

La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración del Estado en el Código Penal español^(*)

JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS
Universidad de Córdoba

SUMARIO: 1. La responsabilidad civil de la Administración en el Código Penal: consideraciones generales y precedentes legislativos del art. 121 del Código penal.- 2. En el art. 121 del Código penal se establece, como una de las formas de responsabilidad de las administraciones públicas, la civil subsidiaria por los daños causados por las personas penalmente responsables que sean insolventes.- 3. En dicha responsabilidad y a pesar de la incorrecta redacción del precepto quedan incluidos los daños debidos a conductas derivadas de faltas.- 4. Esta responsabilidad civil subsidiaria de la Administración no es objetiva o por riesgo creado, sino, en todo caso, cuasi-objetiva.- 5. Personas que son responsables penalmente y que, de ser insolventes, determinan la r.c. subsidiaria de la Administración y bajo qué presupuestos.- 6. La responsabilidad patrimonial de la Administración en el inciso final del apartado primero del art. 121 del Código Penal.- 7. Cuestiones que plantea el apartado final del art. 121 del Código penal.- Conclusiones.

1. El tema objeto de estudio se concreta en el de «La responsabilidad civil de la Administración en el Código Penal». Se trata, por lo tanto, de plantear algunos de los problemas que suscita la redacción del artículo 121 de nuestro vigente Código Penal. A tal cuestión he de ceñirme dejando otras muchas e importantes de las que plantea la responsabilidad patrimonial del Estado por sus comportamientos exclusivamente administrativos, a salvo los inexcusables problemas que pueda presentar el referido art. 121 del Código Penal en relación con la responsabilidad que regula la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Común. Eso sí, recordar que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es relativamente reciente y que se hace coincidir con la Constitución de 1876 y su posterior desarrollo en la Ley de 1879 que establecía una cierta regla expropiatoria; más tarde fue el Código civil el que reguló la cuestión, con no mucha fortuna, en el derogado ap. 5º del art. 1903⁽¹⁾. La doctrina científica impulsó siempre la implantación legislativa de la responsabilidad del Estado, no así la jurisprudencia, demasiado sumisa al Poder, al decir de algún ilustre administrativista. La Constitución de la 2ª República reguló la responsabilidad del Estado y ya, como quién dice ayer, las Leyes de expropiación forzosa de 1954, la de Régimen Jurídico del Estado de 1957 y la Constitución de 1978 en sus arts. 9.3,

^(*) El texto del presente trabajo responde, ahora con las adaptaciones precisas para su publicación, a la conferencia que con igual título y sumario, pronuncié el día 11 de noviembre de 1997 en la Escola Galega de Administración Pública dentro de las "Xornadas sobre a responsabilidade patrimonial das Administracións públicas e do persoal ó seu servizo".

¹¹ Para un estudio de los antecedentes históricos y precedentes legislativos de la responsabilidad de la administración pública, cfr. GARRIDO FALLA, Constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado, en Estudios en homenaje al Profesor Enterría, Ed. Civitas, 1991.- GONZÁLEZ PÉREZ, Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, Ed. Civitas, 1996.

¹² La bibliografía acerca del Derecho y el lenguaje es relativamente abundante, por ser cierto aquello de que «El derecho es en función del lenguaje. La lengua no se limita a expresarlo o a exteriorizarlo. Aparece alojado en la lengua, fundido, identificado. Todo puede ser tratado lingüísticamente, designado o dotado de significación. Sin embargo, el lenguaje no se limita a cumplir respecto del derecho el cometido general de denominar, representar y entenderse. Hay entre ellos un mayor grado de vinculación...» así se manifiesta HERNÁNDEZ GIL, El lenguaje, el estilo y la técnica legislativa en la Constitución, en Obras Completas, T 7º, págs. 291 y ss. Y es que la verdad se impone: nada tiene que ver el lenguaje del Código Civil con el de las actuales Leyes de estilo «pedregoso» y «síntaxis descoyuntada» y «torturante», tal y como ya enjuició PÉREZ SERRANO a la LAU de 1946. Habría que recordarles a estos Legisladores lo que SILVELA decía a los redactores del Código Civil: «quiero un Código escrito en castellano vulgar y correcto».

¹³ La Ley 22/1988, de 22 de julio, en su art. 5 afirma que «Son también de dominio público estatal las islas...» pero no parece que guarde relación con la norma del art. 121 del vigente Código penal que habla de «la isla» como responsable civil subsidiario de los daños causados por los penalmente responsables. No creo que se quisiera referir a los territorios insulares que, en España, han accedido a su autogobierno constituyéndose en Comunidad autónoma, pues ésta ya aparece en se-

106,2 y 149,1,18º. Pero la norma que plantea las cuestiones más importantes es la citada Ley 30 de 1992 que en su art. 139 establece las tres posibles clases de responsabilidad: la patrimonial a causa del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y las que, dentro de esa general, deriva de actos legislativos no expropiatorios (aquí se barrunta la diferencia entre indemnización y responsabilidad) de modo que cuando la Administración actúa con actos legislativos previstos que pueden causar perjuicio al particular, pero que éste debe soportar en aras del interés general, entonces se le indemniza y si el daño nace de actos no previstos, sino por error, culpa o negligencia o mal funcionamiento de los servicios públicos entonces, como en el caso de mal funcionamiento de la Administración de Justicia, hay responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Pero sea el tema de la responsabilidad civil del Estado legislador (el célebre asunto de las jubilaciones anticipadas es un buen ejemplo) como los de mal funcionamiento de la Administración de Justicia (art. 139, 4 y la LOPI) y algunos otros son cuestiones que no son objeto de este trabajo.

El citado artículo 121 del Código Penal dice literalmente lo siguiente:

«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 estos sean autoridad, agentes o 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 duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad,

agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario»

Antes de entrar en planteamientos de mayor interés me parece conveniente darle un pequeño «rapapalvo» al Legislador que tan acostumbrado nos tiene a legislar mucho y mal y ello porque me ha resultado intrigante todo el proceso de redacción de este artículo 121 del Código Penal¹². Veamos, como ejemplo, la «lista» innecesaria y variada que se ha seguido para designar las personas jurídicas que pueden ser subsidiariamente responsables.

La redacción final ni sigue a los Proyectos que le antecedieron de 1992 y 1994, ni tampoco al derogado art. 22 del Código Penal. En el derogado art. 22 se hablaba de «... personas, entidades, organismos y empresas...» con evidente insuficiencia. Y era lógico y conveniente cambiar. Así en el Proyecto de 1992 y en lo que era el art. 122, 1 se habla de «El Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio y demás entes públicos...» que se citan con mayúsculas y no se habla para nada de la Isla -que no se cual es la razón de que se haga constar, pues isla es porción de tierra rodeada de agua por todas partes y también es un bien de dominio público estatal conforme al art. 5 de la vigente Ley de Costas- y en general un verdadero baile de entidades, unas veces con mayúscula, otras con minúscula, otras anteponiendo el Municipio y otras no. En resumen, poca atención al asunto.¹³

Y yo entiendo que sobra esta enumeración tanto en los Proyectos de 1992 y 1994 como en la redacción definitiva del art. 121 del Código Penal. Habría sido más sencillo y desde luego más correcto, en cuanto acorde con el art. 103 y 106 de la Constitución, haber dicho: «La Administración Pública, según los casos, responde subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables...» y con mayor motivo si en el ap. 2º del art. 121 del Código pe-

nal se habla de la Administración que es como debe ser y porque tal economía y corrección viene impuesta por los citados arts. 103 y 106 de la CE en relación con el art. 23, 2º y 149, 1, 18º de la propia Norma fundamental, en cuanto se hace referencia a los funcionarios públicos y al personal que se halle vinculado con las Administraciones públicas, sea en régimen estatutario o de servicio. A mi juicio la redacción del art. 121 del CP no debería iniciarse con esa «lista» porque le hubiera bastado al Legislador penal, tan deseoso por otra parte de *sintonizar* con la legislación administrativa, le hubiera bastado digo, con tener en cuenta lo dispuesto en el art. 2 de la conocida Ley 30 -Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo de 26 de noviembre de 1992- que explica lo que se entiende por Administración Pública en cuanto desarrolla lo que igualmente establece el art. 106 de la Constitución. Sin olvidar que puede plantear problemas la inclusión en este art. 121 CP de los «entes públicos» en relación con lo dispuesto en el art. 2º de la Ley 30/1992 en su ap. 2, ya que tienen la consideración de Administración Pública, pero solo quedarán sujetos a esta Ley «cuando ejerzan potestades administrativas». Lo que es importante a efectos de unidad jurisdiccional.⁽⁴⁾

Dicho todo esto, conviene analizar otras cuestiones mucho más importantes que son las que plantea el art. 121 del Código Penal en materia de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Pública por los daños causados «por los penalmente responsables» en frase de la Ley penal y que es el objeto de este trabajo.

El interés que despierta el art. 121 del Código Penal es comprensible ya que la responsabilidad civil derivada de conductas delictivas o culposas, necesariamente ha de relacionarse con lo dispuesto en la regulación administrativa, básicamente en lo que se dispone en el Título X de la citada Ley 30 que trata «De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio» y lo ordenado en su Reglamento.⁽⁵⁾

El Código Penal derogado regulaba estas cuestiones en sus arts. 21 y 22. Sin proceder a su redacción íntegra, por no ser necesaria, recordemos que el ordinal 22 del Código Penal derogado decía que la responsabilidad civil subsidiaria que establecía el art. 21 era también aplicable o extensiva a las «personas, entidades, organismos y empresas...» y en su ap. 2º la establecía en relación con las personas o entidades que fueran titulares de Centros docentes... La doctrina siempre estimó que en la expresión «entidades» y «organismos» entraban el Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia, el Municipio, entendiéndose que no era exhaustiva la enumeración de las personas a quienes alcanzaba tal responsabilidad (en este sentido pueden verse las SSTT de 4 de mayo de 1994 y 10 de julio de 1995) y, como decía antes, la Administración Pública lo era en sentido amplio cuando actúa como persona jurídica en los servicios administrativos de ella dependiente por medio de personal a su servicio. Sin embargo cuando llegó la hora de modificar el Código Penal se consideró necesaria una redacción más correcta, lo que a mi juicio no se ha logrado.⁽⁶⁾

A mi entender dos cosas anhelaba el Legislador: una aclarar, digamos, el problemático listado del viejo art. 22 del CP que hacía necesaria una interpretación de quién o quienes formaban parte de las expresiones «entidades y organismos», y aunque era algo ya consolidado en la doctrina científica y jurisprudencial lo cierto es que la nueva redacción del 121 no ha sido muy exacta, pues a la vista está, que al abrir la enumeración de los posibles responsables en lugar de decir «La Administración Pública...» y dejar las cosas en su sitio, no lo hizo así y comenzó tanto en los Proyectos de 1992 y 1994 como en el texto definitivo a darnos una enumeración, creo yo, innecesaria. La otra pretensión era debilitar el que se entendía «rigor subjetivista» que en la vieja regulación acompañaba a la determinación de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Pública.

gundo lugar, tras el Estado, en el referido art. 121 C.P. En todo caso se puede tratar de una incorrecta alusión a los Cabildos o Consejos insulares a que se refiere el art. 141, 4 de la Constitución.

⁽⁴⁾ El art. 2 de la Ley 30/1992 afirma que: «Se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas: I. a) La Administración General del Estado, b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas, c) Las entidades que integran la Administración Local. 2. Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación».

⁽⁵⁾ La Ley 30/1992 de 26 de noviembre y su Reglamento aprobado por R.D. 429/1993, de 26 de marzo, al regular la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas han introducido importantes modificaciones a la normativa civil ante las peculiaridades actuales de la función pública. Aún no siendo esta cuestión la que se aborda en el presente trabajo, sin embargo, se han consultado los siguientes Autores: PALOMAR OLMEDA, Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos. Ed. Dykinson, Madrid, 1996.- PARADA MÁRQUEZ, Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Madrid, 1993.- BERMEJO VERA y otros, Derecho Administrativo. Parte especial. Ed. Civitas, 1994.- FABREGAS DEL PILAR, La responsabilidad del Estado y sus autoridades y funcionarios, en RGLJ, 1957, págs. 701 y ss.- GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA, Régimen jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992). Ed. Civitas, 1993.

⁽⁶⁾ Lo que establecen las sentencias indicadas de 4 mayo 1994 y 10 julio

1995 responde a una jurisprudencia que ya estaba consolidada y que creo se puede hacer arrancar de la STS de 18 marzo 1936 que ya estableció que la responsabilidad civil subsidiaria del Estado era aplicable a los Entes públicos, tales como organismos autónomos, provincia, municipio, etc., ya que el término persona abarca por igual a la natural como a la jurídica, y, por lo tanto, sin ninguna excepcionalidad a todas las Administraciones Públicas cuando actúan con tal carácter, en los servicios directamente administrados. En este sentido cfr. las SSTS de 20 junio 1988, 28 noviembre 1989, 21 diciembre 1990, 8 mayo 1991 y otras.

(7) La responsabilidad de las Administraciones públicas por causas del funcionamiento normal de los servicios públicos tiene lugar cuando el daño se produce por actuaciones de la propia Administración que están ajustadas a Derecho, pero que, sin embargo, causan perjuicios bien por suponer un enriquecimiento injusto para la Administración o bien una ruptura del principio de igualdad de todos los administrados ante las cargas públicas. Existe un funcionamiento anormal del servicio público cuando hay un actuar ilícito y entonces el daño es imputable a la Administración que ha incumplido la norma vigente y cuya actuación puede tener una conducta activa o pasiva no llegando a cumplir con el nivel mínimo exigible. Por todos puede consultarse a GONZALEZ PEREZ, Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, cit., en las págs. 91 y ss. Desde el punto de vista jurisprudencial son de mucho interés las siguientes SSTs: STS de 15 diciembre 1994 (Ponente Sr. Villagómez Rodil), 2 junio 1994 (Sala 3ª, Sección 6ª Ponente Sr. Sánchez Andrade y Sal), 28 noviembre 1995 (Sala 1ª, Sección 1ª Ponente Sr. Guadaño Pando) y las más recientes de la Sala 1ª de 22 noviembre 1996 y 26 diciembre 1996, en Ponencias del Sr. Sierra Gil de la Cuesta.

Para nadie es una sorpresa la alarma que suscitó la redacción que se dio al entonces ordinal 122 del Proyecto de 1992. Se establecía la responsabilidad patrimonial y directa -del Estado, Comunidad Autónoma, Provincia o Municipio y demás entes públicos- de los daños causados por los penalmente responsables de delitos o faltas. Por lo tanto se establecía una responsabilidad civil directa de la Administración que suponía una novedad en nuestro Ordenamiento en cuanto no la subordinaba a una previa situación de insolvencia del agente responsable. El Proyecto de 1992 procedía a una ruptura entre el pronunciamiento en la jurisdicción penal y el exclusivamente reparatorio de la legislación administrativa, al decir que la responsabilidad civil había de exigirse directamente de la Administración por el procedimiento establecido en su legislación propia. Tales criterios dieron lugar a una fuerte oposición, pues se rompía no sólo con una larga tradición sustantiva y procesal, sino que se perjudicaba el desarrollo de las pretensiones de resarcimiento de la víctima. Lejos de caminar hacía una mayor agilidad del proceso, se dificultaba, pues una cosa es que la Administración responda directamente y otra que pague, sin más.

Y era así, pues la sentencia penal no entraba en la relación existente entre la conducta del culpable y la eventual responsabilidad de la Administración. Se establecía una total independencia entre el proceso penal y el administrativo porque, así se ha dicho y así lo entiendo yo, el Proyecto de 1992 trataba de sintonizar con la Ley 30/1992 y disposiciones reglamentarias y concordantes y para ello basta tener presente el art. 139 de la Ley 30 que regula esa actuación directa del particular ante la Administración para ser indemnizado de cualquier lesión sufrida en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Tanto es así que ante cualquier daño sufrido por el particular ahí está el art. 145, 1 de la Ley 30 estableciendo esa actuación directa, con independencia de la calificación que merez-

ca la conducta del agente al servicio de la Administración Pública.⁽⁷⁾

El Legislador, también el penal, parece obsesionado con la idea «progresista» de unificar la reclamación ante la Administración pensando en la tutela efectiva del ciudadano y por esto se quiere la unidad jurisdiccional. Quería el pre-legislador una mayor celeridad en las indemnizaciones, pero se equivocaba; intentaba, o al menos así pensaba, que la Administración Pública no se amparase en la previa y necesaria condena penal para garantizar la indemnización civil y para el ello el Proyecto de 1992 propuso una norma en virtud de la cual la Administración Pública evitaba el proceso penal, impidiendo a los Jueces ordinarios pronunciarse sobre la responsabilidad civil. Alguna nota positiva tenía el Proyecto de 1992 y es que, así las cosas, la Administración podía indemnizar sin esperar a la Sentencia penal condenatoria del funcionario responsable; otra cosa es que lo hiciera.

Pero tal criterio no prosperó porque el perjudicado quedaba obligado, una vez finalizado el proceso penal y una vez obtenida sentencia penal, a acudir a la vía administrativa que tendría que agotar y entonces la Administración Pública quedaba en situación de privilegio frente a otros posibles responsables civiles subsidiarios.

Ante tal panorama el Proyecto de 1994 cambia la situación y se vuelve a lo más razonable, estableciendo la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Pública por los daños causados por los penalmente responsables de delitos o faltas dolosos SI RESULTABA PROBADA LA RELACION DIRECTA Y EXCLUSIVA entre su conducta y el servicio público, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios, que es exigible conforme al procedimiento administrativo y sin que en ningún caso pudiera darse duplicidad de indemnizaciones. Si en el proceso penal se exigía la responsabilidad civil entonces la pre-

tensión indemnizatoria había de entablarse simultáneamente contra la Administración presuntamente responsable.

La redacción que da al art. 121 el Proyecto de 1994 es recibido con más entusiasmo que el anterior Proyecto de 1992 en cuanto: 1º. Se vuelve al sistema tradicional de llevar al proceso penal todo lo relacionado con la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Pública; 2º. Es por lo tanto el Tribunal Penal el competente íntegramente para resolver sobre la materia; 3º. Ante la jurisdicción penal ha de probarse la relación directa y exclusiva entre la conducta del funcionario y el servicio público y 4º. La responsabilidad civil subsidiaria que regulaba el Proyecto de 1994 lo era con total independencia, es decir, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial de la Administración que regula la Ley 30 como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración, en el bien entendido que no cabe duplicidad de indemnizaciones.

Finalmente pasamos a la redacción final del vigente art. 121 del Código Penal una vez expuestos sucintamente los polémicos antecedentes del precepto⁶⁹. Las notas fundamentales del art. 121 del C.P., a los efectos que interesan son éstas:

2. Se opta por establecer una responsabilidad civil subsidiaria y no directa de las diferentes Administraciones Públicas.

Es decir, el CP ha optado finalmente por establecer una responsabilidad civil subsidiaria y no directa. Esto significa que la responsabilidad de la Administración depende de que el responsable directo -agentes y contratados, autoridad o funcionarios públicos- en el ejercicio de sus cargos no hayan cumplido con la obligación de indemnizar impuesta por los daños y perjuicios causados «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».

Algún sector doctrinal ha criticado la solución del art. 121 del CP enten-

diendo que hubiera sido más solidario y respetuoso con los ciudadanos haber establecido -como en el Proyecto de 1992- la responsabilidad directa de la Administración, sin perjuicio de la acción de regreso de la Administración contra el funcionario responsable⁶⁹. Yo no lo creo así y por varias razones: a) porque como con acierto dijo el TC en Sentencia 31/1989 de 13 de febrero, la acción civil no pierde su naturaleza por el hecho de incorporarse al proceso penal, con el que ha de entablarse bien para ejercitarla, para reservarla o para renunciarla, siendo además innegable la conveniencia de que las cuestiones civiles deban debatirse y que quién pide una indemnización tiene derecho a un proceso con todas las garantías. Y visto desde el ángulo del responsable civil subsidiario -las Administraciones públicas- igualmente les conviene que en el proceso penal se entable la acción civil para poderse discutir juntamente con la existencia o inexistencia del hecho penal, b) porque no sobra, antes al contrario, el sistema de la r.c. subsidiaria en el proceso penal, ya que la responsabilidad civil no se funda en los principios del Derecho penal o por lo menos sus principios le son de aplicación mínima y no evita que se construya sobre los viejos principios de la culpa «in eligendo» o «in vigilando» cuando no en un progresivo acercamiento a la responsabilidad por riesgo u objetiva que exige exclusivamente 1º) la existencia de una relación de dependencia entre el autor del delito o falta y la persona física o jurídica bajo cuya dependencia está y 2º) que el agente de la conducta delictiva lo haga dentro de las funciones de su cargo y ello aunque se extralimite (así STS Sala 2ª de 24 febrero 1993 y muchas otras). En todo caso el Tribunal Supremo no ha llegado en ningún momento a hablar de una responsabilidad objetiva o por riesgo creado.

Además creo que el establecimiento, como lo ha hecho el art. 121 del CP, de la responsabilidad civil subsidiaria de las diferentes Administraciones públicas no es irrespetuoso ni insensible con los derechos de los ciudadanos, pues la Ad-

⁶⁹ Para tener una idea bastante completa de los precedentes legislativos del actual y vigente art. 121 del Código Penal, pueden consultarse, entre otros, los siguientes Autores: SOTO NIETO, Responsabilidad civil subsidiaria del Estado... en La Ley, 1986, págs. 954 y ss.- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, El nuevo sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, en La Ley, 1993, págs. 955 y ss.- RUIZ VADILLO, Coloquios sobre la responsabilidad civil... con un trabajo sobre La responsabilidad civil subsidiaria del Estado, M. de Justicia e Interior, 1995, págs. 17 y ss.- PASCUAL ESTEVILL, La responsabilidad civil de la Administración Pública... en La Ley, 1995, págs. 1146 y ss.- SOTO NIETO, La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y Entes públicos en general (Artículo 121 del Código Penal), en La Ley, 1996, págs. 1658 y ss.- Resulta de interés consultar los trabajos que se incluyen en los Cuadernos de Derecho Judicial (Escuela Judicial y CGPJ, sobre «Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas»), Madrid, 1996.

⁷⁰ Así piensa PANTALEÓN PRIETO, Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente, en Cuadernos de Derecho Judicial, op. cit., págs. 30 y ss.

⁽¹⁰⁾ El problema lo debe resolver la Jurisdicción Penal, no después la Jurisdicción Civil o Contenciosa. En esta sentencia el TS hace una crítica implícita al que entonces era Proyecto de 1992 para la redacción del art. 121 CP y al que ya me he referido anteriormente. En esta sentencia, de la que fue Ponente el Sr. Ruiz Vadillo, se afirma que: «la Administración del Estado está sometida en cuanto a la responsabilidad civil subsidiaria del art. 22 del CP, sin ningún tipo de excepciones a los principios generales informadores de nuestro Ordenamiento que en la actualidad nacen de manera inmediata y directa de la CE (art. 106). La circunstancia -añade- de que el Estado aparezca expresamente citado en el art. 1903 C.c. y no en el CP no puede conducir a una interpretación que excluya dicha responsabilidad, en todo caso, del Estado cuando de acto penal se trate...». Y finalmente afirma: «La solución que consistiera en actuar la pretensión indemnizatoria en vía civil o contenciosa, después de resuelto el problema jurídico penal, cuando el hecho base está acreditado, sería atentar al principio... de economía procesal, que si con su aplicación no se contradicen las ideas de justicia, tiene plena vigencia de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y ha de ser elemento coadyuvante en la tarea de entender el verdadero e histórico sentido de las leyes...» (Ponente Sr. Ruiz Vadillo).

⁽¹¹⁾ La conformidad del acusado con la calificación penal y con la pena no excluye la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Esta fue una de las alegaciones que había planteado la Abogacía del Estado al estimar que se había producido una auténtica indefensión para el Estado al haberse conformado el acusado con la calificación penal y con la pena solicitada por las partes acusadoras y que la Sala negó en la indicada Sentencia de la que fue Ponente el Sr. PUERTA LUIS.

⁽¹²⁾ PANTALEÓN PRIETO, en op. cit., en la pág. 31.

⁽¹³⁾ Parece claro en esta cuestión que hay 1ª) una responsabilidad patrimonial

de la Administración Pública en este punto está sujeta, sin excepciones, a los principios informadores de nuestro Ordenamiento que tienen su origen en la CE y así lo ha dicho el TS, entre otras muchas, en Sentencia de 28 de noviembre de 1989⁽¹⁰⁾. Por otra parte ni siquiera la posible conformidad del acusado respecto de la acción penal puede determinar indefensión pues tal circunstancia no impide la continuación del juicio en cuanto a la responsabilidad civil, como con acierto puso de relieve la STS, Sala 2ª, de 17 de julio de 1992, y se desprende del art. 695 LECrim⁽¹¹⁾.

Entiendo, por consiguiente, un acierto el restablecimiento de la r.c. subsidiaria en la redacción definitiva, a pesar del criterio de algunos Autores, entre ellos el Prof. Pantaleón, que considera que fue un regreso «al rancio esquema de la responsabilidad civil subsidiaria»⁽¹²⁾. Por contra he pensado siempre que la responsabilidad patrimonial directa que se estableció en el art. 122 del Proj. de 1992, de haber prosperado habría instaurado un sistema abusivo y dictatorial de las Administraciones públicas en perjuicio del particular, rompiendo, como ya dije, con el sistema secular de nuestras Leyes procesales que permiten el ejercicio conjunto de las acciones civiles y penales en el proceso criminal. La injusticia más palpable habría sido que el lesionado habría tenido que recorrer un «calvario» procesal entablado la acción penal y civil, en el proceso penal ante la jurisdicción ordinaria y, a continuación, acudir a la vía administrativa primero, y a lo contencioso-administrativo después, pues a nadie se le oculta que la Administración trataría de agotar todas las alternativas posibles antes que pagar. Añadamos a todo esto la lentitud de las Salas de lo contencioso y se comprenderá que hablar de responsabilidad directa de la Administración no pasaba de ser una broma de mal gusto. Finalmente siempre he creído que no hay razones de peso para burlar a los Tribunales de lo Penal y de lo Civil el conocimiento de la procedencia de indemnizaciones con cargo al Erario Público, en favor del orden contencioso-administrativo ni siquiera cuando la acción

de reclamación se formula no solo contra un organismo público sino también contra una entidad privada, siempre y cuando la demanda no encubra un fraude procesal, pues en tales casos entra en función la superior «vis atractiva», así como el carácter residual de la jurisdicción civil frente a la contencioso-administrativa, conforme a lo que se establece en el artículo 9'2 de la LOPI.⁽¹³⁾

Pienso, por tanto, que para exigir la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas por conductas punibles del personal a su servicio la jurisdicción competente es la ordinaria de los Jueces y Tribunales de lo Penal y no la contencioso-administrativa a la que corresponden las responsabilidades establecidas en la tantas veces citada Ley 30, Ley que en ningún modo ha supuesto -creo yo- la unidad jurisdiccional ya que ni impide ni excluye que el titular de la acción penal la acumule con la civil dentro del proceso penal.⁽¹⁴⁾

Por lo tanto y siempre a mi juicio, tras la Ley 30/1992 el art. 121 del Código Penal y el procedimiento de la LECr. sigue siendo el único camino -diferente al procedimiento administrativo- por el que se puede obtener la reparación de las Administraciones públicas como responsable civil subsidiario. En este punto una consideración: ¿Cómo se explica que la Administración Pública responda directamente por ilícitos del personal a su servicio de manera *directa* seguramente por conductas leves desde el punto de la calificación penal y subsidiariamente por conductas penales más graves? No deja de ser interesante, al menos para mí, y hace pensar que dentro del proceso penal al que da lugar el art. 121 C.P. lo que de verdad hay es una responsabilidad directa... pero no es éste el criterio de la jurisprudencia del T.S., ni desde luego mi opinión.

3. El vigente art. 121 del C.P. habla de responsabilidad civil subsidiaria de daños causados por los penalmente responsables de delitos dolosos o culposos? Y ¿qué ocurre con las faltas, tanto dolosas como culposas?

Es sobradamente sabido que el art. 121 del C.P. establece la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración pública si procede de delitos dolosos o culpables. En este sentido el C.P. vigente ha seguido al Proyecto de 1992, pero no al de 1994 que propuso esa r.c. solamente y creo que injustificadamente- para los delitos dolosos, pues estimo que los daños que producen quienes están al servicio de la Administración pública, en el 99% es por culpa, no por dolo. Sea lo que fuere el vigente art. 121 del C.P. se olvida de las faltas y tal olvido -o quién sabe si omisión intencionada- ha dado lugar a críticas que yo creo no eran necesarias por lo que luego diré. De grave omisión la calificó SOTO NIETO, Magistrado de la Sala 2ª del TS, e ilógica si se le compara con las previsiones del ordinal anterior, el art. 120 del propio C.P. que, en efecto, reconoce la r.c. subsidiaria tanto por daños y perjuicios causados por delitos como por faltas y, claro está, establecerlo para unos (padres, tutores, titulares de editoriales, periódicos, revistas, radio o TV y en los demás supuestos del referido art. 120 C.P.) y no para quienes como funcionarios, agentes, autoridad, etc., causan esos daños como consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieron confiados, es evidente que supone una discriminación difícil de justificar.

Igualmente debe hacerse constar que el Legislador no puede ignorar que esas faltas leves a las que se refiere el art. 621, apartado 2 del C.P., pueden ocasionar incluso la muerte de una persona, luego no cabe pensar que el C.P. vigente al no hablar de r.c. subsidiaria en caso de faltas es porque lo entienda así, más bien es un olvido, un «dapsus legislativo» o acaso un silencio intencionado que suplen razonablemente los Jueces y Tribunales. Yo no creo -como me ha parecido que contrariamente lo entiende Pantaleón Prieto- que «con esa omisión se trata de negar a los tribunales penales la competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad civil de la Administración cuando haya sido sólo una falta lo cometido por la autoridad, agente, contratado o funcionario público». No lo creo, no so-

lamente porque sería inconstitucional y una situación absurda, sino porque ese silencio legislativo no creo que haya de significar la exclusión de responsabilidad civil subsidiaria cuando la lesión tenga por causa una imprudencia leve, pues el C.P. vigente, al igual que el anterior y posiblemente todos los precedentes, ofrece numerosas muestras de utilización de la palabra «delito» como sinónimo de infracción criminal, sin más. Así el ap. 4º del art. 130 C.P., en relación con el art. 639, último apartado «in fine».

Y además, si en el nuevo C.P. se habla de delitos dolosos y culpables (aunque se ha criticado esta alternativa en las conductas delictivas, por su gratuidad intrínseca y por avenirse mal con el sistema de «numerus clausus» en las infracciones imprudentes) y por lo tanto ser causante de r.c. subsidiaria el daño que tenga origen en un delito culpable, con mayor razón la deben acoger los Tribunales si se origina en una falta dolosa que, sin duda, ocasionará, digo yo, mayores daños y perjuicios. Labor de interpretación que, caso por caso, pueden llevar a cabo los Tribunales de lo Penal al no estar en presencia de normas penales, sino civiles a pesar de su ubicación en el Código de los delitos y de las penas. Por ello el TS siempre ha estimado correcta esa posible tarea de interpretación extensiva (negada en el ámbito penal) cuando de normas y consecuencias civiles se trata. Entonces no veo dificultad en ampliar la palabra delito hasta comprender las faltas.⁽¹⁵⁾

4. ¿Estamos ante una responsabilidad por culpa, o ante una responsabilidad civil por riesgo creado?

Plantearse esta cuestión no es un ejercicio teórico, sino -como todos sabemos- de gran trascendencia práctica. No han faltado Autores y sentencias del Tribunal Supremo que tienden a hablarnos, la verdad que no con rotundidad como veremos, de una responsabilidad objetiva o por riesgo. Yo no lo entiendo así. Ni en el art. 22 del derogado C.P., ni en el vigente art. 121, objeto de comentario, se puede hablar de una res-

ponsabilidad de la Administración que tiene lugar por lesiones derivadas -nacional- del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y así -entre muchas otras- las SSTs de 22 noviembre y 26 diciembre 1996 y 2ª) una responsabilidad civil subsidiaria por conductas punibles del personal al servicio de las diferentes administraciones públicas y cuya competencia jurisdiccional es la ordinaria. En este punto el número de resoluciones judiciales es enorme y entre otras me limito a citar la del TS de 15 noviembre 1993 (Ponente Sr. Román Puerta) en la que sobre establecer cual es la jurisdicción competente, habla de la independencia de la responsabilidad patrimonial del Estado. En relación con la «vis atractiva» de la jurisdicción civil se pueden ver las recientes sentencias del TS de 21 enero 1997 y 12 junio 1997 (En ambas fue Ponente el Sr. O'Callaghan Muñoz) y es muy interesante conocer los fundamentos del Auto de la Sala de Conflictos del TS de 17 julio 1997 resolviendo a favor de la Sala de lo Contencioso del TS de Sevilla (Ponente el Sr. Rodríguez Arribas) y el Voto particular del Sr. Almagro Nosete que disiente de la decisión adoptada al estimar que es competente el orden civil cuando hay otros demandados junto a la Administración, con reseña de otras sentencias del Alto Tribunal (Sala 1ª) como son las de 28 abril 1992; 17 julio 1992; 26 marzo 1993; 12 mayo 1994; 20 junio 1994; 8 julio 1994; 30 julio 1994; 22 abril 1995 y 30 octubre 1995.

En la mal denominada «jurisprudencia menor» son de interés las sentencias siguientes: A.P. de Teruel de 20 mayo 1995; A.P. de Pontevedra de 23 noviembre 1995 (Sección 3ª); A.P. de Toledo de 15 enero 1996; A.P. de Sevilla. AUTO de 21 diciembre 1996; A.P. de Santa Cruz de Tenerife de 26 marzo 1997 (Sección 1ª); A.P. de Pontevedra de 27 mayo 1997 (Sección 1ª) y A.P. de Lugo de 5 junio 1997.

⁽¹⁵⁾ Éste es, si no he interpretado mal las directrices del Libro Blanco relativo a la reforma de la Ley de lo

Contencioso Administrativo, el criterio de la reforma legislativa. La fijación de competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa, reflejada en el Proyecto, establece que todo lo relativo a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es de su competencia. Por otra parte la idea del CGPJ es la de llevar a cabo una profunda reforma de la LEC eliminando la mayoría de los procesos especiales y limitándolo a los ordinarios.

⁶⁵ Aunque la cuestión ha sido escasamente tratada, seguramente por lo obvio del silencio legislativo y sin duda oportuna labor de corrección del Tribunal Supremo. En tal sentido son de interés los fundamentos jurídicos sexto y séptimo de la Sentencia de la Sala 2ª de 11 enero 1997 (Ponente Sr. Manzanares Samaniego) que dicen: SEXTO.- Por último, la observación del recurrente sobre la responsabilidad civil subsidiaria del Estado se entiende mal en la casación de una sentencia que carece de todo pronunciamiento en tal sentido. Así las cosas, nada habrá -y nada hay- que resolver. Puede ser de interés, sin embargo, hacer algunas consideraciones sobre ese nuevo artículo 121 cuyo texto solo recoge en su tenor literal la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y otros entes públicos a partir de personas penalmente responsables de «los delitos dolosos o culposos». El precepto corona los zigzagantes trabajos prelegislativos desde el Proyecto de 1980. Los artículos 21 y 22 del Código Penal de 1944 -sin cambios en el texto de 1973- se refirieron explícitamente tanto a los delitos como a las faltas, pero el Proyecto de 1980 lo hizo en su artículo 118 solo a los delitos, llegándose más tarde a señalar en el artículo 105 del borrador de 1990 que «la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta origina la obligación de reparar los daños y perjuicios por él causados en los términos previstos en el Código Civil» formulación esta que se apartaba de nuestros antecedentes históricos. Algún tiempo después, el artículo 121 del Anteproyecto de 1992 volvió a aproximarse, aunque con algunas modificaciones procesales, a nuestra línea tra-

responsabilidad civil objetiva de las Administraciones públicas por los daños causados por los penalmente responsables pues para eso ya está la responsabilidad administrativa que regula la Ley 30, y para ello encuentro varios datos y el decisivo es que el ilícito penal atribuido al funcionario de donde nace la responsabilidad civil subsidiaria ha de adquirir realidad con ocasión del servicio encomendado que justifica pensar que la realidad objetiva del daño se acota por ámbitos subjetivos, pues en definitiva el art. 121 del C.P. hace que lo que define la esfera de subordinación es el conjunto de deberes de vigilancia exigibles. La lectura del precepto asienta la responsabilidad civil subsidiaria en la relación de dependencia entre agente y responsable y la comisión del ilícito en el desempeño de los servicios públicos que les estuvieren confiados⁶⁶ y estos criterios, al menos para mí, no los ha abandonado la jurisprudencia del T.S., a pesar de esa cierta tendencia objetiva con base en que tratándose de normas civiles -y yo lo he dicho antes- no se ve inconveniente en aplicar la idea interpretadora del art. 3, 1 del C.c. Entre otras muchas pueden leerse los argumentos de la STS (Sala 2ª) de 15 noviembre 1993 (Ponente Sr. Román Puerta), fundamento jurídico 11º.

No cabe duda que un repaso de la jurisprudencia del T.S., nos da cuenta de una prudente tendencia objetivista, pero nada más. Así en la STS de 23 de febrero de 1977 y 24 de febrero de 1978 o en la de 11 de diciembre de 1984 o 18 de junio de 1985 en la que la Sala nos dice que «la responsabilidad civil subsidiaria viene siendo objeto de una progresiva interpretación, que sin llegar en su extensión a ser objetiva, cabe afirmar que cada vez es menos subjetiva... ¡y es que no se puede decir nada más, porque tratar de ver en el art. 121 del vigente C.P. o en sus antecedentes un supuesto de responsabilidad civil objetiva es tanto como desconocer las bases en las que se asienta esta responsabilidad y la letra y espíritu del artículo que comentamos.⁶⁷

No hay sentencia del Alto Tribunal ni Autor que yo haya leído que se manifieste con absoluta rotundidad acerca de la responsabilidad objetiva y es que tanto en el art. 22 del Código penal derogado como en el vigente art. 121, el engarce del delito o falta del funcionario con el desempeño de sus deberes, obligaciones o servicios que le estuvieren encomendados, son la premisa inexcusable del pronunciamiento condenatorio y de la responsabilidad civil subsidiaria, sin desconocer esa tendencia a objetivar en base al principio de creación del riesgo en algunos sectores como en las conductas de miembros de las Fuerzas Armadas, delitos en los establecimientos penitenciarios, etc., que han tenido un tratamiento especial en la jurisprudencia del T.S. y no siempre unánime, pues es muy interesante leer el fundamento jurídico noveno de la STS (Sala 2ª) de 14 octubre 1991 en ponencia del Sr. Montero Fernández-Cid sobre responsabilidad civil subsidiaria cuasi objetiva del Estado por delitos cometidos por policías.⁶⁸

Pienso que ni siquiera la Constitución española (art. 106.2 en el que se afirma que «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») construye una responsabilidad sobre bases objetivas y de riesgo, aunque así lo dé a entender la Sala 4ª del T.S. en sentencia de 25 de abril de 1986 y posiblemente en alguna otra, pues no se debe olvidar que la propia CE exonera la responsabilidad en casos de fuerza mayor que es límite de exigencia. Y lo mismo cabe deducir de lo dispuesto en el art. 121 de la propia Constitución (daños causados por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia) y su desarrollo en el art. 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues a pesar de que la STS, Sala 2ª, de 5 de octubre de 1980, haya hablado de «evolución desde la responsabilidad personal del funciona-

rio judicial hasta la directa y objetiva del Estado», yo pienso que no se descarta la responsabilidad subjetiva, ya que el anormal funcionamiento de la Administración da lugar a la responsabilidad delictual pero por la negligencia del funcionario. Si bien no desconozco que el propio T.C. se ha planteado una cierta tendencia objetiva en la «excesiva acumulación de asuntos en los órganos jurisdiccionales» (STC de 8 febrero 1982); y en la Sentencia nº 36/1984, de 14 de marzo habló del «abrumador volumen de trabajo que pesa sobre determinados órganos jurisdiccionales como causa para exculpar a los Jueces y Magistrados de toda responsabilidad personal».

Sin embargo yo creo que a esta responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas por culpa que subsiste en el art. 121 del C.P. no la ha empañado la conocida Ley 30, pues con posterioridad a su entrada en vigor, el TS continuó aplicando el criterio culpabilístico del entonces derogado art. 22 del C.P. Así puede verse en SSTs de 5 de mayo, 8 de junio, 10 de julio y 17 de julio de 1995, estimando que la Ley 30 de 1992 no empeece la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria derivada de un hecho delictivo en el procedimiento penal y criterio que el Supremo entiende se ha reforzado con el vigente art. 121 del C.P., al decir en reciente Sentencia de 24 de enero de 1997 (Ponente Sr. Martínez Pereda Rodríguez) que el referido precepto «mantiene la responsabilidad del Estado y otros entes territoriales y demás entes públicos, de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos cuando estos sean autoridad, agentes 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 estuvieran confiados y ello sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios».

En cualquier caso tanto el art. 121 del vigente C.P., como su precedente,

art. 22 del derogado, se sitúan por la jurisprudencia del T.S. no tanto en una responsabilidad civil objetiva del Estado, sino que dando una interpretación que se dice ajustada a la CE y al art. 3.1 del C.c., trata de dar una respuesta justa. Y esa respuesta es la de una r.c. cuasi-objetiva.

Para defender la tesis contraria, es decir, la de que en el art. 121 del C.P. nos encontramos con una responsabilidad civil directa y no subsidiaria se podría argumentar que otra cosa sería absurda, pues si la Ley 30 permite hablar de una responsabilidad directa de la Administración Pública por ilícitos penales de las autoridades, agentes y funcionarios ¿cómo no ha de aplicarse igual criterio cuando los daños sean causados acaso por conductas más graves imputables a los funcionarios públicos y que se diluciden en el ámbito de la jurisdicción ordinaria? La pregunta que se plantea es la de si dentro del proceso penal tenemos un sistema de r.c. directa o subsidiaria. Por ahora y por lo que he dicho, pienso que en el art. 121 del C.P. vigente se puede hablar de la r.c. por culpa, no directa y si subsidiaria del Estado. Pero no puedo desconocer que en este art. 121 como ocurrió con relación a su precedente, el art. 22 derogado, se está produciendo una exégesis progresiva en el sentido de una objetivación civil subsidiaria propia de aquellas sociedades en las que el Derecho se pone al servicio de la solidaridad social, dándose la necesaria cobertura a las actuaciones de todos los que desarrollan su actividad al servicio del Estado, y buscándose el amparo, bajo el principio de legalidad de la responsabilidad de los poderes públicos del art. 9,3 de la CE. En este sentido pueden verse las recientes SSTs de 11 marzo 1996 (Ponente Sr. de Vega Ruiz); 24 octubre 1996 (Sala 5ª, Ponente Sr. Querol); la de 19 diciembre 1996 (Ponente Sr. Delgado); la de 14 febrero 1997 (Ponente Sr. Granados Pérez) a propósito de daños causados en un Centro penitenciario. Tendencia que permite hablar del paso de una responsabilidad personal a otra colectiva más allá de los tradicionales esquemas del C.c., pero como con acierto se ha puesto de manifiesto, apar-

dicial y ratificó la mención de los delitos y faltas, tal y como sucedió también en el artículo 122 del Proyecto de ese mismo año. Con el artículo 119 del Anteproyecto de 1994 se cerró el semicírculo de regreso al criterio de exigencia generalizada de la responsabilidad civil subsidiaria en el propio proceso penal, y se conservó la referencia expresa a los delitos y las faltas. El artículo 121 del Proyecto de 1994 mantuvo esa dualidad, si bien acompañando al delito y a la falta con la calificación de dolosos, algo que, desconocido hasta entonces en nuestro ordenamiento, fue objeto del múltiples críticas, ya que dificultaba la exigencia de las responsabilidades civiles de los entes públicos en los supuestos penales excluidos. Por último, en una nueva pirueta, el artículo 121 del Código de 1995 optó por anudar aquella responsabilidad a los «delitos dolosos o culposos», acogiendo de esa forma una alternativa adjetiva perfectamente suprimible, tanto por su gratuidad intrínseca (donde la ley no distingue no es procedente distinguir), como por avenirse mal con la corriente representada por la aceptación del sistema de «numerus clausus» en las infracciones imprudentes. De otro lado suprimió la referencia a las faltas, con lo que, más que progresar, se retrocedió, al menos formalmente, hasta los textos de 1848-1850 (artículo 17), 1870 (artículo 20) y 1932 (artículo 21).- SEPTIMO.- Ocorre, no obstante, que el silencio de este artículo 121.1 sobre las faltas no implica necesariamente su exclusión a efectos de la responsabilidad civil subsidiaria por tales infracciones criminales leves. El nuevo Código, al igual que los anteriores, ofrece numerosas muestras de utilización del vocablo «delito» como sinónimo de infracción criminal. Véanse, por todos, el párrafo primero del número 4º del artículo 130, en relación con el artículo 639 y el número 5º del repetido artículo 130, o los artículos 80,4 y 86. En igual dirección cabe aducir el argumento de que, si ahora se incluyen de modo expreso los delitos culposos, con más razón deben incluirse también—desde la perspectiva de la responsabilidad civil subsidiaria— las faltas

dolosas que pueden ocasionar mayores daños y perjuicios. La exégesis deberá practicarse precepto por precepto, acudiendo no sólo al criterio gramatical, sino también al lógico y al sistemático, y sin olvidar los directrices básicas: de un lado, el valor que el artículo 3.1 del Código civil atribuye a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, con atención fundamental al espíritu y finalidad de aquellas; y de otro, que no se está en presencia de disposiciones penales (aunque se ubiquen en el Código penal), sino de un artículo de naturaleza civil, lo que permite una interpretación extensiva, conforme a la línea seguida por el Tribunal Supremo para objetivar al máximo esa misma responsabilidad civil subsidiaria en el marco del artículo 22 del Código penal de 1973. No sería por tanto incorrecta la exégesis favorable al entendimiento amplio del vocable «delito» en el artículo 121 del Código de 1995.

⁽¹⁹⁾ En cuanto hace referencia a los presupuestos inexcusables que siempre han presidido tanto el art. 22 del C.P., derogado, como el actual art. 121 del propio Código Penal y en concreto sobre la condición de funcionario público, resulta de interés la STS de 11 marzo 1996 (Sala 1ª) de la que fue Ponente el Sr. De Vega Ruiz. El Abogado del Estado impugnó por indebida aplicación del entonces art. 22 CP la r.c. subsidiaria del Estado como consecuencia de un delito de detención ilegal, afirmando que los Jueces y Magistrados al estar integrados en el Poder Judicial, no tienen dependencia funcional con el Estado, de donde era lógico deducir que no cabía hablar de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. El TS no lo entendió así (Fundamento jurídico duodécimo). Por cierto que en el apartado segundo del citado fundamento la Sala aprovecha para poner de manifiesto esa exégesis progresiva que se está produciendo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia respecto del art. 22 CP (a la sazón vigente) en el sentido de una objetivación de la r.c. subsidiaria del Estado.

te de operarse este cambio en sectores muy concretos de la Administración, (CARBONNIER en Francia, PICAZO entre nosotros) ante estos nuevos criterios habrá que preguntarse si llegará el día en que la sociedad esté obligada a reparar todos los daños. Entonces no será, como ahora el seguro el que pague, sino los impuestos y la responsabilidad civil acabará por diluirse a fuerza de haberse hipertrofiado.⁽¹⁹⁾

5. ¿Quiénes son los penalmente responsables que, de ser insolventes, determinan la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y en que circunstancias?

El art. 121 del vigente Código Penal señala a las siguientes: autoridad, agentes y contratados de la misma (se ha de entender de las diferentes Administraciones Públicas) o funcionarios públicos. Con independencia de algunos cambios en esta «lista» respecto de los Proyectos de 1992 y 1994, lo que hay que entender es que el precepto impone la responsabilidad civil subsidiaria por hechos punibles llevados a cabo por el personal al servicio de las Administraciones Públicas y ello bajo dos presupuestos: 1º que la conducta tenga lugar en el ejercicio de sus cargos o funciones y 2º que la lesión sea siempre consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieren confiados.

Creo que no existen mayores problemas en cuanto a la determinación del elemento subjetivo, pues lo constituyen todo el personal al servicio de las diferentes administraciones públicas que, en el ejercicio de sus funciones cometan actos constitutivos de infracciones criminales, delitos o faltas, que puedan irrogar perjuicios a terceros y, en consecuencia, posible responsabilidad civil subsidiaria de la Administración a la que se le imputa el actuar ilícito del agente, tomada aquí la palabra agente en sentido amplio. Mayores problemas plantea la expresión normativa de que «siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran confiados...» ya que esta circunstancia delimitadora no cabe entenderla si

no es íntimamente ligada a la posible y necesaria infracción criminal del agente al servicio de la Administración Pública, pues el «funcionamiento de los servicios públicos» encomendados al funcionario ha podido ser un mal funcionamiento, un servicio anormal, pero aún siendo así si no lleva aparejada la conducta culpable del o de los agentes no entra en juego el art. 121 C.P. Y esto porque el concepto de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos es objetivo y para que se pueda hablar de r.c. subsidiaria de la Administración es preciso, conforme al art. 121 C.P. que se de el dato personal o subjetivo de la infracción jurídico-penal del funcionario. Es por esto que en determinadas actuaciones de la Administración -hay una abundante jurisprudencia en materia penitenciaria- funcionando mal y causando daños a terceros sin embargo no es posible apreciar una conducta punible y entonces no se puede hablar de «los personalmente responsables» y en consecuencia tampoco de r.c. subsidiaria (entre otros muchos el caso de la STS Sala 3ª de 4 enero 1991); pero sí es posible que se aprecie la responsabilidad patrimonial en la vía contencioso-administrativa por concurrir relación causal entre el daño ocasionado y el funcionamiento anormal del servicio público. Queda pues claro que unos mismos hechos no pueden fundamentarse en sede penal y si en sede administrativa. Y también, claro está, una responsabilidad civil ante los Tribunales ordinarios aún sin una conducta penal imputable al agente.

6. El final del apartado 1º de este art. 121 del vigente Código penal afirma: «...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 duplicidad de indemnizaciones»

Tras afirmarse en el inciso primero del precepto, tal y como se ha señalado anteriormente, la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones públicas como consecuencia de una conducta criminal, delito o falta, del perso-

nal a su servicio y bajo los presupuestos a que me acabo de referir (que la conducta tenga lugar en el ejercicio de las funciones encomendadas y que el daño sea consecuencia directa de esas funciones), el final del apartado primero reconoce que esa posible responsabilidad civil subsidiaria lo es sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas a la que se refiere el art. 145 de la Ley 30, que establece esa responsabilidad directa y cuya lectura puede incluso hacer pensar que el perjudicado no puede entrar en la conducta del funcionario autor del daño, posibilidad que solamente corresponde en vía de regreso a la Administración, una vez que hubiera indemnizado al administrado.

Deseo llamar la atención -por lo que luego diré- como en este inciso final se reconoce de manera clara la dualidad de jurisdicciones y la correspondiente opción, limitada eso sí con la advertencia de que «en ningún caso pueda darse duplicidad indemnizatoria» evitando de esta manera situaciones de enriquecimiento injusto.⁽²⁰⁾

7. El último apartado del art. 121 del Código Penal afirma, como es sobradamente sabido, lo siguiente: «Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes, y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario».

Para entender lo mejor posible esta disposición es menester recordar, de una parte el sistema procesal de nuestra LECrim., que, en sus arts. 100 y ss., en relación con el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, se caracteriza por ser automático, de suerte que incoado el proceso penal el Ministerio Fiscal tiene no sólo el derecho sino el deber de promover también la acción civil; es decir, dicha acción para exigir la responsabilidad civil subsidiaria forma parte «ipso iure» del contenido del proceso criminal, salvo que por parte del particular lesionado se lleve a cabo el acto

excluyente de la misma por renuncia o reserva, para proceder en este último supuesto a su ejercicio separado en el proceso civil correspondiente y si así ocurre, conviene no olvidar que la acción civil ha de esperar y no puede ser ejercitada sino con posterioridad a la conclusión del proceso penal, dado el principio de prioridad de la jurisdicción penal sobre la civil (art. 112 de la LECri.).

En una primera lectura de este apartado final del art. 121 del Código Penal uno está a punto de pensar que se impone, siempre, un «litisconsorcio pasivo necesario» al tener que entablar la pretensión simultáneamente contra el agente responsable y la Administración Pública, pues de otra forma -se puede pensar- la Administración es sancionada sin ser oída.

Es verdad que en el proceso penal podría el perjudicado reservarse su pretensión indemnizatoria frente a la Administración para ejercerla en el proceso administrativo, eso sí, sin que puedan darse duplicidades indemnizatorias (art. 121, ap. 1º final), dudoso también porque el art. 121 se refiere a la r.c. subsidiaria del Estado y el proceso administrativo es para responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios. En todo caso creo que la razón de esta exigencia del art. 121 ap. final viene impuesta por la importancia que tiene la fijación de los hechos por el Tribunal penal y por lo tanto si el perjudicado EJERCITA LA ACCION CIVIL en el proceso penal tiene sentido su presencia ante las pretensiones resarcitorias del lesionado ya que en el proceso penal se ventila su responsabilidad civil subsidiaria. No así cuando el perjudicado se reserva el ejercicio de la acción civil.⁽²¹⁾

Para terminar, parece oportuno referirse a la Ley 30 en el art. 146, 1º. Parte la norma de que la responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las administraciones públicas se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente y según el art. 146, 2º de la citada Ley 30 «La exigencia de responsabilidad penal del personal al

(17) Son muchas las sentencias que hablan de esa tendencia hacia la objetivación, pero sin pasar de ahí. Además de las que se citan en el texto se pueden consultar la de 26 enero 1984 (Ponente Sr. Vivas Marzal) con una amplia argumentación en beneficio del principio del riesgo creado. La de 11 diciembre 1984 (indicada en el texto) de la que fue Ponente el Sr. Hijas Palacios y la de 28 mayo 1985 (Ponente Sr. Huerta y Álvarez de Lara).

(18) «De igual modo -dice la Sentencia- que el ámbito jurídico-privado la existencia del principio de confianza y su derivado de buena fe objetiva enmarca una fuente de responsabilidad, también en el área pública la especie de «oferta de seguridad», encomendada a la Administración Pública y enmarcada en la asignación de servicio permanente, ha de conllevar de forma necesaria una contrapartida: la responsabilidad cuasi-objetiva por la creación del riesgo posible».

(19) Resulta interesante pensar cual será la actuación del Estado al tener que desembolsar cantidades billonarias ante casos como el de la «colza», la presa de Tous, las recientes inundaciones en las que se habla siempre de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado o en el reciente desastre de Melilla. ¿Podrá soportarlo el Erario público?.

(20) Aunque la cuestión excede, con mucho, de los planteamientos de este trabajo, resulta de mucho interés la consulta de la obra de REBOLLO PUIG, El enriquecimiento injusto de la Administración pública, Madrid, 1994.

(21) ¿Estamos de verdad ante un supuesto procesal de «litis consorcio pasivo necesario»? Pues da la impresión de que es así para evitar, como digo en el texto, que se pueda condenar a la Administración sin ser oída y por lo tanto en clara indefensión. Ello es así por la importancia de la determinación de los hechos probados en la jurisdicción penal. Claro que si el perjudicado se reserva el ejercicio de la acción civil entonces no parece que tenga

sentido entablar simultáneamente la pretensión indemnizatoria ante la Administración y sí en el caso contrario, pues entonces la vocación de la Administración en el proceso penal es de tal importancia que se puede decir que es obligatorio. Es como le encuentro sentido al apartado final del art. 121 del Código Penal.

servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan ni interrumpirá el plazo de prescripción para incoarlos, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial». Pero pienso que la excepción es la regla general.

En cierto modo tiene sentido lo que dice el 146. 2º de la Ley 30, porque como de los actos lesivos del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y de sus funcionarios quién responde en primer lugar es la propia Administración, lo natural es que la Administración continúe tramitando el expediente para declarar tal responsabilidad con independencia de lo que pueda ocurrir en el proceso penal incoado contra el personal a su servicio. Hay una total independencia entre ambas jurisdicciones a pesar de que otra cosa pueda deducirse del art. 145 de la propia Ley 30 y precisamente por esa opción de jurisdicciones -administrativa y penal- es por lo que el art. 121 del C.P. (no olvidemos que el Código penal es posterior a la Ley 30 de 1992) tras regular la responsabilidad civil subsidiaria afirma que ello es «sin perjuicio» de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos que es exigible conforme al procedimiento administrativo.

Esa independencia de jurisdicciones y la no suspensión del procedimiento administrativo para que se reconozca la responsabilidad patrimonial de la Administración, que es la regla general, solamente tiene una excepción y es (art. 146,2 de la Ley 30) que la determinación de los hechos sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial. Y es por esto que cuando el particular lesionado deduce su acción civil en el proceso penal, dada la importancia de la resolución penal, predeterminante de la patrimonial que se reclama, es por lo que es el art. 121 del C.P. establece esa obligación de que la pretensión judicial lo sea simultáneamente ante la jurisdicción penal y ad-

ministrativa, pues la Administración está interesada en cómo se ventila su responsabilidad civil subsidiaria ante los Jueces de la jurisdicción ordinaria. Debe ser oída.

La cuestión, sin embargo, ha merecido ya algunas críticas. Se ha dicho que la regla es perfectamente entendible porque de no ser así es posible que el Tribunal dictara sentencia condenando a la Administración sin haber sido oída. Sin embargo aún ésta opinión a la que me he referido antes cuando se ejercita la acción civil no la estimo acertada pues, con todas las cautelas de quién no es penalista ni procesalista, yo creo que la conformidad del acusado, sea agente, contratado o funcionario público respecto de la acción penal entablada por el perjudicado, nunca puede producir la indefensión de la Administración a cuyo servicio estaba aquel, ya que tal conformidad, como es notorio, no impide la continuación del juicio en cuanto a la responsabilidad civil ex art. 695 de la LECrim., y ha declarado, entre otras, la STS, Sala 2ª, de 17 julio 1992, siendo Ponente el Sr. Puerta y la de la Sala 2ª de 6 abril 1994, Ponente Sr. Ruiz Vadillo.

La verdad es que la regulación que se establece en el Título X de la Ley 30, arts. 139 y ss., sobre la responsabilidad de las administraciones públicas, no deja de plantear problemas al ponerlo en relación con el art. 121 del vigente Código penal. Así dentro del artículo 146,2º de la Ley 30/1992 lo dispuesto en materia de prescripción. En efecto, la doctrina tradicional era la de que en el caso de que los hechos determinantes del dano hubieran dado lugar a un proceso penal el plazo para ejercer el derecho a reclamar no empezaba a correr hasta que no era firme la resolución penal, «pues en tanto se tramita una causa criminal por un hecho determinado, cuya resolución pueda afectar a una reclamación civil o contencioso-administrativa, se interrumpe el término de prescripción por la vis atractiva del proceso penal...» (STS de 3 enero 1990) y el criterio de prevalencia del proceso penal sobre el civil en el sentido de que sólo puede contarse el plazo a partir de la fecha en que haya recaído resolución fir-

me en la vía penal, es unánime. Puede verse la STS de 27 mayo 1997 y las que allí se citan.

Creo, pues, que se puede concluir afirmando que tramitándose un proceso penal por delito o falta, con relación a determinados hechos llevados a cabo por personal al servicio de la Administración y dentro de los presupuestos que establece el art. 121 del vigente Código Penal, por una parte no es posible promover juicio civil acerca de los mismos hechos hasta que el proceso penal se termine por auto o sentencia firmes y, de otra parte, a efectos de prescripción, la finalización no puede entenderse producida en tanto que los perjudicados no hayan tenido conocimiento de aquellas resoluciones firmes que ponen fin al proceso penal y ello mediante notificación a los interesados ya que no parece pueda ser, como parece ser el criterio de una reciente STC del mes de octubre de 1997 en ponencia de CRUZ VILLALÓN, notificar mediante lectura de la sentencia en Sala como comienzo del «dies a quo», pues es peligroso sentar esta doctrina, al no ser un modo seguro y suficiente de dar conocimiento exacto y cabal de las resoluciones judiciales.

Sin embargo el art. 146,2 de la Ley 30/1992 introduce una novedad al señalar la no suspensión por razón del procedimiento penal, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial. De modo que aquella regla general de suspensión ya no es tal, a salvo la situación que la ley administrativa señala. Situación acerca de que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial, que en la realidad del proceso contará con no pocas dudas. Ello llevará a que para evitar la prescripción el interesado ejercite su acción en los dos órdenes jurisdiccionales: el penal y el contencioso-administrativo, lo que parece inconveniente y perjudicial para el particular reclamante, ya que nada debería impedir que el perjudicado -como señalé antes- pueda reservarse su preten-

sión indemnizatoria frente a la Administración para ejercitarla en la vía administrativa y/o contenciosa.

Es por todo esto que a pesar de lo que afirma el art. 146, 2 de la Ley 30 sobre la no interrupción del plazo de prescripción, yo entiendo que no es así y no lo es en primer lugar porque el apartado 1º del art. 146 de la citada Ley administrativa reconoce que la responsabilidad civil y penal (que es la que regula el art. 121 del Código Penal) del personal al servicio de las Administraciones públicas se exigirá, dice, de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente y esta no es otra que el Código civil y penal. Y por lo que añadiré en las conclusiones.

Por lo tanto ejercitada la acción penal ante la jurisdicción ordinaria, lo relacionado con la prescripción estará sujeto a lo dispuesto en el Código civil en el art. 1973. Pensar que ejercitada la acción penal no se interrumpe el plazo de prescripción es improcedente pues la responsabilidad civil subsidiaria de la penal es de competencia de la jurisdicción ordinaria, única vía (la del proceso penal) que ha de llevar sus efectos al procedimiento administrativo. Creo que este es el sentido de la STS de 23 mayo 1995.⁽²²⁾

Es criterio pacífico que estamos ante un plazo de prescripción de un año de duración (art. 1968 C.c. y art. 142,5 de la Ley 30) y cuando, en relación con dicho plazo y su posible o no interrupción, se han incoado diligencias penales el inicio del cómputo no puede ser otro que el del archivo de las diligencias penales o resolución del Juzgador, dado el carácter preferente de la jurisdicción penal, excluyente de cualquiera otra de distinta naturaleza, según doctrina que entiendo está ya consolidada. En este sentido pueden verse entre otras muchas las SSTS de 10 mayo 1993 (Rep. Ar. 6375) y 23 mayo 1995 (Rep. Ar. 4220).

8. Conclusiones

Para finalizar creo oportuno resumir mi personal punto de vista en relación con

⁽²²⁾ La STS de 23 mayo 1995 (Ponente Sr. Pece Morate) al referirse al plazo en el supuesto de que el hecho hubiere dado lugar a la incoación de diligencias penales, sienta la siguiente doctrina: «Reitera la representación procesal de la Administración demandada a excepción de prescripción por haber transcurrido más de un año... y tal excepción merece la desestimación ya del Tribunal de instancia... dado el carácter preferente de la jurisdicción penal, excluyente de cualquier otro de distinta naturaleza, como se deduce de lo dispuesto por los arts. 4.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 10.2 de la LOPJ... por lo que en el supuesto de haberse promovido previamente un proceso penal, ha de ser la firmeza de éste por la resolución que ponga fin a la causa criminal, según doctrina consolidada de este TS... al no ser tampoco la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración una cuestión de orden público...». Y en igual sentido, a mi juicio, se manifiesta la STS (Sala 1ª) de 27 de mayo de 1997 en Ponencia del Sr. Morales, cuando afirma que «Tramitado un proceso penal sobre los hechos, no puede promoverse juicio civil hasta que aquél se halle terminado por auto o sentencia; a los efectos de la prescripción, no puede entenderse terminado el proceso penal hasta que los perjudicados no hayan tenido un cabal y exacto conocimiento de la resolución firme. La prescripción extintiva ha de interpretarse en aras del principio de seguridad jurídica conectado a una cierta dejación o abandono de aquellos derechos por su titular».

el tema objeto de este trabajo acerca de «La responsabilidad civil de la Administración en el Código Penal» sobre las siguientes cuestiones fundamentales, a saber: 1º) situación actual de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Pública tras la reforma del Código Penal, en su art. 121; 2º) la cuestión de jurisdicción, es decir, el orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones por daños causados por personas penalmente responsables al servicio de la Administración Pública y 3º) problemas de prescripción para el ejercicio de la acción civil.

A) En cuanto se refiere a la primera cuestión el art. 121 del C.P. vigente ha optado, finalmente, por una responsabilidad civil subsidiaria y no directa de la Administración Pública por hechos punibles llevados a cabo por personas que sean autoridad, agentes, contratados de la misma o funcionarios públicos, con dos presupuestos: a) que la acción se produzca en el ejercicio de los cargos o funciones encomendadas y b) que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran encomendados. Esta responsabilidad civil subsidiaria lo es tanto por conductas debidas a delitos dolosos como culposos y, como ya razoné también por faltas (arts. 621 y ss del C.P.) y, en consecuencia, el vigente art. 121 del C.P. recoge la posición tradicional de que sea a través del proceso penal como se llegue a una resolución definitiva sobre la posible responsabilidad civil subsidiaria del Estado, salvo, *el caso está, que el actor no haya renunciado la acción*. La jurisdicción penal tiene completa competencia para condenar, en su caso, a la Administración pública. Y esa responsabilidad se establece sin perjuicio de la patrimonial ex art. 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por daños ocasionados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y sin que se pueda dar duplicidad de indemnizaciones.

Si en el proceso penal se exige la responsabilidad civil subsidiaria, entonces a la vez debe entablarse la acción

contra la Administración o ente público presuntamente responsable y ello -como ya dije- para evitar que pueda ser sancionada sin ser oída o tal vez poder reservarse sus acciones en vía administrativa. Y esta exigencia del último apartado del art. 121 C.P. no cabe duda que nace -creo yo- de la posibilidad que igualmente se brinda al lesionado de acudir directa y simultáneamente a la reclamación administrativa por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (de ahí el «sin perjuicio...» del ap. 1º del precepto a continuación de la regulación de la r.c. por conductas penales) evitando duplicidad indemnizatoria y por eso el C.P. acepta esa coexistencia entre la acción administrativa y la penal. Por eso el art. 121 concede al perjudicado dos opciones que ha de elegir de manera expresa e inequívoca: a) la de exigir la responsabilidad por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos por la vía administrativa o b) exigirla por la vía del procedimiento penal por las reglas de éste art. 121 del C.P. La exigencia de responsabilidad civil en el proceso penal, cuando sea derivante de delito o falta, se sustanciará de acuerdo con las normas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

B) La segunda cuestión, relacionada con la anterior, es la del orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones por daños ocasionados por el personal al servicio de la Administración pública.

Yo no entiendo que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre haya unificado la competencia jurisdiccional de las reclamaciones todas ante la Administración a pesar de lo que dispone en el art. 142,6º que, con lo que dice, parece orientar la actuación hacia esa jurisdicción y ni siquiera con lo que dice en la Disposición derogatoria 2ª al quedar sin efecto el art. 41 de la LRJAE (competencia civil en determinados casos) si a pesar de la misma idea es reglamento a aquella Ley y que han recogido algunas SSTS como la de 22 noviembre 1996 y la de muchas Audiencias Provinciales, en el sen-

tido de que actualmente la responsabilidad patrimonial de la administración pública, sin distinción en su modo de actuación, ha de exigirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues aparte de la importante excepción de competencia civil cuando la exigencia se extienda a personas privadas unidas solidariamente con aquella, por la «vis atractiva» de la jurisdicción civil y en evitación de que se originen sentencias contradictorias (SAP de Alicante de 7 marzo 1997, AP de Santa Cruz de Tenerife de 26 marzo 1997 y la de la AP de Lugo de 5 junio 1997 en Ponencia del Sr. Montes Somoza, entre otras muchas, así como el voto particular del Sr. Almagro Nosete al Auto de la Sala Especial de conflictos del TS de 17 de julio de 1997, recurso núm. 4/97-C), pues más bien pienso lo siguiente: si se trata de reclamar la r.c. subsidiaria del Estado por conductas punibles del personal a su servicio, en los términos del art. 121 C.P., la competencia es de la jurisdicción ordinaria penal y civil. Si el daño es consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, entonces la competencia es la de la jurisdicción contencioso-administrativa, porque lo que se impugna es un acto de la Administración. Si la Administración pública actúa como un particular (caso de que contrate con una empresa unas obras como el supuesto que juzgó la STS de 21 febrero 1997) entonces la competencia es civil porque no está actuando en el ejercicio del «ius imperii», sino como contratante particular, en una relación de derecho privado y por tanto la reparación viene por la vía del art. 1902 C.c. y no por la vía contencioso-administrativa.

C) Y por último la interpretación que pienso debe darse al ap. 2º del art. 146 de la Ley 30 que plantea, como es sabido, cuestiones de prescripción. Sobre este punto ha dicho PANTALEÓN PRIETO que la única explicación del ap. 2º del art. 146 de la Ley 30 es la de que fue redactado en congruencia con la redacción que al art. 121 daba el Proyecto de C.P. de 1992 (entonces el art. 122 que establecía una responsabilidad pa-

trimonial directa de la Administración, sin subordinarla a una previa situación de insolvencia del agente responsable dando lugar a una escisión entre el pronunciamiento penal y el administrativo) y en tal caso tenía sentido si el perjudicado optaba por reservarse sus pretensiones tanto por conducta punible del personal al servicio de la Administración como contra la propia Administración. Pues no tiene razón que con el art. 121 vigente, ejercitada la acción necesariamente en el proceso penal frente a la Administración, ello no interrumpa el plazo de prescripción conforme a lo dispuesto en el art. 1973 del C.c.

Yo lo que creo es lo siguiente: cuando el art. 146, ap. 2º de la Ley 30 afirma que la exigencia de responsabilidad penal no suspende el procedimiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial ni interrumpe el plazo de prescripción para iniciarlo (art. 142.5 de la propia Ley) salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial, está -por una parte- reconociendo que no hay una sola jurisdicción a pesar de lo que afirma el art. 145 de la propia Ley y por eso cobra sentido el inciso final del ap. 1º del art. 121 del C.P., cuando habla de «...sin perjuicio...» y en el campo del procedimiento administrativo tiene sentido ese ap. 2º del art. 146, pues como de los actos lesivos de sus funcionarios quién responde es la Administración en primera mano, es natural que la Administración continúe tramitando su expediente con independencia de la suerte del proceso penal contra el personal a su servicio. Otra cosa diferente es si lo que se inicia es un proceso penal para exigir responsabilidades civiles subsidiarias derivadas de delito o falta del personal al servicio de la Administración, en cuyo caso no hay razones de peso para no admitir el juego del art. 1973 del C.c., pues estamos en otro orden jurisdiccional. En este sentido puede verse la STS de 23 mayo 1995, Ponente Sr. Peces Morate sobre el plazo de prescripción y su interrupción en el supuesto de previo proceso penal.

Y finalmente plantear dentro del tema objeto de estudio si el responsable civil subsidiario, es decir, la Administración Pública, está o no legitimada procesalmente para recurrir en casación; y claro está que se encuentra legitimada en la vía civil, como recuerda una doctrina consolidada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, siendo muchas las sentencias en las que la Abogacía del Estado actúa, en cumplimiento de sus obligaciones en el orden civil. ¿Pero y en el orden penal?, pues parece lógico que el Estado tiene interés digno de protección no sólo en rebatir la posible responsabilidad civil subsidiaria del Estado demostrando que no se dan los presupuestos para ello (y que recoge el art. 121 del C.P.), sino algo más y ese «plus» consiste en probar que el hecho penal no se dio o que si se produjo no era reprochable o que por existir una causa de justificación no llegó a nacer la culpa y, en consecuencia, la responsabilidad civil subsidiaria. Esta situación se dará si el imputado y luego condenado no recurre por aquietarse con la sentencia penal, porque, naturalmente, si recurre penalmente entonces parece que no procede que el tercero civil entre en materia penal. En todo caso es una cuestión que se discute y a la que yo no encuentro, por el momento, una solución aplicable dados los términos de los arts. 651, 2º y 652 LECr., en relación con los apartados 1 y 2 del párrafo 5º del art. 650 de la Ley Rituaria Criminal y sobre todo el art. 854, 2º de la misma Ley en la casación.

Pero no deja de inquietar tal planteamiento a pesar de los términos bastante evitentes de los preceptos citados de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y uno se pregunta, ¿pero cómo es posible que el tercero responsable civil subsidiario no puede entrar en la defensa de las cuestiones penales, que son la raíz de la responsabilidad civil? Piénsese en el caso de que en la primera instancia el agente responsable se ha aquietado con la calificación penal y no formaliza casación. Pues a pesar de esto el TS de manera reiterada afirma que al Estado sólo le cabe impugnar daños y perjuicios en su cualidad de sujeto pasivo responsable si no se dio el nexo causal y

de igual criterio -a pesar de dibujarse una posible indefensión ex art. 24 de la CE- es el Tribunal Constitucional. Sin embargo una sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de la del día 25 de marzo de 1991 (Ponente Sr. Fernández Flores) afirma que se reconoce legitimación procesal al Sr. Abogado del Estado para impugnar la calificación de los hechos «... único medio -dice la Sala- de que podía servirse para soslayar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, pues de otra forma no podía hacerlo...»

¿Y la acción popular, está legitimada para poder solicitar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado ex art. 121 del Código Penal?

Parece ser que no está legitimada y que la representación de la acción popular carece de legitimación para propugnar pretensiones civiles derivadas de delito o falta, ya que su intervención en un proceso penal sólo puede admitirse en función de la defensa que pueda hacer respecto del restablecimiento del orden social perturbado, pero de ninguna manera -por no entrar en sus competencias- respecto de la defensa patrimonial de unos intereses que a la sociedad en general o a un grupo social más o menos amplio, le son totalmente ajenos, como lo son las indemnizaciones económicas que solamente afectan a personas concretas y determinadas, víctimas directas de la acción criminal. Así se manifestó el TS (Sala 2ª) en la conocida sentencia del llamado «Caso Amedo» de 12 de marzo de 1992, en Ponencia del Sr. Vega excepto en este punto de la r.c. subsidiaria que fue redactado por el Sr. García Añcos.

Para terminar solamente dos palabras a propósito de la importancia de la tramitación, en el proceso penal, de la llamada «pieza de responsabilidad civil» de tanta importancia en la fase de instrucción del sumario y que, sin duda, es elemento indispensable para un conocimiento exacto de las responsabilidades en el plenario, pues cuanto mejor se elabore la pieza de responsabilidad civil, mucho mejor será la resolución ju-

dicial. Pero sin embargo la doctrina pone de manifiesto que se instruye mal todo lo relacionado con la responsabilidad civil subsidiaria de los terceros, peor lo relacionado con tasaciones y peritajes, se pone escaso celo en averiguar la responsabilidad del tercero y aún de los agentes responsables. Todo lo contrario del celo que se pone en tales medidas dentro del proceso civil. Se ha puesto de manifiesto que carece de toda justificación razonable que se actúe así en el proceso penal, pues no es cuestión de segundo orden lo relacionado con la responsabilidad civil «ex delicto» y ni siquiera cuando el que está detrás del responsable es la Administración Pública.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.: «El nuevo sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración». La Ley, 1993, 4, págs. 955 y ss.
- GARCÍA MANZANO, P.: «Responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia». Poder Judicial (C.G.P.J.), Número Especial V, 1986, págs. 177 y ss.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas». Civitas, Madrid, 1996.
- MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad de las Administraciones Públicas en España...», en «Cuadernos de Derecho Judicial» (C.G.P.J.), Madrid, 1996, págs. 11 y ss.
- MUÑOZ MACHADO, S.: «La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas». Civitas, 1992.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: sobre la jurisdicción competente», en «Cuadernos de Derecho Judicial» (C.G.P.J.), Madrid, 1996, págs. 25 y ss.
- PASCUAL ESTEVILL, L.: «La responsabilidad civil de la Administración Pública, estado de la cuestión en relación a las leyes administrativas de presente». La Ley, 1995, 2, págs. 1146 y ss.
- PAZ RUBIO, J. M^º: «Responsabilidad civil subsidiaria del Estado (Diez años de jurisprudencia del T.S.)», en «Cuadernos de Derecho Judicial» (C.G.P.J.), Madrid, 1994, págs. 275 y ss.
- REIG REIG, J.V.: «La responsabilidad civil dimanante del delito en el Proyecto de la Ley Orgánica del Código Penal de 1992», en «Cuadernos de Derecho Judicial» (C.G.P.J.), Madrid, 1994, págs. 473 y ss.
- RUIZ VADILLO, E.: «La responsabilidad civil derivada del delito...», en «Cuadernos de Derecho Judicial» (C.G.P.J.), Madrid, 1994, págs. 9 y ss.
- RUIZ VADILLO, E.: «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado». Documentación Jurídica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, págs. 17 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M^º: «Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario (¿solo responsabilidad patrimonial de la Administración o también responsabilidad penal de los funcionarios?)». R.J.C., , págs. 143 y ss.
- SOTO NIETO, F.: «Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad», La Ley, 1986,3, págs. 954 y ss.