

ECOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL CÓDIGO PENAL

MARIA ACALE SÁNCHEZ

CATEDRÁTICA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

I. Contextualización. II. Alcance del art. 37 L 40/2015. III. Identificación de los responsables y de los delitos de los que surge la responsabilidad civil subsidiaria. IV. La responsabilidad civil de la administración pública en el Código Penal. 1. Generalidades. 2. El art. 120.3. 3. El art. 121. 3.1. Presupuestos. 3.2 Especial referencia a la declaración de responsabilidad civil subsidiaria en caso de delitos contra la Administración pública. 3.3 El tratamiento jurisprudencial del resarcimiento del daño consecuencia del uso del arma reglamentaria fuera del servicio. V. ¿Son compatibles las responsabilidades civiles y administrativo-patrimoniales de la administración? Bibliografía

RESUMEN: en este trabajo se analiza la exención general de responsabilidad penal de las Administraciones públicas, lo que no impide que lo hagan civilmente con carácter subsidiario. Junto a una y otra clase de responsabilidad, el ordenamiento jurídico permite el recurso a la vía administrativa para que sean satisfechos los daños ocasionados cuando los perjudicados no tengan la obligación de sacrificarse. Y aunque la coexistencia de estas tres vías a priori parece justificada, debe dejarse sentado cuál es la fundamentación de cada una de ellas a fin de evitar que el ordenamiento jurídico ofrezca respuestas que incidan en la inseguridad jurídica.

SUMMARY: In this paper has been studied the general non punishment to the public Administration, but this doesn't mean that they cannot answer with civil subsidiary character. Along with these two types of liability the legal system holds them financially liable through an administrative mechanism that seeks to compensate for the damages caused when the victims are not obligated to bear the burden. Although the coexistence of these three ways aims to satisfy the injured people, it is necessary to separate the rationale behind each other of them in order to avoid that the law gives answers that undermine the uncertain legal.

PALABRAS CLAVES: responsabilidad civil; delito; responsabilidad patrimonial; indemnización.

KEY WORDS: civil responsibility; crime; patrimonial responsibility; compensation.

I. CONTEXTUALIZACIÓN

La complejidad de los problemas a los que se enfrentan las sociedades modernas -y la reciente crisis provocada por la COVID sirve de botón para esta muestra- obliga al Estado social y democrático de derecho a ofrecer a la ciudadanía un marco regulatorio límpido de los distintos mecanismos con los que cuenta para hacer frente a los daños que se les ocasionen, así como el mapa de responsabilidades penales, civiles y/o administrativas en las que incurrirán quienes los generen. A aclarar dicho panorama no contribuyen ni la tendencia de las Administraciones públicas a recurrir a intermediarios, concesionarios y particulares que opacan la identificación de las instancias encargadas de adoptarlas, ni la progresiva privatización de servicios públicos esenciales¹.

El análisis de las respuestas ante los daños que puedan sufrir los particulares ha de partir del art. 106.2 CE que les reconoce el derecho a ser indemnizados por la Administración de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, a salvo los supuestos de fuerza mayor “siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”: se trata de un reconocimiento abierto de “uno de los posibles cauces en el resarcimiento de daños que no haya el deber jurídico de soportar”². Esta previsión hoy está desarrollada por la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*³ como una responsabilidad de carácter extracontractual y directa y ya se verá cuánto de objetiva⁴. La exclusión de esta responsabilidad en los casos

¹ A la espera de que se avance en algún procedimiento penal abierto, el reciente Informe de la Comisión Ciudadana por la Verdad en las residencias de Madrid, de marzo 2024 realizado a petición de los familiares de personas fallecidas, deja en el aire una amplia panoplia de incumplimientos que en su opinión contribuyeron a los resultados alcanzados: la muerte de 7291 personas sin recibir asistencia sanitaria. El Informe puede verse en [Informe de la Comisión Ciudadana por la Verdad en las residencias de Madrid 15 Marzo 2024 | Plataforma digital de Marea de Residencias \(marearesidencias.org\)](#).

² Menéndez Sebastián, E.M. “La nueva administración en la gestión de los servicios públicos”. En Tolivar Alas, L./ Cueto Pérez, M. *La prestación de servicio sociosanitarios. Nuevo marco de la contratación pública*. Tirant lo Blanch, 2020, p. 191; De Vega García, A. “Después de la pandemia... la responsabilidad patrimonial de la administración (anotaciones desde la función consultiva)”. En *Foro, Nueva época*, vol. 25, 2022, núm 1, pp. 87 y ss; Gallardo Castillo, M.J. “Responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario”. En Prieto Álvarez, T./Gracia Moreno Rodríguez, F. (dirs.). *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública: presente y retos*. Justel, Madrid, 2023, pp. 85 y ss.

³ En adelante, L 40/2015.

⁴ Sobre la responsabilidad directa de la Administración en el ámbito de los contratos públicos *vid.* Huergo Lora, A. “Responsabilidad patrimonial por daños causados en la ejecución de contratos y concesiones administrativa. Situación actual y propuestas de mejora”. En *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 2023, núm. 30, pp. 15 y ss; De Vega García, A. “Después de la pandemia... la responsabilidad patrimonial de la administración (anotaciones desde la función consultiva)”. *Cit.*, pp. 83. Sobre los sacrificios que dan lugar a indemnización *vid.* Medina Alcoz, L. “A vueltas con la responsabilidad objetiva a propósito de la prisión provisional y el daño vacunal”. En Prieto Álvarez, T./Gracia Moreno Rodríguez, F. (dirs.). *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública: presente y retos* *Cit.*, pp. 59 y ss.

de fuerza mayor debe ligarse con el dolo, la culpa o la negligencia de las autoridades y personal a su servicio a los que se refiere el art. 36⁵.

El capítulo IV L 40/2015 se cierra con el art. 37 que es el que conecta con la *responsabilidad penal*, estableciendo que “1. 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. 2. La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial”. Su lectura sienta las bases de las relaciones existentes entre la responsabilidad patrimonial de la Administración -que se le exige por parte de los administrados directamente siempre que la lesión que sufran sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios-, la responsabilidad penal del personal al servicio de aquella y la responsabilidad civil ex delito ya sea directa o subsidiaria.

En todo caso, cuando en 2015 se publicó la L 40/2015, la LO 5/2010 ya había llevado al Código penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas en cuyo art. 31 quinques se adoptó la decisión político criminal de excluir de dicha clase de responsabilidad al “Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas”. Sin embargo, en su número 2 establece un régimen específico para las sociedades mercantiles públicas cuando ejecuten “políticas públicas o presten servicios de interés económico general”⁶.

Este régimen jurídico penal determina que se aborde la responsabilidad patrimonial de la Administración penalmente asumiendo como punto de partida que se trata de realidades separadas ampliamente, de la que solo se identifican en sede penal meros *ecos* de esta forma de responsabilidad.

⁵ STS de 22 de noviembre de 1989 [RJ 1989/8699] y la STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 3754/2023 de 16 noviembre [JUR 2023\452429]. *Vid.* Surroca Costa, A. “La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones públicas”. En *ADC*, 2016, Tomo LXIX, fasc. I, pp. 99 y ss.

⁶ Sobre las sociedades mercantiles en el ámbito administrativo, críticamente *vid.* Cueto Pérez, M. “Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada de servicios sanitarios incidencia de las Leyes 39/2015 y 40/2015 en el modelo actual”. En *JS Juristas de la salud*. 2016, Vol. 26 Extraordinario XXV, pp. 338 y ss: en particular critica la utilización de dicha fórmula para llevar a cabo actividades sanitarias que poco o nada tienen que ver con la “actividad mercantil o empresarial” para las que están teóricamente concebidas. De la misma puede verse: “Incidencia de las Leyes 39 y 40/2015 en la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria en supuestos de gestión privada”. En *Revista de Administración Pública*, 2016, núm. 201, pp. 303-333 <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.201.13>.

II. ALCANCE DEL ART. 37 L 40/2015: IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS RESPONSABLES

La primera indicación que se desprende del art. 37 L 40/2015 es que la responsabilidad de naturaleza penal del personal al servicio de las Administraciones públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito cometido por las personas físicas -ya le corresponda satisfacerla al responsable penal o a la Administración- se exigirá de acuerdo con lo previsto en el Código penal, al que se remite *in totum*⁷: esta ubicación no cambia la naturaleza civil de las obligaciones que se contraen, distanciándose en muchos aspectos del proceso de liquidación de la responsabilidad penal que le sirve de base, lo que determina entre otras diferencias que, frente al principio *in dubio pro reo* que rige la liquidación de la responsabilidad criminal, cuando se trate de responsabilidad civil la presunción ha de hacerse a favor del perjudicado “sin que proceda una inversión de la carga de la prueba” (STS 235/2021, de 12 de marzo, RJ 2021/1163).

Junto a esta previsión sustantiva, el art. 37 también hace referencia a cuestiones relacionadas con los aspectos procesales del principio *non bis in idem*. En este sentido se afirma en su número 2 que “la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial”. Estrictamente se separan los procesos de liquidación de responsabilidad penal de la persona que actúa al servicio de la Administración de la responsabilidad patrimonial de la Administración de manera que la incoación del proceso penal no paraliza los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial con carácter general, con la excepción de que “la determinación de los hechos en el orden penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial”. A pesar de ser presentada como una excepción, debe resaltarse que se trata de una cuestión principal: los hechos declarados probados en una sentencia penal dan fuerza a la declaración de responsabilidad patrimonial⁸. En este sentido, si la declaración de responsabilidad patrimonial requiere la identificación de unos hechos sobre los que se está pronunciando la jurisdicción penal, habrá que parar el expediente de responsabilidad patrimonial hasta que el orden penal se haya manifestado. Por otra parte, tal como mantiene la STS 650/2023, de 19 de septiembre [JUR 2023/364884] la prescripción de la acción penal no queda interrumpida por la solicitud de la responsabilidad patrimonial, ni impide que *a posteriori* en sede penal se solicite la responsabilidad civil

⁷ Alastuey Dobón, M.C. “Responsabilidad civil derivada del delito”. En Gracia Martín, L./ Boldova Pasamar, M.A./Alastuey Dobón, M.C. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 452 y ss.

⁸ Soto Nieto, F. “La responsabilidad civil subsidiaria en el proceso penal contra los profesionales sanitarios”. *DS. Derecho y Salud*, 1996, vol. 4, Nº 1, p. 188”.

derivada del delito⁹. No puede ignorarse que cuando se trata de procedimientos sancionadores según establece el art. 77.4 L 39/2015, *de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*¹⁰ “los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien”.

La lectura del art. 37 pone de manifiesto que, si bien es posible liquidar la responsabilidad penal y la civil en el mismo procedimiento penal, la liquidación de la responsabilidad patrimonial debe hacerse en un expediente administrativo concreto, respecto al cual el orden penal no puede entrar a valorar. En cualquier caso, si bien hoy el principio *non bis in idem* (art. 31 L 40/2015) facilita que se sancionen penal y civilmente unos hechos cuando exista disparidad en los sujetos o en el fundamento, no existe una interpretación uniforme en torno a la compatibilidad de la responsabilidad civil y patrimonial: todo dependerá del fundamento de una y otra como se verá posteriormente. Y en todo caso, la entrada en funcionamiento de ambos mecanismos resarcitorios es más fácil de entender cuando se sustituyen mutuamente¹¹, pero no cuando son aplicados simultáneamente.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS RESPONSABLES Y DE LOS DELITOS DE LOS QUE SURGE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA

En cualquier caso, cuando el art. 37 L 40/2015 se refiere al “personal al servicio de las Administraciones públicas” a efectos de su relación con las conductas constitutivas de delito debe entenderse que está haciendo mención a los funcionarios públicos o autoridades, que vienen normativamente definidos “a efectos penales” en el art. 24 del Código penal, que son sujetos que en virtud de una relación orgánica previa, imputan su actividad a una administración pública¹². Debe resaltarse que el hecho de que hoy funcionarios públicos y personal

⁹ Vid. el AAP de Madrid 387/2003 de 24 septiembre [JUR 2004\86768].

¹⁰ En adelante, L 39/2015.

¹¹ STS 803/2999, de 24 de mayo RJ 1999/3383. En los mismos términos las SSTS 473/1999, de 26 de marzo RJ 1999/2054; 1240/1997, de 17 de octubre RJ 1997/6984. Vid. De la Fuente Honrubia, F. “La responsabilidad civil derivada del delito. Especial consideración las personas jurídicas y entes colectivos”. En AFDUA, 2003, pp. 244 y ss; Soto Nieto, F. “La responsabilidad civil subsidiaria en el proceso penal contra los profesionales sanitarios”. Cit., p. 184; Surroca Costa, A. “La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones públicas”. Cit., pp. 106 y ss.

¹² Por todos, vid. Rodríguez Puerta, M.J. *El delito de cohecho: problemática jurídico penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, 1999, pp. 161 y ss; Valeije Álvarez, I. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. EDERSA, 1996, pp. 53 y ss; Javato Martín, A.M. “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”. En *Revista Jurídica de Catilla y León*, 2011/23, p. 154; del mismo, “El delito de desobediencia de funcionario”. En *Revista General del Derecho penal*, 2014/21, pp. 8 y ss; Acale Sánchez, M.

laboral queden regulados en sus líneas principales por el mismo Estatuto “del Empleado público” (*RDL 5/2015*), viene a poner de manifiesto que también administrativamente comienza a tomar peso más que el propio régimen jurídico del personal que trabaja en las distintas Administraciones, las funciones públicas que desempeñan, reconociendo de paso una realidad: y es que cada vez es más numeroso el conjunto de trabajadores de las Administraciones públicas que no tienen la condición funcionarial entre otros motivos por la especialización que requiere el trabajo, así como por las necesidades circunstanciales. En este sentido, aunque el concepto penal de funcionario público y de autoridad sea más amplio que el administrativo, porque incluye a sujetos que están expresamente excluidos en el ámbito administrativo, tiene a la vez una validez más restringida, en la medida en que sólo si se ejercita la función pública se será tal a efectos penales.

No obstante, no siempre que el sujeto activo del delito sea un funcionario público, va a nacer responsabilidad civil de la Administración en la medida en que es preciso que el delito cometido guarde relación con el ejercicio de las funciones públicas. La identificación de estos supuestos pasa por el estudio de los mecanismos incluidos en el Código penal que permiten visibilizar a la Administración pública a través de la actuación del funcionario público y que actúan a modo de *filtros* y que en esencia, se reducen a dos.

El primero de ellos es la constatación de que el daño sufrido por el particular se ha ocasionado por el comportamiento delictivo de un funcionario que ha actuado en el ejercicio de su cargo, requisito presente en los delitos especiales para ellos, la mayor parte de los cuales se encuentran regulados dentro del Título XIX (prevaricación, cohechos, tráfico de influencias, malversación, etc.) pero también en otros muchos delitos que por opciones de técnica legislativa (que están relacionadas directamente con el bien jurídico primariamente protegido) están ubicados fuera de dicho Título¹³. Nótese como en cada uno de estos preceptos la Administración pública puede responder civilmente (o patrimonialmente, como se verá a continuación) a pesar de que a su vez sea la gran perjudicada: así, si bien se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración en relación con un delito de prevaricación en la STS 181/2023,

“Limitaciones criminológicas y normativas del concepto de corrupción”. En PUENTE ABA, L.M. (dir.), *La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal*. Comares, 2017. pp. 3 y ss.

¹³ Las detenciones ilegales del art. 167, las torturas de 174 a 176, el sometimiento a condiciones de prostitución del art. 188.3.d, los atentados contra la intimidad del art. 198, el allanamiento de morada del art. 204, la alteración del estado civil del menor del art. 222, el tráfico ilegal de personas del art. 318.4, los delitos de informe, votación y resolución de una licencia contra la ordenación del territorio, el patrimonio históricos y medio ambiente de los arts. 320, 322 y 329, el tráfico de drogas del art. 369.1.1, los delitos de falsedades de los arts. 391 y 394 y 398, la rebelión de los arts. 482 y 483, los delitos contra las instituciones del Estado de los arts. 549 a 501, la usurpación de atribuciones del art. 506, la atribución de funciones judiciales por parte de un funcionario público del art. 508, la denegación de un servicio público del art. 511 por parte de un particular encargado de un servicio público, los delitos contra la intimidad de los arts. 534 a 542, el art. 615 en el ámbito de los delitos contra la comunidad internacional.

de 15 de marzo [RJ/2023/2164] es “perjudicada” en un delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos en la STS 527/2021, de 16 de junio [RJ 2021/3116].

Junto a todas estas conductas han de resaltarse aquellas que están relacionadas con la función pública de administrar justicia, que se concreta en los delitos de prevaricación judicial de los arts. 446 y ss, el quebrantamiento de condena del art. 471, la arrogación de atribuciones administrativas por parte del juez o magistrado del art. 507, la negativa a paralizar una actuación tras requerimiento de inhibición del art. 509, o la entrega de una causa criminal en los términos de los arts. 529, 530, 531 y 533. Respecto a todas ellas, cabe resaltar que se limita la responsabilidad patrimonial de la Administración de justicia a los supuestos en los que se haya producido una resolución anormal si bien en el ámbito de la responsabilidad civil, cabe también la declaración de responsabilidad en los casos de una actuación normal como se verá a continuación (art. 121 CE)¹⁴.

El segundo de los filtros que permiten visibilizar la relación entre el delito cometido por el funcionario público y la Administración es la circunstancia agravante genérica de abusar del cargo público del art. 22.7 pues deja claramente señalado que en estos casos el sujeto activo se “prevale” de su condición pública y, por ende, su actuación podrá generar la responsabilidad civil de la Administración, lo que determina que se deba prestar atención a delitos comunes que en la generalidad de los casos estén relacionados con algún servicio público. Es lo que ocurriría en el caso de los hospitales públicos de darse los requisitos exigidos en el art. 196 cuando se produzca la denegación de asistencia sanitaria o el abandono del servicio: basta comprobar que se castiga con la pena principal -junto a la de prisión- de inhabilitación especial para empleo o cargo público; o el delito de matrimonios ilegales del art. 219, cuando castiga con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público además de una pena de prisión de seis meses a dos años a quien autorice “matrimonio en el que concurra alguna causa de nulidad conocida o denunciada en el expediente”.

Junto a ellos, es probable que con menor fuerza, pueda tenerse en consideración los supuestos en los que se impone la pena *accessoria* de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público, en la medida en que habrá que analizar los hechos concretamente cometidos: téngase en consideración que estas penas son accesorias de las penas privativas de libertad y no de ningún delito

¹⁴ Vid. Cobreros Mendazona, E. “Funcionamiento anormal de la Administración de justicia e indemnización”. En *Revista de Administración Pública* 2008, núm. 177, pp. 31-69; González Alonso, A. *Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia*. Tirant lo Blanch, 2008; Tolivar Alas, L. “La responsabilidad patrimonial del Estado-juez”. En Quintana López, T. (dir.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública*. Tirant lo Blanch, 2013, pp. 551 y ss; Torres López, M. A. “La responsabilidad patrimonial de la Administración penitenciaria”. En Quintana López, T./Carares Marcos, A. *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, Tomo I, cit., pp. 853 y ss (especialmente pp. 859 y ss).

concreto cometido si bien entre los criterios de valoración judicial el art. 56 se refiere a “la gravedad del delito cometido”.

IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL CÓDIGO PENAL

1. Generalidades

La exención de responsabilidad penal de las Administraciones públicas no las libra de responder civilmente de forma subsidiaria generalizadamente y sin necesidad de una previsión específica al respecto en relación con ningún delito en particular (arts. 120.3 y 121 del Código penal).

La entrada en vigor del CP en 1995 trajo consigo un debate jurisprudencial en torno a si la incorporación del entonces nuevo art.121 hacía que no fuera aplicable el régimen de responsabilidad administrativa previsto en el art. 139 a 141 de la vigente en aquel momento Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que regulaban la responsabilidad patrimonial de la Administración¹⁵. Esta sucesión de leyes en el tiempo dio lugar a que se abordara en sede jurisdiccional la aplicabilidad a partir de la regulación de 1995 del art. 121.3 en el ámbito de las Administraciones públicas y a la compatibilidad de las previsiones penales con las administrativas. En este sentido, la jurisprudencia entendió en múltiples sentencias que ni las previsiones administrativas derogaban las establecidas en el Código penal, ni dentro de las penales, la previsión expresa de la responsabilidad civil subsidiaria del “Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos” en el art. 121 impedía que también pudieran responder como “personas jurídicas” a los efectos del art. 120.3. Así quedó establecido en el frecuentemente citado Acuerdo no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2000.

La declaración de la Administración como responsable civil subsidiario de los daños constitutivos de delito requiere la concurrencia de tres factores que han sido resaltados por la jurisprudencia. Así, en primer lugar, presupuesto de la responsabilidad de la Administración es que la sentencia condene a un sujeto que sea funcionario público o autoridad a efectos penales. Y debe hacerlo, en segundo lugar, por la realización de un acto propio de su cargo o que entre dentro de las facultades del cargo público que desempeña. Finalmente, es preciso que como resultado de la actuación de ese sujeto se produzca un daño constitutivo de delito del que nace la responsabilidad civil subsidiaria de la administración. En todo caso, añade la STS 235/2021, de 12 de marzo [RJ 2021/1163] el

¹⁵ Por todos: De la Fuente Honrubia, “La responsabilidad civil derivada de delito. especial consideración las personas jurídicas y entes colectivos”. Cit., pp. 228 y ss. Sorprende la escasa atención que ha suscitado el restudio de la responsabilidad patrimonial de la Administración en relación con la responsabilidad civil derivada del delito para la doctrina penalista.

requisito de la relación entre la infracción y el daño causado, si bien “basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la entidad o a cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por las dificultades de prueba no sea posible su concreción individual”.

Con todo, la responsabilidad de la Administración es siempre subsidiaria, por lo que es preciso que el principal deudor que será en la generalidad de los casos el condenado penalmente (pero que también pueden serlo los sujetos previstos en el art. 120 “en defecto de los que lo sean criminalmente”) no pueda hacer frente a la misma, lo que ha sido criticado por un sector de la doctrina que entiende que “no parece muy congruente que la Administración esté obligada a indemnizar de forma directa cuando se producen meros ilícitos civiles, y sin embargo, no esté obligada en el mismo sentido cuando se producen hechos delictivos”¹⁶. Sin embargo, el régimen vicarial previsto por el Código penal guarda toda su coherencia interna en cuanto que el primer responsable del resarcimiento del daño ha de serlo quien lo ha causado. Solo fuera del Código penal puede tener valor esta crítica, cuando se contrasta con el régimen de responsabilidad patrimonial en el que la responsabilidad de la Administración es directa¹⁷.

De no haberlo hecho antes, una vez declarada la no responsabilidad civil de la Administración derivada del delito cometido por el funcionario, se abre la vía de la responsabilidad patrimonial para los perjudicados¹⁸. En este sentido, tal como se verá a continuación, la relación entre la responsabilidad patrimonial de la Administración y la responsabilidad civil pasa por tener en consideración que la previsión específica que realiza el art. 121 a que la responsabilidad civil se va a decretar en sede penal “sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria”.

¹⁶ De la Fuente Honrubia, F. “La responsabilidad civil derivada del delito. Especial consideración las personas jurídicas y entes colectivos”, cit. p. 244.

¹⁷ Soto Nieto, F. “La responsabilidad civil subsidiaria en el proceso penal contra los profesionales sanitarios”. Cit. p. 184.

¹⁸ En este sentido, vid. entre otras las STS 708/1996, de 16 de octubre [RJ 1996/7155]; o la STS 873/1998, de 3 de julio [RJ 1998/5808]. Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, 2023, p. 666. Así lo expresa la STS 130/2015, de 10 de marzo RJ 2015/981 que analiza la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración. También se manifiesta en este sentido la STS 655/2016, de 15 de julio RJ 2016/4378 cuando afirma que la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración “que procede declarar en la causa penal es solamente la derivada del delito y no de cualesquiera otras conductas ajenas a este que pudieran originar otra clase de responsabilidad”. Sobre los requisitos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, vid. Leonardo Zorrilla, L.A. “La responsabilidad patrimonial de la administración como resultado de la anulación de un acto administrativo (a propósito de la STS, Sala 3ª, de 17 de febrero de 2015, Rec 2335/2012)”. En *Revista General de Derecho Administrativo*. Iustel, 2018, enero: la existencia de un daño sufrido y alegado económicamente evaluable, individualizado respecto de una persona concreta y que sea en cualquier caso antijurídico.

2. El art. 120.3

El art. 120.3 señala que son responsables civiles “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”. Como se señalaba anteriormente, el hecho de que no se haga expresa referencia a las Administraciones públicas no las deja fuera del régimen de responsabilidad pues se viene entendiendo consolidadamente por parte de la jurisprudencia que por “personas jurídicas” han de entenderse tanto las públicas como las privadas. En común tienen todos estos supuestos el hecho de que lejos de analizarse la responsabilidad civil subsidiaria en términos meramente objetivos, se pone el acento en la necesidad de resaltar la vinculación existente entre el hecho delictivo que ha dado lugar al resarcimiento del daño y la infracción normativa de modo que aquél no se hubiera podido producir sin esta. Por tanto, la apreciación de la responsabilidad civil subsidiaria no es automática, en la medida en que hace falta la prueba dicho nexo¹⁹.

La puesta en marcha de este mecanismo de imputación de responsabilidad civil subsidiaria requiere que se cometa un delito en un establecimiento de titularidad pública si bien no basta con ese dato objetivo. En efecto, la responsabilidad civil derivada del delito en atención a lo dispuesto en el art. 120.3 exige como elemento esencial que el resultado dañoso se haya producido como consecuencia de que “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” de ahí que de no poder encontrarse dicha infracción, no cabrá decretar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración. Este fue el elemento determinante de que el TSJ de Navarra (en Sentencia 225/2022, de 26 de julio [JUR/2022/330902] en contra de la decisión que había adoptado la Audiencia Provincial (SAP de Navarra 779/2014 Sec. 3ª, 22/2014, de 27 de febrero -roj SAP NA 779/2014) declarara que el Ayuntamiento no era responsable civil subsidiario de los daños que sufrió un particular el día del chupinazo inaugural de las fiestas de San Fermín, pues el Ayuntamiento actuó correctamente, siendo la infracción detectada la cometida exclusivamente por los acusados²⁰.

¹⁹ En este sentido, la STS 136/2015, de 10 de marzo RJ/2015/981 declara improcedente dicha responsabilidad al no poder constatar el incumplimiento de norma alguna por parte de la Administración penitenciaria en el ataque de un interno a un funcionario de la prisión de manera sorpresiva y sin que hubiera habido ningún incumplimiento en cuanto al control del destino de las cuchillas de afeitar que utilizó para lesionar al funcionario.

²⁰ En paralelo, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Pamplona número 1 de 24 de marzo de 2022 declarara al Ayuntamiento responsable patrimonial si bien posteriormente la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 225/2022, de 26 de julio 2022/330902 la denegara.

La actuación que genera la responsabilidad es tanto de quienes los dirigen o administran, como de quienes con su actuación laboral ponen en marcha el ejercicio de las funciones públicas que allí se llevan a cabo y ello con independencia de que los concretos hechos hayan sido realizados por estos sujetos de forma activa u omisiva. Así, si bien no parece existir problema alguno para entender que es una actuación de la que se puede derivar una responsabilidad civil subsidiaria la llevada a cabo por quien dirija, coordine o trabaje en ese centro en virtud de una responsabilidad basada en la culpa *in eligendo*, también es fácil comprender que cabe liquidar responsabilidad respecto de la Administración titular del centro cuando un tercero ajeno al mismo cometa un hecho constitutivo de delito como consecuencia de la omisión de los correspondientes deberes de vigilancia que tiene la Administración en base a la responsabilidad *in vigilando*.

El primer supuesto plantea una posible concurrencia con lo dispuesto en el art. 121, diferenciándose en la medida en que el art. 120.3 pone el acento en los delitos cometidos en los centros por parte de los que los dirigen o administran mientras que en el art. 121 se pone el acento en los delitos cometidos por autoridades, agentes o contratados en el ejercicio de sus cargos. Así, un delito de torturas practicado por unos agentes policiales en los calabozos de la correspondiente unidad dará lugar a que la responsabilidad civil subsidiaria se base en el art. 120.3 mientras que la misma acción material de someter a actos de tortura a una persona en la vía pública dará lugar a que se calcule en su caso la responsabilidad civil subsidiaria por la vía del art. 121 (STS 181/2023, de 15 de marzo [RJ 2023/2164]). En cualquier caso, el concepto de “espacio” no puede confundirse con el de lugar cerrado: una plaza pública, por ejemplo puede serlo a los efectos del art. 120.3 en la medida en que lo relevante es que se tenga el control por parte de la Administración del mismo²¹.

La actuación de los sujetos que da lugar a invocar la responsabilidad civil subsidiaria es aquella que se produce como consecuencia de la infracción de “los reglamentos de policía” o las “disposiciones de la autoridad”, infracción que ha de guardar relación causa-efecto (*sine qua non*) con el delito cometido. No obstante, como señala la STS 1338/2011, de 12 de diciembre [RJ 2012/4586] el incumplimiento normativo no tiene que ser uno concreto: basta con que se dé “un fallo en materia de previsiones legales y/o reglamentarias de seguridad, por parte de alguien -no importa quien ni de que nivel- que favoreció en términos objetivos la realización de los hechos delictivos, en concreto perjuicio del funcionario recurrente”.

Son variados “los centros” públicos en los que se han producido conductas constitutivas de delito y que han dado a la declaración de la responsabili-

²¹ La SAP Navarra, Sec. 3ª, 22/2014, de 27 de febrero -roj SAP NA 779 / 2014- considera “establecimiento” un “espacio controlado por los agentes de la policía municipal empleados del ente local: “este concepto de “establecimiento” toma como base la doctrina establecida por el TS en su Sentencia de 25 de marzo de 2004 [RJ 2004, 3641] en la que se considera “establecimiento” “un elemento espacial”.

dad civil subsidiaria de la Administración. En particular, por su relevancia han de destacarse los Centros penitenciarios, los escolares, los sanitarios así como los centros residenciales para personas dependientes de la Administración por su edad (personas de edad avanzada), situación administrativa (personas de nacionalidad extranjera no residentes legalmente) o especial vulnerabilidad (menores en situación de acogida). En cualquier caso, a mayor peligrosidad de la actividad, más básico debe ser el cuidado exigido lo que determina que las declaraciones de responsabilidad civil subsidiaria sean más frecuentes en ámbitos como el de las prisiones, donde además de la peligrosidad objetiva del encierro involuntario en un espacio determinado requiere un especial cuidado a fin de salvaguardar el derecho irrenunciable de las personas privadas de libertad a “no verse inmersos en un clima de violencia e inseguridad” (STS 235/2021, de 12 de marzo [RJ 2021/1163]). En este contexto, las relaciones conflictivas que han sido recogidas por la jurisprudencia abarcan conflictos entre personas internas, de interno a funcionario y de funcionario a interno. Así, la STS 360/2013 [RJ 2013/7272] declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por las lesiones que causa un funcionario de prisiones a un interno en un combate de boxeo en atención al hecho de que el funcionario se encontraba en su jornada de trabajo. Por su parte la STS 355/2008, de 3 de junio [RJ 2008/3629] castiga una agresión sexual a un interno en su celda por parte de otros dos internos que compartían celda con él. El tribunal analiza el art. 120.3 y se establece una conexión entre el hecho de que hubiera tres internos compartiendo celda y la agresión sexual²². Mientras que por su parte, la STS 130/2015, de 10 de marzo [RJ 2015/981] declara exenta de responsabilidad a la Administración penitenciaria por unas lesiones causadas por un interno a un funcionario por lo imprevisible e inimaginable del ataque.

También en los centros hospitalarios se han producido delitos de carácter sexual y han dado lugar a la declaración de responsable civil subsidiario de la Administración²³. En esa línea, la STS 1292/2009, de 11 de diciembre [RJ 2010/2047] declara responsable civil subsidiario a la Administración por los abusos sexuales cometidos por médico a paciente en horario de consulta. En el mismo sentido, el ATS 486/2018, de 15 de marzo [JUR 2018/121732] declara responsable civil subsidiario al Instituto Catalán de salud por los abusos sexuales cometidos en horario de trabajo por un trabajador, señalando que “lo relevante es que la persona elegida por desempeñar una determinada función actúe delictivamente precisamente en el ejercicio de dichas funciones (culpa *in eligendo*) y las desarrolle con infracción de las normas penales sin que los sistemas ordinarios de control interno de la empresa los detecte (culpa *in vigilando*)”.

²² STS 1360/2000, 10 de julio RJ 2000/6616 analiza el caso del asesinato en prisión de un interno a otro (ambos estaban considerados como muy peligrosos).

²³ En aplicación del viejo art. 22 del Código penal de 1973, la STS de 18 de noviembre RJ/1991/9448 declaró la responsabilidad civil subsidiaria del Instituto Catalán de Salud por el contagio de SIDA a tres personas”.

No muy distinta es la situación que se produce cuando se trata de personas internadas no ya por enfermedad, sino por su edad. En este sentido, la STS 510/2007, de 21 de mayo [RJ 2007/3579] fundamenta la responsabilidad subsidiaria teniendo en cuenta que el sujeto es funcionario, que los hechos se cometieron en el edificio donde trabajaba y en el marco de la relación de prestación de servicios que él desempeñaba. Añadiendo para re-fundamentar esa responsabilidad que el sujeto ya había sido condenado por un delito sexual por lo que la Administración estaba obligada “a extremar sus prevenciones a la hora de concederle nuevo destino”²⁴.

La titularidad pública de un establecimiento puede obtenerse directamente o por concesión, de manera que también cabe liquidar este tipo de responsabilidad en los centros concertados cuando estén ejecutando las funciones públicas objeto del concierto²⁵ y ello a pesar de que no esté claro que individualmente, el personal al servicio de dichos centros pueda ser considerado funcionario público a efectos penales. El problema no es baladí. En efecto, la variedad y complejidad de funciones de las que tiene que hacerse responsable la Administración pública fuerza que se recurra al concierto con entidades privadas, lo que traslada al ámbito de la responsabilidad por los daños que allí se cometan muchos casos. Entre ellos, al tratarse de empresas privadas pueden ser declaradas de forma directa responsables penalmente por los delitos que se cometan en su interior ex art. 31 bis. Así mismo se plantea su eventual consideración como centros “públicos”: cuestiones ambas que son incompatibles, en la medida en que o se trata de centros privados o de administración pública.

Basta pensar en los Centros de titularidad privada que ejercen funciones públicas mediante conciertos con las Administraciones públicas competentes en el ámbito de la sanidad, de la atención a personas con discapacidad o al internamiento de menores infractores²⁶. Así, en primer lugar, el personal en-

²⁴ Aunque no se han encontrado delitos cometidos sobre personas de edad avanzadas en residencias públicas, contra su salud, su libertad sexual o su patrimonio, no es difícil imaginar situaciones en las que las personas físicas que se encargan del cuidado de las personas internadas, las sometan a procesos de victimización. Basta tener en consideración la STS 152/2018, de 2 de abril [RJ/2018/2158] en la que se condena a una persona física por un delito de apropiación indebida de bienes de una persona anciana allí internada, pues solo habría que pensar en el caso de que el centro de internamiento fuera de titularidad pública.

²⁵ STS 1212/2006 de 25 octubre, RJ\2006\8245. Sobre la responsabilidad de estos centros en el ámbito administrativos *vid.* Cueto Pérez, M. “Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada de servicios sanitarios incidencia de las Leyes 39/2015 y 40/2015 en el modelo actual”. *Cit.*, pp. 346 y ss.

²⁶ Centros en los que además se da la circunstancias de que las empresas privadas que han concertado el servicio de privación de libertad de los menores infractores, pueden ejercer funciones disciplinarias de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, lo que es tanto como afirmar por esta vía la privatización del ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración. En extenso Acale Sánchez, M. *Medición de la respuesta punitiva y Estado de derecho*. Aranzadi. 2010, pp. 373 y ss.

cargado de la custodia no puede considerarse empleados públicos de acuerdo con la normativa administrativa (*Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*), y la cuestión es si lo son a efectos penales. De ello va a depender que sea posible liquidar responsabilidad penal sobre la persona física que haya cometido, por ejemplo, actos materiales de tortura a través del delito de trato degradante del art. 173 y no del delito de torturas del art. 174 aunque en uno y en otro caso sea posible hacer responsable a la Administración que subcontrató el ejercicio de la función pública de vigilancia de los menores infractores con una entidad privada. La respuesta no puede ser general: habrá que analizar el instrumento administrativo de concesión, y comprobar quien sea su director pues este sí será funcionario a efectos penales y podrá dar lugar cuando concurren los requisitos del art. 120.3 (y del art. 121 como se analizará a continuación) para liquidar la responsabilidad de la “administración concertada”. Sin duda alguna, la puesta en manos privadas del desempeño de funciones públicas, al tiempo que volatiliza el Estado social, provoca este tipo de situaciones paradójicas.

3. El art. 121.

3.1. Presupuestos

El art. 121 hace responder subsidiariamente al Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y “demás entes públicos”²⁷ “de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria”, a lo que el párrafo 2 del mismo artículo añade 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”.

El fundamento de esta responsabilidad viene detallado en la STS 765/2021, de 13 octubre [RJ2021/5401] en la no evitación de delitos dentro del ámbito de

²⁷ Lo que pone de manifiesto que esta enumeración es meramente ejemplificativa: De la Fuente Honrubia, F., “La responsabilidad civil derivada del delito. Especial consideración las personas jurídicas y entes colectivos”. Cit. p. 245. Entiende por el contrario que se trata de una enumeración exhaustiva: Surroca Costa, A. “La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones públicas”. Cit., p. 111.

La referencia a las administraciones territoriales -como el Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla y el municipio- no deja fuera al resto de administraciones públicas no territoriales, pues todas ellas entran dentro del genérico de los “entes públicos”

la organización de la entidad pública responsable como consecuencia de la falta de control, en base a los tradicionales conceptos de la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, así como al de la creación del riesgo. Como se verá posteriormente, con estas previsiones en el ámbito penal, no era imprevisible que la interpretación de la responsabilidad patrimonial de la Administración evolucionara ya dentro de la propia jurisdicción contencioso-administrativa, donde se ha pasado de una responsabilidad entendida en términos casi absolutamente objetivos a otra que exige un vínculo entre la actuación de la Administración y los daños causados a los particulares²⁸, acercando pues ambos institutos.

Por esta vía va a responder subsidiariamente por los daños resarcibles causados por los delitos dolosos o culposos²⁹ cometidos por autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones que hayan sido declarados “penalmente responsables”, de manera que, si se aprecia que ha existido una causa de justificación o de inculpabilidad, no cabrá dicha declaración y tendrá que abrirse el correspondiente proceso administrativo³⁰.

La descripción del sujeto activo funcionario en sí mismo considerado no plantea ninguna diferencia en relación con los supuestos previstos en el art. 120.3, en la medida en que aunque aquí se haga referencia a quienes “dirijan” o “administren” o sean “dependientes” o “empleados” de los establecimientos de las personas jurídicas públicas, está refiriéndose en todo caso a funcionarios públicos y autoridades. “Autoridades, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos” son los funcionarios públicos o autoridades que son los sujetos que a efectos penales describe el art. 24³¹. En este sentido, los agentes de la autoridad deben considerarse funcionarios públicos a efectos penales y los “contratados” de una administración pública son a estos efectos funcionarios penalmente que adquieren su condición “por contrato”³².

²⁸ Así afirma la STS 235/2021, de 12 de marzo RJ 2021/1163: “Por aplicación de la teoría de creación del riesgo, si bien no puede hablarse de una responsabilidad objetiva, sí puede decirse que prima un ponderado objetivismo (STS 778/2015, de 18 de noviembre)”. Surroca Costa, A. “La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones públicas”. Cit., p. 105.

²⁹ El hecho de que en el art. 120.3 se mencionen simplemente “los delitos” mientras que el art. 121 lo haga a los “delitos dolosos o imprudentes” no da lugar a diferenciación alguna toda vez que dentro de los delitos entran uno y otros. La eliminación con carácter general por parte de la LO 1/2015 de las faltas, terminó con el debate en torno a la diferenciación establecida en la redacción originaria del Código que incluía en el art. 120.3 tanto los “delitos” como las “faltas”, mientras se limitaba a incluir en el art. 121 a “los delitos”. Vid, De la Fuente Honrubia, F., “La responsabilidad civil derivada del delito. Especial consideración las personas jurídicas y entes colectivos”. Cit., p. 245.

³⁰ De la Fuente Honrubia, F. “La responsabilidad civil derivada del delito. Especial consideración las personas jurídicas y entes colectivos”. Cit. p. 246.

³¹ Vid. Acale Sánchez, M. “Limitaciones criminológicas y normativas del concepto de corrupción”. Cit. pp. 3 y ss.

³² Las dudas sobre si los contratados de una Administración pública son funcionarios a efectos penales no parecen sostenerse a diferencia de lo que ocurre en el ámbito administrativo. Vid.

El hecho de que el art. 121 exija que “la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuviesen confiados”, tampoco marca diferenciación alguna con la responsabilidad en el art. 120.3, toda vez que también en este supuesto se exige que se infrinjan reglamentos o disposiciones de la autoridad “que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción”.

Con todo, tampoco existen grandes diferencias con el art. 120.3: tan solo el hecho de que en este caso, la responsabilidad de la Administración surge tras la comisión de un delito en un establecimiento público, mientras que cuando quien actúa es el funcionario público o autoridad a los efectos del art. 121, su actuación está completamente deslocalizada. Por otra parte, debe resaltarse que en el ámbito del art. 120.3 es imprescindible la infracción de los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, en el art. 121 los daños ocasionados por el funcionario no requieren directamente esa infracción, si bien en los casos de funcionamiento anormal parece que le será también consustancial³³.

La necesidad de que sujeto activo del delito haya sido un funcionario público o autoridad conduce a la aplicabilidad de esta modalidad de responsabilidad civil subsidiaria a los supuestos de los delitos especiales para funcionarios en los que se da la paradoja de que si bien en todos ellos es sujeto pasivo la propia administración pública, en la medida en que haya terceras personas perjudicadas se convierte también en deudora a los efectos de la responsabilidad civil subsidiaria (STS 527/2021, de 16 de junio [RJ 2021/3116]). De ahí que de todos los supuestos en los que se ha declarado la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración en virtud de lo dispuesto en el art. 121, son significativos los pronunciamientos relacionados con los delitos *contra* la Administración pública del Título XIX en los que se causa un perjuicio indemnizable a un tercero, así como el profuso tratamiento jurisprudencial que ha generado la causación de muertes o lesiones con el arma reglamentaria por parte de agentes policiales.

3.2 Especial referencia a la declaración de responsabilidad civil subsidiaria en caso de delitos contra la Administración pública

La complejidad que encierra la anulación del acto o resolución prevaricadora por la que se resuelve arbitrariamente un asunto administrativo es uno de los casos más completos que se recoge por la jurisprudencia. En este sentido, la STS 650/2023, de 19 de septiembre [JUR/2023/364884] condena a un funcionario por prevaricación señalando que previamente la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo número 2 de Santander de 3 de diciembre

Surroca Costa, A. “La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones públicas”. Cit. pp. 111 y ss.

³³ Paradigmática es la responsabilidad civil subsidiaria que se decreta en la STS 1212/2006, de 25 de octubre [RJ 2006/8245]: se trataba de una menor dada en acogida familiar que es maltratada. Se aplica la vía del art. 121 entendiendo en este caso que fue la firma por parte del Centro que la tenía acogida la actuación en la que se fundamenta la aplicación del art. 121.

de 2010 había anulado “todos los actos impugnados”³⁴ por lo que ya de por sí plantea uno de los supuestos que da lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración, en el que el particular podrá abrir una u otra vía. En este caso, es el perjudicado el que al denunciar la prevaricación si opta por solicitar en sede penal la responsabilidad civil derivada del delito, deberá demandar también a la Administración. Si la sentencia penal no declara responsable civil subsidiaria a la Administración de la que provino el acto, el perjudicado podrá todavía presentar su reclamación ante la Administración por responsabilidad patrimonial. Debe tenerse en cuenta que, aunque el art. 32.1 2º L 40/2015 señala que “la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización”, abre las puertas a que así sea si se trata de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”³⁵.

Tampoco es simple la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración en el caso de los delitos de cohecho o fraudes en la medida en que se requiere que legalmente el funcionario o autoridad que exija una remuneración indebida por la actuación que está llevando a cabo en abstracto, con carácter general, tenga que estar facultado para exigir esas cantidades o que esté facultado para en razón de su cargo intervenir en las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos. Así, podría declararse la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración en el caso del funcionario público que solicita al particular una *mayor* cantidad de dinero a la debida por realizar un acto propio de su cargo. Si por el contrario se trata de un funcionario que solicita esas cantidades sin que guarden relación con sus funciones públicas, no podrá apreciarse la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración. Esto es lo que señala la STS 755/2001 de 6 julio [RJ\2001\5427]³⁶.

Finalmente, en el ámbito de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración ex art. 121 deben examinarse los actos del poder judicial, por lo que de derivarse de la comisión de un delito por parte de un funcionario público de la Administración de justicia, el particular podrá demandar la responsabilidad civil en el seno del proceso penal y de hacerlo, deberá deman-

³⁴ La base jurídica de esta decisión se encuentra en el art. 47.d L 39/2015 que señala que son nulos de pleno derecho los actos administrativos “que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta”.

³⁵ Vid. STSJ de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo, 193/2023 de 11 septiembre [JUR 2023\383410]).

³⁶ Según se añade, “en el presente caso la habilitada que obtuvo caudales del matrimonio ahora recurrente, aunque se presentaba como tal habilitada de la Delegación del Gobierno en Navarra y tuviera por tanto una situación funcional dependiente de la Administración estatal, y aunque reflejara en documentos en que se hacía constar en el membrete que la operación se realizaba con un organismo dependiente del Ministerio del Interior, no tenía en absoluto entre sus funciones la de obtener dinero de particulares para fines que no eran los correspondientes a sus funciones”.

dar también subsidiariamente a la Administración de acuerdo con las reglas generales³⁷. De optar por guardarse sus acciones, según señala el art. 32.7 L 40/2015 que “la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la LOPJ” y en aplicación del mismo, la STS 237/1996, de 11 de marzo [RJ 1996/1906] distingue la responsabilidad civil subsidiaria y responsabilidad por error del poder judicial a partir de la LOPJ (art. 292), en cuya exposición de motivos se señala que “la responsabilidad patrimonial del Estado que pueda derivarse del error judicial o del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sin perjuicio de la responsabilidad individual de Jueces y Magistrados de carácter civil, penal y disciplinaria, complementándose de esta forma un Poder Judicial plenamente responsable”.

3.3 El tratamiento jurisprudencial del resarcimiento del daño consecuencia del uso del arma reglamentaria fuera del servicio

En el ámbito del art. 121 cobra relevancia el tratamiento que se le dispensa en sede jurisdiccional a la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración en el caso de muertes o lesiones ocasionadas fuera de servicio con el arma reglamentaria por parte de miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad. En este sentido, existe un Acuerdo no jurisdicción al Tribunal Supremo de 12 de julio 2002 en virtud del cual se ha establecido que “el mero uso del arma reglamentaria no genera directamente responsabilidad civil quedando esta excluida en aquellos supuestos en los que el daño no sea una concreción del riesgo generado por el sistema de organización”, abriendo las puertas en este caso a la responsabilidad patrimonial en el ámbito administrativo (STS 15/2013, de 16 de enero RJ 2013/966). Por ello, si los daños son una concreción del riesgo generado por el sistema de organización, sí cabrá la declaración de responsabilidad civil de la Administración. En este sentido, una línea de interpretación consolidada viene entendiendo que al ser la propia LO 2/1986, de 13 de marzo de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado la que le exige al personal policial una dedicación profesional que le involucra 24 horas al día llevando a cabo sus funciones “con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana”, en caso de que hicieran uso de del arma reglamentaria y causa daños, será “una consecuencia directa del modo de organización del servicio de seguridad” y por ende quedarían abiertas las puertas a su declaración como responsable civil subsidiario por los daños resarcibles derivados del delito cometido por el funcionario (STS 1573/1998, de 16 de diciembre [RJ 1998/10314], STS 172/1998, de 14 de febrero [RJ 1998/1050]; 807/1996, de 28 de octubre [RJ 1996/9680]; 241/1996, de 11 de marzo [RJ 1996/1906];

³⁷ *Vid.* el estudio de la “fuerza mayor” en De Vega García, A. “Después de la pandemia... la responsabilidad patrimonial de la administración (anotaciones desde la función consultiva)”. *Cit.*, pp. 95 y ss.

496/2000, de 29 de marzo [RJ 2000/3482]). En otro caso, quedará abierta la vía de la responsabilidad patrimonial.

En particular, la lectura de la jurisprudencia pone de relieve el preocupante elevado número de supuestos en los que los funcionarios públicos recurren al uso de sus armas reglamentarias para matar o causar lesiones a la mujer que es o ha sido su esposa o compañera sentimental. En este sentido, el mismo Acuerdo no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 12 de julio 2002 excluye la aplicabilidad de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración en estos casos, pues matar en casa a la esposa con arma reglamentaria “no se puede entender como un caso de que el riesgo derivado de la organización del servicio de seguridad pública se hubiera concretado”: pueden verse la STS 514/2016, de 13 de junio RJ 2016/2736³⁸, STS 1270/2002, de 5 de julio RJ 2002/7936; SSTS 6 abril 1990, 2 junio y 16 septiembre 1992, 13 octubre y 21 diciembre 1993, 29 septiembre 1994, 21 octubre 1997 y 29 mayo 2001).

V. ¿SON COMPATIBLES LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO Y LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVO-PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN?

La lectura del art. 121 permite concluir en sentido estricto que la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración es independiente de su responsabilidad patrimonial³⁹. En el primer caso, se ha producido un daño resarcible como consecuencia del delito cometido por un funcionario público o una tercera persona en el marco de la violación de las normas de seguridad de un establecimiento, mientras que en el segundo el daño resarcible se fundamenta en el mero funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

En cualquier caso, el último párrafo del art. 121 establece que, si bien la responsabilidad civil de los funcionarios o autoridades puede solicitarse en el proceso penal o guardarse las acciones para emprender posteriormente el correspondiente procedimiento civil, de liquidarse en vía penal, el particular está obligado (“deberá dirigirse”) simultáneamente a dirigirse contra la Administración o ente público que resulte “presuntamente” responsable civil subsidiario. La finalidad de esta disposición no es otra que desde el punto de vista del principio de economía procesal evitar *duplicidades procesales*, en la medida en que como recuerda De la Fuente Honrubia con carácter general el art. 615 LECRIM ya exige que la Administración sea parte del proceso para poder ser declarada

³⁸ Esta sentencia cita el art. 30.2 del Convenio de Estambul que establece que el Estado debe conceder una indemnización adecuada a las víctimas de los hechos a los que se refiere la ley, sino es objeto de reparación por otras vías”: esta podría ser la vía de la responsabilidad patrimonial.

³⁹ Vid. la evolución histórica de la institución en Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros, J.M. “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas”. En *InDret*, 2004, 4.

responsable civil subsidiario dándole así opción a su defensa⁴⁰. No obstante, se establece un límite y es que no es posible en ningún caso que se produzca una *duplicidad de indemnizaciones*, por lo que o bien el particular elige por una u otra vía, o rechazada una, tiene aún abierta la otra⁴¹.

En cualquier caso, en la identificación de la fundamentación de la responsabilidad patrimonial de la Administración se aprecia una constante evolución que si bien en un pasado más lejano tenía en consideración una responsabilidad puramente objetiva como consecuencia de haberse producido un daño que el particular no tiene que soportar (esto es, que tiene por qué sacrificarse) se aprecia más modernamente una tendencia que apunta a paliar los efectos de esa declaración. Así, la STSJ de Navarra (sala de lo contencioso-Administrativo) 225/2022, de 26 de julio [JUR/2022/330902] establece que “no es acorde con el referido principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, aun de forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, y que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento, lo que, en otras palabras, significa que la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica 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 producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”.

Y si la responsabilidad patrimonial y la civil tienen un distinto fundamento, no serían incompatibles. Así lo establece la SAP de Santa Cruz de Tenerife 619/2008 de 30 septiembre [ARP 2009\17] que “si bien es cierto que el artículo 121 establece que no puede darse una duplicidad indemnizatoria, no hay que olvidar en primer lugar que es compatible la responsabilidad patrimonial de la Administración con la derivada de delito o falta, ya que una deriva precisamente de la responsabilidad penal, y la de la administración dimana del hecho de un anormal funcionamiento de los servicios públicos”.

En este sentido, de ser rechazada la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los hechos delictivos cometidos por los funcionarios o autoridades, los perjudicados tienen abierta la vía administrativa. Así lo señala la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativa de

⁴⁰ De la Fuente Honrubia, F. “La responsabilidad civil derivada del delito. Especial consideración las personas jurídicas y entes colectivos”. Cit. p. 247.

⁴¹ *Id.* STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 854/2023 de 23 junio [RJ/2023\3961].

número 1 de Pamplona de 24 de marzo 2022 que declaró responsable patrimonial al Ayuntamiento⁴² “respecto a las relaciones entre la declaración de no responsabilidad civil subsidiaria en el orden penal y la responsabilidad patrimonial en el orden administrativo”.

Tras este proceso evolutivo, si la responsabilidad patrimonial ha dejado de ser meramente objetiva, esto determina que se elimina la característica fundamental que la separaba de la responsabilidad civil derivada del delito por un comportamiento doloso o imprudente de una persona física. Por tanto, las diferencias apriorísticas entre ambas formas de responsabilidad cuando medie la comisión de un delito, se acortan y todo apunta a que se terminará cuantificando el daño así como la gravedad de los incumplimientos que los ocasionan a los efectos de evitar la incerteza jurídica que suscita el solapamiento de criterios.

BIBLIOGRAFÍA

- Acale Sánchez, M. “Limitaciones criminológicas y normativas del concepto de corrupción”. En PUENTE ABA, L.M. (dir.), *La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal*. Comares, 2017, pp. 11-54.
- Gracia Martín, L./Boldova Pasamar, M.A./Alastuey Dobón, M.C. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, 2023.
- Cobrerros Mendazona, E. “Funcionamiento anormal de la Administración de justicia e indemnización”. En *Revista de Administración Pública* 2008, núm. 177, pp. 31-69.
- Cueto Pérez, M. “Incidencia de las Leyes 39 y 40/2015 en la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria en supuestos de gestión privada”. En *Revista de Administración Pública*, 2016, núm. 201, pp. 303-333 <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.201.13>.
- Cueto Pérez, M. “Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada de servicios sanitarios incidencia de las Leyes 39/2015 y 40/2015 en el modelo actual”. En *JS Juristas de la salud*. 2016, Vol. 26 Extraordinario XXV, pp. 333-365.
- De la Fuente Honrubia, F. “La responsabilidad civil derivada del delito. Especial consideración las personas jurídicas y entes colectivos”. En *AFDUA*, 2003, pp. 1-18.
- De Vega García, A. “Después de la pandemia... la responsabilidad patrimonial de la administración (anotaciones desde la función consultiva)”. En *Foro Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 2022, pp. 83-106.
- Gallardo Castillo, M.J. “Responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario”: En Prieto Álvarez, T./Gracia Moreno Rodríguez, F. (dirs.). *La responsabi-*

⁴² Y que posteriormente anulara la STSJ de Navarra (Sala de lo Contencioso-Administrativo 225/2022, de 26 de julio [JUR 2022/330902].

- lidad patrimonial de la Administración pública: presente y retos*. Iustel, Madrid, 2023, pp. 85-102.
- González Alonso, A. *Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia*. Tirant lo Blanch, 2008.
- Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros, J.M. “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas”. En *InDret*, 2004, 4.
- Huergo Lora, A. “Responsabilidad patrimonial por daños causados en la ejecución de contratos y concesiones administrativa. Situación actual y propuestas de mejora”. En *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 2023, núm. 30, pp. 6-30.
- Javato Martín, A.M. “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”. En *Revista Jurídica de Catilla y León*, 2011/23, pp. 145-172.
- Javato Martín, A.M., “El delito de desobediencia de funcionario”. En *Revista General del Derecho penal*, 2014/21, pp. 1698-1189.
- Leonardo Zorrilla, L.A. “La responsabilidad patrimonial de la administración como resultado de la anulación de un acto administrativo (a propósito de la STS, Sala 3ª, de 17 de febrero de 2015, Rec 2335/2012)”. En *Revista General de Derecho Administrativo*. Iustel, 2018, enero.
- Medina Alcoz, L. “A vueltas con la responsabilidad objetiva a propósito de la prisión provisional y el daño vacunal”. En Prieto Álvarez, T/Gracia Moreno Rodríguez, F. (dirs.). *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública: presente y retos*, pp. 59-81.
- Menéndez Sebastián, E.M. “La nueva administración en la gestión de los servicios públicos”. En Tolivar Alas, L./ Cueto Pérez, M. *La prestación de servicio sociosanitarios. Nuevo marco de la contratación pública*. Tirant lo Blanch, 2020, pp. 171-199.
- Muñoz Conde, F. *Derecho penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, 2023.
- Rodríguez Puerta, M.J. *El delito de cohecho: problemática jurídico penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, 1999.
- Soto Nieto, F. “La responsabilidad civil subsidiaria en el proceso penal contra los profesionales sanitarios”. *DS. Derecho y Salud*, 1996, vol, 4, N° 1, pp. 188-209.
- Surroca Costa, A. “La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones públicas”. En *ADC*, 2016, Tomo LXIX, fasc. I, pp. 99-151.
- Tolivar Alas, L. “La responsabilidad patrimonial del Estado-juez”. En Quintana López, T. (dir.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública*. Tirant lo Blanch, 2013, pp. 551-598.
- Torres López, M. A. “La responsabilidad patrimonial de la Administración penitenciaria”. En Quintana López, T./Carares Marcos, A. *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, Tomo I, cit., pp. 853-894.
- Valeije Álvarez, I. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. EDERSA, 1996.