

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.