 2008). Como consecuencia del rasgo principal del derecho administrativo francés, al saber el carácter principalmente jurisprudencial de las normas, este mecanismo se construyó

a través de las conclusiones de algunos *Commissaires de gouvernement*¹ a propósito de unos casos concretos de jurisprudencia, como veremos a continuación. Hoy en día, en la práctica, esta acción no es frecuentemente usada por las Administraciones públicas, lo que puede explicar la rareza de datos oficiales a la fecha de redacción de este informe (noviembre de 2024).

A pesar de este hecho, el tema se relaciona con la distinción clásica —y que ha dado lugar a investigaciones por parte de la doctrina francesa— entre la culpa personal (*faute personnelle*) y la culpa del servicio (*faute de service*)². Según las famosas palabras del *Commissaire de gouvernement* Édouard Laferrière sobre el caso “Laumonnier” (1877), se establece una falta del servicio cuando el acto lesivo es impersonal; por otra parte, hay falta personal cuando el acto lesivo es cometido por una persona, “con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias”³.

Esta distinción es fundamental para el tema de este informe: la posibilidad de acción de regreso de la Administración pública contra un agente público —que se ha permitido e introducido en Francia, como veremos a continuación, a partir de los años cincuenta— existe solamente en caso de falta personal, se acumule⁴ o no con una falta del servicio.

A modo de introducción, y con el objetivo de contextualizar el tema, se pueden añadir dos precisiones complementarias:

- Primero, esta acción se distingue de la de subrogación prevista en el art. 1346 del Código Civil, según el cual “la subrogación se efectúa por ministerio de la ley a favor de la persona que, teniendo un interés legítimo, paga, siempre que su pago libere al acreedor de la responsabilidad por la totalidad o parte de la deuda”. El mecanismo está también previsto en unas normas sectoriales, como en materia de seguridad social (reclamaciones de las cajas de seguridad social

1. Los *Commissaires de gouvernement* (desde 2009, llamados *Rapporteurs publics*) son miembros de los tribunales administrativos franceses que presentan, en audiencia pública y con total independencia, su opinión (llamada “*conclusions*”) sobre las cuestiones planteadas por las demandas y sobre las soluciones que estas reclaman. En otras palabras, deben proponer al juez una solución justificada según el derecho y los hechos del caso concreto.

2. TC, 30/07/1873, *Pelletier*.

3. En el marco de este informe, todas las traducciones del francés al español son nuestras.

4. CE, 3/02/1911, *Anguet*.

frente al tercero en el origen del daño de la víctima⁵) o en materia de educación pública⁶.

El principal criterio de distinción entre la acción de subrogación y la de regreso consiste en que la segunda es propia de la Administración e independiente del daño de la víctima, cuando la primera consiste en una sustitución en los derechos del acreedor/víctima por parte de la persona que ha saldado la deuda (aquí, la Administración).

Esta diferencia conceptual tiene consecuencias prácticas. A modo de ejemplo, al contrario de la acción de regreso, en caso de subrogación, estando la Administración sustituida en los derechos del subrogante, se beneficia de todas las cualidades inherentes al crédito, pero también soporta todas las excepciones y los medios de defensa. Además, en caso de subrogación, existe una deuda común y un principio de solidaridad entre las personas que la pagan⁷. Otro criterio de diferenciación: la subrogación puede ordenarse de oficio, contrariamente a la acción de regreso, que es siempre a iniciativa de la Administración. Finalmente, la subrogación está prohibida cuando el conflicto concierne a dos personas públicas⁸, al contrario de la acción de regreso, que está permitida en este caso.

Una vez diferenciadas las dos acciones, cabe precisar que se pueden acumular⁹. De todos modos, y para acabar con esta aclaración conceptual, no se suele hablar de “subrogación” cuando se trata de las relaciones entre la Administración pública y sus agentes.

- Por otra parte, la acción de regreso estudiada en este informe tiene un recíproco: la acción del agente público contra la Administración

5. Art. L376-1 del Código de la Seguridad Social: “[...] Las Cajas de la Seguridad Social están obligadas a conceder al asegurado o a sus derechohabientes las prestaciones previstas en el presente Libro y en el Libro I, salvo que recurran contra el responsable del accidente en las condiciones que se indican a continuación. [...] La acción de subrogación de las Cajas frente a terceros sólo se ejerce en lo que respecta a la indemnización cuya responsabilidad han asumido, con exclusión de los daños personales. [...]”. Véase también: CE, as. 19/05/2004, *Casse régionale d'assurance maladie d'IDF et Caisse primaire d'assurance maladie du Val de Marne c/ Truszowski*.

6. Art. L133-9 del Código de Educación: “La responsabilidad administrativa del Estado sustituye a la del municipio en todos los casos en que este último esté implicado debido a un acto perjudicial cometido o sufrido por un alumno como consecuencia de la organización o el funcionamiento del servicio de acogida. El Estado se subroga entonces en los derechos del municipio, en particular para ejercer las acciones de que dispone”.

7. CE, 1/10/1986, *M. Cales*, n.º 37618.

8. CE, sect., 28/10/1960, *Ministre des travaux publics c/ Commune de la Ricamarie*; CAA de Bordeaux, 2/07/2015, n.º 13BX01337.

9. CE, as. 9/1/2015, *SAS Construction mécaniques de Normandie*.

pública cuando el daño cuya reparación haya ordenado el tribunal judicial en primer lugar (responsabilidad civil):

- o Se deba exclusivamente a una falta del servicio público¹⁰. En tal caso, el reembolso por parte de la Administración es integral.
- o Se deba también a una falta del servicio público¹¹. En tal caso, el reembolso por parte de la Administración es parcial y, en general, se cobra la mitad de la indemnización. Esta hipótesis fue confirmada a través del famoso y triste asunto “Papon”, que había reconocido la responsabilidad no solamente de Papon, sino también de la Administración pública francesa, por haber facilitado las deportaciones durante el régimen de Vichy¹².

2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición

Originalmente, el mecanismo proviene del derecho privado, y en particular del art. 1317 del Código Civil francés, según el cual: “entre ellos, los deudores solidarios sólo aportan a la deuda la parte que les corresponde. El que haya pagado más de lo que le corresponda podrá recurrir contra los demás en proporción a su propia cuota”.

Ahora bien, a la hora de aplicar esta regla a la relación entre la Administración y sus agentes, hay que destacar una característica del derecho administrativo francés: sus reglas fundamentales se infieren más bien de la jurisprudencia que de las normas del derecho positivo. Así que cuando se abordan las normas del derecho administrativo francés, se suele decir que la primera de ellas es la jurisprudencia.

Así pues, no hay normas constitucionales sobre este tema en particular (de hecho, de forma más general y debido a la historia y cultura constitucional francesa, no hay ningún título de la Constitución actual de 1958 dedicado a la Administración pública). Tampoco existe un texto legal y general de derecho administrativo sobre la acción de regreso de la Administración pública; solo se encuentran algunas normas sectoriales que desarrollan la regla establecida por la jurisprudencia.

10. Art. 11 del Estatuto general de los funcionarios públicos (Ley de 13/07/1983). Esta regla tiene también el estatuto de principio general del derecho según la jurisprudencia administrativa (CE, sect. 26/04/1963, *CHR de Besançon*).

11. CE, as. 28/07/1951, *Delville*.

12. CE, as. 12/04/2002, *Papon*.

- El fundamento jurídico del mecanismo estudiado consiste, por lo tanto, en una decisión famosa del *Conseil d'État* del 28 de Julio de 1951 ("Laruelle"), que cambió una jurisprudencia anterior¹³ que prohibía a la Administración pública perseguir a su agente público, incluso cuando había cometido una falta personal.

Por lo tanto, desde 1951, cuando se acumulan faltas (personal/del servicio) en el origen de un mismo daño o cuando se acumulan responsabilidades (de la Administración y del agente)¹⁴, el reparto final de la indemnización se realiza entre la Administración y el agente público en proporción a la gravedad de sus respectivas faltas. En otras palabras, la Administración (*el solvens*) puede interponer una acción de regreso frente al agente cuando haya tenido que pagar la totalidad de la indemnización para indemnizar rápidamente o de forma eficaz a la víctima.

Siguiendo esta lógica, si el daño se debe a una sola falta personal, todos los gastos de reparación del daño correrán a cargo del agente público, y la Administración le podrá perseguir incluso después de que haya sido despedido de su empleo por haber cometido esta falta¹⁵. Esta regla de indemnización integral por parte del agente público vale también si la falta se ha calificado de "falta personal no totalmente ajena al servicio" (definiremos esta hipótesis con más detalle a continuación).

Cabe señalar que, por vía de acción de regreso, la Administración puede reclamar a su agente el reembolso de una indemnización resultante de un acuerdo amistoso (tipo transacción) pactado con la víctima, incluso cuando el agente no haya sido parte de este contrato¹⁶.

En caso de que haya más de una persona responsable de una falta personal (que haya un cúmulo con una falta del servicio o no), cada agente

13. CE, 28/03/1924, *Poursines*.

14. CE, 26/07/1918, *Epoux Lemonnier*, n.os 49595-55240. Esta sentencia permitió identificar una responsabilidad de la Administración por las faltas de sus agentes públicos (por eso hablamos de cúmulo de responsabilidades y no de faltas) para asegurarse de indemnizar a la víctima cuando el agente no es solvente. Véase también: CE, 18/11/1949, *Demoiselle Mimeur*.

15. CE 17/12/1999, *Moine*. En este caso emblemático, un teniente (*lieutenant*) había matado a un recluta (*appelé du contingent*) por un disparo ajeno a cualquier ejercicio organizado por su jerarquía. Después de haber indemnizado a los derechohabientes (*ayants-droits*) de la víctima, el Estado ejerció una acción de repetición para el rembolso de la integridad del pago (ya que era una falta manifiestamente grave y personal) contra el exteniente, porque, lógicamente, había sido excluido definitivamente del cuerpo militar por sanción disciplinaria, exclusión que ocurrió antes de la acción de repetición.

16. CE, 8/08/2008, *Mazière*, n.º 297044 ; CE, 12/12/2008, *Ministre de l'éducation nationale c/ MA*, n.º 296982.

público es responsable únicamente de la parte correspondiente a su participación. Por lo tanto, en derecho administrativo francés, no existe responsabilidad solidaria entre los coautores de la falta¹⁷.

- Aunque en Francia se refiere prioritariamente a la jurisprudencia “Laruelle” como fuente principal y general de la acción de regreso de la Administración contra el agente público, existen algunas normas sectoriales que desarrollan esta regla, como, por ejemplo:
- Art. L.911-4 del Código de Educación (acción de reposición de la Administración pública contra un agente público de la educación nacional, ya que los agentes públicos de este sector nunca pueden ser perseguidos directamente ante los tribunales civiles por la víctima o sus representantes por daños sufridos bajo su vigilancia)¹⁸.
- Art. L. 1142-21 del Código de la Salud Pública (acción de reposición de la Oficina Nacional de Indemnización por Accidentes Médicos, Enfermedades e Infecciones Nosocomiales, un establecimiento público nacional encargado de la indemnización de las víctimas de accidentes médicos¹⁹, contra, por ejemplo, un profesional en el origen de un incumplimiento manifiesto de las obligaciones establecidas por la normativa de lucha contra las infecciones nosocomiales).

3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición

- La acción de regreso adopta la forma de un título de ejecución (*titre exécutoire*) contra el agente. Un título de ejecución se analiza como un acto administrativo unilateral que establece una deuda líquida y exigible de la Administración pública y permite su cobro forzoso. En otras palabras,

17. Para un ejemplo reciente, véase: CE, 28/06/2019, *Baranès et syndicat SGEN-CFDT de l'académie de Versailles* (caso interesante de acoso moral y de varias faltas personales).

18. “En todos los casos en que la responsabilidad de los miembros del sistema público de educación se derive o esté relacionada con un acto lesivo cometido por alumnos o estudiantes que les hayan sido confiados en virtud de sus funciones, o en perjuicio de dichos alumnos o estudiantes en las mismas condiciones, la responsabilidad del Estado sustituye a la de dichos miembros del sistema educativo, que nunca podrán ser perseguidos ante los tribunales civiles por la víctima o sus representantes. Este es el caso siempre que, durante la escolaridad o fuera de ella, con fines de enseñanza o de educación física, no prohibidos por la reglamentación, los alumnos y estudiantes confiados de este modo a miembros del sistema público de enseñanza estén bajo la vigilancia de estos últimos. El Estado podrá interponer una acción de reposición contra el miembro del sistema público de educación o contra terceros, de conformidad con el derecho común”. Para un ejemplo, véase: CE, 13/07/2007, *Ministre de l'éducation nationale c/ Daniel K.*

19. <https://www.oniam.fr/>.

esta prerrogativa de la Administración pública permite convertir en deudores a los agentes públicos culpables de una falta personal. La Administración puede también pedir, en el mismo título, una indemnización por un daño material causado por la falta personal del agente (por ejemplo, en caso de que un vehículo de servicio haya sido estropeado)²⁰.

El título de ejecución se podrá emitir a partir del pago de la indemnización por parte de la Administración pública (fecha de creación de su creencia). La Administración dispone de cuatro años para exigir el pago o la ejecución de la orden a partir de la fecha en que esta sea ejecutiva²¹. Sin embargo, cabe señalar que unos actos (como los recordatorios o las intimaciones) pueden interrumpir o suspender el plazo de prescripción, y entonces ampliarlo.

- La vía judicial no es, entonces, necesaria. Este hecho explica, en parte, el número limitado de sentencias que versan sobre este tema en Francia. Esta constatación proviene también de una jurisprudencia antigua que prohíbe a la Administración acudir al juez para una medida que ella misma pueda tomar²², procurando así no congestionar a los tribunales.

Sin embargo, si el agente público quiere contestar el título de ejecución, deberá acudir al tribunal de lo contencioso-administrativo (en el plazo clásico para contestar los actos administrativos, a saber, 2 meses a partir de la notificación de este título)²³. Esta regla de competencia se deriva de una sentencia del Tribunal de los Conflictos que data del 26 de mayo de 1954 ("Moritz")²⁴.

Incluye una excepción: la acción de regreso de la Administración pública contra un magistrado del orden judicial, que ha cometido una falta personal en el origen del daño de la víctima, se tiene que contestar acudiendo al tribunal de lo civil y específicamente a la *Cour de Cassation*²⁵, sabiendo

20. TC, 22/11/1965, *Préfet de la Seine-Maritime*.

21. Art. L252-A del Libro de procedimientos fiscales; art. L.2321-1 del Código general de la propiedad de las personas públicas.

22. CE, 30/05/1913, *Préfet de l'Eure*.

23. Art. R.421-1 del Código de Justicia administrativa. El título de ejecución tendrá que indicar precisamente este plazo y la posibilidad de acudir al juez, según el art. R.421-5 CJA. En caso contrario, el plazo de 2 meses no se aplica, pero se impone un "plazo razonable" de un año máximo (CE, ass., 13/07/2016, Czabaj, n.º 387763), incluso cuando se haya acudido al juez de lo civil por error: CE, 9/03/2018, *Communauté d'agglomération du pays ajaccien*, n.º 401386.

24. Véase también, por ejemplo, CE 13/07/ 2007, Min. *Éducation nationale, enseignement et recherche*, n.o 297390.

25. Art. 11-1 de la Ordenanza n.º 58-1270, de 22/12/1958 (Ley 18/01/1979).

que en Francia, al contrario de en otros países como España, existen dos ordenamientos jurisdiccionales distintos y separados de forma institucional: el orden judicial (derecho privado), dominado por la Corte de Casación, y el orden de la jurisdicción administrativa, dominado por el *Conseil d'État*, la jurisdicción administrativa suprema.

De hecho, la doctrina francesa estaba dividida a la hora de designar al juez competente en caso de contestación de un título de ejecución de la Administración contra el personal a su servicio. G. Vedel (1954) destacó el hecho de que una acción de este tipo requería una evaluación de los papeles respectivos de la culpa personal y de la culpa del servicio, con lo cual la responsabilidad de un funcionario solo podía evaluarse analizando el funcionamiento del servicio. Consideraba entonces que, aunque ninguna solución era realmente satisfactoria, ya que se trataba de una operación mixta, era preferible que el juez de lo contencioso-administrativo fuese competente. Por el contrario, Chapus (1955) defendía que eran los tribunales de lo civil los que deberían ser competentes para pronunciarse sobre esos casos. En su opinión, se trataba de relaciones de derecho privado, ya que la falta personal se identifica con la responsabilidad civil, y debería simplemente aplicarse la misma jurisprudencia en caso de combinación de faltas (falta personal y falta del servicio).

- La responsabilidad civil de los agentes de la Administración pública se compromete en caso de falta personal, total o parcialmente desvinculada de la función/el servicio. Ahora bien, ¿cómo se define, en derecho francés, la culpa personal del agente público? Esta pregunta no es fácil de contestar, ya que se suele decir que esta categoría es “tan variada [como] la (mala) imaginación humana” (!). Incluye las imprudencias, las negligencias, la mala fe, la intención dolosa, el vicio, etc.

Se pueden clasificar los casos de falta personal a través de tres subcategorías:

- o la falta totalmente desvinculada del servicio²⁶;

26. Ejemplos: la falta cometida con un vehículo personal y entonces fuera de servicio: CE, 28/07/1951, *Sté Standard des Pétroles*; el incendio provocado voluntariamente por un bombero fuera de sus horarios de servicio: CE, 13/05/1991, *Société d'Assurance “Les Mutuelles unies”*; CE, 25/10/2006, n.º 286360, Michel C (comisario de policía que había prestado dinero a un colega que estaba de baja y que gestionaba un “club de swingers”...).

- la falta cometida con los medios del servicio, pero fuera del lugar y de los horarios laborales²⁷, o durante el servicio, pero con una voluntad de perjudicar, una mala intención deliberada²⁸ o una búsqueda de ventajas exclusivamente personales;
- la falta sobre pasando un cierto grado de gravedad²⁹.
- El reparto a *posteriori* de la indemnización, ya pagada a la víctima, entre la Administración y el agente público, resulta de un análisis que, inevitablemente, es discrecional. Para desarrollar este aspecto, es preciso distinguir, de una parte, al juez, que, en caso de contestación, llevará a cabo la acción, y, de otra parte, la *Administración pública* que la inicia.
 - La Administración pública tiene un cierto poder discrecional a la hora de designar al agente público responsable de una falta personal y entonces ejercer una acción de regreso contra él/ ella. Sin embargo, y a pesar de este poder discrecional, con los años, el mecanismo no se convirtió en arbitrio. Y tampoco se está usando con mucha frecuencia.
 - En caso de que se haya contestado el título de ejecución por vía judicial, el reparto final de la indemnización se realiza entre la Administración y el agente público en proporción a la gravedad de sus respectivas faltas. Así pues, si, según el juez, el daño se debe a una sola falta personal (y entonces no hay ninguna falta del servicio), todos los gastos de reparación del daño correrán a cargo del agente público³⁰.

En este análisis de la “gravedad” de cada conducta (la de la Administración pública/la del agente público), el juez tiene un margen de discrecio-

27. CE, as. 26/10/1973, *Sadoudi*, n.º 81977 (policía matando accidentalmente a alguien en su casa con su arma de servicio); CE, 23/12/1987, *Bachelier*.

28. TC, 2/06/1908, *Girodet* (lenguaje obsceno de un funcionario frente a algunos usuarios del servicio público); CE, 27/02/1981, n.º 13906, *Commune de Chonville-Malaumont* (incendio provocado por un bombero durante su servicio, pero después de haberse desviado del itinerario previsto); CE, 24/06/1954, *Dame veuve Litzler* (contrariamente a la hipótesis de la jurisprudencia “Sadoudi”, donde la muerte no fue intencional, asesinato cometido por un aduanero con uniforme y con su arma de servicio, fuera geográficamente del servicio); Cas. crim. 24/01/1974, *Bultheau*; Cas. crim. 10/02/2009, *Bruno*, n.º 08-84339 (violencia policial no justificada).

29. Cas. civ. 18/01/2023, n.º 21-13369 (falta grave de un médico de un hospital público); TA París, 16/02/1023, n.º 415863 (sexismo durante las entrevistas profesionales realizadas por un funcionario del Ministerio de Cultura francés).

30. CE, 17/12/1999, *Moine*.

nalidad. Entre otras cosas, tiene que tomar en consideración los intereses del servicio público y la necesidad de una buena administración, lo que da a este mecanismo una “coloración” disciplinaria. La gravedad de la falta y su calificación de “falta personal” se valorarán también a la vista de las funciones desempeñadas por el agente público³¹.

De forma más general, el juez de lo contencioso-administrativo vela por que se tome en consideración “la naturaleza de las relaciones existentes entre los agentes culpables y la Administración de la cual dependen”³² a la hora de determinar el daño causado a la Administración por los agentes. A través de esta tendencia jurisprudencial, se busca también que el agente no tema tomar iniciativas en su trabajo por miedo a tener que soportar plenamente el coste de un daño que la Administración no quiera asumir.

En otras palabras, el juez tiene que manejar un sutil equilibrio entre estas consideraciones internas del servicio y la necesidad de racionalización del presupuesto público.

- Finalmente, resulta necesario insistir sobre el hecho de que, en Francia, la acción de la Administración pública contra el agente no es obligatoria. Esta facultad ha sido contestada por algunos autores, entre los cuales unos maestros como Waline (1948) o Maestre (1974), que llamaban a sustituirla por una obligación, para la Administración, de acudir al juez. Se temía la inercia de la primera... Dado el imperativo de racionalización de los recursos públicos y de la Hacienda pública, algunos autores actuales defienden el mismo punto de vista y llaman a una reforma para que la acción de regreso de la Administración pública se convierta en una obligación (Leleu, 2014: 216; Jacquemet-Gauché y Belrhali, 2018: 2056; Belrhali, 2020: 437), y entonces, posiblemente, a que el juez de lo contencioso-administrativo la lleve a cabo de oficio.

Pero no se ha cambiado el sistema, como lo demuestra un dictamen reciente del *Conseil d'État* que data de 2023³³.

31. CE, 11/02/2015, n.º 372359.

32. CE, 6/05/1966, *Chedrua*.

33. CE, 5°-6° ch. réunies, avis, 20/01/2023, n.º 468190.

4. Sujetos del mecanismo de regreso o repetición

- En cuanto a los sujetos pasivos, la palabra usada por el derecho francés es “agente”, y no “funcionario”. Por lo tanto, en teoría, los sujetos pasivos de la acción de regreso son tanto funcionarios titulares o en prácticas como particulares trabajando sobre la base de un contrato de trabajo. El hecho de que el agente público sea elegido por voto popular no impide, en teoría, la acción de regreso de su Administración.

De hecho, la Administración puede interponer una acción de regreso hasta contra un particular que no ejerza ninguna función pública (por ejemplo, un médico liberal que ejerza dentro de un hospital público), si ha contribuido al daño de la víctima³⁴. En este caso, el juez competente será el juez de lo civil.

- En cuanto al sujeto activo, se trata del empleador público (Estado, colectividades locales, organismo público, etc.).

5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo

- La culpa calificada de “grave” no es un requisito estricto; la gravedad es evaluada en función de la importancia del deber o de la regla jurídica violada y de sus consecuencias prácticas. Efectivamente, recordamos que la culpa grave no es la única hipótesis de “culpa desvinculada del servicio” (que abre la posibilidad de acción de regreso), sabiendo que esta expresión (“faute personnelle détachable du service”) incluye también hechos que revelen intereses puramente privados o hechos que sean el resultado de una conducta incompatible con las obligaciones impuestas por el ejercicio de funciones públicas, sin que el estándar de “gravedad”, en estos dos últimos casos, esté siempre establecido³⁵ (véase §3).

Sin embargo, en la práctica, la gravedad es un elemento frecuentemente usado para establecer una “falta personal desvinculada del servicio”³⁶ o

34. CE, *ibidem*.

35. Para un recordatorio de esas tres hipótesis de culpa desvinculada del servicio, véase: CE, 30/12/2015, *Commune de Roquebrune-sur-Argens*, n.º 391798.

36. Véase, por ejemplo: según el CE, el daño de la víctima es “enteramente imputable a la falta personal cometida por el trabajador, la cual, por su gravedad, debe considerarse desvinculada del servicio”: CE, 2/03/2007, *Banque française commerciale de l'océan indien* (BFCOI), n.º 283257; CE, 13/02/1948, *Cie générale des eaux c/ Commune Calvire & Cuire*. Para la aplicación

para repartir la indemnización entre coautores del daño³⁷. Entonces, serán muy raros los casos en que la Administración persiga al funcionario por una culpa leve; y, en caso de que la culpa no sea grave, la acción de regreso estará siempre prohibida en presencia de otra falta del servicio³⁸.

La intención de cometer la falta personal (dolo) es también un elemento tomado en cuenta por el juez de lo contencioso-administrativo.

Finalmente, si la falta personal desvinculada del servicio por su gravedad consiste en un vicio de pura forma, este aspecto puede, según el caso, impedir la acción de regreso, porque el juez de lo contencioso-administrativo podría declarar el acto ilegal por vía de excepción³⁹.

- Sin que esta hipótesis pueda basarse en una jurisprudencia, una norma o unos datos concretos, se podría sugerir que la naturaleza pública de la actividad ejercida justifica la diferencia con la responsabilidad de los empleados privados, que responden también por los daños que causen con culpa leve.

Sin embargo, es interesante destacar que, en derecho administrativo, al contrario de en los empleos privados, existe una responsabilidad pública sin falta (*"responsabilité sans faute"*) basada en los conceptos de riesgo y de solidaridad. Este mecanismo excluye la posibilidad de acción de regreso de la Administración pública contra sus agentes: el juez repartirá directamente la cantidad a pagar correspondiente a la indemnización de la víctima entre ambos⁴⁰. A nuestro juicio, en este último caso, la situación del agente público parece menos “cómoda” que la de un empleado privado, que responde solo cuando haya cometido una culpa (que sea leve o grave).

- Ahora bien, el Código General de la Función pública (CCFP) prevé una protección del funcionario y de todos los agentes públicos en el ejercicio de sus funciones⁴¹. La familia del funcionario/agente público

de este estándar por el juez de lo civil, véase, por ejemplo: Cas. Civ. 18/01/2023, n.º 21-13369 (gravedad de las consecuencias de la falta).

37. CE, 22/03/1957, *Jeannier* (acción de repetición de la Administración contra diversos autores del daño, cada uno teniendo que pagar en función de la gravedad de su culpa); CE, 23/11/1966, *Houillères du bassin des Cévennes*.

38. TC, 22/11/1965, *Préfet de la Seine-Maritime*.

39. TA Marseille, 1/07/2008, *Cualino*, n.º 0707823 (error formal en un título de cobro del contable público, que el juez anula por ilegalidad, y entonces no permite una acción de repetición, aunque se trata de una falta personal).

40. CE, sect., 15/07/1959, *EDF c/ Cornut et Caisse régionale de Sécurité sociale du Sud-Est*.

41. Ordenanza n.º 2021-1574, de 24/11/2021, que consolida el régimen de la Ley de 13/07/1983, art. 11; arts. L.134-1 y ss. del Código. Tratándose de los funcionarios de la Policía y de otras áreas

está también protegida desde 2016 si es víctima de violencia, acoso o amenaza debidos a la función del funcionario/agente público⁴². Se generaliza esta protección al particular colaborando de forma temporal con un servicio público (“collaborateurs occasionnels du service public”) según la jurisprudencia⁴³.

Por lo tanto, la autoridad pública debe, en la medida en que no sea establecida ninguna falta personal del agente, cubrirle frente a las condenas civiles y penales que se le impongan. Esta regla existe también a nivel local⁴⁴, y constituye un “principio general del derecho”⁴⁵.

Cabe recordar, sin embargo, que la acción de regreso se basa en la existencia de una falta personal *desvinculada* de la falta del servicio. Por lo tanto, el impacto de la protección del funcionario sobre este mecanismo es muy relativo. Por ejemplo, el funcionario no será protegido cuando haya cometido una falta “voluntaria e inexcusable”⁴⁶. Quizás algunas disposiciones legales⁴⁷ y, sobre todo, la práctica (ciencia administrativa) podrían influir un poco sobre la frecuencia con que se use esta acción. Pero habrá que entrevistar a profesionales para confirmar esta hipótesis.

6. La transmisibilidad de la responsabilidad

En principio, la deuda resultante de la acción de regreso puede transmitirse a los herederos del funcionario, como cualquier otra deuda personal. La deuda solo será transmisible si se ha establecido antes del fallecimiento del funcionario. Las personas concernidas pueden renunciar a su herencia (pero, en este caso, se tiene que renunciar a la herencia entera, es decir, tanto a las deudas como a los activos): en este caso, no tendrán que pagar la deuda del funcionario fallecido.

relacionadas con la seguridad, véase el art. L.113-1 del Código de seguridad interior.

42. Ley de 20/04/2016.

43. CE, 13/01/2017.

44. Art. L.2123-34 del Código general de las colectividades territoriales.

45. CE, 8/06/2011; CE, 13/01/2017, n.º 386799.

46. Cas. crim. 14/06/2005, n.º 04-83574 (el hecho de que un policía haya violado de forma voluntaria e inexcusable sus obligaciones profesionales y deontológicas dentro de una comisaría no convierte esta falta personal en una falta de servicio).

47. Por ejemplo, según el art. L.134-5 del CGFP, “la autoridad pública está obligada a proteger a los funcionarios contra los ataques deliberados contra su persona, la violencia, el acoso, las amenazas, los insultos, las difamaciones o las injurias de que puedan ser víctimas sin que les sea imputable ninguna falta personal. Está obligada a indemnizar, en su caso, los daños y perjuicios resultantes”.

Si la Administración quiere hacer valer cualquier recurso contra los herederos, sería a través del mismo título de ejecución (*titre exécutoire*) —véase §3—.

7. Las consecuencias de la condena en regreso o repetición

- En cuanto a las **consecuencias individuales** de la acción de regreso, la condena presta mérito ejecutivo. Sin embargo, las personas condenadas no son automáticamente inhabilitadas para ejercer cargos públicos. Ahora bien, como en la mayoría de los casos se trata de culpas personales graves, no es imposible que se pronuncie dicha sanción, pero no tiene que ver con la acción de regreso, sino con una sanción disciplinaria o penal.

Por otra parte, la Administración podrá destituir al funcionario, usando su poder disciplinario y en función de la gravedad de la culpa. Pero esta decisión no se deriva de la existencia de una acción de regreso.

- En cuanto a las **consecuencias sistemáticas**, la acción de regreso puede generar un desincentivo para la toma de decisiones dentro de la Administración pública, al generar miedo en el órgano de decisión, quizás aún más para los agentes que no están “encima de la jerarquía”. Recordamos las palabras del *Commissaire de gouvernement* Kahn sobre el asunto “Jeannier” (1958: 38):

“Encima de la jerarquía, no se puede distinguir el agente de la función. Es de temer que su tribunal sea pronto invadido por un gran número de soldados y trompetas cuya culpa, en definitiva, habrá sido hacer en un día desafortunado lo que otros, colocados a la cabeza de la jerarquía, hacen todos los días con una alegría que nunca se discute”⁴⁸.

Se podría también plantear el riesgo de que la acción de regreso pueda conducir a que el agente de la Administración pública busque reducir los riesgos de ser condenado, en lugar de buscar satisfacer el interés público. Pero, otra vez, no se tiene que exagerar el impacto de esta acción, que sigue siendo usada de forma excepcional en Francia.

48. CE 22/03/1957, *Jeannier*. Acción de repetición de la Administración contra diversos autores del daño, cada uno teniendo que pagar en función de la gravedad de su culpa.

8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición

- Aunque se note una tendencia a facilitar el rembolso de la Administración pública (De Bernardinis, 2010), en Francia la acción de regreso sigue siendo excepcional (Belrhali, 2020: 199, 431). La gran mayoría de los casos famosos de jurisprudencia anteriormente citados (que datan de los años 50-70; y algunos más recientes) conciernen al Ministerio de la Defensa (Landais, 2013). Quizás la voluntad de moralización y el sentido del deber del funcionario son más fuertes en este sector.

Se observa también un número un poco más elevado de casos en el ámbito de las obras públicas (*travaux publics*). Sin embargo, en este último caso, la Administración no ejerce una acción de regreso contra un agente, sino contra una empresa privada o pública que ha llevado a cabo la construcción en el origen del daño.

- Para que se haga efectivo el pago de la condena, se suele acudir a los seguros de responsabilidad civil de los funcionarios, y si no se paga voluntariamente la cantidad reclamada, la Administración pública puede obtener un mandamiento de ejecución que le permite ejecutar la deuda.

Si todavía no se hace efectivo el pago, y antes de recurrir a medidas de ejecución forzosa, la Administración puede intentar llegar a un acuerdo amistoso con el funcionario público. Esto puede incluir calendarios de pago o la condonación parcial de la deuda.

Finalmente, existen medidas cautelares, como, por ejemplo, el embargo de sueldo (*"saisie sur salaire"*) (la Administración pública puede solicitar al tribunal una autorización para embargar el sueldo de un funcionario, lo que permite deducir directamente una parte del salario para reembolsar la deuda), el embargo de cuentas bancarias (*"saisie sur comptes bancaires"*) o el embargo de bienes (como último recurso, la Administración pública puede embargar los bienes muebles e inmuebles del funcionario para venderlos y recuperar el importe adeudado).

El funcionario tiene derecho a interponer un recurso contra estas medidas de ejecución ante el tribunal administrativo. Puede recurrir la decisión inicial o impugnar solamente las medidas de ejecución forzada.

9. Conclusiones

Tal como lo destaca este informe, el derecho francés ha integrado la acción de regreso de forma relativamente reciente, a través de la jurisprudencia del *Conseil d'État*, en los años cincuenta. Su rasgo principal consiste en no derivar de una obligación, sino de una simple facultad de la Administración, que ejerce su poder discrecional a través de un título de ejecución. En la práctica, este mecanismo sigue siendo raramente usado, lo que puede plantear problemas en cuanto al imperativo de racionalidad del presupuesto público, cada vez más intenso. En consecuencia, algunas voces actuales se han elevado para llamar a un cambio jurídico hacia una obligación de la Administración vigilada por el juez administrativo y/o una posibilidad, para los tribunales, de accionar el mecanismo de oficio. Sin embargo, a la fecha de este informe (noviembre de 2024), no se ha cambiado el derecho francés; es más: en un dictamen de 2023, el *Conseil d'État* ha confirmado el mantenimiento del derecho actual.

Además de constituir un peligro para la buena administración (eficiencia de los medios financieros), esta constatación podría romper con las expectativas de los ciudadanos franceses (ejemplaridad de los agentes públicos), sabiendo que este mecanismo se usa con más frecuencia cuando el servicio público o la obra pública son prestados por una empresa privada.

Efectivamente, y para abrir el tema a modo de conclusión, en el marco de un contrato de obras públicas (*marchés de travaux publics*) entre la Administración (“concédant”) y una empresa de construcción (“concessionnaire”), la primera, después de haber indemnizado a la víctima, puede ejercer una acción de reposición contra la empresa que está en el origen del daño⁴⁹. Es más: en materia de accidente de trabajo y de un daño causado al empleado de una empresa durante la construcción de una obra pública (*travaux publics*), el juez repartirá directamente y de oficio la indemnización debida al obrero entre la Administración (*maître d'ouvrage*) y su cocontratante (la empresa privada o pública), sin que se plantee ninguna acción de regreso, que además está prohibida en este caso particular⁵⁰.

49. Por ejemplo: CE, 26/05/1989, *Ville de Carcassonne*, n.º 63479. La responsabilidad se repartió a partes iguales entre la ciudad de Carcasona y la empresa, por incumplimiento de sus respectivas obligaciones, a raíz del derrumbe del muro de una vivienda situada en las obras de construcción de un aparcamiento municipal. El derrumbe fue provocado por los movimientos de tierra realizados por la empresa Escourrou, por cuenta de la ciudad de Carcasona: la ciudad de Carcasona interpuso entonces una acción de repetición contra la empresa.

50. Ley de 30/10/1946; CE, 15/07/1959, *EDF c/ veuve Cornut*.

Quizás el juez administrativo francés podría inspirarse en estas hipótesis y en otros países para abrir estos mecanismos a los casos de daños provocados por los agentes públicos, y así velar por una mejor gestión de los recursos públicos.

Finalmente, resultaría interesante desarrollar unas investigaciones a futuro, en relación con el tema de este informe. Se mencionarán aquí dos ejemplos.

En primer lugar: la posibilidad de acción de regreso de una colectividad pública contra otra colectividad pública, cuando las dos hayan concurrido a un servicio público y, por lo tanto, al daño de la víctima⁵¹. En Francia, en este caso tan peculiar, y al contrario de la acción de regreso contra un agente público, es obligatorio acudir al juez de lo contencioso-administrativo, porque un título de ejecución solo puede emitirse contra las personas privadas⁵². Más allá de cuestiones formales o de competencias jurisdiccionales, esta situación se aleja de las “relaciones peculiares” entre una Administración y sus agentes, y se puede suponer que las tendencias a “proteger” o “cubrir” las faltas serán distintas, especialmente si las Administraciones implicadas en el daño son de diferentes niveles territoriales...

Otro tema relacionado con este informe nos parece de interés. Sabiendo que los mecanismos de regreso y de subrogación son diferentes (como se ha mencionado en la introducción de este informe), sería útil explorar el segundo, especialmente en materia de salud pública. Así, el caso de la subrogación del ONIAM (organismo público de indemnización en el sector de la salud pública) previsto en el art. L.1142-15 del Código de la salud pública francesa ilustra perfectamente la discrepancia entre el derecho y la práctica. Según este artículo, el ONIAM se subroga en los derechos de la víctima para solicitar el rembolso al autor del daño (o a su seguro).

El papel del ONIAM fue, entre otros asuntos, muy importante durante la crisis sanitaria francesa —se podría hasta hablar de escándalo público— de transmisión del virus de la Hepatitis C a unos pacientes a través de la sangre (análisis, operaciones, etc.). Por ejemplo, durante el periodo 2011-2015, este organismo público había indemnizado a las víctimas por un total de 49,5 millones de euros. Sin embargo, como destacó el Tribunal de Cuentas en su informe de 2017, solo había pedido el rembolso de 19,5 millones de euros.

51. Por ejemplo: CE, 2/07/2010, n.º 323890.

52. CE, 31/05/2010, *Communauté d'agglomération Vichy Val d'Allier*, n.º 329483.

es decir, el 39 % de lo debido, por los seguros (311 asuntos, representando 30 millones de euros, estaban todavía pendientes) (Cour des Comptes, 2017: 86).

Para tratar de resolver este problema, se ha abierto recientemente la posibilidad de títulos ejecutivos (aquí llamados “*ordres de recouvrer*”), redactados por el ONIAM y similares a los que se han mencionado en este informe a propósito de la acción de regreso (antes, las demandas del ONIAM solo eran posibles a través de la vía judicial). El ONIAM ha intensificado entonces sus demandas. Lamentablemente, los seguros de los autores de los daños contestan casi siempre los títulos ejecutivos, acudiendo al juez⁵³... lo que demora el proceso.

Tantos temas y análisis vienen demostrando el interés científico y la riqueza del segundo encuentro organizado por la Red Académica Internacional de Control de la Administración. A nuestro juicio, el diálogo con otros órdenes jurídicos subraya la necesidad de desarrollar más este tema en Francia, tanto a nivel doctrinal como, quizás, a nivel normativo.

10. Bibliografía

- Belrhali, H. (2020). *Responsabilité administrative*. París: LGDJ.
- Bordier, D. (2008). La faute personnelle, l'agent public et les finances publiques. *Actualités Juridiques du Droit Administratif*, 42, 2319-2326.
- Castagné, A. (1958). Contribution à la théorie de la responsabilité des fonctionnaires à l'égard de l'administration en cas de cumul des responsabilités. *Revue du Droit Public*, 74, 676-737.
- Chapus, R. (1955). Notes sur l'arrêt du Tribunal des Conflits du 26 mai 1954, Moritz. *Recueil Dalloz*, 385-389.
- Cour des comptes. (2017). *Rapport public annuel*. Disponible en <https://www.ccomptes.fr/fr/publications/le-rapport-public-annuel-2017>.
- De Bernardinis, C. (2010). La responsabilisation accrue des agents publics en cas de faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions (commentaires sous CE, 8/08/2008, n° 297044 et 311386, M. Mazière). *La lettre juridique*, 320. Disponible en <https://www.lexbase.fr/article-juridique/3210539-jurisprudence-la-responsabilisation-accrue-des-agents-publics-en-cas-de-faute-personnelle-detachable>.
- Jacquemet-Gauché, A. y Belrhali, H. (2018). Trop ou trop peu de responsabilité. Deux voix critiquent deux voies. *Actualités Juridiques du Droit administratif*, 36, 2056-2061.

53. Por ejemplo: TA de Montreuil, 21/11/2019, n.º 1807785.

- Kahn, J. (1958). Conclusions sous l'arrêt du Conseil d'État du 22 mars 1957, Jeannier. *Recueil Sirey*, 1958, 32-40.
- Laferrière, E. (1877). Conclusions sous l'arrêt du Tribunal des Conflits du 5 mai 1877, Laumonnier. *Recueil Lebon*, 438-443.
- Landais, C. (2013). La prise en compte du risque indemnitaire par l'administration et les actions récursoires à l'égard des agents : le cas du ministère de la défense. *Revue Française d'Administration Publique*, 417, 603-609.
- Leleu, T. (2014). *Essai de restructuration de la responsabilité publique*. Paris: LGDJ.
- Maestre, J.-C. (1974). La responsabilité civile des agents publics à l'égard des collectivités publiques doit-elle être abandonnée ? En AA. VV. *Mélanges offerts à Marcel Waline: le juge et le droit public. Tome II* (pp. 575-594). París: LGDJ.
- Roques, F. (1991). L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité. *Actualités Juridiques du Droit Administratif*, 2, 75-90.
- Vedel, G. (1954). Note sur l'arrêt du Tribunal des conflits du 26 mai 1954, Moritz. *Semaines Juridiques – Générale*, 2, n.º 8334.
- Waline, M. (1948). De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour leurs fautes personnelles et des moyens d'y remédier. *Revue du Droit Public*, 2, 5-18.

Informe nacional de Italia

Gianluca Gardini

Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Ferrara

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición. 3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición. 4. Sujetos del mecanismo de regreso o repetición. 5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo. 6. La transmisibilidad de la responsabilidad. 7. Las consecuencias de la condena en regreso o repetición. 8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

1. Introducción

En el sistema italiano, la acción de regreso o repetición encuentra su antecedente lógico en la responsabilidad administrativa por daño a la Hacienda pública.

La responsabilidad administrativa se define como aquella forma particular de responsabilidad del agente público, obligado a compensar los daños causados a la institución a la que pertenece o a otro organismo público (incluida la Unión Europea) como consecuencia de las acciones u omisiones realizadas, con dolo o culpa, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas.

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en creer que la responsabilidad administrativa es conceptualmente similar a la responsabilidad civil, en el sentido de que existe la obligación de indemnizar “cualquier acto intencional o negligente que cause un daño injusto a otro” (art. 2043 del Código Civil), con la única diferencia de que el “autor” del daño es un empleado público, el “perjudicado” es un organismo público y la “relación jurídica” que vincula al autor del daño con la Administración es de tipo “orgánico”, es decir, de carácter público.

Con respecto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad administrativa, se ha sustentado doctrinalmente una visión tanto privada como pública: la primera se basa en el carácter compensatorio del recurso interpuesto ante el Tribunal de Cuentas por el daño a la Hacienda pública; la segunda encuentra su razón en la función no solo compensatoria, sino también sancionadora del juicio contable, y encuentra un fuerte argumento en el poder de reducción de la suma que indemnizar, que es una característica solo del juez contable. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la responsabilidad administrativa tiene una doble función, es decir, la restitución del daño económico sufrido por la Administración, pero también la preventión para evitar daños similares al erario (v. Tribunal Constitucional, 20 de noviembre de 1998, n.º 371). La presencia simultánea de estas dos funciones nos permite inclinarnos por su carácter público, dirigido a fines más allá del único fin civil-restaurativo.

Finalmente, el “carácter público” de la responsabilidad administrativa se evidencia en la “publicidad” y “obligatoriedad” de la actuación, teniendo en cuenta que esta se realiza ante un juez especial representado por el Tribunal de Cuentas (véase art. 103.2 Constitución italiana) a instancias del fiscal contable, titular único de la acción de tutela de la Hacienda pública, a quien la Administración tendrá que informar debidamente de cualquier tipo de daño o perjuicio recibido por sus agentes.

La doctrina y la jurisprudencia entienden por daño la reducción (*deminutio*) de cualquier elemento activo patrimonial y financiero de las entidades públicas, como consecuencia de la conducta ilícita del agente público. Esta *deminutio* incluye no solo la pérdida de dinero (daño emergente), sino también la pérdida de ganancias (lucro cesante), los gastos realizados sin ningún beneficio relacionado con estos gastos. Dado que la Administración pública no tiene como objetivo el lucro económico (entidades sin fines de lucro), sino la consecución de intereses generales de la comunidad, todo gasto público debe encontrar justificación y ser adecuado para la producción de un “servicio” público. Bajo esta perspectiva, el daño a la Hacienda

pública consiste en el desequilibrio que se produce entre los gastos efectuados y la falta de beneficio para la comunidad (véase C. Conti, sección Lombardía, 29 de enero de 2015, n.º 13).

Según la jurisprudencia contable, el daño público ha tenido tradicionalmente un contenido patrimonial, aunque el Tribunal de Cuentas ha interpretado ampliamente esta noción, equiparándola con el daño al interés general, al equilibrio económico y financiero de las autoridades estatales y locales. En la perspectiva contable/patrimonial, el daño se relaciona con el valor de la cosa destruida o perdida o con el monto de la suma indebidamente gastada.

El Tribunal de Cuentas está llamado a comprobar y cuantificar una pérdida financiera *cierta y actual*: estos requisitos deben verificarse en el momento de la sentencia, dada la irrelevancia de posibles recuperaciones posteriores, que eventualmente deberán tenerse en cuenta al ejecutar la decisión del mismo tribunal.

La responsabilidad administrativa encuentra su disciplina en la Ley de 14 de enero de 1994, n.º 20, tal como integrada por la Ley posterior de 20 de diciembre de 1996, n.º 639, con las cuales el legislador pretendía unificar los distintos regímenes jurídicos existentes en el pasado en materia de responsabilidad (arts. 82 y 83 del Real Decreto n.º 2440/1923; art. 52 del Real Decreto n.º 1914/1934; arts. 18-21 del Decreto Presidencial n.º 3/1957; art. 58 del Decreto Legislativo n.º 142/1990).

2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición

La responsabilidad administrativa por daño a la Hacienda pública tiene su referencia constitucional en el art. 28 de la Constitución, donde se establece lo siguiente: “Los funcionarios y empleados del Estado y de los organismos públicos son directamente responsables, según las leyes penales, civiles y administrativas, de los actos realizados con violación de derechos. En tales casos, la responsabilidad civil se extiende al Estado y a las otras entidades públicas”.

Según la norma constitucional, la responsabilidad del empleado público por daños a terceros se extiende también a la Administración a la que pertenece en virtud de la llamada “solidaridad pasiva” entre dos sujetos unidos por una relación orgánica (art. 28 Constitución; art. 22 Decreto Presidencial de 10 de enero de 1957, n.º 3).

La elaboración conceptual de esta norma en la Asamblea Constituyente fue difícil y debatida. En la doctrina se han sustentado interpretaciones opuestas: por un lado, la tesis de la “responsabilidad *directa*”, basada en la llamada “teoría orgánica” en la que la Administración pública es directamente responsable de los actos ilícitos de sus empleados en virtud de la “relación de identificación orgánica” que tiene con ellos, interrumpida solo por el acto ilícito intencional (malicioso) del empleado; por otro lado, la teoría de la “responsabilidad *indirecta*”, conforme al art. 2049 del Código Civil, según el cual la persona jurídica actúa por voluntad y actividad de personas físicas.

Fuera de la previsión de una responsabilidad solidaria entre el Estado y sus agentes, la Constitución italiana no prevé la posibilidad de perseguir la responsabilidad civil-personal de los agentes del Estado por los daños que estos hayan causado a particulares y que comprometan la responsabilidad del Estado. Por lo tanto, la acción de regreso o repetición se funda en el art. 1299 del Código Civil (según el cual el deudor solidario que ha pagado la totalidad de la deuda puede recuperar de los codeudores la parte de cada uno de ellos) y en la subrogación conforme a los arts. 1201 y 1203 del Código Civil, que establecen la toma de posesión del deudor solvente en el mismo derecho de crédito perteneciente al acreedor satisfecho.

La responsabilidad administrativa surge no solo en caso de daño sufrido *directamente* por la Administración, sino también en caso de daño sufrido *indirectamente* por esta, que fue citada ante el juez ordinario o administrativo para compensar al tercero perjudicado por el empleado público durante su actividad de servicio.

El daño indirecto existe siempre y cuando la Administración haya indemnizado al tercero por la lesión sufrida, incluso cuando la compensación se haya producido de forma extrajudicial o espontánea. Una vez pagada la suma al tercero perjudicado tras una sentencia de condena definitiva, la Administración tendrá que recuperar debidamente el importe, denunciando al autor material de la infracción ante el Tribunal de Cuentas.

El daño indirecto, según la orientación jurisprudencial predominante, se produce en el momento de la condena definitiva (y no del pago material de las sumas al tercero), y el plazo de prescripción de cinco años comienza a contar desde la firmeza de la sentencia contra la Administración pública. Solo con la formación de la *res iudicata* se puede considerar que el daño es jurídicamente cierto, es decir, que se ha producido “ciertamente”, lo que legitima y habilita al fiscal para actuar ante el Tribunal de Cuentas.

Observando el fenómeno desde el punto de vista del tercero perjudicado, este último podrá emprender acciones legales ante el juez ordinario (o ante el juez administrativo en las materias de su competencia exclusiva) también contra la Administración a la que pertenece el empleado, y no solo hacia este último. De hecho, según las estadísticas judiciales, normalmente es la Administración pública la que es demandada ante al juez por los daños causados a terceros, siendo mucho más solvente que sus empleados y debiendo la Administración responder incluso por negligencia leve (o mera negligencia) y no solo por negligencia grave como el empleado público.

Una vez que sea condenada por el juez civil (o administrativo en caso de competencia exclusiva), para la indemnización de los daños sufridos la Administración pública tiene diferentes soluciones: por un lado, tiene la obligación de denunciar el daño a la fiscalía regional del Tribunal de Cuentas, que actuará para su recuperación; por otro lado, puede (facultativamente) demandar el empleado ante el juez civil para compensar el desembolso indebido. Esta alternativa genera la llamada “doble vía”, es decir, el sistema binario de que dispone la Administración pública para recuperar el daño debido a la conducta ilícita del agente público, y que caracteriza de forma absolutamente peculiar el sistema italiano.

Según la jurisprudencia (incluso la del Tribunal Constitucional, véase sent. n.º 773 de 1988), cualquier iniciativa de compensación o de transacción emprendida ante al juez ordinario no perjudica la acción ante el Tribunal de Cuentas. El Tribunal de Cuentas puede extraer elementos útiles de la sentencia civil a efectos de determinar la responsabilidad administrativa, pero no está vinculado a ella, por lo que nada impide que el Tribunal de Cuentas evalúe los hechos de los que surgió el daño indirecto de forma distinta al juez civil. Es decir, en el caso del daño indirecto existe una clara distinción entre la acción de responsabilidad administrativa y la sentencia de daño civil, cuyo objeto es la violación del derecho del tercero. Para una cuidadosa reconstrucción de la indemnización por el llamado daño indirecto, véase Tenore (2018)¹.

1. Una importante evolución de la responsabilidad indirecta, acompañada de una orientación jurisprudencial ahora clara, indica que, si la Administración es condenada a indemnizar en vía civil o administrativa daños a situaciones “nuevas”, que antes no eran justiciables, detrás de las cuales hay intereses legítimos, ella deberá obligatoriamente actuar ante el Tribunal de Cuentas (con exclusión del juez civil) contra sus empleados que sean autores de dichas conductas ilícitas. Un caso relevante de daño indirecto “nuevo” es el que se origina a partir de sanciones pecuniarias administrativas impuestas por autoridades independientes (por ejemplo, autoridad *antitrust*) a otras Administraciones públicas por conductas ilícitas de sus directivos. Otro caso relevante es el llamado daño por soborno, concepto que indica el daño imputable a la entrega ilícita de dinero a favor de un funcionario público por parte de un tercero, en el

3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición

Con el Decreto Legislativo de 26 de agosto de 2016, n.º 174, dictado en cumplimiento de la delegación otorgada al Gobierno del art. 20 de la Ley de 7 de agosto de 2015, n.º 124, fue aprobado el Código del proceso ante el Tribunal de Cuentas (el llamado Código de Justicia Contable). El Código del proceso ante el Tribunal de Cuentas completa, tras la aprobación del Código de proceso administrativo, la codificación de procesos ante las jurisdicciones administrativas más importantes. Las afinidades con el Código del proceso administrativo se hacen evidentes en diversas disposiciones, especialmente en la primera parte; el texto, sin embargo, presenta elementos peculiares que lo distinguen claramente.

Comencemos por la titularidad de la iniciativa para el impulso del procedimiento de responsabilidad administrativa. El modelo italiano de responsabilidad administrativa confía a la fiscalía contable regional la iniciativa de la acción de indemnización. Esto representa un *unicum* en el panorama de las principales jurisdicciones, dado que en otros países la acción directa para recuperar daños y perjuicios causados a la Administración se deja a la iniciativa de esta última.

La Administración que sufre un daño cumple sustancialmente con sus deberes al denunciarlo ante el Tribunal de Cuentas; la actuación posterior queda reservada a la fiscalía contable, dejando indiferente a la entidad pública perjudicada. Este papel pasivo reservado a la Administración pública refleja en última instancia un concepto general de desconfianza hacia los aparatos públicos y su voluntad de reaccionar.

Esta solución no parece muy consistente. De hecho, sigue existiendo la impresión de que la actuación de los fiscales contables es a menudo tardía y episódica, y acaba dando lugar cada vez más a intervenciones con fines “ejemplares”, más que de carácter sistemático (no es casualidad que en la legislación reciente salgan multiplicadas las medidas sancionatorias). La marginalidad de los casos en los que hoy el daño a la Hacienda pública es identificado y efectivamente compensado debería cuestionar la utilidad

supuesto de que las sumas recibidas indebidamente por el funcionario tengan como contrapartida natural el otorgamiento de favoritismos y la comisión de irregularidades que tengan un impacto negativo para la Hacienda pública. Otra hipótesis frecuente y nueva de daño indirecto es la lesión relativa a la imagen de la Administración pública, tras comportamientos ilícitos de sus empleados y administradores en situaciones ocasionadas por el ejercicio de funciones de servicio.

de un modelo inquisitorio (a iniciativa de la fiscalía regional), cada vez más alejado de una lógica compensatoria.

La situación es aún peor si se valora la efectiva recuperación de los daños indirectos, conseguida a través de la acción de repetición. Baste decir que el número de citaciones destinadas a llevar a los funcionarios públicos ante el Tribunal de Cuentas por los daños que su conducta ha causado a terceros disminuye constantemente respecto al año 2008. Dentro de estos, los valores porcentuales anuales de las acciones de repetición están, en promedio, por debajo del 5 % del total de citaciones emitidas por las fiscalías regionales.

En tiempos más recientes, se ha destacado una tendencia razonable a reservar al Tribunal de Cuentas las cuestiones de responsabilidad administrativa y contable, atribuyendo al juez ordinario las demás competencias, menos cualificadas desde el punto de vista contable o más similares a otras funciones fisiológicamente ejercidas por el juez ordinario (pensemos en litigios de pensiones). Esta elección ha sido criticada por una parte de la doctrina (Clarich *et al.*, 2016), según la cual la responsabilidad por daños a la Hacienda pública es una responsabilidad civil, encaminada a restablecer la integridad financiera del organismo público, y, por tanto, el Tribunal civil no encontraría ninguna dificultad objetiva en aplicar las mismas reglas que se aplican por el Tribunal de Cuentas. Hasta el punto de que unos expertos, durante la reforma del proceso contable, incluso sostenían que la Administración pública debería emprender acciones de reparación de daños también ante el juez ordinario. En esta perspectiva, potenciando su papel activo, las Administraciones perjudicadas hubieran tenido la tarea de interponer, ante los jueces ordinarios, todas las acciones procesales adecuadas y necesarias para garantizar la reparación de los daños sufridos.

Esta línea afortunadamente no prevaleció, así que entre la competencia del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad administrativa y la jurisdicción ordinaria en materia de responsabilidad civil –incluso cuando insisten en el mismo hecho dañino– no existe una relación obligatoria, sino, viceversa, plena autonomía e independencia. Así que la dañada Administración pública, además de enviar la comunicación puntual de los daños a la fiscalía regional competente del Tribunal de Cuentas, puede (en el sentido de que es libre de) actuar de forma autónoma en los procedimientos civiles, para obtener la indemnización de los daños causados por agentes públicos; y también en los procedimientos penales, convirtiéndose así en una parte civil, para obtener una indemnización por el daño sufrido por una conducta constitutiva de delito, realizada en todo caso por agentes públicos. Con el

límite lógico de que, frente a la satisfacción plena y efectiva de la reclamación de indemnización por una jurisdicción, ya sea la ordinaria o la contable, la otra acción procesal se vuelve impracticable o inadmisible, por la falta del mismo interés en actuar y de acuerdo con la regla del *ne bis in idem*.

A favor de la competencia entre jurisdicciones, contable y ordinaria, existe una orientación jurisprudencial pacífica y constante de las secciones unidas de la Corte de Casación (*ex multis Corte di cassazione*, SS.UU., n.º 20434 de 2009). Es indudable, y al mismo tiempo muy atípico, que sigue existiendo competencia entre jurisdicciones, contable y ordinaria, para indemnizar los daños padecidos por la Administración pública. Esta posible competencia y suma de jurisdicciones ciertamente hace que el actual sistema legal italiano sea aún más excéntrico, en comparación con los sistemas extranjeros.

Ante esta posible suma de competencias, que opera sobre el mismo tema y sobre el mismo hecho lesivo, los funcionarios públicos padecen una altísima percepción de riesgo (para un análisis en profundidad de estos temas, véase G. Bottino, 2017). Una percepción que se vuelve aún más dramática ante el hecho de que, como veremos, el juez ordinario no puede hacer uso de la facultad de reducción otorgada al Tribunal de Cuentas, sino que debe condenar al funcionario a restablecer la integridad financiera del organismo público a través de una cuantificación exacta del daño sufrido por la Administración, sin posibilidad de reducir el *quantum* de la indemnización. Esta percepción genera miedo a actuar, y se convierte en una causa perniciosa que ralentiza los procesos de toma de decisiones y obstaculiza el buen funcionamiento de la actuación administrativa.

4. Sujetos del mecanismo de regreso o repetición

La competencia del Tribunal de Cuentas existe para las acciones de indemnización contra *todos los empleados* de las Administraciones públicas, tanto centrales como territoriales, incluidos los políticos y administradores que trabajan en los órganos de gobierno de las autoridades locales (por ejemplo, los consejeros regionales o municipales responsables de la mala gestión de las contribuciones públicas). En cambio, los miembros del Parlamento no están sujetos a responsabilidad administrativa ni a acción de repetición: de hecho, según el art. 68 de la Constitución, los miembros del Parlamento (en sentido estricto) no pueden ser considerados responsables de las opiniones expresadas y de los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones (la llamada inmunidad parlamentaria).

Además, el Tribunal de Cuentas tiene competencia sobre los *particulares* (profesionales autónomos, gestores de servicios públicos, concesionarios, etc.) que, por el incumplimiento de sus deberes derivados de la relación establecida con la Administración pública, hayan causado un daño a la Hacienda pública (por ejemplo, impago de impuestos de los encargados de la recaudación; recepción ilegítima de financiación pública para desastres naturales; uso ilegítimo de los fondos europeos, etc.).

En lo que respecta a las *empresas públicas*, durante muchos años la responsabilidad administrativa de los gestores y empleados de empresas públicas de capital mayoritariamente público fue afirmada tras una sentencia del Tribunal Constitucional, que consideró configurable la competencia del Tribunal de Cuentas en el caso de sociedades derivadas de la transformación de entes públicos económicos (ente Poste, Rai - Radiotelevisione Italiana, ENEL, Ferrocarriles del Estado, etc.). A raíz de esta decisión, la Corte de Casación determinó que el caso relativo a una empresa con participación pública mayoritaria, que opera en el ámbito de los servicios públicos, debe atribuirse a la jurisdicción contable, y los administradores de esta quedan sujetos a la competencia del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad administrativa. Luego, el legislador italiano intervino para someter plenamente la regulación de las empresas públicas al derecho civil, dando lugar a un verdadero cambio de tendencia: por un lado, el art. 1 de la Ley 241/1990, apdos. 1-bis y 1-ter, estableció que la Administración pública, en la adopción de actos de carácter no autoritario, actúa según las normas del derecho privado; por otro lado, el Texto Único de las Empresas Públicas (Decreto Legislativo de 19 de agosto de 2016, n.º 175) hizo explícito que, salvo en los casos de excepción específica por normas contenidas en el mismo decreto, se deben aplicar a las empresas públicas las normas sobre sociedades previstas en el Código Civil y las normas generales del derecho privado. Hoy en día, la derogación principal de la disciplina del Código Civil está representada por las sociedades *in house*, a cuyos empleados y directivos se les aplica una responsabilidad adicional (la administrativa por daños al erario) respecto a la del derecho común –de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia (en particular, empezando por Cas. civil, secc. un. 26283/2013)–, pero sin perder la aplicación del estatuto del empresario, en términos generales. Al revés, se hizo claro que el Tribunal de Cuentas no tiene competencia sobre los empleados públicos que han dejado su servicio, ni sobre las empresas que cotizan en bolsa, incluso si llevan dinero público en más del 50 %.

El mismo Texto Único de las Empresas Públicas de 2016 introdujo también una norma (art. 12) que establece un criterio diferente para la división

entre las jurisdicciones ordinaria y contable, ya señalado por la jurisprudencia y basado sustancialmente en la diferenciación entre daño a la empresa pública y daño directo al ente público que participa con su capital en la empresa: en la primera hipótesis la jurisdicción pertenece al juez ordinario, y en la segunda al Tribunal de Cuentas, que puede conocer de los litigios relativos al perjuicio al ente público causado por el gestor o empleado de la empresa pública “dentro de los límites de la cuota de participación pública” en esta última. Este mecanismo, como se subraya en la literatura, hace complejo poner de manifiesto la existencia de responsabilidad administrativa por daños a la Hacienda pública, identificar al juez competente y calcular la indemnización a pagar en caso de perjuicio causado por empleados y directivos de empresas públicas.

5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo

Uno de los cambios más significativos introducidos por la reforma de 1996 en la Ley núm. 20/1994 se refiere al elemento psicológico del ilícito contra la Administración (véase art. 3, apdo. 1, letra a, Ley n.º 639 de 1996). A partir de esta reforma, la responsabilidad administrativa se limita únicamente a las conductas realizadas con “dolo o negligencia grave”, generalizando así el régimen que antes estaba reservado a determinadas categorías de empleados públicos (conductores de vehículos y medios mecánicos, conductores de barcos y aviones, personal escolar, operadores sanitarios, etc.), en derogación del principio civil general de responsabilidad por “dolo o negligencia” (véase art. 2043 código civil).

Según Ulpiano, la negligencia grave es “la negligencia máxima, es decir, no entender lo que un empleado o agente público medio, asignado a las mismas tareas, es capaz de entender”. La evaluación de la culpa debe realizarse *ex ante*, y concretamente evitando limitaciones o condicionamientos —como hemos dicho— derivados de sentencias civiles o penales anteriores: se trata, por tanto, de un juicio que debe realizarse caso por caso, ontológicamente elástico, que no se presta a ser limitado por definiciones y tipificaciones jurídicas.

La jurisprudencia contable ha reconocido este elemento psicológico en el caso del error profesional inexcusable, que se produce cuando se trata de una percepción errónea de una realidad jurídica o fáctica que no podía entenderse de otra manera; cuando el error se debe a una evaluación del empleado que no tenga en cuenta instrucciones, directrices y prácticas; cuando la conducta ilícita sea consecuencia de la no adquisición de estas

instrucciones, directrices y prácticas ya existentes. De particular importancia desde este punto de vista es la responsabilidad de los órganos superiores de dirección (gerentes) por la *culpa in vigilando*, es decir, por el control omitido, inadecuado y tardío sobre la conducta de sus subordinados, lo que luego se traduce en daños para la Administración.

Con la reforma de 1996 se pretendía atenuar el umbral de la pena para evitar que el empleado público tuviera que responder por daños derivados de errores menores, como ya había sucedido con los ejercientes de profesiones intelectuales especialmente difíciles. No se puede descartar que la lógica de la norma incluya también el objetivo de mejorar la eficiencia y la productividad de la Administración, cuya consecución podría verse ralentizada por el temor a sanciones por errores marginales.

De hecho, esta limitación ha ampliado el ámbito de los daños legales o legítimos, es decir, aquellos daños que, como resultado de una negligencia leve, siguen estando a cargo de la Administración.

Desde un punto de vista teórico, la reducción del umbral de castigo puede ser aceptable (y compatible) para algunas categorías limitadas de empleados, expuestos a formas cada vez mayores de responsabilidad tras los cambios legislativos (pensemos, por ejemplo, en el personal directivo y altos cargos), pero ciertamente no para la mayoría de los empleados responsables de tareas puramente ejecutivas, sin discreción operativa, que quedan fuertemente desvinculados de responsabilidad por esta reforma (véase Tenore, 2018).

El propio Tribunal de Cuentas había dudado de la legitimidad constitucional de la limitación, por violación de los arts. 3, 11, 24, 81, 97 y 103 de la Constitución. Sin embargo, el Tribunal Constitucional se pronunció affirmando la plena legitimidad de la Ley de 1996, resultado de una elección razonable y no arbitraria del legislador, en armonía con la evolución normativa hacia la valorización de los resultados de la acción administrativa, cuya consecución probablemente se habría visto obstaculizada por el temor a la responsabilidad por *culpa levis* [véase Corte cost., sent. 371 de 1998].

La excepción a los criterios generales de responsabilidad establecidos por el Código Civil en favor de los empleados públicos se acentuó aún más con la legislación postpandemia. Para participar en el programa “Next Generation EU” (NGEU), con el que la Unión Europea pretende hacer frente a la grave crisis económica inducida por la pandemia de COVID-19, el Parlamento aprobó el 13 de julio de 2021, a propuesta del Consejo de Ministros,

el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia (más conocido por las siglas “PNRR”), que prevé una serie de reformas del sistema e importantes inversiones, apoyadas por aportes comunitarios. En el paquete de reformas de la Administración pública, encaminadas a la simplificación burocrática y la reducción de costes que actualmente pesan sobre las empresas y los ciudadanos, también se prevé, en referencia a los contratos públicos, la prórroga, hasta el final de 2024, de unas disposiciones de emergencia ya contenidas en el art. 21 del Decreto Legislativo de 16 de julio de 2020, n.º 76, cuyo objetivo era “limitar la responsabilidad por daños a la Hacienda pública a los casos en que la producción del daño sea dolosa por parte de quien actuó, con exclusión de los daños causados por omisión o inercia”.

Merece la pena destacar que, según la ley, hay dolo siempre que el agente público haya violado a sabiendas una obligación de servicio con la intención de producir el hecho dañoso (art. 21 Ley n.º 20 de 1994, que introduce la llamada concepción “criminal”). La limitación de responsabilidad prevista en la primera frase no se aplica a los daños causados por omisión o inercia del actor (el llamado “escudo fiscal”).

La ampliación de esta limitación temporal, que ya había suscitado fuertes dudas desde su introducción (Benigni, 2020; Ciaramella, 2020; Amante, 2021), parte de la evidente difusión de conductas inspiradas por el llamado “miedo a la firma”, concepto que identifica el miedo a incurrir en responsabilidad administrativa como una causa perniciosa que ralentiza los procesos de toma de decisiones de la alta dirección administrativa. Y, por tanto, un factor que obstaculiza el buen funcionamiento de la actuación administrativa (art. 97 Const.), que la propia responsabilidad salvaguardaría.

Con el objetivo de garantizar que “los empleados públicos tengan mayores riesgos de incurrir en responsabilidad administrativa en caso de no hacer (omisiones o inacción) que de hacer, donde la responsabilidad se limita al dolo”, el PNRR postergó, al menos hasta el final de 2024 (pero con mucha probabilidad esta limitación temporal va a convertirse en definitiva), la exención de responsabilidad por la gran mayoría de las infracciones, es decir, las cometidas con negligencia grave.

A este respecto, los primeros comentaristas (Benigni, 2020) ya han subrayado efectivamente los posibles problemas de aplicación inducidos por la lábil frontera existente entre conductas comisivas y omisivas en la actividad procedural administrativa (en referencia a la omisión de controles, precauciones, etc.): para las primeras, la responsabilidad se limita a la conducta dolosa; para las segundas, también incluye la negligencia grave.

Además, se plantearon dudas sobre la compatibilidad de la esperada atenuación del régimen de responsabilidad con los principios afirmados por el Tribunal Constitucional, que ya había identificado la negligencia grave como un delicado punto de equilibrio, “para que la perspectiva de responsabilidad, para los empleados y administradores públicos, vuelva motivo de estímulo y no de desincentivo” a administrar². De hecho, es difícil negar que la “minimización” de la responsabilidad administrativa está en la antítesis de la ética de la responsabilidad consagrada por la Constitución italiana (Gior-dano, 2021; Pagliarin, 2021).

Con la muy reciente sentencia n.º 132 de 16 de julio de 2024, el Tribunal Constitucional reconoce la validez temporal y específica de la norma en cuestión, subrayando la importancia de un equilibrio entre responsabilidad y funcionamiento en la Administración pública, y pide una reforma que haga que el sistema sea más coherente y adecuado a los cambios en curso. El Tribunal Constitucional reconoció que, en un contexto normal, una regulación que limitara la responsabilidad administrativa solo a los casos intencionales no sería razonable, ya que no desalentaría un comportamiento gravemente negligente. Sin embargo, también precisó que tal limitación puede estar justificada si se refiere a un número limitado de agentes públicos o a actividades específicas particularmente riesgosas, y, sobre todo, si tiene carácter temporal y se encuentra en un contexto excepcional. Ante la inminente expiración de la última prórroga de la limitación de la responsabilidad únicamente a los casos de dolo, el Tribunal Constitucional quiso instar al legislador a iniciar una reforma global de la responsabilidad administrativa, con el fin de restablecer la coherencia entre su disciplina y las transformaciones estructurales del modelo de administración y del contexto institucional, jurídico y social en el que opera.

6. La transmisibilidad de la responsabilidad

La responsabilidad administrativa por daños indirectos y la consecuente acción de repetición bien pueden aplicarse a los coautores juntos por vínculo de solidaridad, a los órganos colegiados, pero no a los herederos del autor del daño demandado ante los tribunales. En efecto, la responsabilidad administrativa surge claramente como una responsabilidad personal, como tal intransferible a los herederos (véase el art. 1, apdo. 1, Ley 20/1994).

2. Véase Corte Constitucional, sentencia n.º 371 de 1998, según la cual: “En la combinación de elementos restitutivos y disuasorios, la limitación de la responsabilidad administrativa a la negligencia grave responde únicamente al objetivo de determinar qué parte del riesgo de la actividad debe correr a cargo del aparato y qué parte del empleado”.

7. Las consecuencias de la condena en regreso o repetición

La condena tras una acción de repetición puede provocar la interrupción/suspensión o inhabilitación de los cargos públicos, la cesión o la terminación anticipada de la relación contractual con la Administración, la exclusión de las licitaciones para la adjudicación de contratos públicos siempre y cuando el acto ilícito que causó daños a terceros, más allá de ser un ilícito civil, pueda considerarse como una conducta constitutiva de delito penal.

Además de consecuencias individuales, la condena en regreso o repetición puede también generar consecuencias sistémicas. La acción de regreso genera miedo en los funcionarios públicos, especialmente en los altos cargos, que después de la reforma de 1993 llevan la responsabilidad de todos los actos de actuación y gestión administrativa asumidos por la entidad pública, mientras que a los órganos políticos les pertenecen solo la dirección y el control sobre la gestión. Bajo esta perspectiva, la acción de regreso puede ser vista como una causa perniciosa que ralentiza los procesos de toma de decisiones de la alta dirección administrativa, y, por tanto, un factor que obstaculiza el buen funcionamiento de la actuación administrativa, que la propia responsabilidad salvaguardaría.

Para evitar comportamientos defensivos por parte de los agentes públicos (fenómeno conocido como “administración defensiva”), como hemos visto, el legislador italiano introdujo inicialmente limitaciones de responsabilidad para algunas categorías de funcionarios, punibles solo en caso de negligencia grave; limitaciones que luego fueron extendidas a todos los empleados públicos, circunscribiendo la responsabilidad administrativa únicamente a los casos de actividad comisiva dolosa.

La ampliación del “escudo fiscal”, ya puesta de relieve, supeditando la represión de las infracciones contables a la necesaria demostración de la intención del hecho dañoso y limitando la responsabilidad por negligencia grave únicamente a los delitos de omisión, que constituyen la absoluta minoría de casos, sin duda corre el riesgo de comprometer la eficacia del control judicial sobre la gestión sana y correcta de los recursos (incluso los procedentes del presupuesto de la UE), neutralizando una salvaguardia fundamental de la legalidad sobre el uso correcto y rentable de los recursos relacionados con el PNRR. Ante la llegada de una cantidad tan enorme de recursos, la reducción del efecto disuasorio asociado a la limitación de la responsabilidad administrativa corre incluso el riesgo de fomentar, aunque sea de forma no intencionada, el uso indebido de los propios recursos, ali-

mentando posibles dinámicas de corrupción, o de exponerlos a los apetitos del crimen organizado.

Asimismo, la atenuación de los controles contables jurisdiccionales corre el riesgo de anular los mismos principios de buen desempeño que inspiraron la reforma, dando lugar a una reducción de los estándares de diligencia y prudencia exigidos por quienes administran recursos públicos.

Sin hablar de los problemas de igualdad de trato entre ciudadanos y trabajadores, públicos y privados, que este tipo de derogación plantea.

Por este motivo, dada la competencia entre la jurisdicción contable y la civil en caso de daño a la Administración a la que pertenecen, las Administraciones públicas optan cada vez más por actuar ante el juez civil para la reparación de daño, frente al cual se aplica el art. 2043 del Código Civil (responsabilidad aquiliana), que prevé la obligación de indemnizar integralmente daños y perjuicios por actos injustos cometidos con dolo o negligencia (incluso leve), sin posibilidad de aplicar la facultad de reducir el *quantum* a indemnizar.

Debido a estas consecuencias sistémicas, el Tribunal Constitucional, con la muy reciente sentencia n.º 132, de 16 de julio de 2024, puso de relieve la importancia de un equilibrio entre responsabilidad y funcionamiento en la Administración pública, animando al Parlamento para que introduzca una reforma más coherente y adecuada a los cambios en curso.

8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición

El número de citaciones destinadas a llevar a los funcionarios públicos ante el Tribunal de Cuentas por los daños que su conducta ha causado a terceros disminuye constantemente a partir del año 2008. Se trata, como se ha explicado, de un daño ya indemnizado directamente por las Administraciones públicas, y que debe estar a cargo de los funcionarios públicos que lo causaron, como “daño indirecto”.

Hoy en día, los valores porcentuales anuales de las acciones de regreso están, en promedio, por debajo del 5 % del total de citaciones emitidas por las fiscalías regionales. El riesgo es que este porcentaje disminuya aún más debido al escudo fiscal, y que luego las acciones de regreso encuentren salida, como reacción, ante el juez civil, que tiene competencia concurrente sobre este tipo de daños.

9. Conclusiones

Ante la inminente llegada de una enorme cantidad de recursos al sistema económico nacional vinculados al programa “Next Generation EU” (NGEU), con el que la Unión Europea pretende hacer frente a la grave crisis económica inducida por la pandemia de COVID-19, la mencionada provisión de ultraactividad del escudo fiscal, en decreto de emergencia anunciado por el PNRR, corre el riesgo de dar lugar a un grave debilitamiento de la legalidad y del correcto uso de los recursos públicos, que impone la propia normativa comunitaria, incluida la que establece el dispositivo de recuperación y resiliencia.

Se evidencia el debilitamiento del control judicial independiente, cuyo objetivo es garantizar el uso correcto y la buena gestión de los recursos asignados en el presupuesto comunitario, así como evitar la corrupción y los fenómenos desviados que la caracterizan: en primer lugar, el fraude y los conflictos de intereses. La anunciada extensión del “escudo fiscal”, supeditando la represión de las infracciones contables intencionadas a la necesaria demostración de la intención del hecho dañoso, y limitando la responsabilidad por negligencia grave únicamente a los delitos de omisión, que constituyen la absoluta minoría de casos, sin duda corre el riesgo de comprometer la eficacia del control judicial sobre la gestión sana y correcta de los recursos procedentes del presupuesto de la UE, y neutraliza una salvaguardia fundamental de la legalidad sobre el uso correcto y rentable de los recursos relacionados con el PNRR.

Asimismo, la atenuación de los controles contables jurisdiccionales corre el riesgo de anular los propios principios de buen desempeño que inspiraron la reforma, dando lugar a una reducción de los estándares de diligencia y prudencia exigidos por quienes administran recursos públicos. Ante la llegada de una cantidad tan enorme de recursos, esta limitación corre incluso el riesgo de fomentar, aunque sea de forma no intencionada, el uso indebido de los propios recursos, alimentando posibles dinámicas de corrupción, o de exponerlos a los apetitos del crimen organizado.

Por cierto, la reducción de las salvaguardias fundamentales de legalidad tiene un impacto muy negativo en las estrategias de prevención de la corrupción implementadas en los últimos años, creando grandes áreas de de-responsabilidad y de impunidad, cuyos efectos nocivos acabarán trasladándose a la comunidad. Sin dejar de lado los problemas de igualdad de trato entre ciudadanos y trabajadores, públicos y privados, que este tipo de derogación plantea.

El mecanismo del llamado “escudo fiscal” plantea varias dudas sobre su eficacia, no solo sobre su legitimidad. De hecho, la doctrina ha puesto de relieve la inutilidad de eliminar la responsabilidad por negligencia grave en un sistema “binario” en el que se puede actuar para la indemnización de daños a la Hacienda pública a través de la justicia civil.

Dada la competencia entre la jurisdicción contable y la civil en caso de daño a la Administración a la que pertenecen, las Administraciones optan cada vez más por actuar ante el juez civil para la reparación de daño, frente al cual se aplica el art. 2043 del Código Civil (responsabilidad aquiliana), que prevé la obligación de indemnizar daños y perjuicios por actos injustos cometidos con dolo o negligencia, y sin posibilidad de reducir el *quantum*.

Cuanto antes se retire esta disposición derogatoria (la que introduce el escudo fiscal, precisamente), destinada específicamente a los empleados públicos, mejor será para el sistema italiano, cuyo régimen de responsabilidad debe regirse por normas racionales, efectivas y, sobre todo, coherentes.

10. Bibliografía

- Amante, E. (2021). La “nuova” responsabilità amministrativa a seguito del dl n. 76 del 2020. *Urbanistica e appalti*, 1.
- Atelli, M., Capalbo, F., Grasso, P., Montella, U., Perrotta, D. y Schülmers Von Pernwerth, R. (2020). Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto-legge semplificazioni fra contraddizioni ed incoerenze di sistema. *Rivista Corte dei Conti*, 6.
- Benigni, A. (2020). Prima lettura del dl n. 76/2020 tra formante legislativo ed interpretazione costituzionalmente orientata. *Rivista Corte conti*, 55.
- Bottino, G. (2017). *Rischio e responsabilità amministrativa*. Editoriale Scientifica.
- Ciararella, A. (2020). La sopravvivenza normativa della colpa grave nella responsabilità erariale. *Diritto e Conti* [blog], 24-6-2020. Disponible en https://dirittoeconti.it/la-sopravvivenza-normativa-della-colpa-grave-nella-responsabilità-erariale/?print-posts=pdf&_gl=1*ty8w0*_up*MQ..*_ga*MzY5ODYOMTE0LjE3Mzg4NDIwNTQ.*_ga_HD7Y2T0080*MTczODg0MjA1My4xLjAuMTczODg0MjA1My4wLjAuMA.
- Clarich, M., Luiso, F. y Travi, A. (2016). Prime osservazioni sul recente Codice del processo avanti alla Corte dei conti. *Diritto Processuale Amministrativo*, 4, 1271-1284.

- Giordano, A. (2021). La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. n. 76/2020. *Rivista C. Conti*, 1, 14-21.
- Pagliarin, C. (2021). L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità. *Federalismi.it*, 10.
- Tenore, V. (2018). *La nuova Corte dei conti. Responsabilità, pensioni, controlli*. Milán: Giuffrè.

Informe nacional de Portugal

Pedro Costa Gonçalves

Catedrático de la Facultad de Derecho.
Universidad de Coimbra

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Titulares de órganos y trabajadores de la Administración pública: los “agentes” de la Administración pública. 3. Responsabilidad personal y directa de los agentes de la Administración pública. 4. Consecuencias de la responsabilidad personal y directa de los agentes de la Administración. 5. Derecho de recurso. 5.1. Titularidad del derecho de recurso. 5.2. Sujeto pasivo del derecho de recurso. 5.3. Ejercicio del derecho de recurso. 5.3.1. Órganos competentes de la entidad pública. 5.3.2. Ejercicio obligatorio del derecho de recurso. 5.3.3. Derecho de recurso tras una sentencia judicial contra la entidad pública. 6. Bibliografía.

1. Introducción

En Portugal, la responsabilidad civil (extracontractual) del Estado y otras entidades públicas por los daños causados por sus acciones u omisiones se establece como principio general en el artículo 22 de la Constitución de la República Portuguesa. El precepto constitucional dispone lo siguiente: “El Estado y las demás entidades públicas son civil y solidariamente responsables con los titulares de sus órganos, funcionarios o agentes por las acciones u omisiones cometidas en el ejercicio de sus funciones y con motivo de dicho ejercicio que tengan como consecuencia una violación de derechos, libertades y garantías o un daño a terceros”.

Por un lado, el precepto constitucional proclama un principio que concreta el del Estado de derecho, y por otro —a pesar de la redacción objetivista— consagra un derecho fundamental de los ciudadanos a la reparación de los daños que les hayan sido causados por la acción o inacción de los poderes públicos. No circumscribe la responsabilidad de los poderes públicos al ejercicio de la *función administrativa*, pero este es el ámbito que vamos a tratar en nuestro texto (por ello, lo que aquí tenemos en mente es la responsabilidad del Estado administrativo, de la Administración pública).

Como se desprende de su redacción, la Constitución hace referencia a la responsabilidad “solidaria” entre, por un lado, el Estado y las demás entidades públicas, y, por otro, los “titulares de sus órganos”, así como los “funcionarios o agentes” del Estado y otras entidades públicas. La referencia constitucional a la idea de responsabilidad solidaria se entiende por lo general como un medio de reforzar el derecho de los ciudadanos a la reparación de daños, con el fin de definir la *responsabilidad directa* de los poderes públicos por las acciones y omisiones de las personas que actúan en nombre de dichos poderes. En este sentido, se entiende que la Constitución no tuvo intención de excluir la posibilidad de formas de *responsabilidad exclusiva* de los poderes públicos en las que, por tanto, solo los poderes públicos sean juzgados, debiendo soportar ellos mismos, de forma última y definitiva, los costes de reparación de daños. Pues bien, en los ámbitos en los que los poderes públicos siguen siendo los únicos responsables, no se plantea la cuestión de las acciones de recurso (de la entidad pública contra sus agentes).

Siguiendo en el plano constitucional, cabe mencionar el artículo 271 —sobre la *responsabilidad de funcionarios y agentes*—, que establece, en su apartado 1, que “los funcionarios y agentes del Estado y demás entidades públicas serán civil[mente] responsables por las acciones u omisiones cometidas en el ejercicio de sus funciones y por razón de dicho ejercicio que tengan como resultado una violación de los derechos o intereses jurídicamente protegidos de los ciudadanos”. Aunque su alcance no puede considerarse inequívoco, este precepto consagra un *principio de responsabilidad personal* de los funcionarios y agentes, correspondiendo entonces a la ley delimitar con precisión el alcance de esta responsabilidad.

De interés directo para el presente estudio es el apartado 4 del mismo artículo 271, que remite a la ley la regulación de los “términos en que el Estado y demás entidades públicas tienen derecho a recurrir contra los titulares de sus órganos, funcionarios y agentes”.

Además de la Constitución —que, como se ha señalado, proclama un principio objetivo de responsabilidad de los poderes públicos y, al mismo tiempo, consagra un derecho fundamental de los ciudadanos a la reparación de daños—, la materia de la responsabilidad civil es objeto de regulación específica en el marco del Régimen Portugués de Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado y otras Entidades Públicas (RRCEE = Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas), aprobado por la Ley 67/2007, de 31 de diciembre (con modificaciones y suplementos): es en esta ley donde se encuentra lo esencial del régimen jurídico de la responsabilidad personal de los agentes de la Administración pública.

2. Titulares de órganos y trabajadores de la Administración pública: los “agentes” de la Administración pública

De forma similar a la Constitución, el RRCEE comienza circunscribiendo su ámbito de aplicación a partir de las categorías “Estado y demás personas jurídicas de derecho público”, por un lado, y “titulares de órganos, funcionarios y agentes” y “demás trabajadores” al servicio de dichas entidades, por otro¹.

A los efectos de este texto, vamos a circunscribir la primera categoría (el Estado y demás personas jurídicas de derecho público) al concepto de Administración pública, y la segunda, al universo formado, por un lado, por los “titulares de órganos administrativos”, y, por otro, por los “trabajadores” de la Administración pública —como trabajadores de la Administración pública, vamos a considerar a toda persona que, en el ámbito de una relación jurídica y de forma subordinada, ejerce funciones al servicio de una organización de la Administración pública—. Para facilitar la exposición, utilizaremos el concepto de agentes de la Administración pública para referirnos a las personas que asumen la condición de titulares de órganos o trabajadores de la Administración pública.

3. Responsabilidad personal y directa de los agentes de la Administración pública

A pesar de la fórmula menos clara del apartado 1 del artículo 271 de la Constitución, parece cierto que la cuestión de la *responsabilidad personal y directa*

1. El RRCEE se aplica también a la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado y de sus trabajadores, titulares de órganos sociales, representantes legales o auxiliares, por acciones u omisiones que adopten en el ejercicio de prerrogativas de poder público o que se rijan por disposiciones o principios de derecho administrativo.

recta de los agentes de la Administración pública solo se plantea en una situación específica: en concreto, el supuesto de que, “en el ejercicio de sus funciones y por razón de dicho ejercicio”, tales agentes realicen acciones o sean responsables de omisiones *ilícitas* que causen daños a terceros, y, en este contexto, actúen “con dolo o con diligencia y celo manifiestamente inferiores a aquellos a los que estaban obligados por razón de su cargo”.

Por lo tanto, en los términos del RRCEE, la responsabilidad personal y directa de los agentes de la Administración pública depende de la reunión de los tres elementos siguientes:

- i) Cometer una acción u omisión *ilícita*: debe tratarse de una acción u omisión que viole disposiciones o principios constitucionales, legales o reglamentarios, o infrinja normas técnicas o deberes objetivos de diligencia, y que tenga como consecuencia la lesión de derechos o intereses jurídicamente protegidos, causando *daños* de naturaleza patrimonial o no patrimonial a terceros; la responsabilidad personal y directa de los agentes de la Administración se limita, por tanto, a la hipótesis de responsabilidad por *acto ilícito*, excluyendo así su responsabilidad en el marco de la responsabilidad por *riesgo*², por *funcionamiento anormal del servicio* y por *actos lícitos*.
- ii) La acción u omisión debe cometerse en *el ejercicio de las funciones propias del agente y a causa de dicho ejercicio*, tal como prescribe la Constitución (apartado 1 del artículo 271). A estos efectos, solo son relevantes las conductas de los agentes de la Administración en el ejercicio de sus funciones propias como agentes de la Administración y que realicen por razón y en relación con el ejercicio de dichas funciones; quedan excluidas de este ámbito las acciones y omisiones ilícitas de los agentes de la Administración ajenas al ejercicio de sus funciones propias como agentes de la Administración, tales como las acciones y omisiones que realicen en su esfera privada.
- iii) La acción u omisión debe haber sido cometida *con dolo o con diligencia y celo manifiestamente inferiores a los que estaban obligados por razón de su cargo*. Se incluyen aquí las conductas

2. En el marco de la responsabilidad por riesgo (“daños derivados de actividades, cosas o prestaciones administrativas especialmente peligrosas”), el RRCEE prevé la responsabilidad de terceros autores de un hecho culpable que haya contribuido a la producción o agravación del daño —en este caso, el Estado y las demás personas jurídicas de derecho público son solidariamente responsables con el tercero, por lo que pueden ser demandados, en cuyo caso tienen derecho de recurso contra el tercero.

dolosas (con intención de causar daño) y las realizadas con *culpa grave*, es decir, con arreglo a estándares de diligencia y celo (cuidado, atención y prudencia) manifiestamente inferiores a los que el agente celoso y cumplidor tenía obligación de observar³; por este elemento, quedan excluidas del ámbito de la responsabilidad personal y directa las acciones y omisiones ilícitas cometidas por los agentes de la Administración con *culpa leve* (el RRCEE establece una presunción de culpa leve en la comisión de actos jurídicos ilícitos y en el incumplimiento de los deberes de vigilancia)⁴. En cuanto a los daños causados por acciones y omisiones realizadas con culpa leve, son *exclusivamente responsables* las entidades de la Administración pública en nombre de las cuales actuaron los agentes.

4. Consecuencias de la responsabilidad personal y directa de los agentes de la Administración

La identificación que se acaba de hacer de la esfera de responsabilidad personal y directa de los agentes de la Administración pública conduce a dos consecuencias definidas en la ley.

En primer lugar, en este contexto, la ley define la *responsabilidad solidaria* de la entidad pública a la que pertenece el agente y en cuyo nombre desempeñó sus funciones: esto es precisamente lo que prescribe el apartado 2 del artículo 8 del RRCEE: “El Estado y las demás personas jurídicas de derecho público responderán solidariamente con sus respectivos titulares de órganos, funcionarios y agentes si las acciones u omisiones a que se refiere el apartado anterior han sido cometidas por ellos en el ejercicio de sus funciones y por razón de ellas”. Es decir, la responsabilidad por acción y omisión, en los términos analizados anteriormente, recae sobre el agente de

3. Según los términos del RRCEE, la culpa de los agentes de la Administración debe juzgarse por la diligencia y aptitud que sea razonable exigir, a la luz de las circunstancias de cada caso, a un agente celoso y cumplidor.

4. La única finalidad de establecer estas presunciones de culpa leve es facilitar al perjudicado la prueba de que cumple los requisitos para tener derecho a la indemnización (requisito de la culpa). Como consecuencia de estas presunciones, en una acción judicial de indemnización podrá no determinarse si la actuación ilícita se llevó a cabo con dolo o culpa grave (se trata de una cuestión que solo es pertinente en cuanto a las relaciones internas entre la entidad pública y el agente, y no en cuanto a las relaciones externas entre la Administración y el perjudicado). Por ello, el RRCEE –en el caso de la presunción de culpa leve en la práctica de actos jurídicos ilícitos– establece la regla según la cual siempre que una entidad pública sea condenada a responsabilidad civil con base en el comportamiento ilícito adoptado por su agente, sin que se haya constatado el grado de culpa de este, la respectiva acción judicial continúa en el propio proceso, entre la entidad pública y el agente, “para constatar el grado de culpa de este y, en consecuencia, el posible ejercicio del derecho de recurso por parte de aquella”.

la Administración. Sin embargo, para operar en el plano de las *relaciones externas* (entre la Administración y el perjudicado), el RRCEE —en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución— atribuye a la entidad pública la obligación de indemnizar al perjudicado. La finalidad de esta imposición de *solidaridad pasiva* es proteger los intereses patrimoniales de los ciudadanos perjudicados, garantizándoles una indemnización por daños que de otro modo no tendrían.

En segundo lugar, y como consecuencia de la institución jurídica de esta obligación solidaria, el perjudicado puede *elección* frente a quién quiere hacer valer su derecho a la indemnización: frente al agente, frente a la entidad pública, o frente a ambos (en este último caso, estamos ante un supuesto de litisconsorcio voluntario). Sea como fuere, en caso de ejercicio judicial, la acción debe interponerse ante los tribunales de la jurisdicción administrativa: de hecho, en virtud de la ley de procedimiento judicial administrativo, estos son los tribunales competentes para apreciar los litigios en materia de responsabilidad civil de las entidades públicas, así como de la responsabilidad civil “de los titulares de órganos, funcionarios, agentes, trabajadores y demás empleados públicos”.

En caso de que el perjudicado solo demande directamente al agente de la Administración, si este es condenado al pago de la indemnización, se le considerará personalmente responsable; naturalmente, no se planteará aquí la cuestión del derecho de recurso contra el agente⁵.

En el supuesto de que el perjudicado entable una acción judicial únicamente contra la entidad pública, si esta es declarada culpable, el derecho de recurso se ejercerá en una acción separada (“acción de recurso”) que la entidad pública entablará contra el agente; en esta acción deberá probarse la conducta dolosa o la falta grave del agente.

Por último, en caso de que la acción se haya interpuesto simultáneamente contra la entidad pública y el agente, y la primera sea condenada, la acción continuará entonces únicamente entre la entidad pública y el agente, con el fin de determinar el grado de culpabilidad de este último y, en consecuencia, el posible ejercicio del derecho de recurso.

5. Si en esa acción no se prueba que el agente actuó con dolo o culpa grave, la responsabilidad será exclusiva de la entidad pública (no hay obligación solidaria) y la acción se extinguirá por ilegitimidad del demandado (absolución de la instancia).

5. Derecho de recurso

En virtud del establecimiento de la responsabilidad solidaria, la entidad pública puede ser demandada en una acción de indemnización basada en daños causados por la acción u omisión ilícita e intencionada o falta grave de uno de sus agentes; en tal acción, dicha entidad puede ser condenada a pagar una indemnización a la parte perjudicada.

Pues bien, siempre que el Estado y otras personas jurídicas de derecho público paguen alguna indemnización, “gozarán de un derecho de recurso” contra los titulares de los órganos, funcionarios o agentes responsables (apartado 3 del artículo 8 del RRCEE). El derecho de recurso de la entidad pública apunta, en principio, al reembolso íntegro de la cantidad que ha sido condenada a pagar a la parte perjudicada⁶.

Los términos para el ejercicio del derecho de recurso se establecen en el RRCEE, por lo que es el régimen aquí expuesto el que explicaremos y analizaremos a continuación.

5.1. Titularidad del derecho de recurso

Como ya se ha señalado, el derecho de recurso —para exigir el reembolso de lo pagado— corresponde a la entidad pública que abonó la indemnización debida al perjudicado por los daños causados por sus agentes.

Por lo tanto, deberá ser esta entidad la que ponga en marcha los mecanismos procesales destinados a hacer valer el derecho de recurso (véase el punto 5.3). Sin embargo, al menos para determinados casos, la legislación portuguesa prevé una *alternativa* al ejercicio del derecho de recurso por parte de la entidad pública.

De hecho, en cuanto a la denominada responsabilidad financiera, la Ley de Organización y Procedimiento del Tribunal de Cuentas (*Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas*) establece lo siguiente: “Cuando la violación de las normas financieras, incluso en el ámbito de la contratación pública, dé lugar a una obligación de indemnización por parte de la entidad pública, el Tribunal podrá condenar a los responsables al pago de las cantidades correspondientes” (apartado 5 del artículo 59). En estos términos,

6. Si el agente responsable del daño incurre en dolo o culpa grave, es improbable que la obligación de indemnizar se reparta entre la entidad pública y el agente; pero, si hay “conurrencia de culpas”, la obligación de indemnizar recaerá, en cuotas a definir, tanto en la entidad pública como en el agente.

la responsabilidad de una entidad pública en términos de responsabilidad civil (indemnización por daños causados a terceros) podría dar lugar a la *responsabilidad personal de los agentes de esa misma entidad* en términos de responsabilidad financiera reintegradora. Se trata de un sustituto del derecho de recurso, que puede ejercer el Ministerio Fiscal presentando un caso de responsabilidad financiera ante el Tribunal de Cuentas⁷.

5.2. Sujeto pasivo del derecho de recurso

Hemos visto en el apartado anterior que el titular del derecho de recurso es la entidad pública que pagó la indemnización al perjudicado. Ahora se trata de saber quién es el sujeto pasivo de la acción de recurso.

La respuesta se encuentra en el RRCEE: el derecho de recurso se ejerce “contra los titulares de los órganos, funcionarios o agentes responsables” (apartado 3 del artículo 8), es decir, contra los agentes “responsables” de las acciones u omisiones ilícitas. Por regla general, no hay duda de quién es responsable: será el “agente de la acción” o el agente que, teniendo un deber institucional de actuar, no actuó y causó daños por su omisión (llamémosle “agente de la omisión”). Sin embargo, en determinadas situaciones puede no ser fácil identificar al agente responsable. Pensemos en las situaciones en que una entidad pública es condenada a indemnizar a un tercero por los daños causados por un acto jurídico ilegal realizado por un organismo, pero basado en una propuesta oficial de otro organismo (por ejemplo, la adjudicación de un concurso en un procedimiento de formación de un contrato por un ayuntamiento basado en la propuesta del jurado). En situaciones como esta, que podemos considerar de *separación de poderes dentro del procedimiento administrativo*, la solución pasa por determinar primero el órgano responsable —al que debe atribuirse el acto lesivo— y después identificar al agente o agentes responsables. Aunque se trata de una solución prevista para distintos casos, un posible criterio que puede movilizarse a tal efecto es el que figura en la Ley de Organización y Procedimiento del Tribunal de Cuentas, en relación con la atribución de responsabilidad financiera a los funcionarios y agentes que no informen a los órganos decisorios sobre asuntos de su competencia de conformidad con la ley⁸. En la medida en

7. Aunque la cuestión no está resuelta por ley, nos parece que esta responsabilidad financiera solo debería ser posible en caso de dolo o culpa grave del agente, requisito del que el RRCEE —que es la ley general de responsabilidad civil pública y de responsabilidad de los agentes públicos— hace depender la responsabilidad personal de los agentes públicos.

8. En el mismo sentido, véase el artículo 80-A del Régimen Financiero de las Entidades Locales y de las Entidades Intermunicipales (*Regime Financeiro das Autarquias Locais e das Entidades Intermunicipais*).

que el jurado o, en general, el responsable de la dirección del procedimiento tiene la misión de proponer una decisión al órgano decisorio, se exige que la propuesta se redacte de conformidad con la ley. Si esto no ocurre, la responsabilidad del daño causado por la *decisión que se ajusta a la propuesta* debe recaer en los titulares del órgano que la elaboró.

5.3. Ejercicio del derecho de recurso

El derecho de recurso es ejercido por los órganos competentes de la entidad pública, que están obligados a ejercerlo.

5.3.1. Órganos competentes de la entidad pública

Por regla general, el ejercicio del derecho de recurso es responsabilidad de los titulares de poderes de gestión de la entidad pública. En caso de que los agentes responsables sean, a su vez, titulares de poderes de gestión, la ley atribuye la responsabilidad de entablar un recurso a los titulares de los órganos con poderes de superintendencia o de tutela sobre la entidad pública a la que pertenecen los agentes (así, corresponderá al Gobierno entablar un recurso contra los gestores de un instituto público, de una asociación pública profesional o incluso de un organismo regulador independiente).

En virtud del RRCEE, la secretaría del tribunal que ha condenado a la entidad pública debe enviar el certificado de la sentencia condenatoria (tan pronto haya adquirido firmeza) a los organismos competentes para ejercer el derecho de recurso.

5.3.2. Ejercicio obligatorio del derecho de recurso

Los órganos competentes para ejercer el derecho de recurso deben adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo este derecho: en virtud del RRCEE, el ejercicio del derecho de recurso es, en este caso, obligatorio.

En el plano procesal, el ejercicio del derecho de recurso varía en función de que el agente haya sido o no demandado en la acción de responsabilidad. Si el agente fue parte en esta acción y en ella se demostró su dolo o la negligencia grave, la sentencia condenatoria puede constituir un título en una acción ejecutiva entablada contra el agente. Si el agente no fue parte en la acción de condena, el derecho de recurso deberá ejercerse mediante la presentación de una acción declarativa (una acción de recurso propiamente dicha), en la que deberán demostrarse las condiciones previas para

el derecho de recurso, como la existencia de dolo o culpa grave por parte del agente.

Dado que es obligatorio ejercer el derecho de recurso, no hacerlo expone a los responsables (titulares de los órganos competentes) a sanciones: la Ley de Organización y Procedimiento del Tribunal de Cuentas prevé, en el contexto de la responsabilidad financiera sancionadora, la imposición de multas como consecuencia de “no activar los mecanismos legales relativos al ejercicio del derecho de recurso”.

5.3.3. Derecho de recurso tras una sentencia judicial contra la entidad pública

El derecho de recurso analizado en este estudio es el instituto previsto y regulado en el sistema de responsabilidad civil pública. Se trata del derecho de recurso ejercido a raíz de una acción de realización de la responsabilidad civil de una entidad pública, que presupone la condena judicial, en esta acción, de la entidad pública —el vínculo secuencial entre esta acción condenatoria y el ejercicio del derecho de recurso se explicita en el apartado 2 del artículo 6 y el apartado 4 del artículo 8 del RRCEE—.

Así, el RRCEE no prevé ni autoriza el ejercicio del derecho de recurso en situaciones en las que una entidad pública asuma voluntariamente —por acto unilateral o por acuerdo— la indemnización de los daños causados a terceros por sus agentes. Aunque en este caso existe el derecho de recurso, al tratarse de una obligación solidaria (apartado 2 del artículo 8 del RRCEE), en la acción de recurso podrán valorarse los términos de la asunción de la obligación de indemnizar por parte de la entidad pública (por ejemplo, la cuantía de la indemnización), además, claro está, del grado de culpabilidad del agente.

6. Bibliografía

- Amado Gomes, C. y Pedro, R. (2022). *Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual Administrativa: Questões Essenciais*. Lisboa: AAFDL Editora.
- Amado Gomes, C., Pedro, R. y Serrão, T. (coords.). (2022). *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência* (3.ª ed.). Lisboa: AAFDL Editora.

- Fernandes Cadilha, C. A. (2011). *Regime da Responsabilidade Civil Extra-contratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Anotado* (2.ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- Medeiros, R. (org.). (2013). *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Serrão, T. (2015). *O direito de regresso na responsabilidade administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Vieira de Andrade, J. C. (2011). A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 3969, 345-363.

CONCLUSIONES DE LAS MESAS DE DEBATE

Conclusiones de la primera mesa: reflexiones sobre los fundamentos de la acción de repetición

María Juliana Santaella Cuberos

Funcionaria del Consejo de Estado de Colombia.
Docente-investigadora de la Universidad Externado de Colombia¹

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Aspectos relevantes sobre la norma que consagra la acción de regreso. 3. Particularidades y características del mecanismo para ejercer la acción. 4. El elemento subjetivo y sus dificultades. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Introducción

En el marco del Segundo Encuentro de la Red Académica Internacional de Control de la Administración, celebrado en la Universidad Externado de Colombia, tuvo lugar la primera mesa de debate: “Los elementos que definen la acción de regreso”, en la que participaron representantes de diez países, miembros de la Red, y que tuve el privilegio de moderar. Estas conclusiones pretenden destacar algunos de los aspectos más relevantes de dicha mesa de debate, a través de una relatoría de la misma, en la que se subrayan ciertos elementos que, particularmente, llamaron la atención durante su desarrollo.

1. Además, es abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Administrativo y en Responsabilidad Civil y Daño Resarcible; magíster en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Administrativo de la misma universidad; y estudiante del Doctorado en Administración, Justicia y Hacienda en el Estado Social de la Universidad de Salamanca, España.

La acción de repetición², o acción de regreso, es el mecanismo mediante el cual el Estado, una vez ha sido condenado a reparar unos perjuicios, o tras haberlos reparado por cualquier otro medio de resolución de conflictos, persigue al funcionario público para que le reembolse lo que, por su acción u omisión personal, debió pagar. Se trata, por tanto, de una forma de protección del patrimonio público³. Su origen se remonta a la discusión sobre la responsabilidad directa e indirecta del Estado. En el caso italiano, esta controversia fue zanjada por la Constitución⁴; sin embargo, en Estados Unidos, desde una ley federal de 1947, el funcionario autor del daño debía responder con su patrimonio personal. En Ecuador, por ejemplo, esta figura solo se estableció de manera indiscutible a partir del año 2008⁵.

La exposición anterior, y su relevancia en cuanto a la protección del patrimonio público, ponen de manifiesto la importancia de este evento y la necesidad de un análisis integral de la figura. Por ello, se llevó a cabo un análisis de derecho comparado en el que se abordaron los aspectos y dinámicas fundamentales de esta acción en distintos países, a saber: Argentina, Alemania, Chile, Colombia, Francia, Perú, Italia, España, Portugal y Brasil.

En este sentido, el estudio se centró en tres aspectos fundamentales de la acción de repetición: la norma que consagra la figura en cada uno de los países, el mecanismo utilizado para recuperar lo pagado, y la estructuración del elemento subjetivo. Sobre estos aspectos se ofrecerá una breve presentación del estado actual, con el fin de destacar las particularidades, diferencias o similitudes halladas durante el estudio y la discusión realizada.

2. Aspectos relevantes sobre la norma que consagra la acción de regreso

En relación con la norma que consagra en cada uno de los ordenamientos la acción de regreso o de repetición, en la mesa de debate fue posible identificar al menos dos grupos de países con similitudes entre sí, y un país que no consagra de ninguna manera la acción de repetición en su ordenamiento jurídico, al menos formalmente. En este sentido, se identificaron:

2. "Repetir significa reclamar contra un tercero a consecuencia del pago o quebranto que padeció el reclamante" (González Rey, 2023).

3. Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1634 de 2005.

4. Constitución de la República Italiana, artículo 28.

5. Constitución de la República de Ecuador, artículo 11. En este sentido, véase Galarza Rodríguez (2016).

A. Países con consagración constitucional y legal de la acción de regreso, entre los que se encuentran:

- **Brasil**: consagrada en la Constitución Federal (artículo 37, § 6), en el Código Civil (artículo 927, párrafo único) y en la Ley 8.429/1992.
- **Argentina**: la Constitución Nacional, en el artículo 36, consideró que, inclusive, el delito doloso contra el Estado que conllevara enriquecimiento constituía una afrenta al sistema democrático, y ordenó que se legislara sobre el tema. En ese sentido, en Argentina cuentan con una ley nacional y varias leyes a nivel federal que desarrollan la acción de regreso.
- **Chile**: se encuentra recogida en el inciso 2.º del artículo 38 de la Constitución Política de la República de Chile, y en normas de rango legal general y algunas de rango legal pero sectoriales, lo que permite, como se analizó en la mesa, la especialidad en su ejercicio (en casos como ámbitos municipales y sanitarios).
- **Colombia**: el artículo 90 de la Constitución de 1991 prevé que el Estado deberá responder, de manera directa o institucional, por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de sus agentes, lo cual fue desarrollado por la Ley 678 de 2001 y el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011.
- **Italia**: se encuentra consagrada en el artículo 28 de la Constitución, y encuentra fundamento en las obligaciones solidarias; así, el artículo 1299 del Código Civil italiano constituye una fuente fundamental en este escenario.
- **Alemania**: la Constitución de la República Federal de Alemania consagra en el artículo 34 GG la responsabilidad oficial con recurso, y también el Código Civil alemán.

B. Países con consagración legal solamente: en este grupo de países en los que no existe una norma constitucional para el efecto, pero sí normas de rango legal, se ubican **España y Francia**. En el primero de ellos, la Constitución solo consagra la responsabilidad del Estado⁶, pero no la acción de regreso o repetición; en su ordenamiento

6. Artículo 106.2 de la Constitución Española: "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus

jurídico se encuentra la Ley 40/2015⁷, así como normas sectoriales sobre el tema. En el segundo, esto es, Francia, se encuentra consagrada en el artículo 1317 del Código Civil, que establece lo relativo a las obligaciones solidarias.

C. Perú: no existe un conjunto normativo claro sobre el tema, como explicó el profesor Vignolo; existe un verdadero desorden en el ordenamiento jurídico peruano, derivado de la discusión sobre la responsabilidad directa.

De lo anterior, durante la celebración de la mesa surgió una pregunta relacionada con la existencia misma de la acción de repetición en los países en los que no hay una consagración constitucional de la misma: ¿el hecho de no tener consagrada la acción de repetición o de regreso en la constitución de España y Francia, ha puesto en peligro su existencia en esos ordenamientos jurídicos? Desde la perspectiva francesa, ello no supone un problema, por su tradición jurídica ligada a la jurisprudencia, concretamente en lo relacionado con las fuentes del derecho administrativo francés. En contraste con la situación española, en donde la Constitución consagra la responsabilidad objetiva de la Administración, pero no del empleado público, lo que ha generado una crítica constante por parte de la academia.

En este orden de ideas, es importante realizar un segundo análisis, relacionado con la conveniencia o no de contar con un conjunto normativo particular o una ley general de la acción de repetición o de regreso, o si debe ser un tema tratado de manera sectorial o especializada. Al respecto fue necesario destacar los casos chileno y argentino, considerando los expertos de estos países que esa sectorización genera incoherencias y muchos problemas prácticos, como, por ejemplo, el término de prescripción. Por el contrario, en Colombia, existe una ley general de la acción de repetición o de regreso⁸, lo que en todo caso no está exento de algunas dudas, pero que, en términos generales, resulta preferible y genera seguridad jurídica, según el profesor Ospina.

3. Particularidades y características del mecanismo para ejercer la acción

En relación con los aspectos procesales de la acción de repetición, resulta pertinente destacar, al menos, dos particularidades. La primera, la naturaleza del mecanismo procesal para ejercer la acción de regreso, evidenciando

bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

7. Artículo 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
8. Ley 678 de 2001.

se la existencia de tres grupos de países entre los participantes en la mesa: 1) los países cuyo mecanismo es jurisdiccional (Perú, Chile, Alemania, Colombia e Italia); 2) aquellos en los que el mecanismo se basa en el ejercicio de una función administrativa (España⁹ y Francia); y 3) el caso argentino, en el que se mostró que el mecanismo tiene naturaleza mixta, con una primera etapa administrativa que, de no progresar, conlleva la apertura de una etapa judicial. En segundo lugar, lo relativo al término de prescripción o caducidad para el ejercicio de la acción; en ese sentido se evidenció que en Brasil, Argentina, Chile¹⁰, Colombia, Italia y Francia el ordenamiento jurídico estableció plazos claros para el ejercicio de la acción de repetición, mientras que Alemania y Perú cuentan con plazos por remisión normativa, y en España no hay un plazo claramente establecido en el ordenamiento jurídico.

De lo anterior, es importante destacar el caso argentino, y preguntarse: ¿qué particularidades tiene ese procedimiento de naturaleza mixta, según el cual se intenta el cobro mediante un procedimiento administrativo y de no obtener el pago se abre la vía judicial? Ello tiene una razón histórica y responde a un cambio legislativo, de donde algunos autores han entendido que se trata de un procedimiento judicial, en todo caso.

Llama la atención también, en relación con este punto, el caso italiano, en el que el impulso del procedimiento de responsabilidad administrativa se hace de oficio y lo lleva a cabo la Fiscalía contable; es decir, la entidad que realizó el pago no es un sujeto activo en la acción, lo que obedece a una clara desconfianza hacia las autoridades y su capacidad de reacción.

Asimismo, es importante referirse a la prescripción¹¹ o caducidad¹² para ejercer la acción, en donde se identificaron tres grupos de países; así:

1. **No tienen un plazo establecido:** España.
2. **Con plazo establecido:** Brasil, Argentina, Chile, Colombia, Italia y Francia.
3. **Con plazo por remisión normativa:** Alemania, que aplica la prescripción del Código Civil, esto es, 3 años; y Perú, que depende de la naturaleza del sujeto contra el cual se ejerce la acción.

9. Artículo 36.2, párrafo primero, de la Ley 40/2015.

10. Con norma especial en materia sanitaria: de 5 a 2 años.

11. Hinestrosa (2006).

12. Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 13 de junio de 2013, exp. 25712.

En este punto llama la atención el caso español, donde, como se explicó, el mecanismo es administrativo, pero que, además, no tiene un término establecido. De ahí surgió una duda frente a la competencia temporal del funcionario, y ello ha permitido una profunda discusión doctrinal sobre el tema; entre otras cosas, se ha destacado la necesidad de establecer el plazo, principalmente por razones de seguridad jurídica del funcionario que causó el daño.

De la mano de lo anterior, se dio una discusión muy relevante, relacionada no solo con el momento desde el cual empieza a correr el término que se tiene para iniciar la acción, sino también con el momento desde el cual se entiende que la obligación de reembolso es exigible al funcionario. En Italia y Chile, la obligación de reembolso surge con la condena impuesta al Estado, con independencia del pago efectivo de la obligación; en el primero, con fundamento en que en ese momento (la sentencia ejecutoriada) el daño se hace cierto y el tema del pago efectivo se convierte en un asunto práctico, y en el segundo, por la facultad del juez de ordenar el pago. En cambio, en Colombia, Francia y España¹³ es el pago de la obligación impuesta al Estado lo que genera la obligación de reembolso del funcionario, pues sin pago no hay que reembolsar¹⁴.

4. El elemento subjetivo y sus dificultades

En lo que tiene que ver con el elemento subjetivo de la acción, la mayoría de los países hicieron referencia a la culpa o negligencia grave o al dolo como requisito para la procedencia de la acción de repetición o regreso; sin embargo, en Perú, por ejemplo, se hizo referencia a elementos como la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución, que tradicionalmente hacen alusión a elementos de la responsabilidad extracontractual; ello ha sido perfilado o morigerado por la jurisprudencia peruana, de acuerdo con los deberes y funciones jurídicamente impuestos al funcionario.

Sobre este punto, en Colombia se evidencia una particularidad, que tiene que ver con la existencia de unas presunciones legales, cada vez más fuertes, de culpa grave o dolo, debido a la dificultad de probar ese elemento

13. Artículo 36.2, primer párrafo, de la Ley 40/2015: “La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento”.

14. En Colombia es tal la exigencia, que la prueba del pago ha sido un aspecto de debate en la jurisprudencia; véase Saker Hernández (2024).

subjetivo. Así, la Ley 678 de 2001 estableció unas presunciones que luego fueron modificadas por la Ley 2195 de 2022, en la que se extendieron de tal manera que no corresponden a una verdadera presunción.

Una reflexión interesante tuvo lugar en el caso brasileño, en el que el funcionario responde por cualquier tipo de culpa, no por un grado específico de ella, como en los demás ordenamientos, lo que parece un poco desproporcionado, pues una de las finalidades de esta acción es perseguir al funcionario que decidió desligarse del correcto ejercicio de su función.

5. Conclusiones

Para finalizar, resulta notorio cómo los distintos ordenamientos jurídicos abordan el tema de la acción de regreso o de repetición desde su tradición jurídica, de donde resulta importante señalar una reflexión sobre la visión misma de la acción de repetición o de regreso: por ejemplo, en Colombia, como un mecanismo de lucha contra la corrupción¹⁵, mientras que otros ordenamientos existe una tradición distinta, y este mecanismo no se ve con esa finalidad.

Asimismo, aspectos como el momento desde el cual debe empezar a correr el plazo, que en algunos ordenamientos es el momento en que se declara la existencia de la obligación de pagar, y en otros el día del pago efectivo o del vencimiento del plazo que tenía la Administración para pagar, muestran una variedad de culturas jurídicas, que responden a la tradición misma de dichos ordenamientos. El hecho de que en ciertos escenarios se muestre una confianza en la Administración que debe cumplir una decisión judicial, y en otros, en cambio, se exija la prueba de ese pago efectivo, son aspectos que ponen de manifiesto la diferencia profunda entre los ordenamientos de los países analizados; lo que, sin lugar a duda, afecta y moldea una institución del carácter de la acción de repetición.

Sin duda, la experiencia y comparación con otros países es enriquecedora desde todo punto de vista, guardando siempre las proporciones, reconociendo que aspectos comunes nos unen, cuyas soluciones pueden ser útiles, pero también reconociendo esa diferencia de culturas jurídicas, para no caer en la simple reproducción de figuras del derecho comparado, porque sí, y menos aún en un tema de fundamental relevancia en el derecho administrativo y la protección del patrimonio público, como la acción de regreso o repetición.

15. Muestra de ello es la Ley 2195 de 2022.

6. Bibliografía

- Galarza Rodríguez, S. E. (2016). *La acción de repetición derivada del mal funcionamiento de la administración de justicia*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Disponible en <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5387/1/T2104-MDP-Galarza-La%20accion.pdf>.
- González Rey, S. (2023). La acción de repetición. Lecciones (II). En V. Peláez y A. Ospina (eds.). *Régimen Jurídico de los agentes estatales* (tomo II). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (2006). *La prescripción extintiva* (2.ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Saker Hernández, B. (2024). *Divergencia en la validez de la prueba del pago en la acción de repetición: en búsqueda de la certeza probatoria*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Disponible en <https://bdigital.uxternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/88585df1-2440-4af7-8ad5-ecb035b1f8ed/content>.

Conclusiones de la segunda mesa: la práctica y eficacia de la acción de repetición o regreso

Camilo Perdomo Villamil

*Magistrado auxiliar del Consejo de Estado de Colombia.
Docente - investigador de la Universidad Externado de Colombia*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Fuente normativa de la acción de repetición o regreso. 3. Titularidad del mecanismo. 4. Sujetos pasivos de la acción de repetición. 5. Obligatoriedad o discrecionalidad del mecanismo. 6. Posibilidad de reducir la condena. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. Introducción

Fue un gran honor personal y académico moderar la segunda mesa de debate del Segundo Encuentro de la Red Académica Internacional de Control de la Administración, cuya temática fue: “La práctica de la acción de regreso y su eficacia”. Con estas conclusiones se pretende, en la medida de lo posible, condensar las principales ideas surgidas del debate entre los nueve representantes y expertos de los países partícipes en la mesa de debate, miembros de la Red.

La premisa de partida es que, a pesar de las particularidades constitucionales y normativas de cada uno de los ordenamientos jurídicos partícipes, se evidenció la convergencia progresiva de problemáticas y de posibles soluciones en el régimen jurídico de la acción de regreso o de repetición, lo cual significa, en palabras de D'Alberti (2017: 21), que, con independencia de

la influencia comunitaria, para los países europeos, o internacional, para el resto, los derechos administrativos, en principio incompatibles, se han abierto a caminos de convergencia.

En efecto, un denominador común de los ordenamientos jurídicos es que, en términos generales, todos conciben el regreso o la repetición como un mecanismo de responsabilidad patrimonial personal de los funcionarios o empleados públicos. Esto significa que, salvando diferencias existentes, la acción de regreso o de repetición busca otorgar al Estado, en abstracto, y a los órganos o entidades estatales específicos, la facultad para —tras haber sido condenados a reparar unos perjuicios, o haberlos reparado por voluntad propia, conciliación, transacción, etc.— perseguir al funcionario público con el fin de que les reembolse lo que, por su acción u omisión personal, debió pagar.

Sobre esa base, el desarrollo normativo se caracteriza por elementos y particularidades propias de cada ordenamiento jurídico. Según las exposiciones de cada experto, puede afirmarse que los distintos regímenes nacionales obedecen a una necesidad común (responsabilizar personalmente al empleado público), con respuestas jurídicas variadas. Ello evidencia la imposibilidad de una única solución correcta, y la exigencia de adaptar las normas jurídicas a las realidades y coyunturas históricas, culturales, sociales, políticas y, por supuesto, jurídicas de cada país.

Para analizar la práctica del instrumento y su eficacia, a efectos de estas conclusiones, se hará referencia, en paralelo, a los parámetros que rigen la práctica e inciden y condicionan la eficacia, y a los resultados que se han obtenido en cada ordenamiento jurídico¹.

1. La definición de eficacia en ciencias jurídicas no es uniforme y, además, indudablemente está determinada por definiciones de las ciencias económicas. A efectos de estas conclusiones, se adopta la segunda definición de “eficacia jurídica” propuesta por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (2020: 759), contenida en la *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI. Ciencias políticas y jurídicas*, según la cual: “El término ‘eficacia’ se usa al menos con dos significados en el ámbito del Derecho. Por una parte, hace referencia a ciertas condiciones de la aplicación de las normas, o a su alcance, y corresponde a lo que en ocasiones se denomina ‘vigencia’; [...] Por otra parte, el término se emplea para identificar una familia de significados, todos ellos relacionados con lo que cabe llamar la ‘realización’ o ‘puesta en práctica’ de la norma. Así, cabe hablar de la eficacia como cumplimiento, como aplicación, como éxito o como eficiencia [...] En efecto, una norma puede ser eficaz porque sus destinatarios la cumplen, o bien porque, no siendo cumplida por los ciudadanos, es aplicada por los jueces y demás representantes de la autoridad pública (si bien esta aplicación puede ser concebida también como un cumplimiento); que una norma sea eficaz también puede querer decir que el propósito de la norma se ha conseguido (éxito) o que se ha conseguido de la manera más adecuada o menos costosa (eficiencia)”.

2. Fuente normativa de la acción de repetición o regreso

La fuente normativa del instrumento es un aspecto muy importante, pues ello influye en su legitimidad y, a la postre, en su eficacia². En ese punto, existen países donde el regreso o la repetición tiene consagración constitucional, como Alemania, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Italia y Portugal, y otros donde la fuente es de orden legal, como España, Francia y Perú. Estas realidades normativas son el punto de partida para el desarrollo de la institución, e indudablemente condicionan su práctica y eficacia. No obstante, no se da por descontado que la fundamentación constitucional constituya un factor determinante para la garantía de su eficacia práctica. En efecto, en todos los ordenamientos jurídicos fue expresa la conclusión relativa a la falta de eficacia del mecanismo, con lo cual la presencia o no de soporte constitucional no fue determinante como, *a priori*, se pensaría.

Por ejemplo, en el caso argentino, la profesora Analía Antik concluía que, a pesar de la robustez normativa, precisamente con origen constitucional, pero también con desarrollo legal, la acción de regreso no posee la contundencia práctica necesaria. Conclusión que es similar al caso español, carente de soporte constitucional, y en donde el profesor Alfredo Galán concluía que, además de la ausencia de datos sobre el uso de la acción de regreso, la doctrina es uniforme al resaltar la no utilización del mecanismo por parte de las Administraciones públicas. Igual ocurre en el caso colombiano, en que el profesor Andrés Ospina ilustró que, a pesar de normas con origen constitucional y una ley especial, los estudios en la materia han demostrado que la acción de repetición es ineficaz e ineficiente.

3. Titularidad del mecanismo

Otro aspecto diferenciador entre los ordenamientos jurídicos que compartieron sus experiencias está en la titularidad del mecanismo, y, junto a ello, en si se trata de un procedimiento administrativo o un proceso judicial. Por un lado, se pueden agrupar los países en los que se trata de un mecanismo judicial, cuyo ejercicio está a cargo, prioritariamente, de la Administración pública que pagó el daño; este es el caso de Alemania, Colombia y Perú. Un

2. "Puede discutirse si por esa vía, preocupándose tanto por la eficacia, el derecho administrativo pierde su identidad y se mimetiza con la ciencia administrativa [...] La reforma que proponga por introducir la eficacia en la estructura misma del derecho administrativo es una más de las transformaciones que siempre ha sabido realizar el derecho administrativo para subsistir y, sobre todo, para ser legítimo: los poderes administrativos ya no son legítimos únicamente por emanar de la ley, expresión de la voluntad popular, sino también, y sobre todo, por servirles a las personas, por ser útil para la sociedad [...]" (Ospina Garzón, 2016: 70).

segundo grupo es aquel en que se trata de un procedimiento administrativo, a cargo de la Administración correspondiente, como es el caso de España y Francia. Un tercer grupo está conformado por aquellos países en los que debe llevarse a cabo un procedimiento administrativo previo, destinado a recaudar pruebas del daño, al que sigue una acción judicial, en que el titular no es la Administración dañada, sino el propio Estado, como en el caso de Argentina, o la Administración correspondiente, como en Brasil. En un cuarto grupo de países, se trata de un proceso judicial, cuyo ejercicio es de titularidad de un conjunto de entidades específicas, como en el caso chileno, donde la ejercen el *Consejo de Defensa del Estado*, las *municipalidades* y los *servicios públicos descentralizados con personalidad jurídica y patrimonio propio*; o una entidad ajena a la Administración correspondiente, como en el caso italiano, en donde esta última solo debe denunciar, y es la *fiscalía contable regional* la que lleva adelante el procedimiento ante el Tribunal de Cuentas.

Para el análisis de estas características, consideramos particularmente relevante el régimen italiano y el colombiano. En el primero, el profesor Gianluca Gardini ilustró cómo la atribución de la titularidad de la acción de regreso a la fiscalía contable y, por tanto, el rol secundario de la Administración correspondiente se explicaba por “un concepto general de desconfianza hacia los aparatos públicos y su voluntad de reaccionar” ante los daños patrimoniales ocasionados por la conducta de sus propios empleados. En el segundo, el profesor Andrés Ospina resaltó que, en Colombia, a la entidad declarada responsable se le añaden, como titulares de la acción de repetición, el Ministerio Público y la Agencia de Defensa Jurídica del Estado - ANDJE.

La anterior variedad de regímenes también tiene incidencia en la eficacia del mecanismo. En efecto, resulta lógico que cada entidad, afectada por la declaración de responsabilidad y la correspondiente indemnización que debió pagar, sea la titular de la acción de regreso o de repetición, bien sea en un escenario administrativo o judicial. Sin embargo, su posible inactividad explica que en ciertos ordenamientos jurídicos se atribuya la titularidad de la acción de repetición a otros sujetos, con el objetivo de mejorar la eficacia del mecanismo. Igualmente, ordenamientos en donde no existe un escenario judicial, por ser un procedimiento administrativo, o existe una fase administrativa previa, evidencian posturas según las cuales el rol central lo debe tener la entidad estatal correspondiente, porque la repetición se considera una medida que “ella misma puede tomar, sin necesidad de acudir al juez”, como se resalta en el caso francés por la profesora Rhita Bousta. De ello se deriva que la eficacia, también, dependa de la entidad estatal que

tuvo que pagar la indemnización, y, por tanto, que la responsabilidad de los resultados esté claramente individualizada. Con todo, estas problemáticas en nada condicionan o reducen la responsabilidad institucional del Estado³ respecto de las víctimas de sus daños.

4. Sujetos pasivos de la acción de repetición

Relacionado con el aspecto anterior, los sujetos pasivos de la acción de repetición también influyen en la práctica del instrumento y su eficacia. En este asunto pueden identificarse dos grupos: por un lado, aquellos países en los que todos los funcionarios o empleados públicos pueden ser objeto de una acción de repetición, como Alemania, Brasil, Colombia, España (en estos dos últimos países se incluye también a los particulares cuando ejercen funciones públicas), Argentina, Chile, Francia, Perú y Portugal, y, por otro lado, aquellos en los que existen excepciones respecto de ciertos empleados públicos, como Italia, donde el profesor Gianluca Gardini resaltó que, “según el artículo 68 de la Constitución, los miembros del Parlamento (en sentido estricto) no pueden ser considerados responsables de las opiniones expresadas y de los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones (la llamada inmunidad parlamentaria)”.

El anterior panorama ilustra que la tendencia mayoritaria, en los ordenamientos analizados, es la ampliación del espectro de sujetos pasivos, lo cual, en abstracto, implica aumentar la eficacia del instrumento, en la medida en que las condiciones subjetivas de los distintos empleados públicos o la presencia de particulares, siempre que ejerzan funciones públicas, no es razón suficiente para que sean excluidos del régimen de la acción de repetición. Por el contrario, la reparación del patrimonio público, que se vio afectado por el pago de una indemnización, se antepone, y, por tanto, se permite la repetición o el regreso contra una amplia variedad de sujetos. Ello debería mejorar los resultados obtenidos, pero, como se evidenció en cada informe, tanto en los países donde el mecanismo está a cargo de la misma Administración pública que pagó la indemnización, como en aquellos donde se habilita a otros sujetos a ejercerlo, el ejercicio de la repetición es reducido y su eficacia muy baja. Y, en todo caso, sigue abierta la cuestión relativa a la posibilidad de exonerar a ciertos sujetos de la acción de regreso.

3. “La creación de la teoría del órgano por el derecho público permite explicar los empleos públicos como ‘una esfera de competencia, una posibilidad jurídica’. [...] Esta construcción permite imputar a la esfera de la persona jurídica todos los actos que realicen los titulares de los empleos públicos que la integran. Por esta razón se habla de responsabilidad institucional, para significar que el Estado es el destinatario de los efectos adversos de las acciones u omisiones de los servidores públicos; [...]” (Rincón Córdoba, 2018: 103-104).

con el fin de eliminar incentivos que puedan generar inacción de estos por la complejidad o importancia de sus decisiones, tal como pusieron de manifiesto algunos de los participantes en la mesa de debate. Con todo, en los escenarios en que se permitan valoraciones discrecionales⁴, deben establecerse parámetros que eviten la arbitrariedad⁵.

5. Obligatoriedad o discrecionalidad del mecanismo

A su vez, también con el fin de mejorar la eficacia del mecanismo, en algunos ordenamientos jurídicos se establece su uso o ejercicio obligatorio, siempre que se cumplan los requisitos legales; tales son los casos de Alemania, Colombia, España, Italia y Portugal. O hay países en que se trata de una competencia cuyo ejercicio es discrecional, es decir, se permite al titular un margen de apreciación para determinar si inicia o no el trámite, como en los casos de Argentina, Brasil, Francia y Perú. Por último, en otros países se considera un derecho del Estado, como en Chile. Estas variadas posibilidades evidencian que en los distintos ordenamientos que participaron del encuentro no existe uniformidad en relación con las ventajas o la necesidad de ejercicio obligatorio de la acción de regreso. En efecto, su ejercicio obligatorio, sin posibilidad de valoración alguna, puede implicar un mayor daño al patrimonio público por una actuación antieconómica; pero, al mismo tiempo, considerarlo un derecho arbitrario del Estado podría ubicarnos en el otro extremo, en el cual sistemáticamente no se ejercería, lo que dificultaría que los ciudadanos ejerciesen control sobre las repeticiones llevadas a cabo.

6. Posibilidad de reducir la condena

Otro aspecto interesante, a propósito de garantizar o procurar la eficacia de la condena, es la posibilidad que existe, en ciertos países, de reducir la condena durante el trámite de la acción de regreso. Tal es el caso de España, Francia, Italia y Perú. En otros, por el contrario, no se admite la facultad de reducción alguna de la condena, como en el caso de Brasil o Chile. Y existen

4. "El margen de autonomía y de apreciación que posee la Administración pública debe ir acompañado, congruentemente, de un sistema coherente y completo de mecanismos de control. responsabilidades de la administración y control constituyen dos caras de una misma moneda, son elementos fundamentales del orden constitucional democrático" (Schmidt-Assmann, 2012: 89).

5. "Discrecionalidad no es arbitrariedad. [...] El poder administrativo en un Estado de Derecho es siempre, y más todavía el poder discrecional, un poder funcional, un poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la Ley y al Derecho, a los que está expresa y plenamente sometido por la Norma Fundamental" (Fernández, 2008: 81-83).

otros ordenamientos en los cuales, en principio, no es posible aplicar reducción alguna, pero a través de acuerdos de conciliación, de acuerdos de pago o de condonación de intereses, durante el proceso judicial o después de él, es posible realizar una reducción de la condena, como en Colombia. Al respecto, el profesor Andrés Ospina resaltó que, precisamente, la preocupación por la eficacia del mecanismo motivó la introducción de los referidos mecanismos con el fin de incentivar el recaudo efectivo de la condena. En similar sentido, los profesores Ricardo Hermány y Betieli da Rosa Sauzem Machado explicaron que, en Brasil, el Estado tiene la posibilidad de suscribir acuerdos de pago, lo cual ha sido poco utilizado, pero podría facilitar la recuperación de recursos de manera menos onerosa y más eficiente.

En este sentido, resultan interesantes las razones que sustentan la postura que, en ciertos países, posibilita la reducción de la condena. Entre ellas, en el ordenamiento francés, la profesora Rhita Bousta explicó que el juez tiene amplia discrecionalidad para determinar el daño causado a la Administración por sus agentes. Con ello —concluyó—, se busca que el empleado público no se abstenga de tomar decisiones por el miedo de tener que soportar plenamente el coste de los daños que cause. En un sentido similar, en el ordenamiento español, el profesor Alfredo Galán explicó la posibilidad de reducir las consecuencias de la declaración de responsabilidad por regreso, basada en las condiciones subjetivas y objetivas de la conducta del funcionario.

La reducción de la condena, en principio, parecería condicionar o comprometer la eficacia del mecanismo. Sin embargo, en una lógica de incentivos, sí es probable que se reduzca el condicionamiento en los funcionarios para la toma de decisiones, y, al mismo tiempo, que en el evento en que se generen daños se pueda valorar la conducta del empleado público para determinar la cuantía de la obligación de regreso. Con todo, la experiencia italiana, en la que es posible reducir la cuantía del regreso cuando se tramita ante el Tribunal de Cuentas, explica que las Administraciones hayan empezado a acudir a la jurisdicción ordinaria, donde, como explicó el profesor Gianluca Gardini, no es posible reducir la condena debido a la exigencia de indemnización integral.

7. Conclusiones

Desde una perspectiva conceptual, algunos participantes en la mesa de debate concluyeron que la baja utilización del mecanismo ha generado desinterés teórico en relación con la importancia de que el Estado pueda repetir en contra de los funcionarios por los daños ocasionados a terceros, tal

como resaltó el profesor Daniel Silva Horta, en el caso chileno. Si bien esta consideración tiene incidencias dogmáticas⁶ directas, también son indudables sus efectos prácticos⁷, pues la ausencia de construcciones conceptuales dificulta el ejercicio material del instrumento, la producción normativa, su enseñanza y, en general, la aplicación que realizan los distintos actores interesados. Al respecto, es ilustrativa la conclusión de la profesora Analía Antik, que explicó cómo en Argentina la falta de eficacia del mecanismo no solo implica impunidad de los funcionarios que generaron el daño, sino que ha consolidado un modelo en donde la reparación del daño la asume el presupuesto estatal y no el funcionario que lo generó. En un sentido similar, el profesor Orlando Vignolo explicó que la escasez de datos e información pública sobre los resultados de las acciones de regreso es una prueba de que en Perú la responsabilidad patrimonial constituye uno de los regímenes especiales más oscuros del derecho administrativo y, por tanto, puede ser evidencia de fallos teóricos y conceptuales que se trasladan a la práctica de la acción de regreso.

Un común denominador de los países analizados es que, quizá, el principal enemigo o talón de Aquiles de la eficacia del mecanismo sea el difícil equilibrio entre un sistema robusto de responsabilidad patrimonial personal de los funcionarios y el riesgo de inacción de estos mismos. Así, de forma sistemática, en varios de los ordenamientos analizados se ha privilegiado la eficacia de la acción estatal sobre la eficacia del mecanismo de repetición. Al respecto, es muy ilustrativa la conclusión del profesor Martin Ibler, según la cual un instrumento de regreso más ágil y sencillo, a favor del Estado, podría reducir el entusiasmo de sus empleados y condicionar, negativamente, su actuación. En el mismo sentido, los profesores Ricardo Hermany y Betieli da Rosa Sauzem Machado, para el caso brasileño, afirmaron que el principal reto legislativo es equilibrar el régimen de responsabilidad de los agentes públicos y la necesidad de evitar parálisis del Estado. No obstante, el fin legítimo de reducir condicionantes de la acción administrativa y, por tanto, de atenuar el rigor de algunos dispositivos de control administrativo puede implicar que la garantía de sometimiento del poder público al derecho

6. En la teoría del derecho administrativo como sistema, del profesor Schmidt-Assmann, la función dogmática consiste en “resolver y decidir argumentalmente y de modo coherente, por referencia o relación a un sistema, las concretas y singulares cuestiones jurídicas que se suscitan. Con la ayuda de los consolidados conceptos e instituciones jurídicas de la Parte general se interpretan y entienden las normas de la Parte especial” (Schmidt-Assmann, 2003: 7).

7. También en la teoría del derecho administrativo como sistema, se identifica una función de auxilio a la práctica administrativa y judicial en el sentido de que la parte general “actúa como un almacén o deposito, o, si se quiere, como una suerte de memoria. [...] la parte general hace posible que puedan dictarse resoluciones en forma abstracta, o declaraciones estandarizadas” (Schmidt-Assmann, 2003: 6).

también resulte condicionada y se ponga en riesgo el modelo de Estado de derecho⁸. Al respecto, el profesor Gianluca Gardini explicó que la atenuación de los controles contables jurisdiccionales pone en riesgo los principios de buen desempeño de los funcionarios, y reduce los estándares de diligencia y prudencia que se deben exigir a quienes administran recursos públicos.

Por último, la evaluación de la eficacia práctica del mecanismo es difícil porque, en general, los participantes en la mesa de debate coincidieron en que es ejercido en pocos casos, lo cual no genera un muestreo considerable para analizar sus resultados y éxito. Incluso en los países en donde hay datos de su utilización, los mismos no revelan si la decisión de repetir o regresar contra el funcionario fue eficaz, es decir, si de este último se pudo obtener efectivamente el reembolso de lo pagado por el Estado. Tal es el caso colombiano, en donde el profesor Andrés Ospina ilustró cómo, a pesar de que la repetición sea una acción de permanente estudio y uso en las instancias judiciales, las estadísticas, obtenidas por la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, revelan una tasa de éxito muy baja, de tan solo el 30 %. En este contexto, además, la verificación de la eficacia del mecanismo se traslada de la orden de repetición a su materialización, esto es, a que se logre que la condena sea restituida por el funcionario. Lo cual se agrava porque, como resaltaron los participantes en la mesa de debate, generalmente el Estado tiene una potencialidad de dañar que no es proporcional al patrimonio de sus agentes.

Al respecto, es muy interesante el doble aseguramiento previsto en el régimen español. El profesor Alfredo Galán explicó cómo, para hacer efectivo el regreso, en el ordenamiento español existe la posibilidad de que la Administración adquiera, simultáneamente, dos tipos de seguros: uno para sí misma, que cubre la obligación de pago de la indemnización por la Administración a la víctima del daño, y otro para su empleado público, que cubre la obligación de pago de la indemnización por el empleado a su Administración. En este contexto, evidentemente, se garantiza la efectividad práctica de la condena de regreso. Sin embargo, también se advierte el enorme riesgo de impunidad, pues, según el profesor Galán, “el coste económico de la responsabilidad derivada de su actuación (causación de daños mediando dolo, culpa o negligencia graves) no es asumido por el asegurado (empleado público), sino por quien tiene derecho al cobro de la indemnización (Admi-

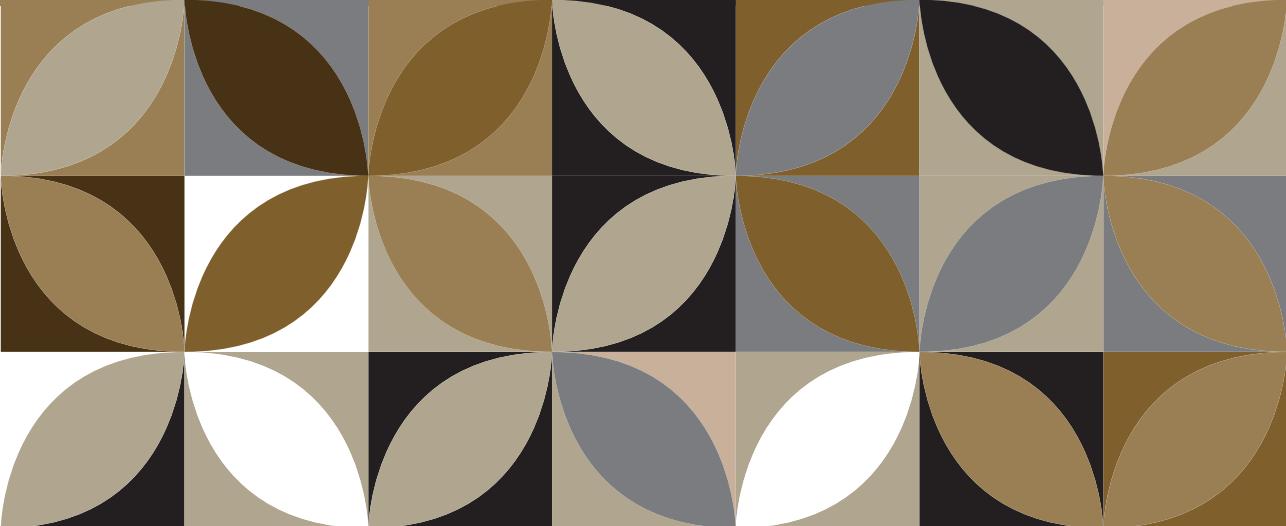
8. “La teoría del Estado de derecho sugiere la existencia de un poder limitado y sujeto a reglas: implica que los gobernantes, como los simples ciudadanos, estén sujetos a normas jurídicas en vigor; ellos no se encuentran por encima de las leyes, sino ejercen una función enteramente enmarcada y regida por el derecho” (Chevallier, 2015: 74-75).

nistración)”. Así, de forma paradójica, el seguro, como instrumento que busca garantizar el reembolso de lo pagado, se puede convertir en un incentivo negativo para la evitación de daños por parte de los empleados públicos.

En una suerte de conclusión, se retoma la idea de convergencia progresiva de los ordenamientos jurídicos. Si bien es cierto que, como se ilustró en cada informe nacional y se intentó sintetizar en estas conclusiones, cada régimen jurídico tiene particularidades muy específicas, que obedecen a las coyunturas, problemáticas y culturas jurídicas de cada país, también es cierto que el problema central, que busca solucionarse con la acción de regreso o de repetición, es el mismo: la necesidad de establecer un mecanismo de responsabilidad patrimonial personal de los funcionarios o empleados públicos que, por tanto, proteja el patrimonio público y, al mismo tiempo, no incentive ni la impunidad del agente ni su inacción absoluta. Se trata de una finalidad común que, como se observó, es de difícil consecución. Y precisamente por ello, los espacios de intercambio teórico y práctico entre distintos ordenamientos jurídicos, tal como ocurre en la Red Académica Internacional de Control de la Administración, son determinantes para el avance conjunto y la exploración de soluciones variadas.

8. Bibliografía

- Chevallier, J. (2015). *El Estado de Derecho* (traducción: O. Pérez). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- D'Alberti, M. (2017). *Lezioni di diritto amministrativo*. Turín: Giappichelli.
- Fernández, T. R. (2008). *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas.
- Ospina Garzón, A. F. (2016). La eficacia en el derecho administrativo colombiano: de advenediza a reina. En J. O. Santofimio Gamboa, J. Barnés Vásquez y M. L. Ibagón (eds.). *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rincón Córdoba, J. I. (2018). *La teoría de la organización administrativa en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Schmidt-Assmann, E. (2003). La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid-Barcelona: Marcial Pons e INAP.
- (2012). Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. En J. Barnés (ed.). *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Sevilla: Global Law Press e INAP.



gobiernolocal.org