

La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas

ALFONS SURROCA COSTA

Doctor en Derecho
Profesor Visitante de Derecho civil
Universidad de Girona

RESUMEN

El presente trabajo analiza la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas en el derecho español. Esta se encuentra regulada en dos artículos del Código Penal. Por un lado, el artículo 121 CP trata de hechos ilícitos dañosos, y constitutivos de infracción criminal, cometidos por empleados públicos en el ejercicio de sus funciones. Por otro lado, el artículo 120.3 CP declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración cuando el delito se cometa en el interior de un establecimiento público y se produzca una infracción de las normas reglamentarias. En el trabajo se analiza la interpretación doctrinal y jurisprudencial de ambos artículos. Por último, se aborda la problemática de si, en determinados supuestos, es posible aplicar en el proceso penal la normativa prevista en la legislación administrativa.

PALABRAS CLAVE

Derecho de daños; Administración Pública; responsabilidad penal (CP); subsidiaria; delito.

ABSTRACT

This paper analyses subsidiary tort liability of the Public Administration under Spanish Law. This is governed by the provisions of the Criminal Code. On the one hand, art. 121 CP establishes tort liability of the Public Administration for the criminal offenses caused by civil servants or staff members of public administration in the exercise of their functions. On the other hand,

art. 120.3 CP provides that Public Administration, when the crime is committed in a public building with an administrative negligence that has contributed to the production of harm suffered by the victim, will be held liable on a subsidiary basis. An account is offered on these issues both in legal scholarship and case law. Finally, this paper analyses if it is possible take into account, in the criminal procedure, the general rule of tort liability of public authorities.

KEY WORDS

Tort law; Public Administration; criminal liability (CP); subsidiary; crime.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Los presupuestos de imputación de la responsabilidad civil según el artículo 121 CP.* 1. *Introducción.* 2. *Existencia de una previa infracción criminal.* 3. *Ámbito subjetivo de aplicación del artículo 121 CP.* 3.1 *El concepto de «contratados».* 3.2 *Los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles.* 3.3 *Los profesores de centros docentes públicos y privados concertados.* 4. *Ámbito objetivo de aplicación del artículo 121 CP. Análisis jurisprudencial.* 5. *Carácter subsidiario de la responsabilidad civil de la Administración prevista en el artículo 121 CP.*—III. *Los presupuestos de imputación de la responsabilidad civil según el artículo 120.3 CP.*—IV. *¿Qué sucede cuando no concurren ni los presupuestos del artículo 120.3 ni los del 121 CP?*—V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Los daños causados por las distintas Administraciones Públicas y la forma como éstas deben responder de ellos han tenido una evolución vertiginosa en los últimos años. La consolidación del Estado de Derecho y el aumento exponencial de los servicios públicos tales como la sanidad, la educación en todos los niveles o la seguridad pública han contribuido a dicha evolución.

Sin embargo, debe recordarse que la responsabilidad civil de la Administración es una materia relativamente reciente. La Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (en adelante, LEF) va a ser el paso definitivo para consagrar en España una verdadera responsabilidad civil de la Administración Pública que, hasta aquella fecha, existía sólo de forma muy residual¹. La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (texto refundido

¹ Sobre esta cuestión, y con un interesante análisis histórico, véase Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, pp. 51 y siguientes.

aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957, en adelante LRJ) consolidó esta tendencia de forma ya muy definitiva². Con posterioridad, será la Constitución de 1978 (en adelante, CE) la que asumirá, principalmente en su artículo 106.2, los planteamientos establecidos por las leyes anteriores en materia de responsabilidad civil de la Administración³.

En el marco legal actual, la responsabilidad civil de las distintas Administraciones se encuentra regulada, principalmente, en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, *de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (en adelante, LRJPAC)⁴. El vigente sistema de responsabilidad civil extracontractual de las Administraciones Públicas se fundamenta en los siguientes rasgos.

En primer lugar, se trata de un sistema unitario en el sentido que es de aplicación a todas las Administraciones. El artículo 149.1.18.^a CE atribuye competencia exclusiva al Estado sobre «el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas». En consecuencia, las normas de responsabilidad civil se aplicarán a la Administración General del Estado, a la de las distintas CCAA, a las entidades que forman parte de la Administración local y a la Administración institucional, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 LRJPAC.

En segundo lugar, la responsabilidad civil de la Administración tiene un alcance general, puesto que puede surgir tanto de una actividad jurídica, ya sea un acto administrativo o un reglamento, como de una actividad material o técnica, o incluso de una omisión. También nacerá la mencionada responsabilidad, de darse los demás requisitos previstos en la Ley, cuando la propia Administración se ha refugiado en los mecanismos del Derecho privado para llevar a cabo la gestión encomendada⁵. El artículo 144 LRJPAC establece que «cuando las Administraciones públicas actúen en

² En concreto, en su artículo 40.1 se afirmaba que «los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa».

³ El artículo 106.2 CE establece 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». Nótese que, en este caso, la Constitución estipula la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos, sin entrar a concretar si lo es por funcionamiento normal o anormal.

⁴ *BOE* núm. 285, de 27 de noviembre de 1992. Téngase en cuenta lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (*BOE* núm. 236, de 2 de octubre de 2015).

⁵ Véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA/Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*. II, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2011, pp. 386 y 387.

relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley».

En tercer lugar, el sistema es universal ya que protege a cualquier sujeto de Derecho que resulte lesionado. En este sentido, el término «particulares», que se utiliza en los artículos 106.2 CE y 139.1 LRJPAC para referirse a los potenciales perjudicados con derecho a indemnización, ha de entenderse necesariamente como cualquier sujeto de Derecho que experimente un daño resarcible⁶.

En cuarto lugar, puede afirmarse que la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas es objetiva, ya que nace al margen de toda idea de culpa o negligencia⁷. Como se ha comentado con acierto, el carácter objetivo de la responsabilidad extracontractual de la Administración nació con la LEF, siguió con la LRJ y se constitucionalizó con la Constitución de 1978⁸. Los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, a diferencia de los artículos 1902 y siguientes del Código civil, no hacen referencia en ningún momento a la culpa. En consecuencia, no entra a valorarse el nivel de diligencia de la conducta del agente causante del ilícito. Es suficiente, para que nazca la responsabilidad civil de la Administración por los daños causados por sus agentes, que aquéllos deriven del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo supuestos de fuerza mayor, todo ello en los términos previstos en la Ley. Son presupuestos necesarios para su nacimiento el hecho de que se aprecie una relación de causalidad entre la acción u omisión y el resultado lesivo, que el daño causado sea antijurídico, en el sentido de que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo y, por último, que el daño sea indemnizable⁹.

⁶ Al respecto, José Manuel BUSTO LAGO, «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», en L. Fernando Reglero Campos/José Manuel Busto Lago (coords.), *Tratado de Responsabilidad civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 1939 a 1942.

⁷ Así, Luis MARTÍN REBOLLO, «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *RAP*, septiembre/diciembre, 1999, p. 345.

⁸ Así, GONZÁLEZ PÉREZ, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit., pp. 220 y 221.

⁹ El estudio del nexo causal reviste también particular interés en el campo de la responsabilidad civil de la Administración puesto que, como se ha comentado, aquella responde tanto por funcionamiento normal como anormal del servicio público. Ahora bien, como afirma la STSJ, Madrid, de 24 de enero de 2011 (JUR 2011/148864) «no cabe considerar que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda

Finalmente, la responsabilidad civil de la Administración es directa. Las personas afectadas por el daño no tendrán que dirigirse contra el concreto funcionario causante del mismo, ni tan siquiera es necesario identificarlo sino que, en los términos imperativos del artículo 145.1 LRJPAC, «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»¹⁰. La Administración responderá de forma directa, sin perjuicio de que después se reintegre de la persona responsable que «hubiere incurrido en dolo, culpa o negligencia grave». Según la teoría de la personalidad jurídica de la Administración, cuando los empleados públicos actúan en el ejercicio de sus funciones no es que lo hagan en representación de la Administración correspondiente, sino que es ella misma la que actúa¹¹. Por este motivo, es por lo que responde de forma directa.

Es importante destacar que con el actual sistema legal de la responsabilidad civil extracontractual de las Administraciones Públicas se ha pretendido dar una uniformidad y homogeneidad que, en buena parte, se ha conseguido, no sólo a nivel de normativa legal, centrándola en leyes administrativas, sino también respecto de la jurisdicción competente, puesto que la jurisdicción contencioso-administrativa ha pasado a ser la única que puede entrar a conocer de las reclamaciones contra los daños producidos por la Administración y ello es así, particularmente, tras la promulgación de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, *de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (en adelante, LOPJ)¹² y desde la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*¹³ (en adelante, LJCA)¹⁴.

producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico».

¹⁰ Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo. II*, cit., pp. 407 y 408.

¹¹ En este sentido, Eva María MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública (arts. 139 y 141 LRJPAC)», en Tomás QUINTANA LÓPEZ/Anabelén CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomo I, Valencia, Tirant lo blanch, 2009, p. 44.

¹² BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003.

¹³ BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998.

¹⁴ No obstante, dicha uniformidad presenta una concreta excepción normativa. Cuando se demande exclusivamente a la compañía aseguradora de la Administración, la jurisdicción competente será la civil. Así, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, «Sobre la possibilitat de què la víctima exerciti l'acció directa contra la companyia asseguradora de l'Administració pública», *InDret* 3/2001, p. 4.

Ahora bien, y como es sabido, la responsabilidad civil directa de la Administración presenta una importante excepción, que será objeto de un estudio más profundo en las páginas siguientes. Cuando el acto ilícito dañoso cometido por el empleado público es constitutivo de delito¹⁵, es la jurisdicción penal la que entra a conocer no sólo de las responsabilidades penales, lo cual es evidente, sino también de la responsabilidad civil de la Administración que, en este caso, y a diferencia del régimen previsto en la LRJPAC, es de carácter subsidiaria y no directa. El propio artículo 146.1 LRJPAC establece que «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»¹⁶.

La responsabilidad civil de la Administración en el proceso penal aparece regulada en dos preceptos del Código punitivo. Por un lado, el artículo 121 CP trata de hechos ilícitos dañosos, y constitutivos de infracción criminal, cometidos por empleados públicos en el ejercicio de sus funciones y, por esta razón, en este trabajo se aborda, en primer lugar, cuáles son los presupuestos de imputación que deben concurrir para, efectivamente, ser declarada la responsabilidad civil de la Administración *ex* artículo 121 CP. Sin embargo, la Administración Pública no responde civilmente, en vía penal, sólo cuando un empleado público comete un delito sino que, por otro lado, puede también hacerlo cuando en los establecimientos que dirige se cometan ilícitos penales y éstos se produzcan por una infracción de las normas reglamentarias, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 120.3 CP. Por esta razón, en segundo lugar, también se analizan cuáles son los criterios que deben concurrir para la aplicación de este precepto. Por último, se aborda la problemática de qué sucede cuando, a pesar de existir una sentencia condenatoria en vía penal, no concurren los presupuestos para declarar la responsabilidad civil de la Administración con base en la aplicación de los artículos 120.3 y 121 CP.

¹⁵ Como es sabido, las faltas han sido suprimidas, desde el 1 de julio de 2015, en virtud de lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

¹⁶ Como se ha señalado con acierto, lo dispuesto en la primera parte del artículo 146.1 LRJPAC es una obviedad, pues es evidente que los empleados públicos, cuando sus actuaciones revistan el carácter de infracción criminal, están sometidos a las leyes penales. Al respecto, BUSTO LAGO, «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», en REGLERO CAMPOS/BUSTO LAGO, *Tratado de Responsabilidad civil*, cit., pp. 1951 y 1952.

II. LOS PRESUPUESTOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SEGÚN EL ARTÍCULO 121 CP

1. INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna, uno de los temas más controvertidos de la regulación civil en el Código penal es el que se refiere a la responsabilidad de la Administración por los actos delictivos que cometan sus funcionarios o empleados en el ejercicio de sus funciones¹⁷.

En el anterior Código Penal, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás Entes públicos no aparecía mencionada de forma expresa. En concreto, el artículo 22 del anterior Código penal afirmaba que:

«la responsabilidad subsidiaria que se establece en el artículo anterior será también extensiva a las personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios.»

Únicamente, bajo los términos de «entidades y organismos» que estipulaba el artículo 22, pudo la jurisprudencia penal apoyar condenas al Estado y, en general, a las Administraciones Públicas, como responsables civiles subsidiarios de una actuación dañosa y al mismo tiempo delictiva por parte de alguno de sus funcionarios o agentes¹⁸. La Sala Segunda del Tribunal Supremo entendió que el artículo 22 contenía una enumeración no exhaustiva de posibles casos y que, en consecuencia, también abarcaba, de darse los demás presupuestos exigidos por el precepto, a la responsabilidad civil de la Administración¹⁹. En este sentido, puede verse la STS (2.ª) de 22 de noviembre de 1989 (RJ 1989/8699) al afirmar que:

«es doctrina constante y reiterada de la misma que los organismos, establecimientos o corporaciones de cualquier naturaleza que operen como empresa, entendida la expresión en sentido muy amplio, pueden ser responsables civilmente, conforme al artículo 22 del Código penal. No sólo esto, también es doctrina incontestable que el Estado, las Comunidades Autónomas y demás Entes Públicos

¹⁷ Como es sabido, la doctrina ha criticado, por ejemplo, que la responsabilidad civil de la Administración cuando exista una conducta delictiva de un funcionario sea subsidiaria y, por el contrario, en el régimen general sea directa. Al respecto, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 311 y 312.

¹⁸ En este sentido, Juan ROCA GUILLAMÓN, *Com. art. 121*, en Manuel COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código penal*, tomo IV, Madrid, Edersa, 1999, pp. 816 y 817.

¹⁹ Al respecto puede verse la STS (2.ª) de 10 de julio de 1995 (RJ 1995/5430) y las sentencias que en ella se citan.

pueden ser responsables civiles cuando actúan, en general y sin más como personas jurídicas.»²⁰

Asimismo, debe destacarse que no sólo no se consideró obstáculo para estimar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado su ausencia de mención en el Código Penal, sino que se fue abandonado la idea de que la responsabilidad civil de la Administración se basaba en una culpa *in eligendo* o *in vigilando*, para concebirla como una responsabilidad casi objetiva²¹.

En la actualidad, y como es sabido, la mencionada responsabilidad se encuentra regulada expresamente en el artículo 121 CP, según el cual:

«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 estuvieran 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.»

Así pues, para que nazca la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 121 CP, es necesaria la concurrencia de una serie de requisitos. En este sentido, la STS (2.^a) de 5 de julio de 2002 (RJ 2002/7936) afirma que:

«Requíérense ahora como exigencias para que tal responsabilidad subsidiaria surja: 1.º) que una persona declarada penalmente responsable por delito doloso o culposo –a los que se ha entendido

²⁰ Asimismo, en la STS (2.^a) de 17 de julio de 1995 (RJ 1995/5606), se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por la muerte de dos policías ocasionadas por los disparos de un guardia civil ebrio mientras estaba fuera de servicio. El Tribunal Supremo considera que «la jurisprudencia de esta Sala viene afirmando que el artículo 22 del Código penal, no supone una clausura de fuentes de originación de tal tipo de responsabilidad, reducida a las expresiones de la norma (criados, discípulos, aprendices, empleados, o dependientes) sino que se extiende a los funcionarios al servicio de las administraciones públicas».

²¹ Véase Francisco SOTO NIETO, «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y Entes Públicos en general (art. 121 del Código Penal)», Madrid, *La Ley*, núm. 3964, de 31 de enero de 1996, pp. 1658 y 1659.

también como asimilables las faltas— haya de responder por la causación de daños. 2.º) Que esa persona sea autoridad, agente y contratados de la misma o funcionarios públicos. 3.º) Que, al actuar estuvieran en el ejercicio de sus cargos o funciones. 4.º) Siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran encomendados. Si la segunda de estas exigencias presenta un carácter expansivo al incluir a todas las personas que puedan tener una relación subordinada al Estado y demás entes públicos, incluyendo a las personas meramente contratadas, las exigencias tercera y cuarta tienen una finalidad de restringir cuando esa responsabilidad subsidiaria se produce, condicionándola a que la persona dependiente del ente público esté en el ejercicio de sus funciones y a que la actividad de desempeño del servicio público que realizaba determine directamente la lesión como consecuencia»²².

A continuación se procederá a examinar cada uno de los presupuestos apuntados.

2. EXISTENCIA DE UNA PREVIA INFRACCIÓN CRIMINAL

El artículo 121 CP establece una responsabilidad civil subsidiaria de la Administración que nace cuando se produce una conducta delictiva del personal a su servicio, ya sea a título de dolo o de imprudencia. El presupuesto inicial que debe concurrir para que se declare la responsabilidad civil de la Administración, con base en el artículo 121 CP, es la existencia de una previa infracción criminal. Sólo cuando los hechos son constitutivos de ilícito criminal, resulta el tribunal penal competente para resolver la acción civil acumulada al proceso penal.

Por esta razón, si la sentencia penal es absolutoria, la jurisdicción penal pierde la competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad civil de la Administración, con la importante salvedad contemplada en el artículo 119 CP²³. Los perjudicados únicamente tendrán, en su caso, la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa-administrativa en reclamación de la oportuna indemnización por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, todo ello con aplicación de los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC²⁴.

²² Así, entre otras, STS (2.ª) de 3 de julio de 2008 (RJ 2008/3629) y SAP, Segovia, de 30 de junio de 2009 (ARP 2009/1088).

²³ Sobre esta cuestión, Irene NADAL GÓMEZ, *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2002, pp. 197 y 198.

²⁴ Al respecto, MARTÍN REBOLLO, *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones*, cit., pp. 356 y 357.

Llegados a este punto, debe analizarse la controversia que puede conllevar el hecho de que el perjudicado haga expresa reserva de las acciones civiles para ejercitarlas tras el proceso penal. En este caso nos encontramos con dos problemas.

Por un lado, determinar si la jurisdicción competente para analizar la responsabilidad civil de la Administración es la civil o la contenciosa-administrativa. El artículo 109.2 CP afirma que «el perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil». Es claro que una interpretación literal del precepto conduce a la conclusión de que la única jurisdicción competente para enjuiciar la responsabilidad civil del personal al servicio de la Administración, en caso de reserva de acciones, es la civil. En este sentido, se considera que ya que el Código Penal no prevé una reserva de acciones civiles derivadas de delito en beneficio de los jueces y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, aquélla debe entenderse realizada en favor de la jurisdicción civil y ello aunque la víctima demande también a la Administración en la cual el condenado prestaba sus servicios²⁵.

Sin embargo, es igualmente clara la voluntad del legislador, una vez operadas las sucesivas reformas a la LOPJ y a la LJCA, de atribuir a la jurisdicción contenciosa-administrativa la competencia exclusiva para conocer la responsabilidad civil de la Administración, con la única excepción de la responsabilidad civil derivada de delito que debe dilucidarse en sede penal²⁶.

Por ello, si el perjudicado se reserva las acciones civiles para ejercitarlas tras el proceso penal, parece más razonable entender que la jurisdicción contenciosa-administrativa será la que deberá conocer del proceso, más allá de una interpretación literal del artículo 109.2 CP. A ello puede añadirse que las reformas operadas en la LOPJ y en la LJCA son posteriores a la entrada en vigor del Código Penal, con lo cual el legislador del año 1995 no pudo tener en cuenta esta cuestión al redactar el artículo 109.2 CP. Debe recordarse que, en aquel momento, existía una situación completamente fragmentada en lo que se refiere al conocimiento de asuntos en materia de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas

²⁵ Es de esta opinión, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, «Problemas de jurisdicción competente y de derecho aplicable en pleitos de responsabilidad civil extracontractual», *InDret*, 2/2009, p. 18. Véase también a favor de esta interpretación, BUSTO LAGO, *La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas* en REGLERO CAMPOS/BUSTO LAGO, *Tratado de Responsabilidad civil*, cit., pp. 1955 y 1956.

²⁶ Así lo considera la Exposición de Motivos de la LJCA al afirmar que «parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción contenciosa-administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal».

por parte de las distintas jurisdicciones a la cual, precisamente, quería poner término la reforma de ambas leyes²⁷.

Por otro lado, una vez determinada la jurisdicción competente, existe la problemática de concretar qué normativa deberá aplicarse, si la prevista en la LRJPAC, en el Código Penal o en ambas, para enjuiciar la responsabilidad civil de la Administración tras la oportuna reserva de acciones²⁸.

Una primera posibilidad es entender que la normativa a aplicar será la prevista conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas, esto es, según los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC²⁹. En consecuencia, la responsabilidad civil de la Administración será directa. El problema que plantea esta interpretación es que el perjudicado pueda escoger a su libre arbitrio la normativa a aplicar. Así, si decide ejercitar en el proceso penal la acción civil de la Administración, es claro que la responsabilidad civil de ésta, si existe, será subsidiaria por aplicación de lo dispuesto en los artículos 120.3 o 121 CP. Por el contrario, si el perjudicado decide, en virtud de lo previsto en el artículo 109.2 CP, reservarse las acciones civiles, las normas a aplicar serán las reguladas en la LRJPAC y, por tanto, la responsabilidad civil de la Administración será directa. No termina de comprenderse que, ante un hecho ilícito dañoso cometido por un empleado de la Administración, sea el perjudicado el que escoja las normas a aplicar, ya que éstas no pueden considerarse como dispositivas.

Una segunda posibilidad consiste en entender que la normativa que deberá aplicarse será la prevista en las normas civiles del Código Penal³⁰. Esta interpretación parece más acorde con el hecho de que, con independencia del concreto orden jurisdiccional que conozca del asunto, las normas a aplicar serán las mismas, pero tampoco termina de ser del todo satisfactoria. En efecto, en caso de reserva de acciones civiles, con una previa sentencia condenatoria penal, la jurisdicción contenciosa-administrativa deberá aplicar con preferencia las normas civiles del Código Penal, pero también, en algunos casos, las normas previstas en la LRJPAC. Esto ocurrirá, como se verá más adelante, cuando la Administración no pueda

²⁷ Sobre esta cuestión, véase MARTÍN REBOLLO, *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones*, cit., pp. 346 y 347.

²⁸ Debe recordarse que se parte de la premisa de una previa condena penal. Si el proceso penal termina con una sentencia absolutoria no hay duda de que, en todo caso, la jurisdicción competente será la contenciosa-administrativa y las normas a aplicar las previstas en la LRJPAC.

²⁹ Así lo defiende, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, «Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual», *InDret*, 2/2001, p. 8.

³⁰ Al respecto, BUSTO LAGO, «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», en REGLERO CAMPOS/BUSTO LAGO, *Tratado de Responsabilidad civil*, cit., pp. 1955 y 1956.

ser condenada, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 120.3 y 121 CP, por faltar alguno de los presupuestos exigidos por dichos artículos. Tal sería el caso, por ejemplo, de hechos ilícitos delictivos cometidos por un preso en el transcurso de un permiso penitenciario. En estos supuestos, no puede ser de aplicación el artículo 121 CP, ya que el preso no es empleado público, ni tampoco puede aplicarse el artículo 120.3 CP, puesto que el hecho ilícito no se ha cometido en un establecimiento público. No parece de recibo que, ante dichas circunstancias, la Administración resulte absuelta como responsable civil cuando es evidente que ha existido un funcionamiento anormal del servicio público.

Por esta razón, parece más acertada una tercera interpretación que consista en entender que, efectivamente, en caso de reserva de acciones, debe aplicarse por parte de la jurisdicción contenciosa-administrativa la normativa civil del Código Penal, pero que ante la insuficiencia de ésta, puede también aplicarse la normativa prevista en la LRJPAC y, en consecuencia, resultar condenada la Administración como responsable civil directa del daño por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

En mi opinión, esta solución debe operar también en el supuesto de que, no habiendo reserva de acciones civiles por parte del perjudicado, sea el juez penal el que conozca de las acciones civiles. En consecuencia, éste deberá aplicar las normas civiles del Código Penal, pero ante su insuficiencia nada impide que pueda aplicar también la normativa prevista en la LRJPAC. De esta forma, como puede observarse, se conseguiría que, tanto en la vía penal como en la vía contenciosa-administrativa, la normativa a aplicar fuere la misma, no debiendo ser ningún impedimento el hecho de que un tribunal penal aplique normas contempladas en la LRJPAC ni que un tribunal contencioso-administrativo aplique normas civiles que se encuentran en el Código Penal³¹.

3. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 121 CP

Debe destacarse que el artículo 121 CP empieza con una enumeración decreciente que incluye a la Administración General del Estado y la de las Comunidades Autónomas, para seguidamente

³¹ Sin embargo, los jueces penales son, en algunos casos, reacios a aplicar normativa que se encuentre regulada fuera del Código Penal. Al respecto, véase Mariano YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad civil en el proceso penal», en L. Fernando Reglero Campos/ José Manuel Busto Lago (coords.), *Tratado de Responsabilidad civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 1114 y siguientes.

señalar el resto de entidades con autonomía de gestión que integran la organización territorial del Estado, es decir, la provincia y el municipio, mencionando también a las entidades con administración propia a través de Cabildos y Consejos –la Isla– y terminar con una referencia necesariamente genérica como es a los «demás Entes Públicos»³². Esta última referencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2 LRJPAC, se refiere a aquellas entidades de Derecho público que poseen personalidad jurídica propia y que se hallan vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas antes señaladas³³.

La exhaustiva enumeración que contiene el actual artículo 121 CP pretende superar la insuficiente regulación que, en este punto, presentaba el artículo 22 del anterior Código Penal, aunque seguramente hubiese bastado una simple remisión al concepto de Administraciones Públicas previsto en la LRJPAC para unificar, al menos en el aspecto subjetivo, la responsabilidad civil de la Administración prevista en el Código Penal y en la LRJPAC.

3.1 El concepto de «contratados»

El artículo 121 CP afirma que el hecho constitutivo de infracción criminal debe ser necesariamente cometido por una autoridad, agente o *contratado* de la Administración o por un funcionario público. En consecuencia, la persona penalmente imputable debe estar integrada en la organización prestadora del servicio o actividad.

Esta integración puede verse desde una vertiente positiva y una de negativa. Según la primera, cualquier persona que actúe por cuenta de la Administración se considerará que forma parte de ella, aunque el desempeño material de su actividad o función se realice de forma ocasional. El artículo 121 CP debe interpretarse en el sentido de que no únicamente incluye a funcionarios públicos, interinos y contratados, sino también al personal que trabaja en la Administración aunque no sea de forma permanente³⁴. Lo determinante no es tanto la naturaleza jurídica de la relación entre el causante del

³² Así, véase ROCA GUILLAMÓN, *Com. art. 121*, en COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código penal*, cit., p. 837.

³³ Sobre la distinta tipología de los Entes Públicos, véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA/Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2011, pp. 396 y siguientes.

³⁴ Por ejemplo, el supuesto del cónsul honorario. Así, BUSTO LAGO, «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», en REGLERO CAMPOS/BUSTO LAGO, *Tratado de Responsabilidad civil*, cit., p. 1973. Lo comentado por dicho autor es en el marco de la responsabilidad civil contemplada en la LRJPAC, pero es también plenamente aplicable en el ámbito del artículo 121 CP.

hecho ilícito dañoso y la Administración correspondiente, sino que exista una relación de dependencia funcional entre ambos³⁵. Así, y según la STS (2.^a) de 18 de mayo de 1990 (RJ 1990/4146), la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración:

«es exigible tanto en los supuestos de dependencia continuada, la propia de un funcionario ligado al ente público por un vínculo administrativo o laboral, como en el caso de dependencia ocasional derivada de un contrato de arrendamiento de servicios.»

En todo caso, parece excesivo el criterio mantenido por la SAP, Segovia, de 30 de junio de 2009 (ARP 2009/1088), que condena a la Administración como responsable civil subsidiaria por los daños ocasionados tras un festejo taurino. En concreto, durante el encierro se produjo la escapada de una res que fue seguida por efectivos de la guardia civil hasta que el animal accedió a una zona de vegetación de difícil acceso, momento en que se desistió de la persecución. La guardia civil se puso entonces en contacto con el representante legal de la empresa organizadora que, por la noche, manifestó que el toro ya había regresado a la finca de la empresa. En realidad, el animal seguía libre y, unos días más tarde, envistió a una pareja que se encontraba paseando por los alrededores del pueblo. La Audiencia condenó al acusado como autor de una falta de imprudencia leve con resultado de lesiones a las penas correspondientes y declaró su responsabilidad civil directa, así como la subsidiaria de la empresa taurina y del Ayuntamiento organizador del festejo. Según la Audiencia, la responsabilidad civil de este último se fundamenta en el hecho de que:

«entre la empresa que representaba y el Ayuntamiento de Carbone-ro El Mayor, se suscribió un contrato administrativo que le fue adjudicado a la empresa que representaba mediante concurso público abierto el 28 de abril de 2006, y por acuerdo del Pleno de 31 de mayo de 2006, previa propuesta de la mesa de contratación, que tenía por objeto la gestión del servicio público de celebración de festejos taurinos programados para los días 9, 10, 11 y 12 de septiembre de 2006. Si ello es así, no cabe duda que la entidad Sertauca, S. L., así como su representante legal y el resto de los empleados que intervinieron en el encierro que tuvo lugar el día 12 de septiembre de 2006, actuaron como contratados de la Corporación Local, gestionando el servicio público que les fue encomendado, dándose por tanto todos los requisitos exigidos por el artículo 121 CP.»

³⁵ Al respecto, Mirentxu CORCOY BIDASOLO/Santiago MIR PUIG, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 289.

Nada que objetar, como es evidente, en relación con la responsabilidad civil directa del acusado, así como la subsidiaria de la empresa organizadora del festejo taurino. Sin embargo, el criterio mantenido por la Audiencia, respecto de la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento, parece excesivo y ello porque concluir que el representante legal de la empresa y sus empleados son contratados de la Administración es una interpretación excesivamente amplia. Cuando el artículo 121 CP establece la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los daños causados por autoridades, agentes y *contratados* o funcionarios públicos no está pensando en un supuesto como el comentado. Como se ha apuntado con anterioridad, el concepto de «contratados» debe entenderse relacionado con aquellas personas que, ya sea a través de un contrato laboral o administrativo, y ya sea la relación duradera o temporal, mantienen una dependencia directa respecto de la Administración³⁶. Atribuir dicho carácter a los empleados de una empresa que organiza unos festejos taurinos en un pueblo parece que excede del ámbito subjetivo de aplicación de la norma.

A mi entender, tampoco podrían considerarse como contratados los empleados de una empresa privada que colabora con la Administración en funciones de inspección y control de la seguridad de determinados ámbitos como, por ejemplo, la inspección técnica de vehículos (ITV)³⁷. Como es sabido, en la actualidad, el ejercicio por particulares de esa actividad de inspección está sujeta a la obtención de una previa homologación por parte de una entidad de acreditación. Ello no significa, ciertamente, que la función inspectora en este ámbito haya perdido su naturaleza jurídico pública, ni que su titularidad se haya trasladado de la Administración a la iniciativa privada. Al contrario, la Administración, en este caso autonómica, sigue conservando la titularidad de la función inspectora, como lo demuestra el hecho de que pueda ejecutar materialmente esta actividad, bien directamente por sí misma, o bien por medio de sociedades o de particulares autorizados³⁸. La

³⁶ En contra, GONZALO QUINTERO OLIVARES/SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA/EMILIO DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, *La responsabilidad civil ex delicto*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, p. 174. Para dichos autores, aunque afirmen que lo adecuado sería que la prestación de un servicio por contratación generara, en su caso, la responsabilidad civil de las empresas correspondientes, consideran difícil negar que son *contratados* de la Administración a efectos de la responsabilidad civil prevista en el artículo 121 CP.

³⁷ Otros supuestos análogos al comentado serían los vigilantes de seguridad que prestan servicios de control del orden en un edificio público o los centros médicos colaboradores con la Administración para la obtención de determinados carnets o certificaciones oficiales.

³⁸ Ciertamente, la decisión en torno a si ejecutar dicha actividad de forma directa, por la propia Administración o indirecta, a través de sociedades o particulares autorizados, es una facultad discrecional de la Administración que responde a cuestiones de eficacia organizativa. Así lo afirma la STS (3.ª) de 29 de diciembre de 2010 (RJ 2011/113) al con-

propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido que las actividades de inspección técnica de vehículos constituyen «el ejercicio de una potestad pública por parte de la autoridad administrativa»³⁹. Y ello es así aun cuando ésta decida ejercerla por medio de entidades privadas⁴⁰.

Ahora bien, de todo ello no puede deducirse que, ante hechos ilícitos delictivos cometidos por empleados de una estación de ITV, nazca la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración correspondiente⁴¹. En mi opinión, el concepto de contratados previsto en el artículo 121 CP no está pensado para supuestos como el comentado, sino sólo en aquellas circunstancias en que el empleado trabaja directamente por la Administración y ha sido por ella seleccionado. Es cierto que, como es sabido, se admite la interpretación analógica y extensiva en el campo del Derecho civil, pero de realizarlo así en este caso u otros análogos, ello podría conllevar un incremento exponencial de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración que no se ajusta a la finalidad perseguida por la norma. Por ello, parece más acertado considerar de aplicación, de concurrir los presupuestos exigidos, el artículo 120.4 CP y, en consecuencia, declarar la responsabilidad civil subsidiaria del empresario con exclusión de la responsabilidad civil de la Administración Pública.

Por todo ello, y desde la vertiente negativa, puede afirmarse que quedan fuera de la órbita de aplicación del artículo 121 CP,

siderar que «dado el carácter de servicio público de la inspección técnica de vehículos, la Comunidad de Madrid debe retener la alta dirección y control de la construcción y explotación de la red en el ámbito territorial de su competencia. A este respecto, el Real Decreto 1987/1985, de 24 de septiembre, sobre normas generales de instalación y funcionamiento de las estaciones de ITV, establece que la ejecución material de las inspecciones podrá realizarse directamente por las Comunidades Autónomas, o sociedades de economía mixta, o por empresas privadas en régimen de concesión administrativa». En parecidos términos se expresa la STS (3.ª) de 13 de octubre de 1997 (RJ 1997/7439).

³⁹ Así lo afirma, por ejemplo, la STS (3.ª) de 7 de mayo de 1999 (RJ 1999/5615) al afirmar que «la Inspección Técnica de Vehículos se configura pues como ejercicio de una potestad pública, impuesta para fines de interés público por el poder coactivo de la Administración, que forma parte de sus funciones de policía».

⁴⁰ Así lo defiende también Dolores CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Granada, Comares, 2003, pp. 164 a 169.

⁴¹ La STS (2.ª) de 10 de diciembre de 2007 (RJ 2007/9120) niega la condición de funcionario a un empleado que, con categoría de mecánico oficial de primera, prestaba servicios en una empresa concesionaria de la Generalitat de Catalunya para la inspección técnica de vehículos. En cambio, la STS (2.ª) de 22 de abril de 2004 (RJ 2005/1415) afirma que el concepto de funcionario incluye «a los empleados de concesionarios de servicios públicos; gestores de empresas que prestan servicios públicos cuyo patrimonio se integra en el de una Administración Pública; así como a las entidades estatales reguladas en los artículos 6.2 LGP, pues al ser éstas parte del sector público y tener asignada la prestación de un servicio público el perjuicio causado con su administración ilícita no puede dejar de gravar los Presupuestos Generales del Estado».

los concesionarios y los contratistas administrativos⁴². Como se ha comentado con anterioridad, en numerosas ocasiones, los servicios públicos son prestados en régimen de concesión, lo que significa que un particular asume la gestión y prestación de un servicio de acuerdo con las exigencias de la Administración correspondiente⁴³. En línea de principio, puede afirmarse que es obligación del contratista indemnizar los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que implica la ejecución del contrato. La excepción que presenta esta regla es cuando los daños y perjuicios se han ocasionado como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, supuesto en el cual será ésta la responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. En consecuencia, puede afirmarse que, ante hechos ilícitos delictivos cometidos por empleados del contratista en el desempeño de sus obligaciones o servicios, ello conllevará la aplicación, en su caso, del artículo 120.4 CP con exclusión del artículo 121 CP.

También quedan fuera del campo de aplicación del artículo 121 CP, por no encontrarse integrados en la organización administrativa, los profesionales que desempeñan privadamente funciones de carácter público⁴⁴. Sin embargo, es importante destacar que hay ciertos supuestos que por su carácter fronterizo ofrecen algunas dudas. Este es el caso de notarios y registradores de la propiedad⁴⁵.

⁴² Sobre esta cuestión, Anabelén CASARES MARCOS, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados a terceros con motivo de la ejecución de contratos», en Tomás QUINTANA LÓPEZ/Anabelén CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomo II, Valencia, Tirant lo blanch, 2009, p. 1201.

⁴³ Véase GÓMEZ LIGÜERRE, *Problemas de jurisdicción competente y de derecho aplicable en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*, cit., pp. 23 y 24.

⁴⁴ Así lo afirma, en el ámbito de la LRJPAC, pero igualmente válido para la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, cit., p. 405.

⁴⁵ También, por ejemplo, de los capitanes de buque, comandantes de aeronave y prácticos de puerto. Se trata de profesiones en las cuales concurre claramente una naturaleza esencialmente privada con aspectos propios de determinadas funciones públicas. Sobre esta cuestión, véase ROCA GUILLAMÓN, *Com. art. 121*, en COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código penal*, cit., pp. 849 y siguientes. Respecto de los prácticos de puerto es importante destacar la SAP, A Coruña, de 18 de junio de 1997. Los hechos resueltos en la sentencia son de sobra conocidos. El buque de bandera griega Aegean Sea sufrió un siniestro en A Coruña produciéndose un derrame de cerca de 80.000 toneladas de petróleo. Iniciadas diligencias penales, éstas terminaron con la condena penal y civil del capitán del buque y el práctico del puerto y la condena de la empresa propietaria del navío y del Estado español como responsables civiles subsidiarios del capitán del buque y del práctico del puerto, respectivamente. Con todo, y a pesar de que en la sentencia penal se fijaron numerosas cuantías indemnizatorias, la determinación de otras muchas quedaron para ejecución de sentencia y, en otros supuestos, los perjudicados se reservaron las acciones civiles para un posterior proceso civil. El resultado fue que al cabo de diez años del accidente muchas indemnizaciones no se habían cuantificado. Por ello, el Gobierno dictó el Real Decreto-

3.2 Los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles

Respecto de los notarios, es sabido que desempeñan sus respectivas funciones, de naturaleza pública, pero desde una perspectiva que presenta un carácter marcadamente privado. Los notarios actúan en el tráfico jurídico como destinatarios de la fe pública, aunque de una forma peculiar que los distingue del resto de empleados de las distintas Administraciones Públicas⁴⁶.

Con todo, no debe perderse de vista que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, «los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado». Según la mencionada normativa, como funcionarios ejercen la fe pública y, como profesionales del Derecho, tienen la misión de asesorar a las personas que reclamen su consejo⁴⁷.

Sin negar la condición de funcionarios que ostentan, sí debe resaltarse que hay determinadas particularidades que concurren en los notarios y que no se dan en los otros cuerpos funcionariales de la Administración. En primer lugar, la organización del notariado no responde a los principios y normas de la organización de los servicios de la Administración, sino más bien a los principios y reglas que regulan las corporaciones profesionales. El hecho de que el sujeto causante del daño forme parte de la organización administrativa es un requisito esencial para que pueda determinarse la responsabilidad civil de la Administración. La integración en la organización administrativa constituye el criterio básico para

Ley 6/2002, de 4 de octubre, por el que se autorizó al Ministro de Hacienda a celebrar acuerdos transaccionales entre el Estado español, el Fondo Internacional de Indemnización de Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos de 1971 y los perjudicados por el siniestro del buque «Mar Egeo», y se concedió un crédito extraordinario por importe de 63.625.721,36 euros. Sobre esta cuestión puede verse un comentario en Pablo SALVADOR CODERCH/Juan Antonio RUIZ GARCÍA/José PIÑEIRO SALGUERO/Antoni RUBÍ PUIG, «Tres transacciones: la industria del tabaco, Microsoft y Mar Egeo», *Indret* 1/2003, pp. 21 y siguientes.

⁴⁶ En este sentido, María Ángeles PARRA LUCÁN/L. Fernando REGLERO CAMPOS, «La responsabilidad civil de los profesionales del Derecho», en L. Fernando REGLERO CAMPOS / José Manuel BUSTO LAGO (coords.), *Tratado de Responsabilidad civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 516 y 517.

⁴⁷ La STS (1.ª) de 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8124) establece que «el notario es al mismo tiempo un profesional del derecho y un funcionario público. Por lo tanto dentro de esta doble faceta de su actuación se puede distinguir claramente la actividad de asesoramiento y autorización de escrituras públicas, como la posibilidad de realizar los trámites para que la escritura autorizada surta todos sus efectos civiles, registrales, administrativos, etc. En el primer caso prima la vertiente profesional-funcionarial, mientras que en el segundo opera como profesional del Derecho».

atribuir a aquélla el deber de reparación⁴⁸. En el caso de los notarios es claro que este presupuesto no concurre⁴⁹. En segundo lugar, el ingreso en el notariado no es idéntico al ingreso en la función pública lo que refleja en mayor medida el carácter singular de la profesión de notario. Finalmente, el contenido de su función, ejercida con plena autonomía e independencia, no puede equipararse a la de un funcionario⁵⁰.

A todo ello debe añadirse que los notarios no perciben emolumentos a cargo de los presupuestos públicos y que tienen un sistema específico para el resarcimiento de los perjudicados que no se encuentra contemplado en la normativa administrativa⁵¹. Todo ello, en mi opinión, lleva a excluir que la Administración sea responsable por los perjuicios que deriven de la actuación negligente de un notario. De lo anteriormente comentado se deduce que la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil de los notarios, en caso de hechos ilícitos dañosos cometidos por aquéllos en el ejercicio de sus funciones, es la civil con exclusión de la contenciosa-administrativa⁵². Sobre esta cuestión se ha pronunciado la STS (3.ª) de 13 de octubre de 1998 (RJ 1998/9452) al afirmar que:

«no cabe desconocer que el Notariado constituye una profesión liberal que, con autonomía e independencia, ejerce funciones públicas, sin recibir sus retribuciones de los presupuestos estatales, a la que, por ende y en la actualidad, podría, en su caso, serle imputada la responsabilidad directa e inmediata, para la cual precisamente tiene su propio sistema de cobertura, y cuya exigencia parece igualmente que ha de promoverse, cual además ha efectuado el propio recurrente, ante la Jurisdicción Civil, todo ello sin perjuicio

⁴⁸ En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit., p. 273.

⁴⁹ Así lo afirma, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*. II, cit., pp. 404 y 405.

⁵⁰ Al respecto, María Ángeles PARRA LUCÁN, «La responsabilidad civil de Notarios y Registradores. Estudio jurisprudencial», en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 829.

⁵¹ Así, Gerardo GARCÍA-ÁLVAREZ, «La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas», en Tomás QUINTANA LÓPEZ/Anabelén CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomo I, Valencia, Tirant lo blanch, 2009, pp. 573 y 574.

⁵² No obstante, debe tenerse en cuenta que si la actuación del notario es constitutiva de una infracción administrativa tipificada en la normativa notarial, la jurisdicción competente para conocer de los recursos que se interpongan contra la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado será la contenciosa-administrativa. En este sentido, véase la STS (3.ª) de 28 de febrero de 2012 (JUR 2012/91902) que confirma la sanción de suspensión de funciones impuesta a un notario por autorizar instrumentos notariales sin su presencia física. Sobre la responsabilidad disciplinaria del notario y su repercusión en el ámbito de la responsabilidad civil, véase Rafael VERDERA SERVER, *La responsabilidad civil del notario*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, pp. 85 y siguientes.

de que nunca podrá prescindirse del hecho cierto de que estamos en presencia del desempeño de funciones públicas, con las consecuencias inherentes a tal circunstancia cuando a ello hubiere lugar»⁵³.

Con todo, nótese que la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, aunque se decanta por la jurisdicción civil en detrimento de la jurisdicción contenciosa-administrativa en materia de responsabilidad civil del notario, pone mucho énfasis en destacar el ejercicio de funciones públicas por parte del notariado. En cambio, mucho más terminante se expresa la SAP, Las Palmas, de 8 de abril de 2009 (AC 2009/1680) al afirmar que «a la Administración no le es imputable la responsabilidad del Notario por los daños que ocasione en su función, estableciéndose por la DGRN que la declaración de responsabilidad civil no puede obtenerse por vía administrativa por ser competencia exclusiva de los tribunales ordinarios»⁵⁴.

En relación con lo anterior, y a pesar del carácter de funcionarios públicos que ostentan los notarios, lo cierto es que, como ha reconocido la jurisprudencia española, en su relación con los clientes, los notarios se encuentran vinculados mediante un contrato de arrendamiento de servicio que les obliga a prestar toda la diligencia necesaria para cumplir el servicio encomendado, por lo que el régimen de responsabilidad civil aplicable se basa en la culpa y no en un sistema de responsabilidad objetiva. El régimen aplicable se encuentra así, en los artículos 1101 y siguientes del Código civil y, en especial, en cuanto al nivel de diligencia exigible, en el artículo 1104 CC según el cual «la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»⁵⁵.

⁵³ La SAN, Contencioso-Administrativa, de 17 de abril de 2012 (JUR 2012/161101) afirma que «la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de la actuación de un Notario en el ejercicio de sus funciones, debe articularse por la vía civil y de ella no puede hacerse responsable a la Administración pública».

⁵⁴ Véase la RDGRN de 16 de abril de 1996 (RJ 1997/8286) que, de forma taxativa, afirma que la declaración de la responsabilidad civil del notario no es procedente en vía administrativa ante la Dirección General sino que únicamente puede determinarse por los tribunales ordinarios. En parecidos términos se pronuncia la RDGRN de 19 de diciembre de 1995 (RJ 1996/3372).

⁵⁵ Al respecto, la STS (1.ª) de 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8124) afirma que «el contrato en virtud del cual se obligan a realizar funciones profesionales de gestión ajenas a la fe pública puede revestir distinta naturaleza. Por lo general ofrece las características especiales propias de los contratos de gestión, que la jurisprudencia y la doctrina construyen acudiendo prioritariamente, según las circunstancias, a las figuras del mandato y del arrendamiento de servicios. Estos contratos, entre otros aspectos, se caracterizan por la relación de confianza que rige la relación entre el comitente y el gestor. El alcance de las

La responsabilidad civil contractual del notario implica la concurrencia de varios presupuestos. En primer lugar, es necesario el incumplimiento por parte del notario de cualquiera de sus funciones o de las obligaciones que se derivan del contrato. En segundo lugar, que se produzca un daño al cliente que sea objetivamente imputable a la falta de cumplimiento en los términos previstos en el artículo 1107 CC. Finalmente, que el incumplimiento sea imputable al notario por dolo o culpa propios o a los actos de sus dependientes o auxiliares⁵⁶.

Por otra parte, en relación con los daños causados a terceros el régimen de responsabilidad aplicable a los notarios se encuentra en el artículo 1902 CC⁵⁷. Cuando se trata de la responsabilidad civil del notario por hechos de sus dependientes, la norma de aplicación será el artículo 1903.4 CC⁵⁸.

La consideración de la responsabilidad civil del notario como contractual o extracontractual tiene, como es sabido, su importancia práctica⁵⁹. Si se determina que la acción es de naturaleza contractual, el plazo de prescripción será el de cinco años previsto en el artículo 1964 CC. Por el contrario, si se considera que es de naturaleza extracontractual el plazo será el de un año previsto en el artículo 1968.2 CC (salvo que sea aplicable la legislación civil catalana donde, en virtud de lo dispuesto en el artículo 121-21 del Código civil de Cataluña, el plazo es de tres años)⁶⁰.

Dicha controversia se plantea, por ejemplo, en la SAP, Madrid, de 25 de junio de 2007 (JUR 2007/258161). En ésta se resuelve un

obligaciones del notario deriva del alcance de esta confianza, que a su vez depende no sólo del contenido del contrato, sino también de las circunstancias de personas, tiempo y lugar».

⁵⁶ En este sentido, VERDERA SERVER, *La responsabilidad civil del notario*, cit., pp. 203 y 204.

⁵⁷ Declaran la responsabilidad civil del notario, con base en el artículo 1902 CC, entre otras, las SSTS (1.ª) de 5 de febrero de 2000 (RJ 2000/251) y de 26 de octubre de 2005 (RJ 2005/8296). También la SAP, Asturias, de 23 de diciembre de 2011 (JUR 2012/39290) y la SAP, Baleares, de 3 de febrero de 2012 (JUR 2012/89318).

⁵⁸ La STS (1.ª) de 19 de julio de 2003 (RJ 2003/5387) declara la responsabilidad civil del notario por los daños causados por uno de sus empleados que, extralimitándose en sus funciones, causa un perjuicio a un cliente de la notaría. El Alto Tribunal afirma que «esta Sala ha tenido ocasión de examinar con anterioridad el tema de las consecuencias, a efectos de responsabilidad, de la falta de diligenciamiento en el Registro de la Propiedad de las escrituras públicas de hipoteca, cuando la gestión de su inscripción –imprescindible para la eficacia de las mismas– había sido confiada a empleados del Notario autorizante, llegando a la conclusión de que la reparación de los perjuicios causados por sus dependientes con ocasión del desempeño de las funciones a los mismos atribuidas debe recaer sobre aquél, precisamente por ser el director de ese complejo unitario de actividad profesional que toda Notaría constituye». En parecidos términos, véase la STS (1.ª) de 6 de junio de 2002 (RJ 2002/6755).

⁵⁹ Sobre esta cuestión véase PARRA LUCÁN, «La responsabilidad civil de Notarios y Registradores. Estudio jurisprudencial», en MORENO MARTÍNEZ, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., pp. 831 y siguientes.

⁶⁰ Llei 29/2002, de 30 de desembre, «Primera Llei del Codi civil de Catalunya» (DOGC núm. 3798, de 13 de enero de 2003).

supuesto en que se ventila la responsabilidad civil de un notario que, como consecuencia del defectuoso asesoramiento prestado sobre la legislación civil aplicable a una herencia, produce unos perjuicios económicos a uno de los herederos⁶¹. La Audiencia afirma que:

«en el sentido expresado es reiterada la doctrina jurisprudencial que, sin perjuicio del carácter público de la función del Notario, define la relación jurídica privada que se entabla entre el Notario y el cliente con las notas propias del arrendamiento de servicios, y en ese marco encuadra la facultad que asiste al cliente de reclamar el exacto cumplimiento de las obligaciones del Notario, así como el resarcimiento de los perjuicios que le ocasione el incumplimiento absoluto, o defectuoso, de esas mismas obligaciones, al amparo de los artículos 1101 y concordantes del Código Civil, y dentro del plazo de prescripción general de las obligaciones, de quince años, *ex art.* 1964. Ahora bien, en atención a ese mismo planteamiento, se llega a la conclusión de que cuando el perjudicado no ostenta la condición de cliente respecto del Notario, sino que es un tercero, carece de legitimación y de causa para exigir una responsabilidad contractual frente al fedatario con el que nunca ha contraído obligaciones recíprocas, y por ende sólo le resta la vía de exigir el resarcimiento de los perjuicios que hubiere padecido por el cauce de la responsabilidad extracontractual»⁶².

Ahora bien, cabe plantearse qué sucede cuando un notario, en el ejercicio de sus funciones, comete un hecho ilícito que es constitutivo de infracción criminal y, a raíz de ello, si puede nacer la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por aplicación de lo dispuesto en el artículo 121 CP⁶³. En mi opinión, la respuesta debe ser negativa. Es cierto que, *a priori*, puede parecer que se cumplen todos los presupuestos exigidos en el artículo 121 CP, pero no debe olvidarse que, en los términos anteriormente comentados, la relación que une al notario con su cliente viene muy determinada por un elemento de naturaleza contractual. Es precisamen-

⁶¹ En concreto, los padres de la parte actora querían otorgar testamento instituyendo como heredero universal de todos sus bienes a su hijo con exclusión de sus dos hermanas lo que, de acuerdo con la legislación civil vizcaína de los testadores, podían realizar. Al ser informados erróneamente por el Notario autorizante sobre la legislación civil aplicable se produjo la confusión, al aplicarse el Código Civil, que causó un perjuicio económico al heredero de más de sesenta mil euros.

⁶² La Audiencia considera, de forma acertada, que la responsabilidad civil del notario es, en este caso, de naturaleza extracontractual y, en consecuencia, aplica el artículo 1968.2 CC. Al haber excedido la parte actora, en la presentación de la demanda, el plazo de un año previsto en dicho artículo, aquélla es desestimada por prescripción.

⁶³ Con todo, debe destacarse que son escasos los supuestos en que se ha producido la condena penal de un Notario por hechos acaecidos en el ejercicio de sus funciones. Algunos ejemplos pueden verse en las SSTS (2.ª) de 3 de abril de 2002 (RJ 2002/6115) y de 2 de septiembre de 2003 (RJ 2004/459). Sobre esta cuestión, véase VERDERA SERVER, *La responsabilidad civil del notario*, cit., p. 75.

te la preponderancia de este elemento el que hace que decaiga el presupuesto del funcionamiento de los servicios públicos⁶⁴.

Para que nazca la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración debe concurrir no sólo el elemento subjetivo, sino también, en los términos que se explicarán más adelante, que el hecho causante del daño sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos y es este presupuesto, a mi entender, el que no concurre en el supuesto de la responsabilidad civil subsidiaria del notario. Es la naturaleza contractual que une al notario con su cliente la que excluye que pueda incardinarse la actuación de aquél dentro del concepto de funcionamiento de los servicios públicos. Por tanto, y sin negar la especial naturaleza de la función notarial, debe entenderse que, ante hechos ilícitos delictivos cometidos por un notario en el ejercicio de sus funciones, ello sólo conllevará la responsabilidad penal y civil directa del causante del daño⁶⁵.

Por otro lado, puede darse también la circunstancia de que el hecho ilícito delictivo no sea cometido por el propio notario sino por alguno de sus empleados en cuyo caso sería de aplicación el artículo 120.4 CP. Para que pueda declararse la responsabilidad civil subsidiaria del notario con base en este precepto es necesario que concurren varios presupuestos. En primer lugar, que el hecho ilícito cometido por el empleado sea constitutivo de infracción criminal. En segundo lugar, que el causante del daño tenga la condición de empleado o dependiente del notario. Respecto de estos dos primeros requisitos, hay que tener presente que, en general, no plantearán demasiados problemas. Mayor controversia conllevará el tercer requisito, esto es, que el hecho ilícito dañoso se haya cometido en el desempeño de sus obligaciones o servicios. La cuestión se plantea en la SAP, Vizcaya, de 14 de mayo de 2001 (JUR 2001/302830) que declara la responsabilidad civil subsidiaria de un notario como consecuencia de un delito de apropiación indebida cometida por un empleado de la notaría. La Audiencia afirma que el acusado:

⁶⁴ En contra se pronuncia la SAP, Madrid, de 31 de marzo de 2014 (JUR 2014/159248) que condena a un notario por la comisión de un delito de falsedad imprudente documental por la irregular tramitación de un acta de notoriedad que propició una estafa inmobiliaria. La Audiencia afirma que «en cuanto a la responsabilidad civil del Estado, ésta tiene carácter subsidiaria de los hechos delictivos que pudieran cometer sus dependientes, como son las autoridades o funcionarios públicos, en el sentido del artículo 24 CP. Lo cual supone, que por muchas peculiaridades que tenga el régimen jurídico de los notarios y registradores, en concreto la necesidad de constituir fianza y seguro, ello no exime, en su caso, de que el Estado tenga que coadyuvar si fuere necesario, a pagar el importe que pudiera quedar pendiente de abonar por los responsables directos del hecho delictivo».

⁶⁵ En el mismo sentido, véase ROCA GUILLAMÓN, *Com. art. 121*, en COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código penal*, cit., p. 845.

«actuó dentro del ámbito de la competencia de la oficina notarial sirviéndose de la apariencia legal y pública de este servicio para sus espurios fines; de lo expuesto cabe afirmar la responsabilidad civil subsidiaria en que incurrió el Notario y que no puede escudarse afirmando simplemente que el trabajo encomendado al oficial por la Sra. R. era de su exclusiva incumbencia pues el mismo ha venido en reconocer que así se hacía en numerosas ocasiones y, en tal sentido, su conocimiento y voluntario consentimiento cediendo a tal fin el uso de su establecimiento y hallándose lo encargado dentro del propio ámbito funcional del trabajo que realizan los Notarios, no puede perjudicar a los extraños que acuden a gestionar sus documentos amparados en el correcto funcionamiento de los organismos públicos.»

Como se desprende de la exposición precedente, la responsabilidad civil del notario por hechos ilícitos delictivos nacerá o bien cuando sea el propio notario el que cometa la infracción criminal, en cuyo caso habrá responsabilidad penal y civil directa del fedatario público, o bien cuando, por aplicación del artículo 120.4 CP, sea un empleado suyo el que, en el ejercicio de sus funciones, cometa el hecho delictivo⁶⁶.

Existe, con todo, una tercera posibilidad, que se ha aplicado por parte de algunas Audiencias, que consiste en declarar la responsabilidad civil subsidiaria del notario con base en el artículo 120.3 CP. En concreto, se considera que si la comisión del delito en las oficinas de la notaría puede relacionarse causalmente con algún tipo de infracción de las exigencias reglamentarias, podrá declararse la responsabilidad civil subsidiaria del notario⁶⁷. Este criterio es aplicado, por ejemplo, en la SAP, Barcelona, de 17 de mayo de 2006 (ARP 2007/86) donde se declara la responsabilidad civil subsidiaria de un notario por el incumplimiento de su deber de diligencia y supervisión de las escrituras mediante las cuales se cometió un delito de estafa. La Audiencia, de forma contundente, considera que:

«el notario no es un mero fedatario público, como un convidado de piedra que se limita a dar fe de las manifestaciones recogidas en su presencia, sino que tiene que tener conocimiento y valorar los

⁶⁶ Al respecto, Juan ROCA GUILLAMÓN, «La responsabilidad del Estado y de las Administraciones Públicas por delitos de sus funcionarios», en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ, *Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 512.

⁶⁷ La infracción reglamentaria que pueda cometer el notario vendrá relacionada, normalmente, por incumplir los artículos 145 y concordantes del Reglamento Notarial. En concreto, el artículo 145 RN afirma que «la autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes».

extremos de lo que contienen las actas, escrituras y demás actos en que interviene conforme a lo dispuesto en el artículo 145 y concordantes del Reglamento Notarial (...). Y es precisamente esa omisión de diligencia, con incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 145 y 147 del Reglamento Notarial, lo que propició la comisión por parte del acusado del delito de estafa por el que ha sido condenado, y consecuentemente se declare la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 120.3 CP, de don Sebastián como titular de la notaría en donde se verificó tal actuar.»

La interpretación que en este caso realiza la Audiencia de Barcelona del artículo 120.3 CP es corregida, sin embargo, por la STS (2.^a) de 18 de mayo de 2007 (RJ 2007/3887). En ella, se declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el notario y anula la condena de éste como responsable civil subsidiario al considerar que no consta acreditado que la conducta del titular de la notaría «haya infringido la normativa referente a su función, de manera vinculada causalmente a la estafa sancionada»⁶⁸. Sobre esta cuestión conviene apuntar que una interpretación demasiado extensa del artículo 120.3 CP podría ampliar excesivamente el campo de aplicación de este precepto hasta niveles no deseables⁶⁹. Por esta razón, parece más oportuno realizar una interpretación más estricta, en consonancia con el pronunciamiento sostenido, en este caso, por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Finalmente, conviene poner de relieve que la cuestión de determinar si los hechos ilícitos dañosos cometidos por un notario, en atención a su categoría funcional, implican la responsabilidad civil de la Administración trasciende más allá del ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*, ya que si se considerase que prevalece su carácter de funcionario, así como el ejercicio por su parte de funciones públicas, ello podría conllevar, tratándose de un mero ilícito civil no constitutivo de infracción criminal, el nacimiento de la responsabilidad civil directa de la Administración con base en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC. Sin embargo, y por las mismas razones anteriormente expuestas, también esta interpretación, a mi entender, debe descartarse.

El otro supuesto que, por su carácter fronterizo, ofrece también numerosas dudas es el caso de los registradores de la propiedad y mercantiles. El hecho de que ostenten la categoría de funcionarios públicos está fuera de toda duda. Según el artículo 274.2 LH «los

⁶⁸ Sobre la relación de causalidad necesaria entre la conducta infractora del responsable y el daño resarcible en el ámbito del artículo 120.3 CP véase Carlos Manuel Díez Soto, «Com. art. 120.3», en Manuel COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal, tomo IV*, Madrid, Edersa, 1999, pp. 596 y siguientes.

⁶⁹ Véase sobre esta cuestión, VERDERA SERVER, *La responsabilidad civil del notario*, cit., pp. 80 y siguientes.

registradores de la propiedad tienen el carácter de funcionarios públicos para todos los efectos legales»⁷⁰. No deben olvidarse tampoco las importantes funciones que ostenta la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de nombramientos, inspección, sanciones, consultas y toda la materia referida a la resolución de los recursos gubernativos contra la calificación del registrador. El carácter del registrador como funcionario público y su posición de subordinación jerárquica respecto de la Dirección General de los Registros y del Notariado es puesto de manifiesto de forma taxativa por la RDGRN, de 11 de febrero de 2008 (RJ 2008/2788) al afirmar que:

«el registrador no puede en el ejercicio de su función calificadora desconocer la doctrina expuesta por su superior jerárquico –Dirección General de los Registros y del Notariado–, aun cuando disienta de ella, pues el registrador no es un juez del que es carácter insoslayable su independencia, sino un funcionario público que debe ejercer su función con plena sumisión a los principios de legalidad y jerarquía, siendo así que el primero le impone acatar las resoluciones de la DGRN cuando resuelve recursos frente a calificaciones negativas y el segundo funda esa sumisión a tal órgano superior, pues el registrador ejerce una función pública en el ámbito de una Administración jerarquizada»⁷¹.

Sin poner en tela de juicio en ningún caso el carácter de funcionarios que ostentan los registradores, no puede negarse que éstos desempeñan sus respectivas funciones, de naturaleza pública, pero desde una perspectiva que presenta un cierto carácter privado. El artículo 222.7 LH afirma que «los registradores en el *ejercicio profesional de su función pública* deberán informar a cualquier persona que lo solicite en materias relacionadas con el Registro. La información versará sobre los medios registrales más adecuados para el logro de los fines lícitos que se propongan quienes las soliciten»⁷².

No puede negarse tampoco que, en diversos preceptos de la Ley Hipotecaria y del Reglamento Hipotecario, se establece que los

⁷⁰ Asimismo, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 536 RH, los registradores de la propiedad «en virtud del carácter de funcionarios públicos que les reconoce el artículo 274 de la Ley Hipotecaria, tienen los derechos reconocidos por las leyes administrativas. Como funcionarios públicos serán titulares indisolublemente de las Oficinas Liquidatorias de Distrito Hipotecario que vengan determinadas en la demarcación registral».

⁷¹ En idéntico sentido se pronuncia la RDGRN, de 13 de noviembre de 2006 (RJ 2006/7160).

⁷² También en el artículo 332.7 RH se utiliza, respecto de los registradores, la expresión «ejercicio profesional de su función pública». Con todo, no puede negarse que la vertiente profesional de los registradores aparece mucho más difusa que en el supuesto de los notarios, ya que en éstos es el propio artículo 1 RN que los define como funcionarios públicos y profesionales del Derecho.

registradores ejercen sus funciones «bajo su responsabilidad» (arts. 18, 99, 100 LH y 536 RH) y que, asimismo, la sección 1.ª del Título XII de la LH se intitula «De la responsabilidad de los registradores» (artículos 296 a 312). Precisamente, en estos preceptos, se realiza una enumeración de errores del registrador, retrasos en el cumplimiento de plazos u omisiones que pueden dar lugar a responsabilidad y se fija un plazo de prescripción de un año para la acción de indemnización⁷³. Además, en el artículo 296 LH se afirma que los registradores responderán civilmente, en primer lugar, con sus fianzas y, en segundo lugar, con sus demás bienes, de los daños y perjuicios que causen⁷⁴.

En mi opinión, la voluntad del legislador ha sido otorgar la categoría de funcionario a los registradores porque obviamente es el Estado el que debe regular, entre otras cuestiones, la forma de acceso, la inspección, el escalafón, las incompatibilidades y la jubilación de unos profesionales que realizan unas funciones públicas de valoración jurídica. El registrador actúa en nombre propio con poderes recibidos del Estado⁷⁵. Ahora bien, en los términos anteriormente comentados, no ha sido voluntad del legislador equiparar a los registradores de la propiedad con los demás empleados públicos de la Administración sino que, por el contrario, se les ha dotado de un régimen específico de responsabilidad, previsto en una ley especial como es la Ley Hipotecaria. Además, y como es sabido, el registrador es el dueño de la oficina, contrata y controla a sus empleados, que en ningún caso ostentan la condición de funcionarios públicos, y percibe unos honorarios de las personas físicas o jurídicas que acuden a él⁷⁶. Por estas razones, no puede considerarse que, en caso de comisión de un hecho ilícito por parte de un registrador en el ejercicio de sus funciones, ello determine el nacimiento de la responsabilidad civil de la Administración de

⁷³ Véase GARCÍA-ÁLVAREZ, «La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas», en QUINTANA LÓPEZ/CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomo I, cit., p. 575.

⁷⁴ La finalidad de estos preceptos es facilitar al máximo el cobro de las indemnizaciones por parte de quienes resulten perjudicados. Así, PARRA LUCÁN, «La responsabilidad civil de los notarios y registradores. Estudio jurisprudencial» en MORENO MARTÍNEZ, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., pp. 863 y siguientes.

⁷⁵ Al respecto, José Luis LACRUZ BERDEJO/Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA/Agustín LUNA SERRANO/Jesús DELGADO ECHEVERRÍA/Francisco RIVERO HERNÁNDEZ/Joaquín RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho civil III bis. Derecho inmobiliario registral*. Segunda edición revisada y puesta al día por J. Delgado y J. Rams, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 288 y 289.

⁷⁶ Como acertadamente se ha afirmado, los registradores, sin negar el carácter de funcionarios públicos y por su régimen especial de retribución, son responsables directamente de los daños causados en el ejercicio de sus funciones con exclusión de la responsabilidad civil de la Administración. Así, GONZÁLEZ PÉREZ, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit., p. 273, en nota 37.

acuerdo con lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC⁷⁷.

Y si ello es así, debe argumentarse de igual manera en los supuestos de comisión de un hecho ilícito delictivo. Si el registrador, aun a pesar de ostentar la categoría de funcionario, realiza una conducta constitutiva de infracción criminal en el ejercicio de sus funciones, ello no puede conllevar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, puesto que si ésta no responde, por las razones citadas, en supuestos de meros ilícitos civiles, tampoco deberá responder si estos ilícitos son constitutivos de infracción penal. En estos casos, al igual que en los notarios, únicamente nacerá la responsabilidad penal y civil directa del causante del daño y, si el daño ha sido ocasionado por un empleado del registrador, nacerá también la responsabilidad civil subsidiaria de éste en virtud de lo establecido en el artículo 120.4 CP⁷⁸.

3.3 Los profesores de centros docentes públicos y privados concertados

Continuando con el análisis del elemento subjetivo del artículo 121 CP, debe comentarse también el particular supuesto de los profesores que prestan servicios en centros docentes. No existe ninguna duda de que, ante la comisión de hechos ilícitos delictivos cometidos por profesores de centros docentes públicos, nacerá la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración educativa correspondiente. Ello será así, claro está, siempre que pueda considerarse que el hecho dañoso es consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Es indiscutible el hecho de que los profesores de centros docentes públicos, o bien ostentan la categoría de funcionarios, ya sean titulares o interinos, o bien son contratados por la Administración, de manera que la aplicación del artículo 121 CP en este aspecto no ofrece demasiadas controversias⁷⁹.

⁷⁷ Es también de esta opinión, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 280. Para el mencionado autor, a idéntica solución debe llegarse respecto de los notarios.

⁷⁸ Parcialmente en contra, ROCA GUILLAMÓN, «Com. art. 121», en COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código penal*, cit., pp. 845 y siguientes y, en particular, 849. Según dicho autor, no debería excluirse el supuesto de que la Administración fuera condenada, como responsable civil subsidiaria, en supuestos extremos en que por la excepcional cuantía de la indemnización resultare insuficiente el sistema de fianzas, todo ello, para relacionar la persistencia del sistema actual de responsabilidad civil de los registradores con el principio contemplado en el artículo 106.2 CE.

⁷⁹ Aunque normalmente se piense en el supuesto de daños causados por profesores de educación primaria o secundaria, no debe excluirse el caso de hechos ilícitos dañosos cometidos por profesores de Universidad, ya sean éstos funcionarios o contratados. La SAP, Málaga, de 8 de noviembre de 2011 (JUR 2012/75197) declara la responsabilidad

Además, algunas Comunidades Autónomas han dado un paso más y han atribuido a los profesores de centros públicos, en el ejercicio de sus funciones, la consideración de autoridad, con lo cual se refuerza aún más, si cabe, el ámbito de aplicación subjetivo del artículo 121 CP. Así, la Comunidad de Madrid dictó la Ley 2/2010, de 15 de junio, de *Autoridad del Profesor*⁸⁰ en cuyo artículo 5 se afirma que «los directores y demás miembros del equipo directivo, así como los profesores tendrán, en el ejercicio de las potestades de gobierno, docentes y disciplinarias que tengan atribuidas, la condición de autoridad pública, y gozarán de la protección reconocida a tal condición por el ordenamiento jurídico».

No existen tampoco dudas, pero en este caso en un sentido diferente, respecto de los centros docentes privados. Los hechos dañosos que revistan carácter de infracción criminal cometidos por profesores de colegios privados no pueden conllevar la responsabilidad civil de la Administración, toda vez que falta de forma clara el elemento subjetivo del artículo 121 CP. Podrá nacer, en su caso, la responsabilidad civil subsidiaria del titular del centro docente privado en virtud de lo dispuesto en el artículo 120.4 CP.

Por el contrario, mayores problemas existen cuando se trata de hechos delictivos causados por docentes de colegios concertados. Es importante destacar que el artículo 108.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de *Educación* (en adelante, LOE)⁸¹ afirma que «son centros privados concertados los centros privados acogidos al régimen de conciertos legalmente establecido»⁸². Nótese que la propia Ley define a los centros concertados como centros educativos de carácter privado, lo que parece conllevar la inaplicación del artículo 121 CP. Sin embargo, el propio artículo 108.4 afirma que «la prestación del servicio público de la educación se realizará, a través de los centros públicos y privados concertados». Con todo, y a pesar de la equiparación mencionada, el artículo 121 CP exige, para que nazca la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración que los causantes del daño sean «autoridad, agen-

penal y civil de un profesor de Universidad que solicita tener relaciones sexuales con una alumna para obtener el aprobado en una asignatura. La sentencia no se pronuncia sobre la responsabilidad civil subsidiaria de la Universidad, puesto que ésta última «no ha sido parte en ningún momento del procedimiento». Con todo, parece evidente que, de haber sido parte, hubieren concurrido los presupuestos para declarar la responsabilidad civil subsidiaria del centro docente universitario con base en el artículo 121 CP.

⁸⁰ BOE núm. 238, de 1 de octubre de 2010.

⁸¹ BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2006.

⁸² Sobre la relación entre los centros concertados y la responsabilidad civil de la Administración, véase Beatriz DÍAZ MADRERA, «Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de la educación» en Tomás QUINTANA LÓPEZ/Anabelén CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomo II, Valencia, Tirant lo blanch, 2009, pp. 940 y siguientes.

tes y contratados de la misma o funcionarios públicos» y es claro que, en líneas generales, no se cumple dicho elemento subjetivo en el supuesto de profesores de centros concertados, puesto que éstos son contratados por los titulares de los centros docentes⁸³.

No obstante, y como se ha manifestado con anterioridad, ante ciertos problemas de convivencia detectados en los centros docentes, algunas Comunidades Autónomas han optado por otorgar a los profesores de centros públicos la consideración de autoridad. Sucede que dicha fórmula se ha querido también trasladar a los docentes de centros concertados. Así, por ejemplo, se ha dictado la Ley 2/2011, de 1 de marzo, *de autoridad del profesor y de la convivencia en los centros educativos de la Comunidad Autónoma de La Rioja*⁸⁴ que, en su artículo 5, dispone que «los directores y demás miembros del equipo directivo, así como los profesores de los centros docentes públicos y centros privados concertados, en el ejercicio de las potestades de gobierno, docentes y disciplinarias que tengan asignadas, tendrán la consideración de autoridad pública y gozarán de la protección reconocida a tal condición por el ordenamiento jurídico»⁸⁵.

En consecuencia, podría parecer que en el supuesto de hechos ilícitos delictivos cometidos en el ejercicio de sus funciones por profesores de centros concertados que ostenten la categoría de autoridad reconocida por Ley, debería aplicarse no el artículo 120.4 CP, sino el artículo 121 CP, toda vez que el causante del daño tiene la consideración de autoridad pública, aunque es dependiente de un titular privado. A pesar de todo, dicha solución presenta algunos inconvenientes. Debe destacarse que, al menos potencialmente, en el supuesto de hechos ilícitos delictivos cometidos por profesores de centros docentes concertados que ostenten la condición de autoridad por atribución de una Ley, cabe la posibilidad de aplicar dos preceptos.

Por un lado, el artículo 120.4 CP continuaría teniendo campo de aplicación, puesto que el profesor es un empleado del titular del centro docente. Por tanto, y tal como afirma el precepto, son res-

⁸³ En este sentido, el artículo 117.5 LOE afirma, respecto de los centros privados concertados, que «los salarios del personal docente serán abonados por la Administración al profesorado como pago delegado y en nombre de la entidad titular del centro, con cargo y a cuenta de las cantidades previstas en el apartado anterior. A tal fin, el titular del centro, en su condición de empleador en la relación laboral, facilitará a la Administración las nóminas correspondientes, así como sus eventuales modificaciones».

⁸⁴ BOE núm. 66, de 18 de marzo de 2011.

⁸⁵ En similares términos véase la Ley gallega 4/2011, de 30 de junio, *de convivencia y participación de la comunidad educativa* (BOE núm. 182, de 30 de julio de 2011), la ley asturiana 3/2013, de 28 de junio, *de medidas de autoridad del profesorado* (BOE núm. 260, de 30 de octubre de 2013) y la Ley 3/2014, Castilla y León, de 16 de abril, *de autoridad del profesorado* (BOE núm. 130, de 29 de mayo de 2014).

ponsables civilmente en defecto de los que lo sean criminalmente «las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios». Como puede observarse, el supuesto contemplado encaja perfectamente en el ámbito de aplicación de la norma.

Por otro lado, ya se ha comentado que al ostentar la condición de autoridad atribuida por Ley, también resulta de aplicación el artículo 121 CP, con la consiguiente declaración de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración educativa competente. Ahora bien, dejar que sea la Administración la que deba indemnizar la totalidad de la cuantía indemnizatoria no parece que sea razonable, toda vez que, de acuerdo con la LOE, los centros concertados son privados. Pero tampoco parece oportuno el hecho de que sea el titular del centro docente el que deba cargar con toda la responsabilidad civil subsidiaria, puesto que si el legislador ha querido atribuir la condición de autoridad a los profesores de centros concertados, este hecho ha de afectar también a las normas de responsabilidad civil. Por ello, en mi opinión, debería declararse la responsabilidad subsidiaria y solidaria de la Administración correspondiente y la de la persona, natural o jurídica, titular del centro docente.

Pues bien, de todo lo comentado con anterioridad, puede afirmarse, en primer lugar, que los hechos ilícitos dañosos constitutivos de infracción criminal cometidos por profesores de centros docentes públicos en el ejercicio de sus funciones conllevará la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración correspondiente en virtud de lo dispuesto en el artículo 121 CP⁸⁶.

En segundo lugar, respecto de los centros privados concertados, cabe entender que, en líneas generales, debe ser de aplicación el artículo 120.4 CP, toda vez que los profesores de dichos centros no ostentan ni la condición de autoridad ni la de empleados públicos y, en consecuencia, no concurre el elemento subjetivo para aplicar el artículo 121 CP⁸⁷. La excepción a esta regla será la de aquellas Comunidades Autónomas que por Ley hayan establecido, en los términos anteriormente comentados, que los profesores de los centros privados concertados gozan de la consideración de autoridad pública.

⁸⁶ Así lo afirma, Carlos LASARTE ÁLVAREZ / Patricia LÓPEZ PELÁEZ/M.^a Fernanda MORETÓN SANZ, *La responsabilidad civil en el ámbito de los centros docentes*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 105.

⁸⁷ Al respecto, María Luisa ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Granada, Comares, 2000, p. 464.

Finalmente, respecto de los centros privados, y con mayor razón que los centros concertados, la responsabilidad civil subsidiaria por hechos ilícitos delictivos cometidos por su profesorado debería atribuirse únicamente al titular del centro y, en ningún caso, a la Administración⁸⁸.

4. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 121 CP. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Para que se produzca el nacimiento de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración es necesario que el responsable del delito haya actuado en el ejercicio de sus cargos o funciones y que la lesión, además, sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos⁸⁹. En este sentido, puede decirse que aquello que será normal es que el nacimiento de la responsabilidad subsidiaria de la Administración nazca cuando el funcionario ha desbordado o extralimitado su función causando un perjuicio a terceros, puesto que es evidente que si el empleado ha ajustado su actuación a la diligencia debida difícilmente nacerá la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración⁹⁰. En consecuencia,

⁸⁸ Al respecto debe recordarse que los titulares de los centros docentes privados tienen libertad no sólo para su creación, sino también para su organización y dirección, gozando de autonomía para establecer el régimen interno del centro, para seleccionar a su profesorado, para determinar los procedimientos de admisión de alumnos, para establecer las normas de convivencia que estimen convenientes, así como para fijar su régimen económico. En este sentido, ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, cit., pp. 41 y 42. En consecuencia, y ante la amplitud de atribuciones que se otorgan a los titulares de dichos centros, no parece que, ante hechos delictivos cometidos por personal de un colegio privado, deba responder la Administración Pública.

⁸⁹ Con todo, en algunas ocasiones, debe destacarse que la cuestión relativa a la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por el funcionamiento de sus servicios públicos no llega a sustanciarse en el proceso penal. Ello puede deberse al hecho de que las acusaciones no lo planteen al tratarse de cuantías indemnizatorias relativamente pequeñas. Tal es el caso, por ejemplo, de la STS (2.ª) de 11 de febrero de 2014 (JUR 2014/45229) donde se declaró la responsabilidad penal de un inspector de la policía nacional por un delito de detención ilegal y se le condenó a las penas correspondientes y a indemnizar a la víctima en 6000 euros por los daños morales ocasionados sin que en ningún momento se cuestionara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. En otras ocasiones, la ausencia de condena a la Administración, se debe a que ésta ya ha satisfecho, con anterioridad al juicio, la cuantía indemnizatoria. Este es el supuesto contemplado en la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 5, Palma de Mallorca, de 12 de febrero de 2014 (JUR 2014/63412) que condenó a unos policías nacionales que conducían ebrios un vehículo oficial y que, después de atropellar mortalmente a una ciclista, se dieron a la fuga. En este caso, los perjudicados no reclamaron al haber sido indemnizados por el Consorcio de Compensación de Seguros.

⁹⁰ La STS (2.ª) de 1 de abril de 2013 (RJ 2013/7272) afirma que «lo normal será que todos aquellos delitos en los que el funcionario ha desbordado o extralimitado su función, causando un perjuicio a terceros, deban dar lugar a la aparición de responsabilidad subsidiaria a cargo del Estado o de la Administración que corresponda». En idéntico sentido, se expresa la STS (2.ª) de 7 de febrero de 2013 (RJ 2013/8381).

aquellas extralimitaciones que estén relacionadas o conectadas con las tareas o funciones del agente causante del daño justifican la responsabilidad civil de la Administración contemplada en el artículo 121 CP y no pueden invocarse como razón de exclusión de la misma⁹¹.

Es lógica la exigencia de dichos requisitos, ya que la Administración no responde de todos los hechos ilícitos dañosos que cometan sus empleados, sino sólo en aquellos supuestos en que exista una conexión con el servicio público⁹². Como se ha comentado con anterioridad, tanto el artículo 106.2 CE como el artículo 139.1 LRJPAC delimitan el ámbito objetivo de los daños indemnizables circunscribiéndolos a los derivados del funcionamiento de los servicios públicos, precisando el artículo 139.1 LRJPAC que dicho funcionamiento puede ser normal o anormal. Con todo, y por generosa que sea la formulación legal, es claro que la cobertura de la Administración no puede ser indefinida, centrándose en los límites del servicio público y excluyendo la actividad privada de los funcionarios⁹³.

La responsabilidad civil de la Administración en el ámbito penal presenta, como ya ha podido observarse, ciertas peculiaridades y una de ellas es, precisamente, el hecho de que la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración prevista en el artículo 121 CP sólo pueda surgir como consecuencia de un funcionamiento anormal del servicio público. No parece posible la existencia de un funcionamiento normal de la Administración que dé lugar a una condena subsidiaria de ésta, ya que debe partirse de la premisa que para que pueda exigirse la responsabilidad civil de la Administración por la vía del artículo 121 CP, es necesario que la conducta del sujeto causante del daño sea constitutiva de infracción criminal y ello excluirá la posibilidad del funcionamiento normal del servicio público⁹⁴.

⁹¹ Así lo afirma con acierto, FRANCISCO SOTO NIETO, «Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad», Madrid, *La Ley*, núm. 1549, 26 de septiembre de 1986, pp. 959 y 960.

⁹² En otro caso, como es evidente, el sujeto causante del daño responderá como cualquier particular. En este sentido, BUSTO LAGO, «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», en REGLERO CAMPOS/BUSTO LAGO, *Tratado de Responsabilidad civil*, cit., pp. 1953 y 1954. Sobre esta cuestión, véase la STS (2.ª) de 16 de enero de 2013 (RJ 2013/966) donde se exonera a la Administración Pública, como responsable civil subsidiaria, de un asesinato cometido por un operario de un retén de incendios a un compañero suyo, cuando ambos se encontraban en su puesto de trabajo, al considerar que el acto cometido por el empleado público era ajeno al ejercicio de sus funciones.

⁹³ Sobre esta cuestión, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, cit., p. 407.

⁹⁴ Como se ha afirmado con acierto, el delito, por naturaleza, nunca forma parte de los fines del Estado. Por tanto, nunca podría nacer la responsabilidad civil subsidiaria si de principio se excluyera la misma cada vez que se comete una infracción por parte del funcionario.

No obstante lo anterior, la delimitación de cuando un empleado público actúa en el ejercicio de sus funciones y cuando el daño es una consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos no siempre aparece de forma clara. Así, en la STSJ, Andalucía, de 14 de diciembre de 2006 (JUR 2007/222570)⁹⁵ se exoneró de responsabilidad civil subsidiaria al Estado por un homicidio imprudente cometido por un sargento del ejército contra el dueño de un bar. El suboficial cometió el delito dentro de su horario profesional y vestido de uniforme, pero utilizando un arma particular estando, en el momento de los hechos, bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Se declaró como probado que, tres meses antes de la comisión del hecho delictivo, al acusado se le diagnosticó un cuadro de ansiedad depresiva que le llevó a estar ingresado en el hospital militar durante quince días. Asimismo, y hasta el día de los hechos, estaba sometido a tratamiento médico con apoyo psicológico semanal. El tratamiento médico recetado no le impedía, en principio, el desarrollo normal de su actividad como militar. Según la sentencia:

«al salir el acusado hacia el bar en que se perpetraron los hechos, encontrándose de servicio, no actuaba dentro de las funciones propias que, como inherentes a su obligación, desempeñaba, ni tenía por qué portar armas, ni tampoco era preceptivo, ya que no podría ser el militar sancionado por no llevarlas, por lo que resulta absurdo que se pretenda la existencia de un incumplimiento por parte de sus superiores, al permitirle salir del cuartel, sin haber quedado franco de servicio, porque ni consta que en aquel momento hubieran superiores presentes, ni éstos tienen facultad para impedir la salida a un inferior a un local público.»

El criterio mantenido en esta sentencia no puede compartirse ya que, por un lado, ha quedado acreditado que el acusado, en el momento de los hechos, se encontraba de servicio, vestido de uniforme y bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Ello significa que o bien salió bebido del acuartelamiento o bien el rato que estuvo fuera del recinto militar fue considerable, puesto que el grado de intoxicación etílica que presentaba era tan elevado que significó que se apreciara la atenuante prevista en el artículo 21.1 CP. Por

Al respecto, F. GARCÍA VICENTE/F. SOTO NIETO/J. DE LAMO RUBIO/J. M. GUILLÉN SORIA, *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 241 y 242.

⁹⁵ La sentencia del Tribunal Superior de Justicia es totalmente confirmada por la STS (2.ª) de 3 de julio de 2007 (RJ 2007/3655). Con todo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo no entra a dilucidar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, ya que el recurso de casación se interpuso por parte de la defensa del condenado y, a juicio del Alto Tribunal, ésta no tiene legitimación para sostener en casación la condena del Estado en materia de responsabilidad civil.

otro lado, no debe olvidarse que el acusado estuvo ingresado cerca de quince días en el hospital militar y que, en el momento de los hechos, aún estaba sometido a tratamiento médico.

El verdadero problema que se plantea en relación con este caso, y ciertamente no es menor, es la circunstancia de que el daño se ocasionara con un arma privada⁹⁶. Es incuestionable que si el hecho ilícito se hubiera cometido con el arma reglamentaria no habría ninguna duda respecto de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado pero, en relación con este punto, no debe olvidarse que también existen pronunciamientos de la Sala Contenciosa-Administrativa del Tribunal Supremo en que se declara la responsabilidad civil directa de la Administración, en este caso por aplicación de los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, por daños causados por un arma privada perteneciente a un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Así, por ejemplo, en la STS (3.ª) de 30 de noviembre de 2005 (RJ 2006/1605) se declaró la responsabilidad civil directa de la Administración por los daños ocasionados por un menor a quien se le disparó accidentalmente la pistola privada que su padre, policía nacional, guardaba en un cajón de un armario, causando lesiones graves a otro adolescente. Según el Tribunal Supremo:

«el título de imputación de la Administración que definiría en este supuesto la relación de causa a efecto entre ella y el resultado producido y el daño causado que habrá de indemnizar, se encuentra en la concesión u otorgamiento al funcionario de policía de la titularidad de un arma que no es la reglamentaria, y que se le concede, a sabiendas de los riesgos que ello comporta, como consecuencia de la confianza que en aquél deposita la Administración»⁹⁷.

⁹⁶ A pesar del carácter no reglamentario del arma, debe destacarse que al acusado, precisamente por su condición de militar, no se le exigieron los requisitos establecidos por los particulares para la obtención de la licencia como, por ejemplo, el examen psicotécnico. El hecho de tramitar la licencia a través de sus superiores y la circunstancia de conocer éstos la situación psicológica del acusado debían conllevar algún tipo de actuación por parte de las autoridades militares competentes y es también la falta de diligencia en este aspecto lo que revela un funcionamiento anormal del servicio público.

⁹⁷ La mencionada sentencia es criticada por Javier BARCELONA LLOP, *Responsabilidad patrimonial por daños causados por, o sufridos por, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad* en Tomás QUINTANA LÓPEZ/Anabelén CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1485 y 1486. Según dicho autor, el Tribunal Supremo retuerza el título de imputación del deber de resarcir hasta convertir a la Administración en una especie de garante universal de todo evento lesivo que pueda guardar alguna conexión con el servicio público. Ciertamente, parece que la sentencia, al declarar en este supuesto la responsabilidad civil de la Administración, se excede. Una cuestión es que se declare la responsabilidad civil del padre, lo cual es evidente y, cosa distinta, es que la negligencia del padre sea también imputable a la Administración.

En cambio, como ha podido observarse, la jurisdicción penal no aprecia que el daño causado por un militar que seguía un tratamiento psicológico, encontrándose de servicio en el momento del hecho ilícito, vistiendo el uniforme reglamentario, bajo la influencia de bebidas alcohólicas pero con un arma privada sea una consecuencia del servicio público y, en consecuencia, exonera al Estado como responsable civil subsidiario.

Sin embargo, el criterio mantenido en la anterior resolución difiere notablemente del seguido en la STS (2.^a) de 19 de noviembre de 2001 (RJ 2002/2775). En ésta se condena al Estado como responsable civil subsidiario por las lesiones causadas por un cabo del ejército contra un soldado profesional. En concreto, se afirma que entre los dos militares existía una situación de tensión que duraba varios meses y que desembocó en una pelea mutuamente aceptada por ambos. Ésta tuvo lugar un día al terminar la jornada laboral y en una casa abandonada que existía en las inmediaciones del cuartel. Una vez enzarzados en la pelea, el cabo efectuó una llave de judo, volteó al soldado y éste se golpeó en la cabeza con una piedra, causándole diversas lesiones. La Audiencia condenó al acusado a las penas correspondientes, pero exoneró de responsabilidad civil al Estado al apreciar que la lesión no era consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos⁹⁸.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo al considerar que:

«aparecen cumplidos los requisitos necesarios para que el artículo 120.3 CP sea aplicado (...). Por otra parte, como también alega el recurrente, el hecho de autos deriva de un deficiente funcionamiento del servicio –ver artículo 121 CP– ya que, como declaró en el juicio oral el teniente superior común del agredido y del agresor, él conocía que el cabo era temperamental, habiendo oído que había tenido problemas debido a su carácter, a pesar de lo cual ni siquiera se enteró de la existencia de una situación de tensión entre ambos que duraba varios meses y que era conocida»⁹⁹.

⁹⁸ Según la SAP, Zaragoza, de 26 de octubre de 1999 (ARP 1999/3162) se exonera al Estado como responsable civil subsidiario por cuanto que el hecho ilícito dañoso «tuvo lugar fuera del recinto militar, entre dos militares profesionales terminado el horario de trabajo y a causa de la enemistad sufrida por razones ajenas al servicio de armas. No era superior jerárquico el acusado puesto que aunque ambos en la plana mayor prestaban sus servicios, tenían distintos destinos». La sentencia cuenta con un Voto Particular de un magistrado que entiende que debía declararse la responsabilidad civil del Estado.

⁹⁹ Por el contrario, la SAP, Huesca, de 19 de julio de 2012 (ARP 2012/924) niega la responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio de Defensa por la muerte de un soldado profesional producida por un compañero suyo en el interior del acuartelamiento militar donde residían. A pesar de que se declara probado que el acusado entró bebido a las dos de la madrugada en el interior del cuartel, que armó un notorio alboroto en su habitación y que mantenía unas malas relaciones con la víctima, que sus superiores desconocían, no se considera que todo ello tenga suficiente entidad causal para determinar la responsabilidad

Respecto de esta sentencia deben realizarse dos precisiones. Por un lado, no puede compartirse el primer argumento que se da en la resolución en el sentido de que se cumplen los requisitos previstos en el artículo 120.3 CP para declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Si una cosa aparece clara es que el artículo 120.3 CP no puede aplicarse en este caso, puesto que se requiere que los delitos se hayan cometido dentro de los establecimientos de los que sean titulares las personas físicas o jurídicas responsables¹⁰⁰. En el supuesto que se comenta, el delito se comete fuera del acuartelamiento militar y ello determina, en consecuencia, la necesaria inaplicación del artículo 120.3 CP. Por otro lado, sin embargo, debe considerarse acertado el criterio mantenido por el Tribunal Supremo, en contra de la opinión sostenida por la Audiencia, de que el daño padecido por el soldado es consecuencia de un mal funcionamiento de los servicios públicos y ello por varias razones.

En primer lugar, el hecho de que la situación de tensión entre los dos militares fuese conocida por numerosos miembros de la unidad, menos para los mandos militares, denota una falta de control impropia de una institución militar. En segundo lugar, el cabo, como superior, en ningún caso debía aceptar de participar en una pelea sino que tenía que denunciar los hechos a los superiores correspondientes y, en tercer lugar, no debe olvidarse que la pelea fue consecuencia directa de la dinámica agresiva que existía entre ambos militares fruto de su permanencia en el acuartelamiento. Es claro, a mi entender, que la suma de todos estos factores determina la aplicación del artículo 121 CP y la consiguiente responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

En otros supuestos, el hecho de si el acto ilícito delictivo cometido por el funcionario debe considerarse o no como una consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos aparece de forma más clara. Así, en la STSJ, Navarra, de 16 de febrero de 2004 (JUR 2004/111844) se declara como probado que el acusado, empleado de una oficina de Correos, mató a un compañero suyo de trabajo en una parada de autobús después de concluir la jornada laboral. El acusado padecía una esquizofrenia paranoide que se encontraba en pleno brote en el momento de la comisión de los hechos. La Audiencia impuso a aquél una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico de veinte años y le condenó

civil subsidiaria del Estado. La sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón y, con posterioridad, por el Tribunal Supremo.

¹⁰⁰ Al respecto, CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, cit., p. 285. Ciertamente, si el hecho ilícito delictivo se hubiera cometido dentro del cuartel, la aplicación del artículo 120.3 CP no presentaría demasiadas dudas.

a las consiguientes responsabilidades civiles, absolviendo al Estado como responsable civil subsidiario¹⁰¹. Interpuesto recurso de apelación, el Tribunal Superior declara no haber lugar al mismo y confirma la absolución del Estado como responsable civil al afirmar que:

«la acción criminal no fue ejecutada en el desempeño del servicio postal en que el acusado participaba, ni en el ejercicio de los cometidos propios del cargo o puesto de trabajo que tenía encomendado. Tampoco su desarrollo, ni la formación recibida o los medios suministrados para llevarlo a cabo, ni la confianza generada por su pertenencia a la empresa para la que prestaba sus servicios, le proporcionaron facilidad alguna en su ejecución. Es más, como ya antes se ha indicado, en el ánimo del acusado estuvo en todo momento presente la idea de ejecutar su acción mortal fuera del lugar de trabajo y de la jornada laboral (...). La agresión mortal de que se trata no presenta en suma la necesaria conexión funcional, espacio-temporal o instrumental con el servicio público de la entidad Correos y Telégrafos en cuya prestación participaba como empleado su autor, produciéndose al margen de la actividad potencialmente sometida a la dirección e intervención de dicha entidad»¹⁰².

En el recurso de apelación presentado por las acusaciones, se hacía especial incidencia en la omisión de los controles médicos que la sociedad Correos y Telégrafos venía obligada a realizar con sus empleados al inicio y durante el transcurso de la relación laboral. El Tribunal, acertadamente, argumentó que siendo cierta la omisión de dichos reconocimientos médicos, la orientación de éstos se centraba sólo en comprobar la aptitud profesional de los empleados en relación con las funciones encomendadas, no siendo posible exigir que los exámenes detectaran desequilibrios menta-

¹⁰¹ Como es sabido, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de *Medidas fiscales, administrativas y del orden social*, el Organismo Autónomo Correos y Telégrafos ha pasado a denominarse Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima con un capital social que pertenece íntegramente al Estado.

¹⁰² En cambio, sí se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos en la SAP, Madrid, de 9 de febrero de 2009 (ARP 2009/346) puesto que el acusado, funcionario de Correos, «en el momento de los hechos estaba atendiendo al público en la oficina a la que pertenece, función que hace habitualmente y fue precisamente al atender a esta señora que preguntaba donde era el lugar donde podía recoger un envío, quejándose de la tardanza y de que la mandaban de un lugar a otro, cuando el acusado salió de detrás del mostrador donde se encontraba hacia la zona donde está el público, agarrándola y agrediéndola, acción que le provocó unas lesiones». En este caso, acertadamente, la sentencia concluye que se dan todos los presupuestos exigidos por el artículo 121 CP incluyendo, claro está, el hecho de que el delito cometido por el funcionario se haya cometido en el ejercicio de sus cargos o funciones y que la lesión, además, sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos. Asimismo, en la SAP, Navarra, de 17 de diciembre de 2001 (JUR 2002/45949) se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de las vejaciones injustas cometidas por un conserje de instituto a las mujeres de la limpieza.

les. A todo ello se debía añadir que la actuación del acusado con sus demás compañeros era normal, más allá de un comportamiento introvertido por parte de aquél.

5. CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 121 CP

Es indiscutible que la producción de un daño que deriva de una infracción criminal, imputable a un empleado público, genera una responsabilidad civil de la Administración que, a diferencia del régimen general previsto en la LRJPAC, no tiene carácter directo sino subsidiario¹⁰³. La subsidiariedad de dicha responsabilidad se encuentra en el propio redactado del artículo 121 CP, a diferencia de los distintos supuestos contemplados en el artículo 120 CP donde, al menos de forma expresa, no se establece su carácter subsidiario aunque es evidente que éste puede fácilmente deducirse de su contenido.

En numerosas ocasiones se ha considerado que la responsabilidad civil de la Administración prevista en el artículo 121 CP y la regulada en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC son distintas¹⁰⁴. Precisamente uno de los motivos que se dan para justificar dicha distinción es que una normativa tiene carácter subsidiario y la otra tiene carácter directo. Sin lugar a dudas, es discutible si la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración prevista en el artículo 121 CP puede llegar a identificarse con la responsabilidad civil regulada en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC. Con todo, es innegable que, aun para los que defienden que la naturaleza de ambas responsabilidades es distinta, no puede resultar

¹⁰³ El hecho de que la responsabilidad civil de la Administración por delitos de sus funcionarios sea subsidiaria y, en cambio, en la legislación general sea directa es criticado, entre otros, por YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 284.

¹⁰⁴ En este sentido, Manuel REBOLLO PUIG, «La reclamación de la indemnización», en Tomás QUINTANA LÓPEZ/Anabelén CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 90 y 91. El mencionado autor afirma que «la responsabilidad administrativa *ex delicto* declarada por el juez penal no es propiamente la responsabilidad patrimonial de la Administración, la regulada en los artículos 139 y ss. de la LRJPAC». Nótese que, para identificar a la responsabilidad civil prevista en el artículo 121 CP utiliza la terminología «responsabilidad administrativa *ex delicto*». Dicha denominación no puede compartirse ya que, en todo caso, será una responsabilidad civil *ex delicto* y todo ello porque es el propio artículo 121 CP *in fine* el que dispone que «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».

indiferente que sea la misma Administración Pública el sujeto pasivo de una u otra acción¹⁰⁵.

En mi opinión, ambas responsabilidades civiles participan de una misma naturaleza¹⁰⁶. Cuando un empleado público comete una infracción criminal en el ejercicio de sus funciones, ello puede conllevar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 121 CP, el nacimiento de la responsabilidad civil de la Administración. Con todo, y según la jurisprudencia, el tribunal penal únicamente puede, en lo que se refiere a la cuestión civil, aplicar los artículos del Código Penal. No le está permitido aplicar los preceptos de la LRJPAC ni de otras normas administrativas. Dicho argumento, sin embargo, no puede compartirse, en los términos que, con posterioridad, se verán.

Ahora bien, ello no debe entenderse en el sentido de que son dos tipos de responsabilidad civil distintas, puesto que lo que se ventila es la misma responsabilidad civil de la Administración. Es cierto que, como se ha comentado, en el Código Penal la responsabilidad civil es subsidiaria y, en la LRJPAC es directa, pero ello no distorsiona la naturaleza común de ambas responsabilidades. Esta diferencia, ciertamente peculiar, obedece a cuestiones históricas y a la particular regulación que, de la responsabilidad civil *ex delicto*, ha realizado nuestro legislador.

Es indudable que la regla de la subsidiariedad supone un agravio para el perjudicado por el delito, ya que resulta que cuando la actuación del empleado público es más grave, por ser su conducta constitutiva de infracción criminal, la Administración responde de forma subsidiaria. En cambio, cuando la conducta del funcionario no es delictiva, aquella responde de forma directa¹⁰⁷. Sin embargo, esta problemática se da exactamente de la misma forma, y es igualmente criticable, en los supuestos regulados en el artículo 120 CP y en el artículo 1903 CC. En el primer caso, la responsabilidad civil de los sujetos enumerados en el precepto es subsidiaria y, en el segundo, es directa, pero ello no significa que la responsabilidad civil extracontractual en uno y otro supuesto sea distinta. De forma similar sucede con la responsabilidad civil de la Administración¹⁰⁸.

¹⁰⁵ En este sentido, ROCA GUILLAMÓN, *Com. art. 121*, en COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código penal*, cit., pp. 819 y siguientes.

¹⁰⁶ Como se ha afirmado con acierto, desde un punto de vista analítico, la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas son categorías equivalentes. Así, GÓMEZ LIGÜERRE, *Problemas de jurisdicción competente y de derecho aplicable en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 16.

¹⁰⁷ Al respecto, Miguel CASINO RUBIO, *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 190 y 191.

¹⁰⁸ A nivel general, YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., pp. 280 y 281. Como acertadamente pone de manifiesto

Sin duda sería deseable que ésta respondiera de la misma forma con independencia de si la conducta del agente es o no constitutiva de infracción criminal, pero el legislador no ha optado por este posicionamiento. La jurisprudencia de las dos Salas del Tribunal Supremo implicadas en la cuestión es clara y terminante y se ciñen escrupulosamente a lo dispuesto en sus respectivos sistemas normativos. En consecuencia y en los términos explicados, la subsidiariedad de la responsabilidad civil *ex delicto* de la Administración no cambia su naturaleza respecto de la prevista en la LRJPAC.

Por último, apuntar que el artículo 121 CP *in fine* afirma que «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 contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario». Por tanto, si se quiere ejercitar en el proceso penal la responsabilidad civil del empleado causante del daño, se exige que la pretensión se dirija también contra la Administración, porque de esta forma ésta no podrá ser condenada subsidiariamente sin ser oída¹⁰⁹. Es un claro supuesto de litisconsorcio pasivo necesario entre el sujeto penalmente responsable y la Administración Pública en la que esté integrado¹¹⁰.

III. LOS PRESUPUESTOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SEGÚN EL ARTÍCULO 120.3 CP

No obstante lo comentado con anterioridad, el hecho de que la responsabilidad civil prevista en el artículo 121 CP y la responsabilidad civil de la Administración regulada en la LRJPAC participen de una misma naturaleza no significa que, en caso de absolución de la Administración como responsable civil subsidiaria por no concurrir los requisitos previstos en el artículo 121 CP, no pueda ser aquella igualmente condenada como responsable civil subsidiaria.

Por un lado, es evidente que pueden faltar los presupuestos exigidos por el artículo 121 CP, pero pueden darse los contemplados en el artículo 120.3 CP. En este caso, nacerá también la responsabilidad civil de la Administración que, al igual que en el artículo 121 CP,

dicho autor, la llamada responsabilidad patrimonial del Estado no deja de ser responsabilidad civil, si bien con principios propios y matices particulares.

¹⁰⁹ Véase QUINTERO OLIVARES/CAVANILLAS MÚGICA/DE LA LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, *La responsabilidad civil ex delicto*, cit., p. 176.

¹¹⁰ En este sentido, BUSTO LAGO, «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», en REGLERO CAMPOS/BUSTO LAGO, *Tratado de Responsabilidad civil*, cit., p. 1956.

tendrá carácter subsidiaria. El artículo 120.3 CP afirma que son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

«las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.»

Debe resaltarse que, en algunas ocasiones, se ha cuestionado el hecho de que las distintas Administraciones Públicas puedan ser declaradas responsables civiles subsidiarias en aplicación de lo dispuesto en el artículo 120.3 CP con el argumento de que aquéllas sólo pueden ser condenadas civilmente, en el proceso penal, por aplicación del artículo 121 CP. Este criterio no puede compartirse. Es cierto, como ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad, que el fundamento de aplicación del artículo 121 CP reside en actuaciones constitutivas de delito cometidas por empleados públicos, entendiendo dicho concepto en un sentido amplio. Pero la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración no debe limitarse únicamente a las infracciones criminales cometidas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. El artículo 120.3 CP permite, sin forzar su literalidad, que cuando los delitos se cometan en un establecimiento público y se produzcan precisamente por una infracción de las normas reglamentarias, pueda declararse la responsabilidad civil de la Administración Pública correspondiente. Por ello, hoy es pacífica la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de interpretar que la Administración Pública puede ser condenada como responsable civil subsidiaria por aplicación tanto del artículo 120.3 como del 121 CP¹¹¹. En este sentido, la STS (2.ª) de 13 de diciembre de 2005 (RJ 2005/10172) declara que:

¹¹¹ La STS (2.ª) de 15 de marzo de 2011 (RJ 2011/2779) afirma que «el Estado puede incurrir en responsabilidad civil subsidiaria en los supuestos previstos en los artículos 120.3 y 121 CP que son distintos y sin ninguna primacía de uno sobre otro». Asimismo, la STS (2.ª) de 13 de junio de 2003 (RJ 2003/8553) declara que «los artículos 120.3 y 121 del CP no son incompatibles entre sí y permiten una interpretación armónica. No existe antinomia entre ellos porque se refieren a situaciones distintas y conductas diferentes. En el artículo 121 lo determinante es la dependencia funcional del autor del hecho punible con el Estado por cualquier título, administrativo o laboral, con independencia de cualquier consideración local o territorial. En el artículo 120.3, por el contrario, lo decisivo es el lugar donde el hecho punible se comete. Las tipicidades descritas en ambos preceptos son autónomas y bien diferenciadas y pueden generar, cada una en su ámbito, la correspondiente responsabilidad civil subsidiaria del Estado».

«Constituiría un privilegio inconstitucional, opuesto a los principios de igualdad y tutela judicial efectiva, interpretar que el Estado está dispensado de la responsabilidad civil subsidiaria en vía penal, a través del artículo 120.3, mientras se exige dicha responsabilidad a las restantes personas jurídicas. La expresión «personas naturales o jurídicas» es eminentemente amplia y abarcadora, cualquier entidad pública o privada habrá de tener cabida en ella. De ahí que se haya estimado que entre las primeras figura el Estado o cualquier ente Público por los delitos cometidos en órganos o establecimientos de los que aquéllos ostenten la titularidad.»

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo viene exigiendo, para aplicar el artículo 120.3 CP, la existencia de diversos requisitos. En primer lugar, que los hechos delictivos se hayan cometido en un establecimiento del que sea titular o esté contratado por el Estado o demás organismos públicos concertados. En segundo lugar, que sea verificable y constatable la vulneración de la Ley u otras disposiciones reglamentarias. Finalmente, que la citada vulneración esté relacionada con el hecho punible cometido, es decir, que la omisión sea causalmente influyente en la producción del hecho enjuiciado¹¹².

La aplicación del artículo 120.3 CP tiene particular interés cuando se trata de hechos dañosos, que revistan carácter de infracción criminal, cometidos por presos respecto de otros presos o bien a los propios funcionarios del centro penitenciario¹¹³. En una gran mayoría de casos, los daños causados por reclusos, ya sea dentro o fuera del centro penitenciario, son constitutivos de infracciones criminales y, en consecuencia, la vía procedente de reclamación será la penal conforme al artículo 120.3 CP. En mi opinión, el artículo 121 CP no tiene campo de aplicación en estos supuestos, ya que el sujeto activo del delito no reviste el carácter de autoridad, agente, contratado o funcionario público al servicio de las distintas Administraciones, pero el hecho de no poder aplicar el mencionado precepto no excluye que pueda existir responsabilidad civil por parte de la Administración si la actuación delictiva se ha producido, precisamente, por una infracción de las normas de cuidado por parte de aquella¹¹⁴.

¹¹² Al respecto, véanse, entre otras, las SSTs (2.ª) de 3 de junio de 2008 (RJ 2008/3629) y de 30 de diciembre de 2010 (RJ 2011/417).

¹¹³ Véase sobre esta cuestión M.ª Asunción TORRES LÓPEZ/Estanislao ARANA GARCÍA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración Penitenciaria», en Tomás QUINTANA LÓPEZ/Anabelén CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 688.

¹¹⁴ Al respecto debe recordarse la importancia creciente, en los últimos años, de la Administración Penitenciaria. En este sentido, el Preámbulo del Real Decreto 1181/2008, de 11 de julio, *por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Minis-*

La STS (2.^a) de 3 de junio de 2008 (RJ 2008/3629), en un supuesto de agresiones sexuales cometidas por dos internos de un centro penitenciario sobre su compañero de celda, afirma que:

«Hay que recordar que la responsabilidad civil subsidiaria del Estado u otros entes públicos por hechos ocurridos en las prisiones tiene dos fuentes de creación no excluyentes y, por el contrario armónicas porque se refieren a situaciones y conductas diferentes. Estas dos fuentes están constituidas por el artículo 120.3 CP y el artículo 121 CP. La responsabilidad civil subsidiaria con apoyo en el artículo 120.3 CP se justifica por dos notas, una positiva y otra negativa: a) el escenario donde se comete el hecho delictivo, un centro penitenciario gestionado por el Estado o, en este caso, por la Generalitat en virtud de la transferencia operada en su día y b) como nota negativa la ausencia de cualquier vínculo laboral administrativo entre el agente del hecho delictivo y el ente público. La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás organismos públicos con apoyo en el artículo 121 del mismo texto, tiene como núcleo esencial de anclaje la dependencia funcional del autor del delito con los entes públicos citados en dicho artículo, con independencia, del lugar o escenario en el que se cometa el delito»¹¹⁵.

Ahora bien, para que sea de aplicación el artículo 120.3 CP, no es suficiente que se den una serie de irregularidades en el cumplimiento de las previsiones reglamentarias, sino que éstas deben tener la suficiente entidad causal entre la infracción reglamentaria y el resultado dañoso, de forma que sin la mencionada infracción no se hubiera cometido el delito. Y todo ello aunque no pueda concretarse la persona que favoreció, con su conducta, la producción del hecho dañoso¹¹⁶.

Sin embargo, debe destacarse que, en el ámbito penitenciario, existe un especial deber de cuidado por parte de la Administración competente, puesto que ésta ostenta una clara posición de garante respecto de los internos. La Administración tiene la obligación legal de velar por la integridad de los presos, así como mantenerlos en condiciones de dignidad y seguridad. Por tanto, siempre que se produzcan peleas o agresiones en el interior de un centro peniten-

terio del Interior afirma que ya no se trata sólo de coordinar a los más de 20.000 funcionarios de prisiones y 50.000 internos que hay en España, sino también de controlar a los presos que se encuentran en libertad condicional y aquellos que se acogen al sistema de penas alternativas.

¹¹⁵ En similares términos, pueden verse las SSTS (2.^a) de 8 de enero de 2007 (RJ 2007/626) y 30 de mayo de 2007 (RJ 2007/5626).

¹¹⁶ Así lo afirma la STS (2.^a) de 12 de diciembre de 2011 (RJ 2012/4586) al considerar que «lo expuesto permite concluir que en el caso a examen se dio un fallo en materia de previsiones legales y/o reglamentarias de seguridad, por parte de alguien –no importa quién ni de qué nivel– que favoreció en términos objetivos la realización de los hechos delictivos».

ciario, y especialmente cuando éstas se realicen con armas, lo que por desgracia no es del todo infrecuente, es muy probable que nazca una responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Pública por aplicación de lo dispuesto en el artículo 120.3 CP, al poder considerarse que aquélla ha infringido los reglamentos de policía correspondientes¹¹⁷.

En numerosas ocasiones, la defensa de la Administración se basa, por un lado, en afirmar la ruptura del nexo causal al concurrir la actuación de un tercero, único causante del daño y sólo a él imputable y, simultáneamente, negando la infracción reglamentaria a ella imputada¹¹⁸. Por otro lado, se alega también la necesidad de conjugar el deber de vigilancia que incumbe a la Administración penitenciaria con el respeto al derecho a la intimidad produciéndose, en consecuencia, la ruptura del nexo causal. Como se ha afirmado con acierto, si bien es verdad que los daños son imputables directamente al causante del hecho ilícito, para que su actuación rompa el nexo causal que imputa el daño a la Administración correspondiente, se requiere que la actuación de ésta no haya sido todo lo diligente que exigen las normas¹¹⁹.

Por tanto, puede afirmarse que, cuando se trata de hechos ilícitos dañosos constitutivos de delito cometidos por internos en el interior de un establecimiento penitenciario, la Administración Pública sólo podrá exonerarse de responsabilidad civil, en atención

¹¹⁷ En la STS (2.ª) de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007/5626) se afirma que «es evidente, que en un ámbito como el carcelario, donde las tensiones personales entre los internos pueden ser de cierta intensidad, se requiere un especial cuidado para que instrumentos que pueden ser utilizados como armas no queden al alcance de aquéllos sin ningún control. Por todo ello resulta evidente que si se hubieran previsto adecuadas medidas de control sobre los instrumentos de la especie del que fue utilizado en el presente hecho, el delito no hubiera podido ser cometido». Véase también, en similares términos, la STS (2.ª) de 5 de junio de 2001 (RJ 2001/7187).

¹¹⁸ Respecto del nexo causal, en la STS (2.ª) de 2 de diciembre de 2013 (RJ 2013/7655) se afirma que «no hay que olvidar que en el supuesto contemplado por el artículo 120.3, el proceso causal que media entre ambos elementos se ve interferido por un factor de singular trascendencia, como es la comisión de un hecho delictivo por parte de un tercero, es decir, un sujeto distinto del propio titular y ajeno, por hipótesis, al círculo de personas de cuya actuación ha de responder aquél. En todo caso ha de constatarse una conexión causal –más o menos directa– entre la actuación del titular o de sus dependientes y el resultado dañoso cuyo resarcimiento se postula. Ante la inexistencia o insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas entre ellas, básicamente el despliegue de los deberes de vigilancia y de control exigibles, podrán acordarse las resoluciones oportunas para llegar a hacer efectiva la responsabilidad civil subsidiaria. Aquella inhibición o descuido genera un riesgo que es base y sustento de la responsabilidad».

¹¹⁹ Así, TORRES LÓPEZ/ARANA GARCÍA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración Penitenciaria», en QUINTANA LÓPEZ/CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, tomo I, cit., pp. 693 y 694.

a lo dispuesto en el artículo 120.3 CP, probando que su actuación se ha ajustado escrupulosamente a la normativa penitenciaria¹²⁰.

Respecto de hechos ilícitos dañosos, y constitutivos de infracción criminal, cometidos por presos fuera del establecimiento penitenciario y en el transcurso de un permiso carcelario, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha manifestado, en numerosas ocasiones, que la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración penitenciaria no se basa en el hecho de haber otorgado un permiso que, con posterioridad se ha demostrado que no debía otorgarse, sino que la relación causal debe basarse en un conjunto de negligencias o infracciones imputables a la Administración y que determinen la aplicación del artículo 120.3 CP.

Sobre esta cuestión, reviste particular interés la STS (2.^a) de 8 de enero de 2007 (RJ 2007/626) en la que se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Generalitat de Catalunya, como titular de las competencias en materia penitenciaria, por diversos delitos de asesinato y violación cometidos por dos presos fugados del Centro penitenciario de Lleida. En concreto, se declaró como hechos probados que entre los dos acusados existía un plan de fuga y que, aprovechando que uno de ellos tenía un permiso, el otro se causó en la cárcel una lesión intencionada. Ante la ausencia de funcionamiento de la máquina de Rayos X del centro penitenciario por ser fin de semana, hecho que era conocido por los acusados, se trasladó al herido a un hospital por parte de dos Mossos d'Esquadra, uno de ellos en prácticas, a pesar de la peligrosidad de la persona trasladada. Una vez realizada la visita médica y al entrar en el vehículo policial, apareció el otro acusado realizando varios disparos contra los policías e iniciando ambos presos su fuga que causó también, posteriormente, un asesinato y una violación. La Audiencia condenó a los acusados por la comisión de diversos delitos, pero absolvió a la Administración de cualquier responsabilidad civil subsidiaria. Sin embargo, el Tribunal Supremo casa la sentencia al afirmar que:

«Queremos resaltar que la imputación del riesgo y responsabilidad civil subsidiaria no se basa en el pronóstico equivocado sobre el permiso ya que, por sí mismo, no es un factor desencadenante causal. Por otro lado cualquier imputación objetiva de responsabilidad a una decisión equivocada, pondría en riesgo el sistema de rehabilitación del que forma parte importante la concesión de per-

¹²⁰ Por ejemplo, niega la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración *ex* artículo 120.3 CP, la STS (2.^a) de 27 de noviembre de 2010 (RJ 2011/1930) en un supuesto en que se produce un motín carcelario que provoca daños de distinta gravedad a diversos funcionarios de una prisión. En este caso, se considera que la actuación administrativa se ajustó a la normativa reglamentaria, puesto que «la situación fue sobrevenida y espontánea, y por ello, impredecible».

misos para una gradual reinserción social en el momento del cumplimiento de la condena (...). La relación causal que declaramos, tiene su origen no en un posible pronóstico equivocado en la concesión del permiso, sino en el cúmulo de negligencias reglamentarias que han quedado reflejadas y que son la causa eficiente de la consumación de una fuga violenta, planeada gracias a la laxitud en el cumplimiento de las normas de prevención y custodia.»

IV. ¿QUÉ SUCEDE CUANDO NO CONCURREN NI LOS PRESUPUESTOS DEL ARTÍCULO 120.3 NI LOS DEL 121 CP?

Llegados a este punto, cabe preguntarse qué sucede, a efectos de responsabilidad civil, cuando no concurren ni los presupuestos requeridos en el artículo 121 ni los del artículo 120.3 CP, pero la sentencia penal es condenatoria¹²¹. En estos casos, la jurisprudencia entiende que el juzgador penal no puede pronunciarse acerca de las responsabilidades civiles de la Administración, puesto que no concurren los requisitos previstos en las normas civiles del Código Penal. Tal podría ser el caso, por ejemplo, y continuando con el supuesto anteriormente comentado, de hechos ilícitos delictivos cometidos por un preso cuando se encuentra en libertad condicional o bien disfrutando de un permiso carcelario que, al concederse, se ha ajustado a la legalidad penitenciaria¹²².

En supuestos como éste, es evidente que nacerá la responsabilidad civil y penal del causante del delito. Sin embargo, más problemática se plantea la cuestión relativa al nacimiento de la responsabilidad civil de la Administración en el proceso penal, ya que no puede ser de aplicación ni el artículo 121 CP, por no ser el causante del daño empleado público, ni tampoco puede aplicarse el artículo 120.3 CP, al no cometerse el hecho delictivo en el propio centro penitenciario. Ante la imposibilidad de aplicar dichos preceptos, la jurisprudencia penal entiende, de forma casi unánime, que procede la absolución de la Administración como responsable civil subsidiaria, ya que para que ésta pueda aplicarse es necesario que su componente fáctico se identifique con alguno de los supues-

¹²¹ La sentencia penal debe ser condenatoria, ya que cuando el tribunal penal dicta sentencia absolutoria no podrá realizar ningún pronunciamiento acerca de la responsabilidad civil *ex delicto*, a salvo, claro está, de los supuestos contemplados en el artículo 118 CP en relación con el artículo 119 CP. En este sentido, NADAL GÓMEZ, *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal*, cit. pp. 197 y 198.

¹²² En el supuesto de que la concesión del permiso carcelario no se ajustara a la legalidad penitenciaria, concurrirían entonces los presupuestos para aplicar el artículo 120.3 CP.

tos contemplados en los artículos 120 y 121 CP¹²³. En concreto, en la STS (2.^a) de 20 de julio de 2009 (RJ 2009/6999) se declara que:

«en cualquier caso, sí se puede afirmar que la jurisprudencia de esta Sala se ha mostrado reacia a declarar la responsabilidad civil de la Administración con respecto a los delitos cometidos por los internos cuando disfrutaban de un permiso de salida (...). La responsabilidad civil del Estado sólo procedería por tanto declararla en el ámbito penal en los casos extraordinarios en que concurriera una negligencia patente y palmaria por parte de los funcionarios previamente a la concesión del permiso o con posterioridad al quebrantamiento de la condena por parte del penado, por no tomarse medidas elementales para su reintegro al Centro.»

Ello no significa que el perjudicado por el delito no tenga derecho, en estos supuestos, a recibir una indemnización de la Administración, pues como afirma la STS (2.^a) de 8 de enero de 2007 (RJ 2007/626):

«cualquier hecho delictivo cometido en el curso de un permiso penitenciario no puede anudarse a una responsabilidad civil subsidiaria sino a un funcionamiento anormal de la Administración Penitenciaria, que debe ser soportada por el Estado y solidariamente por toda la sociedad ya que el fin que se persigue, constitucionalmente exigido, merece ser intentado aún con el riesgo de que la confianza sea traicionada.»

La jurisprudencia contenciosa-administrativa también ha ratificado este criterio. Así, por ejemplo, la STS (3.^a) de 4 de junio de 2002 (RJ 2002/6292) considera, de forma similar con la anteriormente citada, que:

«la obligación de soportar individualmente el daño sufrido no puede imputarse a los perjudicados cuando éstos no tienen el deber jurídico de soportar los riesgos que objetivamente debe asumir la sociedad en la concesión de los beneficios penitenciarios de esta naturaleza»¹²⁴.

La doctrina fijada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo debe considerarse acertada, puesto que no resulta concebible que, ante la comisión de hechos delictivos realizados por un preso en libertad condicional o bajo un determinado permiso y, por tanto, con una estrecha relación con la Administración Penitenciaria, no

¹²³ Al respecto, Francisco SOTO NIETO, «Responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Inexistencia», Madrid, *La Ley*, 2003-4. Para el mencionado autor, no cabe la extensión analógica de los artículos 120 y 121 CP, pero entiende que sí pueden aceptarse criterios de flexibilidad en la conceptualización de sus elementos.

¹²⁴ En similares términos, véase la SAN de 5 de marzo de 2008 (RJCA 2008/226).

sea ésta la que asuma también las consecuencias del hecho ilícito dañoso.

Sin embargo, no termina de comprenderse, y resulta criticable, porqué en estos casos la jurisdicción penal no puede pronunciarse sobre las consecuencias civiles del delito y remite al perjudicado a la jurisdicción contenciosa-administrativa. No parece que ello sea muy razonable a la luz de los principios de tutela judicial efectiva y de economía procesal, pero lo cierto es que así se viene interpretando, de forma casi unánime, por la jurisprudencia penal.

En este sentido, son habituales pronunciamientos como el contemplado en la STS (2.^a) de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006/3334) en el tristemente célebre caso del asesino de la baraja. Éste era un soldado profesional del ejército en situación de baja laboral. Al intentar los perjudicados que se declarara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, el Tribunal Supremo la niega al considerar que:

«aún cuando haya de ser reconocida la viabilidad de una acción civil con cargo al Estado, hay que proclamar que no es la emprendida la vía procesal adecuada para el resarcimiento pretendido (...). Es decir, que habiendo actuado el acusado al margen de su cargo o función, la reclamación indemnizatoria de los perjudicados no podrá efectuarse al amparo del artículo 121 CP, en la vía penal, sino en la Contencioso-Administrativa conforme al artículo 139 LRJPAC.»

Como puede observarse, el Tribunal Supremo absuelve a la Administración como responsable civil subsidiaria, pero deja la puerta abierta a que los perjudicados acudan a la jurisdicción contenciosa-administrativa en reclamación de la oportuna indemnización por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos¹²⁵.

Particularmente interesante resulta también la SAP, Toledo, de 18 de mayo de 2007 (ARP 2007/547) que niega la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por el homicidio cometido por un inmigrante ilegal. La Audiencia considera que:

«debe ser desestimada la solicitud de declaración de responsabilidad subsidiaria del Estado por presunta culpa «in vigilando» por el solo hecho de encontrarse el acusado ilegalmente en España y no controlada su situación como refiere la acusación particular en sus

¹²⁵ En cambio, parece que niega esta posibilidad la SAP, Málaga, de 30 de junio de 2006 (JUR 2007/17529), en un supuesto de homicidio imprudente cometido por un sargento del ejército español, al afirmar que «en consecuencia, ante la apariencia externa de normalidad psicológica del imputado, y al hecho de que el control del Estado debería haberse extendido a la posesión de un arma privada, no puede generar *ninguna* responsabilidad de los entes públicos».

conclusiones elevadas a definitivas. Tal pretensión no tiene encaje posible en ninguno de los apartados del artículo 120 CP o en el artículo 121 del mismo texto legal (...). No concurre, en el caso que nos ocupa, relación de dependencia entre el Estado y el acusado, ni este último es autoridad, agente, funcionario público o personal contratado asimilado al mismo, al que directa o indirectamente estuviera confiado un servicio público, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo pueda ser interesada»¹²⁶.

Una vez expuesto lo anterior, debe analizarse si dicho argumento, que es el mayoritario en la jurisprudencia actual, tiene un claro sustento legal y lo cierto es que la respuesta debe ser negativa. No existe, a mi parecer, fundamento que impida al juez penal, mediante una sentencia condenatoria, pronunciarse sobre la responsabilidad civil de la Administración en supuestos que no tengan cabida en los artículos 120 y 121 CP.

En concreto, en el caso de delitos cometidos por presos bajo libertad condicional no se dan, ciertamente, los presupuestos de dichos artículos, pero cabría entender que el juez penal puede declarar, de concurrir los presupuestos previstos en la LRJPAC, la responsabilidad civil de la Administración correspondiente. Ninguna norma lo impide. Es más, el artículo 112 LECrim afirma que «ejercitada sólo la acción penal se entenderá utilizada también la civil» y el párrafo segundo del artículo 742 LECrim aún concreta más al declarar que «también se resolverán en la sentencia *todas* las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio».

En consecuencia, partiendo siempre de que la sentencia penal sea condenatoria, parece que el juez penal debería pronunciarse sobre todos los aspectos civiles, incluyendo, claro está, la responsabilidad civil de la Administración correspondiente. Al no tener encaje la actuación de la Administración en ninguno de los supuestos previstos en los artículos 120 y 121 CP, el juez penal debería analizar la actuación de aquélla a la vista de los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC.

¹²⁶ En parecidos términos, véase también la SAP, Almería, de 9 de octubre de 2006 (RJ 2007/128938). En esta sentencia se exonera de cualquier responsabilidad civil a la Administración por un delito, entre otros, de homicidio cometido por un paciente del Servicio Andaluz de Sanidad (SAS) que padecía una esquizofrenia residual con períodos reactivos y delirios sexuales que anulaban su conocimiento en lo atinente a conductas sexuales. La Audiencia analiza los artículos 120 y 121 CP y llega a la conclusión que la conducta de la Administración no es subsumible en ninguno de estos preceptos y, en consecuencia, la exonera de cualquier responsabilidad civil en sede penal, todo ello sin perjuicio de la posibilidad de acudir con posterioridad a la jurisdicción contenciosa-administrativa en demanda de la responsabilidad civil directa que pueda corresponder a la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, de acuerdo con las normas de la LRJPAC.

Además, ello evitaría que la víctima, ante la más que probable insolvencia del causante del daño, tuviera que acudir a un posterior proceso contencioso-administrativo en solicitud de la correspondiente responsabilidad civil de la Administración. Es evidente que el juez penal puede y debe aplicar no sólo las normas del Código Penal sino también, cuando proceda, las del resto del ordenamiento jurídico, incluidas las administrativas, pero es igualmente evidente que, en la actualidad, dicha interpretación no se realiza en absoluto por parte de los tribunales penales¹²⁷.

Por ello, a mi juicio, debe resaltarse la STSJ, Sala Civil y Penal, Castilla y León, Burgos, de 7 de febrero de 2011 (JUR 2011/128938) que supone, prácticamente, una única excepción a la interpretación de que los Tribunales penales sólo pueden aplicar normas que se encuentren dentro del Código penal, aunque ventilen aspectos correspondientes a la responsabilidad civil. En esta sentencia se declara la responsabilidad civil del Estado como consecuencia del homicidio perpetrado por un interno de un centro penitenciario sobre su compañero de celda. La sentencia analiza, de forma particularmente interesante, como encaja la responsabilidad civil de la Administración Pública en el proceso penal. En este sentido, afirma que:

«resulta de ello que la responsabilidad patrimonial del Estado por lesión de los derechos de los particulares como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos a la que se refiere el artículo 106.2 de la Constitución, sea normal o anormal según puntualiza el 139.1 LRJPAC, es exigible en la vía penal por la habilitación que los artículos 108 y concordantes de la LECrim confiere a las acusaciones, y lo sería, en consecuencia, aunque desaparecieran del Código Penal sus artículos 120 y 121, cuya inclusión en él es rigurosamente superflua, e incluso perturbadora, una vez reguladas en el Civil y en el derecho administrativo las responsabilidades de esa naturaleza (...). Consecuentemente, desde el punto de vista procesal, toda responsabilidad que se pueda exigir al Estado por vía administrativa puede exigirse también por vía penal, siempre que en la relación de causalidad medie un delito, aunque este delito no sea imputable a los funcionarios o servidores del Estado.»

Lo que se afirma en esta resolución, que comparto en su totalidad, es muy difícil de encontrar en una sentencia penal, ya que éstas se limitan a aplicar, en relación con las cuestiones relativas a

¹²⁷ Véase YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad civil en el proceso penal», en REGLERO CAMPOS/BUSTO LAGO, *Tratado de Responsabilidad civil*, cit., pp. 1139 y siguientes. El mencionado autor no analiza, en estas páginas, la responsabilidad civil de la Administración, sino propiamente los preceptos del Código civil, pero el argumento es igualmente válido. Para él, el problema estriba en la comodidad que supone para los jueces penales aplicar sólo unos pocos artículos acerca de la responsabilidad civil colocados en el Código penal, olvidando el resto de preceptos que se encuentran fuera de él.

la responsabilidad civil, los pocos artículos que, en esta materia, aparecen regulados en el Código Penal. Y, aunque es prácticamente unánime el reconocimiento que merece el hecho de que en nuestro proceso penal pueda acumularse la acción civil, ya que ello representa un inestimable beneficio desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva¹²⁸, no acaba de entenderse que se niegue a la víctima, por parte del juez penal, un pronunciamiento acerca de las responsabilidades civiles de la Administración ante un supuesto de hecho que no tiene cabida en el campo de aplicación de los artículos 120 y 121 CP.

V. CONCLUSIONES

La responsabilidad civil de la Administración en el proceso penal aparece regulada, únicamente, en dos artículos del Código punitivo. Por un lado, el artículo 121 CP se aplica en el supuesto de hechos ilícitos constitutivos de delito cometidos por empleados públicos en el ejercicio de sus funciones. El elemento subjetivo de aplicación del artículo 121 CP debe entenderse referido no sólo a funcionarios públicos, interinos y contratados, sino también al personal que trabaja en la Administración aunque no sea de forma permanente y a todas aquellas personas que, por disposición de la Ley, ostentan el carácter de autoridad. Por esta razón, y ante la circunstancia de que algunas Comunidades Autónomas han otorgado, recientemente, la consideración de autoridad pública a los profesores de centros privados concertados, debe entenderse que, ante hechos delictivos cometidos por éstos en el ejercicio de sus funciones, debe también responder subsidiariamente la Administración si bien, en mi opinión, de forma solidaria con el titular del centro educativo.

Por el contrario, la actuación de todos aquellos profesionales que desempeñan privadamente funciones de carácter público, como los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles, no puede conllevar la aplicación del artículo 121 CP por no encontrarse aquéllos integrados en la organización administrativa. En consecuencia, para declararse la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, es necesario que el hecho causante del daño sea una consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos.

¹²⁸ Así lo afirma CASINO RUBIO, *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, cit., p. 335.

Por otro lado, debe destacarse que la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración no se limita sólo a las infracciones criminales cometidas por empleados públicos en el ejercicio de sus funciones, puesto que el artículo 120.3 CP permite, sin forzar su tenor literal, que cuando los delitos se cometan en un establecimiento público y se produzcan precisamente por una infracción de las normas reglamentarias, pueda declararse la responsabilidad civil de la Administración correspondiente. En este sentido, revisiten particular interés los hechos dañosos cometidos por internos de un centro penitenciario respecto de otros presos o bien a los propios funcionarios de la prisión ya que, en una gran mayoría de ocasiones, su actuación será constitutiva de delito.

Por último, cabe preguntarse qué sucede, a efectos de la responsabilidad civil de la Administración, cuando no concurren ni los presupuestos requeridos en el artículo 121 ni los del artículo 120.3 CP, pero la sentencia penal es condenatoria. Esta concreta circunstancia puede suceder, por un lado, cuando la infracción criminal no es cometida por un funcionario público, lo que determina la inaplicación del artículo 121 CP y, por otro, cuando el delito no se comete en el interior de un establecimiento público, lo que conlleva la imposibilidad de aplicar el artículo 120.3 CP. En estos casos, la jurisprudencia penal, de forma casi unánime, entiende que la Administración Pública no puede resultar condenada civilmente en el proceso penal, aunque se afirma la posibilidad de que la víctima pueda acudir a la jurisdicción contenciosa-administrativa en demanda de la responsabilidad civil directa que pueda corresponder a la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Sin embargo, en el presente trabajo, se defiende la posibilidad de que, en estos supuestos puntuales, sea el propio juez penal el que determine la responsabilidad civil de la Administración aplicando la normativa prevista en la LRJPAC y de esta forma, evitar que, ante la más que probable insolvencia del causante del daño, la víctima del delito se vea en la necesidad de iniciar otro proceso, en este caso, contencioso-administrativo, para verse resarcido de unos daños que, perfectamente, pueden ser declarados en la vía penal.