

Consulta relativa al alcance de las funciones de las oficinas administrativas de supervisión de proyectos y de las responsabilidades de los funcionarios que prestan sus servicios en ellas o realizan funciones de supervisión.

De antecedentes resulta:

Primero.- El 8 de mayo de 2003, Don Juan Torres Cerezo, Director Técnico de la Confederación Hidrográfica del Tajo dirigió una carta a Don Rafael Fernández Simal, Secretario del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos que rezaba:

"Los Organismos de Cuenca en el marco de lo dispuesto en la Normativa de Contratación Administrativa vigente, tienen constituidas institucionalmente o de hecho, oficinas de supervisión de proyectos, que intervienen en los expedientes relativos a inversiones propias del Organismo y en los de las Empresas Estatales que les afectan.

Generalmente las oficinas de supervisión, por su carácter, dependen del Director Técnico, y en unos Organismos, existe un Jefe de la Oficina que es normalmente un Ingeniero de Caminos, y en otras directamente la responsabilidad inmediata recae sobre el propio Director Técnico, que firma los informes de supervisión.

Los funcionarios responsables, en algunos casos, como en el del autor del informe que acompaño, han manifestado dudas sobre el alcance de la responsabilidad de este acto, que proviene de la interpretación de la Normativa.

En efecto el artículo 136 del reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece las funciones de dichas oficinas, y aunque en el apartado 1. de dicho artículo, parece dibujarse los límites de las obligaciones de estas funciones, el Apartado 2, introduce, a juicio de algunos funcionarios una indefinición que podría llegar a hacer pensar que están obligados a analizar y pronunciarse sobre lo que constituye, no la forma, sino la sustancia del proyecto, es decir el diseño y los cálculos y dimensionamientos de las instalaciones proyectadas.

Esto implica que las Oficinas de Supervisión se constituyeran en responsables finales del proyecto. El Artículo 101 c de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, parece introducir aún confusión en la interpretación.

Es por esto, y con el fin de clarificar dicha

interpretación, facilitando a la Secretaría General Técnica del Ministerio, que se pronuncie de forma general al respecto, por lo que los Directores Técnicos de los Organismos de Cuenca, en la última reunión celebrada, acordamos dirigirnos al Colegio, suplicando que, si es posible, requieran de los Servicios Jurídicos de los que el Colegio dispone, un dictamen al efecto."

A la carta se acompañaba un informe sobre la supervisión de proyectos en el que, en síntesis, se afirmaba que la entrada de vigor del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas supuso en todo lo que se refiere a las materias de contratación y elaboración de proyectos y que la nueva legislación suscitaba dudas de interés para el personal que realizaba labores de supervisión de proyectos.

En concreto, decía el referido informe, se apreciaba que el artículo 136 del Reglamento General de la Ley de Contratos iba más allá de lo establecido en la Ley al establecer que las oficinas de supervisión de proyectos examinarían los estudios informativos, anteproyectos y proyectos de obra de su competencia, así como las modificaciones de los mismos, recabando las aclaraciones, ampliaciones de datos o estudios, o rectificaciones que crean oportunas y exigiendo la subsanación o subsanando por sí mismas los defectos observados. "Parece pues con esta acotación ir mucho más allá de lo articulado por la Ley y en consecuencia, las unidades de supervisión de proyecto no deberán limitarse a comprobar que se ha empleado una normativa técnica que esté vigente, sino que deben comprobar que su uso es correcto y está libre de errores en su aplicación en los cálculos del proyecto. (.../...) La supervisión de proyectos, realizada en profundidad, equivale a volver a realizar uno por uno todos los cálculos... La Administración en general no posee, ni está en condiciones, de poseer en un plazo corto los antedichos medios...". Pasaba revista a las labores que había que desarrollar en relación con los anejos de topografía, hidrológicos, de expropiaciones, estudio de impacto ambiental, seguridad y salud y de justificación de precios. Se interrogaba, a la luz del artículo 211.2 de la Ley de Contratos, que establece que el contratista es el responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolla, si, en caso de siniestro producido por errores, omisiones o métodos inadecuados, si era responsable el funcionario de la Administración cuando figuraba como director del contrato; si lo era también cuando actuaba como supervisor del proyecto y cuál era el alcance de dicha responsabilidad.

Continuaba el informe preguntándose si el supervisor del proyecto debía comprobar preceptivamente la competencia del técnico autor del proyecto; si podía redactar los proyectos determinados facultativos que poseen un determinado título académico, pero ingresan en la Administración con otra especialización; si determinadas actuaciones relativas a los canales de navegación y riego y análogas sólo podían ser redactadas por los funcionarios del Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos; y, por último, si el tenor del artículo 137 del Reglamento de la Ley de Contratos obligaba a examinar todas las ofertas de los licitadores.

Consulta

El Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos ha dado traslado de la documentación expresada en antecedentes al infrascrito y solicitado dictamen sobre las cuestiones expuestas y que se ciñen a determinar el alcance de la intervención y actuación de las oficinas de supervisión de proyectos y la responsabilidad en que pueden incurrir los funcionarios que prestan sus servicios en dichas oficinas o realizando tareas de esa naturaleza.

Expuesto lo que antecede, el Letrado que suscribe formula las siguientes

Consideraciones

I

Sobre las oficinas de supervisión de proyectos

y el alcance de sus funciones

La primera cuestión que debe abordarse es la atinente a la obligatoriedad de establecer oficinas de supervisión de proyectos y la determinación del alcance y actuación de dichas oficinas y de los funcionarios que prestan sus servicios en ellas o realizan tareas de esa naturaleza.

1. El contrato administrativo de obras se perfecciona por la adjudicación, tras seguirse un procedimiento administrativo específico, que tiene dos finalidades: de una parte, la definición de la obra a ejecutar y, de otro, la verificación de que existen fondos con que afrontar el proyecto, el establecimiento del régimen jurídico del contrato y la selección del contratista. La primera finalidad se alcanza con la redacción, comprobación y aprobación del proyecto y la segunda se asegura mediante el denominado expediente de contratación.

La definición de la obra se realiza mediante la redacción del proyecto que, en principio, es una operación estrictamente técnica. Unas veces, la redacción del proyecto la realiza la propia Administración a través de sus servicios administrativos propios; otras veces, se encomienda a un tercero mediante un contrato de asistencia y consultoría. Elaborado el proyecto, corresponde al órgano de contratación su aprobación, si bien, en ocasiones, dicha aprobación debe ir precedida de una previa supervisión.

La función de la supervisión de los proyectos de obras tiene en la vigente legislación de contratos un acusado valor. Y es que, junto con la elaboración de instrucciones técnicas obligatorias, su propia existencia está encaminada a garantizar la debida armonización en las obras y a asegurar la máxima fiabilidad técnica en la elaboración del proyecto y en la ejecución de los trabajos. En tal sentido, lo ha señalado el Consejo de Estado al afirmar que "resulta esencial extremar el celo de la Administración contratante a la hora de elaborar y supervisar los proyectos de obras, así como al efectuar el replanteo previo y la comprobación del replanteo, actos encaminados a verificar el ajuste de las previsiones del proyecto a la realidad física de los terrenos sobre los que deberá ejecutarse la obra, evitando así cualquier contingencia sobrevenida" (*Dictamen del Consejo de Estado 143/1994, de 12 de mayo*).

2. La regulación de la supervisión de proyectos está contenida en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el Reglamento general dictado para su ejecución. Las cuestiones objeto de consulta deben

dilucidarse a la luz de las previsiones contenidas en dichas disposiciones.

3. El artículo 128 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 18 de junio, previene:

"Antes de la aprobación del proyecto, cuando su cuantía sea igual o superior a 300.506,05 euros, los órganos de contratación deberán solicitar un informe de las correspondientes oficinas o unidades de supervisión de proyectos encargadas de verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica, que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto. La responsabilidad por la aplicación incorrecta de las mismas en los diferentes estudios y cálculos se exigirá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 124.5. En los proyectos de cuantía inferior a la señalada, el informe tendrá carácter facultativo, salvo que se trate de obras que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra, en cuyos supuestos el informe de supervisión será igualmente preceptivo".

El desarrollo de este precepto legal está contenido en los artículos 135, 136 y 137 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que rezan:

Artículo 135. Oficinas o unidades de supervisión de proyectos. -

1. Los Departamentos ministeriales que tengan a su cargo la realización de obras deberán establecer oficinas o unidades de supervisión de proyectos a los efectos previstos en el artículo 128 de la Ley y en los artículos 136 y 137 de este Reglamento.

2. Cuando por el escaso volumen e importancia de las obras a realizar no se juzgue necesario el establecimiento de oficinas o unidades de supervisión el titular del Departamento podrá acordar que las funciones de supervisión sean ejercidas por la oficina o unidad del Departamento que, por razón de la especialidad de su cometido, resulte más idónea a la naturaleza de las obras.

3. Los proyectos de obras que elaboren los Organismos Autónomos, Entidades gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales deberán ser supervisados por la oficina o unidad del Departamento ministerial del que dependan, salvo que tuvieran establecida una oficina o unidad propia de supervisión".

Artículo 136. Funciones de las oficinas o unidades de supervisión de proyectos.-

1. Las oficinas o unidades de supervisión de proyectos tendrán las siguientes funciones:

a) Verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto.

b) Proponer al órgano de contratación criterios y orientaciones de carácter técnico para su inclusión, en su caso, en la norma o instrucción correspondiente.

c) Examinar que los precios de los materiales y de las unidades de obra son los adecuados para la ejecución del contrato en la previsión establecida en el artículo 14.1 de la Ley.

d) Verificar que el proyecto contiene el estudio de seguridad y salud o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud.

e) Las demás funciones que les encomienden los titulares de los Departamentos ministeriales.

2. Cuando no estén encomendadas a otros órganos administrativos por los titulares de los Departamentos ministeriales, las oficinas de supervisión de proyectos examinarán los estudios informativos, anteproyectos y proyectos de obra de su competencia, así como las modificaciones de los mismos, recabando las aclaraciones, ampliaciones de datos o estudios, o rectificaciones que crean oportunas, exigiendo la subsanación o subsanando por sí mismas los defectos observados.

3. Las oficinas o unidades de supervisión harán declaración expresa en sus informes de que el estudio informativo, anteproyecto o proyecto, cuya aprobación o modificación propone, reúne cuantos requisitos son exigidos por la Ley y por este Reglamento, declaración que será recogida en la resolución de aprobación.

4. El informe que deben emitir las oficinas o unidades de supervisión de proyectos deberá serlo en el plazo máximo de un mes, salvo que por las características del proyecto se requiera otro mayor, contado a partir de la recepción del proyecto, una vez subsanados, en su caso, los defectos advertidos, y habrá de incorporarse al expediente

respectivo como documento integrante del mismo.

Artículo 137. Supervisión de proyectos.-

Será preceptivo, antes de la adjudicación del contrato, el informe de la oficina de supervisión de proyectos cuando se admitan variantes propuestas por el posible adjudicatario en relación a los proyectos aprobados por la Administración, cualquiera que sea la cuantía del contrato".

4. A la vista de la transcrita regulación legal, debe señalarse en primer término que la existencia de oficinas de supervisión de proyectos no tiene formalmente carácter obligado por ministerio de la ley, aunque su función se considere primordial. Frente a lo establecido en el artículo 23 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, que exigía la existencia de dichas oficinas de supervisión de proyectos, el vigente texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas no impone su existencia. Lo hace, sin embargo, el reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas en su artículo 135.1, al prevenir que

"los Departamentos ministeriales que tengan a su cargo la realización de obras deberán establecer oficinas o unidades de supervisión de proyectos a los efectos previstos en el artículo 128 de la Ley y en los artículos 136 y 137 de este Reglamento".

Ahora bien, la exigencia de establecer oficinas de supervisión de proyectos no es absoluta, por cuanto el número 2 del mismo artículo 135 previene que no será preciso hacerlo *"cuando por el escaso volumen e importancia de las obras a realizar no se juzgue necesario"*. En otros términos, la existencia de oficinas de supervisión de proyectos, en cuanto órganos administrativos diferenciados, queda comprendida dentro del margen de autoorganización administrativa.

Las Administraciones públicas pueden decidir, no libérrimamente sino interpretando los conceptos jurídicos indeterminados *"escaso volumen e importancia de las obras"*, la creación de oficinas de supervisión de proyectos. Ahora bien, pese a la invocación de los referidos conceptos como argumento *de contrario*, no cabe sostener que los interesados puedan exigir a la Administración su creación. Y es que lo indeterminado de las nociones *"escaso volumen e importancia de las obras"* deja tan amplio margen a la Administración sobre si resulta o no procedente su creación, que no es dable controlar, *de facto*, tal actuación por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Lo que sí debe existir en todo caso es la función supervisora (Reglamento, artículo 135.2), aunque no exista como tal órgano la oficina de supervisión. La norma reglamentaria previene, como se ha indicado, que, faltando dicha oficina, el titular del Departamento puede acordar que las funciones sean ejercidas por la oficina o unidad que, por razón de la especialidad de su cometido, resulte más idónea a la naturaleza de las obras. En otros términos, supervisión debe existir siempre -salvo en los casos exceptuados por la ley-, aunque no exista oficina de supervisión. No es dable

suprimir la función.

5. El tan citado artículo 135 del Reglamento establece que:

"3. Los proyectos de obras que elaboren los Organismos Autónomos, Entidades gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales deberán ser supervisados por la oficina o unidad del Departamento ministerial del que dependan, salvo que tuvieran establecida una oficina o unidad propia de supervisión"

En aplicación de este precepto, pueden apreciarse diversas situaciones, a saber:

a) Que exista oficina de supervisión de proyectos en el Departamento ministerial al que esté adscrito el organismo autónomo y también en éste; en tal caso, las labores de supervisión deberán ser desarrolladas por la oficina del organismo autónomo.

b) Que exista oficina de supervisión de proyectos en el Departamento ministerial al que esté adscrito el organismo autónomo pero no en éste; en tal caso, las labores de supervisión deberán ser desarrolladas por la oficina del departamento ministerial, sin que sea dable encomendar tales labores a funcionarios del referido organismo, por cuanto la función supervisora debe ser ejercida por la correspondiente oficina si existe; en otros términos, no cabría, en tal caso, hacer uso de la previsión contenida en el número 2 del precepto.

c) Que no exista oficina de supervisión de proyectos en el Departamento ministerial al que esté adscrito el organismo autónomo ni tampoco en éste; en tal caso, las labores de supervisión deberán ser desarrolladas por la oficina o unidad del departamento ministerial que, por razón de la especialidad de su cometido, resulte más idónea a la naturaleza de las obras. No pueden desempeñar tales labores las oficinas o unidades que, aun cuando por razón de la especialidad de su cometido, resulten más idóneas a la naturaleza de las obras, formen parte del organismo autónomo. Y ello por cuanto el tenor del artículo 135.3 del Reglamento encomienda el ejercicio de la función al Departamento ministerial del que dependan, salvo que exista *"oficina o unidad propia de supervisión"*; esto es, órgano administrativo específico. En otros términos, y aplicado lo expuesto a la consulta suscitada, no resulta conforme a derecho que las funciones de supervisión de proyectos en las Confederaciones Hidrográficas sean desarrolladas por unidades, que no son formalmente oficinas de supervisión. Tales labores han de ser ejercidas por los órganos correspondientes del Ministerio de Medioambiente.

6. El informe de las oficinas de supervisión de proyectos no es obligatorio en todos los casos. Frente a lo que ocurría en el Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975 que imponía su preceptividad general, hasta el extremo de que su falta determinaba que no se pudiera proceder a la fiscalización previa del gasto contractual en tanto

dicho informe no se incorporase al expediente (Reglamento General de Contratación, artículo 77), la vigente Ley y su reglamento lo imponen obligatoriamente en algunos casos y no en otros.

Con base en lo establecido en el artículo 128 de la Ley, se puede afirmar:

a) Por razón de la cuantía, es preceptivo el informe cuando el proyecto sea igual o superior a 300.506,00 euros, cualquiera que sea la naturaleza de la obra.

b) Por razón de la materia o del objeto de las obras, es precepto el informe cuando se trate de "obras que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra"; es decir, en el caso de proyectos accesorios del principal o a partes delimitadas de éste.

c) Por razón de la naturaleza del contrato, cualquiera que sea su cuantía, el informe es preceptivo en todo caso cuando se trata de contratos mixtos de elaboración de proyectos y ejecución de obra, según se deduce del artículo 125.3 de la Ley.

ch) Por razón de la naturaleza del contrato, cualquiera que sea su cuantía, en los casos de elaboración de proyectos de obras, también resulta preceptivo el informe de supervisión. La Ley de Contratos de las Administraciones públicas no afirma expresamente esta regla, pero se deduce de una interpretación sistemática de su artículo 217. Según este precepto, el órgano de contratación es el que deber exigir la subsanación de los defectos, insuficiencias técnicas, errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios. No cabe que, en tales circunstancias, el órgano de contratación, que no es técnico, pudiera formular una opinión de rechazo técnico sin estar debida y previamente asesorado por el informe de la supervisión de proyectos. En tal sentido, se ha señalado que el artículo 217 es el que rige la responsabilidad del contratista en todos los supuestos a los que afecta la supervisión; así sucede en el caso del artículo 125.3, que se remite expresamente a él; e igualmente acontece con el artículo 128, que envía hasta el 124.5, el cual reenvía nuevamente al 217. No tendría sentido que la supervisión fuera preceptiva en todos los casos de elaboración de proyectos, menos en uno, que es el que exige un control más exhaustivo de la actividad del contratista. Además, el contenido del referido control previsto en el artículo 217 de la Ley es idéntico al consignado en el artículo 128 como objeto de supervisión (JIMENEZ APARICIO, *Comentarios a la legislación de contratos de las Administraciones públicas*, Madrid, 2002, pág. 1006).

d) Es preceptivo, en fin, el informe, en los casos de modificación de contratos de obras incluidos en el artículo 101.3 de la Ley, informe que versará sobre la adecuación de la modificación propuesta. Los casos de modificaciones contractuales son dos: las modificaciones iguales o superiores al 10% del precio del contrato cuando éste sea igual o superior a 6.010.121,04 euros y las modificaciones consistentes en sustitución de unidades de obra por otras nuevas o no previstas que afecten al 30% o más del precio del contrato cuando éste sea de la cuantía indicada igual o superior a

6.010.121,04 euros, con exclusión del IVA.

e) En todos los demás casos, el informe de la oficina supervisora es meramente facultativo.

Debe señalarse además que la previsión contenida en el artículo 137 del Reglamento, que establece la obligatoriedad del informe de supervisión, cualquiera que sea la cuantía del contrato, cuando se trate de admitir variantes propuestas por el posible adjudicatario en relación a los proyectos aprobados por la Administración, en el inciso citado de "*cualquiera que sea la cuantía del contrato*", carece de fundamento legal y puede estimarse *ultra vires*.

7. Como se ha indicado, la aprobación del proyecto corresponde al órgano de contratación, debiendo dicha aprobación ir precedida, en algunos casos, de una previa supervisión.

Los informes de supervisión no son puramente técnicos, ya que deben contener una valoración jurídica, en la medida en que han de pronunciarse sobre si el proyecto define una obra inmobiliaria, si ésta es una obra completa y si aparece debidamente justificada en sus soluciones técnicas, representada gráficamente, descrita en su proceso de ejecución y valorada económicamente de forma adecuada, a la vista de los documentos que integran el proyecto (JURISTO SANCHEZ, R.; *El contrato de obra pública*, Madrid, 1997, pág. 108 y ss).

9. Respecto al valor del informe de supervisión, existen notables discrepancias doctrinales, ante la ausencia de un cuerpo jurisprudencial consolidado. La doctrina más tradicional afirma que, no obstante ser preceptivo, el informe de supervisión no es vinculante para el órgano de contratación (JURISTO SANCHEZ, R.; *El contrato de obra pública*, Madrid, 1997, pág. 108 y ss). Frente a este planteamiento, se levanta el más moderno (por todos, JIMENEZ APARICIO, *Comentarios a la legislación de contratos de las Administraciones públicas*, Madrid, 2002, pág. 1006), que sostiene la postura diametralmente opuesta: la de que el informe de supervisión es vinculante para el órgano de contratación. Esta interpretación funda su criterio en un análisis del artículo 136 del Reglamento, en los siguientes términos. El carácter vinculante de los informes de supervisión se desprende, según este criterio:

a) De apartado 1.a) del citado artículo 136, según el cual la primera de las funciones de las oficinas es examinar los estudios informativos, anteproyectos y proyectos de obra de su competencia así como sus modificaciones, recabando las aclaraciones, ampliaciones de datos o estudios, o rectificaciones que crean oportunas y exigiendo la subsanación o subsanando por sí mismas los defectos observados. Por lo tanto, esta plural potestad de verificación y advertencia, pero también de corrección o subsanación, hace del informe un elemento del que el órgano de contratación no puede separarse.

b) Del apartado 2 del mismo precepto, que, al establecer la

contrapartida de dichas facultades, las ciñe a hacer constar que el estudio informativo, anteproyecto o proyecto reúne expresamente los requisitos legales y reglamentarios, de forma que la unidad de supervisión propone la aprobación o modificación correspondientes.

c) De apartado 3, según el cual el informe de las oficinas o unidades de supervisión sólo se incorpora al expediente y forma parte de él, "una vez subsanados en su caso los defectos advertidos".

La opinión expuesta como más actual y general en la actualidad; esto es, la que establece el carácter vinculante de los informes de supervisión no parece adecuada, a juicio del Letrado informante. Y ello por un motivo: falta, tanto en la Ley como en el reglamento dictado en su desarrollo, la afirmación clara y categórica de que los referidos informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación. En consecuencia, ante la falta de previsión específica al efecto, resulta de aplicación el artículo 83.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que previene que "*salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes*".

Cosa distinta es que los informes de supervisión sean en la práctica observados y seguidos generalmente por los órganos de contratación, habida cuenta el carácter técnico de aquéllos y la falta de tal carácter en éstos. Y cosa distinta es también que, aceptados por el órgano de contratación, puedan ser obligatorios para el contratista. La obligatoriedad en este caso no deriva del propio carácter del informe, sino de su asunción por el órgano de contratación que tiene la facultad de imponer sus decisiones al adjudicatario.

10. Expuesto lo que antecede, procede determinar la naturaleza del informe de las oficinas de supervisión. Y ésta es clara: su propio nombre lo pone de manifiesto. Se trata de un informe, un dictamen; esto es una declaración de juicio, de carácter técnico, emitido por un órgano especializado o que ejerce funciones especializadas. Se trata de una opinión tendente a ilustrar sobre determinadas cuestiones a quien tiene la competencia para resolver. No forma parte de la decisión administrativa, incluso aunque sea vinculante para el órgano decisor (GARCIA TREVIJANO, *Los actos administrativos*, Madrid, 1986, pág. 315).

Salvo en específicos y contados casos, como el previsto en el artículo 320 del Código Penal, la actividad de informe o consulta, no hace responsable al órgano informante de la corrección o incorrección ni de la materia considerada, ni de la decisión que pudiese adoptarse por el órgano competente.

Los informes, como se ha señalado, pueden ejercer -y ejercen- una función de control (GONZALEZ-BERENGUER, "Sobre la actividad certificante de la Administración" en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, Madrid, 1962, pág. 228). Pero esa función de control no erige a quien la ejerce ni en autor de lo hecho, ni en corresponsable de lo actuado. También pueden ejercer una función certificante, acreditativa del cumplimiento de determinadas

condiciones. Pero tampoco, en este caso, dicha función certificante ha de reputarse como codecisora (MONTORO PUERTO, "Actos de certificación" en *Revista de Estudios de la Vida Local*, num. 162, junio de 1969, pág. 206 y ss.).

El informe de supervisión es una declaración de juicio sobre el proyecto elaborado. Ejerce, de facto y aún jurídicamente, una función de control y certificante sobre el proyecto considerado. Pero no se erige en elemento de la decisión. Aunque participe de la función de control, no constituye la decisión administrativa misma; y ello se produce aun cuando se sostenga su carácter vinculante.

Las consecuencias de la calificación del informe de supervisión como simple informe, esto es, como declaración de juicio sobre el proyecto considerado tiene consecuencias claras, a saber:

a) El funcionario que ejerce funciones de supervisión no se erige en coautor del proyecto.

b) El funcionario que ejerce funciones de supervisión no se erige en responsable del proyecto, sino de la labor de verificación del proyecto; y, por ende, no puede exigírsele responsabilidad por eventuales daños producidos a terceros a consecuencia de errores del proyecto. Dichas responsabilidades corresponden a su autor.

11. El artículo 136 del Reglamento establece el alcance y competencias de las oficinas de supervisión de proyectos y de la propia función, en los siguientes términos:

"1. Las oficinas o unidades de supervisión de proyectos tendrán las siguientes funciones:

a) Verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto.

b) Proponer al órgano de contratación criterios y orientaciones de carácter técnico para su inclusión, en su caso, en la norma o instrucción correspondiente.

c) Examinar que los precios de los materiales y de las unidades de obra son los adecuados para la ejecución del contrato en la previsión establecida en el artículo 14.1 de la Ley.

d) Verificar que el proyecto contiene el estudio de seguridad y salud o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud.

e) *Las demás funciones que les encomienden los titulares de los Departamentos ministeriales.*

2. *Cuando no estén encomendadas a otros órganos administrativos por los titulares de los Departamentos ministeriales, las oficinas de supervisión de proyectos examinarán los estudios informativos, anteproyectos y proyectos de obra de su competencia, así como las modificaciones de los mismos, recabando las aclaraciones, ampliaciones de datos o estudios, o rectificaciones que crean oportunas, exigiendo la subsanación o subsanando por sí mismas los defectos observados."*

Se suscita la cuestión de si dicha labor se ciñe al simple análisis formal, de cumplimiento de externo de las exigencias legales o reglamentarias, o, si por el contrario comporta la comprobación material de todos los cálculos y operaciones, de todos los extremos del proyecto.

Frente a lo que se sostiene en el informe consignado en antecedentes, la previsión reglamentaria no va más allá de la Ley. Y, en atención a ésta, es como debe interpretarse.

El artículo 128 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas atribuye a las oficinas o unidades supervisoras las de "verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica que resulte de aplicación para cada tipo de proyecto". La doctrina (JIMENEZ APARICIO, *op. cit.*, pág. 1009) ha puesto de manifiesto que dicha expresión es más amplia, pero menos intensa, que las de "examinar detenidamente" o "vigilar el cumplimiento de las normas reguladoras en la materia" que recogía la Ley de Contratos del Estado de 1965. Ello comporta que el alcance de la función supervisora se limite al ámbito formal; al examen y verificación del cumplimiento de los requisitos externos del proyecto. No se trata de rehacer el proyecto; de desmenuzarlo, examinando todos sus extremos, y homologarlo. Tales labores exceden de lo que es propio de un informe y no debe olvidarse que el de supervisión tiene tal carácter. Por consiguiente, las previsiones reglamentarias han de interpretarse a la vista de lo que establece la Ley y de la naturaleza del propio informe de supervisión.

Interesa especialmente señalar que el informe de supervisión, salvo en algún caso previsto en la legislación autonómica ya modificada, se ha equiparado por la legislación, la doctrina, la doctrina administrativa y la jurisprudencia al visado colegial. Así el Decreto 429/1971, de 11 de marzo, establecía que los proyectos relativos a obras de la Administración no se sometían al requisito del visado colegial sino al del informe de la oficina supervisora. En tal sentido, el artículo 2º de la citada norma preveía que "*los Colegios profesionales o, en su caso, las Oficinas de Supervisión de proyectos, de acuerdo con lo establecido en los artículos 73 y siguientes del Reglamento General de Contratación vendrán obligados a comprobar que han sido cumplidas las prescripciones establecidas en el artículo anterior*". En el mismo sentido, lo hacía el artículo 47 del Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio. Diversos autores (por todos, AROZAMENA SIERRA, "El visado de los

proyectos técnicos por los Colegios Profesionales", en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 48, pág. 29 y ss.), el Consejo de Estado (*Dictamen 2701/1995, de 7 de diciembre*), la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (de manera implícita, *Informe 12/2000, de 6 de julio*) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, *Sentencia de 12 de octubre de 1982*) han señalado la coincidencia de funciones y naturaleza entre una y otra figura.

Tal equiparación tiene consecuencias esclarecedoras. El visado es un acto de control, en cuya virtud el colegio profesional comprueba y acredita, en su caso, la normal adecuación de un trabajo a las disposiciones generales y corporativas que lo regulan (GALVEZ, *La organización de las profesiones tituladas*, Madrid, 2002, pág. 336). El visado verifica la concurrencia de determinados extremos, a saber: la identidad y habilitación facultativas del autor, la corrección, integridad formal y apariencia de viabilidad legal del trabajo y la observancia de las normas. Así las cosas, debe señalarse que el visado no es una simple operación de registro, de sellado; ni tampoco de legalización. Así lo puso de manifiesto el Tribunal Supremo ya en la sentencia de 30 de junio de 1980. Por registro, debe entenderse simple toma de razón. Por legalización, dar fuerza legal a un instrumento, tras realizar una operación de confrontación entre el proyecto y las normas que regulan su forma. En uno y en otro caso, no existen valoraciones funcionales. Por el contrario, frente al registro o la legalización, el visado implica una valoración funcional; un juicio sobre viabilidad y adecuación del objeto; es pues más que el simple registro o la legalización. Pero ello no constituye al visado en elemento conformador del propio proyecto, ni comporta que el Colegio asuma la corrección técnica de su contenido (GALVEZ, *La organización de las profesiones tituladas*, Madrid, 2002, pág. 340), ni en fin hace responsable a éste de posibles daños que pudieran derivarse de sus errores. Este criterio se ha visto contradicho por algunas, aisladas y esporádicas, sentencias dictadas por jueces de primera instancia que declararon la responsabilidad de los Colegios por actuaciones de visados. Pero han de considerarse erróneas.

La conclusión de lo expuesto es clara. Afirmada la equiparación del visado colegial y del informe de la oficina de supervisión de proyectos y ceñido el alcance de aquél a los términos antedichos, resulta que la responsabilidad de quien emite un informe de supervisión debe ser la misma que la del colegio profesional que visa un proyecto. Y, no existiendo en este caso por cuestiones sustantivas o materiales, tampoco debe existir cuando de supervisión se trata. Todo ello, sin perjuicio de que, en ocasiones, las oficinas de supervisión pueden realizar, en determinados casos, el control material de los proyectos examinados y verificar su corrección; no obstante, tampoco en este caso asumen el contenido del proyecto ni se hacen responsables de él.

12. En resumida síntesis, puede afirmarse que:

a) Las oficinas de supervisión realizan funciones de informe, control y certificación, primordialmente de carácter formal, del objeto y de los requisitos y condiciones técnicos de los proyectos.

b) Las oficinas de supervisión pueden realizar, en determinados casos, el control material de los proyectos examinados y verificar su corrección.

c) Las labores desarrolladas por las oficinas de supervisión de proyectos no comportan en modo alguno asunción de su autoría, ni su coparticipación a título de autores, de tal suerte que pueden no imputarseles las eventuales responsabilidades que se derivan del proyecto a los funcionarios que realizan las referidas labores.

II

Sobre la responsabilidad de los funcionarios

frente a los particulares

1. La segunda cuestión que debe analizarse es la atinente a la responsabilidad de los funcionarios que prestan sus servicios en las oficinas de supervisión de proyectos o realizan labores de esta índole.

En pura hipótesis, el funcionario citado puede incurrir en dos tipos de responsabilidad, a saber: una, la atinente a daños causados frente a particulares o terceros; y, otra, la relativa a daños causados a la propia Administración.

2. Procede, en primer término, analizar la eventual responsabilidad por daños causados por funcionarios encargados de labores de supervisión a terceros.

Ha quedado expuesto que la labor de supervisión de proyecto no hace ni al órgano supervisor, ni al funcionario que desarrolla funciones de supervisión en coautor del proyecto, de tal suerte que los daños que pudieren derivarse de omisiones o incorrecciones de proyecto son únicamente imputables a su autor y, en modo alguno, a los supervisores. Ello comporta que difícilmente serán concebibles los supuestos en que quepa exigir a esos responsabilidad alguna por dichos daños.

Ahora bien, sobre la base de que se considere inexacta la conclusión alcanzada en el número anterior y, no obstante lo expresado, se estimara que la oficina de supervisión de proyectos y los funcionarios intervinientes en el desempeño de tales labores se convierten en coautores de los proyectos o que pudieren apreciarse daños directamente derivados de la labor de supervisión, procede analizar el régimen de responsabilidad en que pudieren incurrir.

3. Quienes prestan sus servicios en las oficinas de supervisión de proyectos o realizan labores de esta índole lo hacen integrados en la estructura administrativa. Y, en ese sentido, con independencia de su condición de funcionarios de carrera, interinos o eventuales, o de personal laboral, todos merecen la calificación de agentes de la Administración. En otros términos, todos están comprendidos en el ámbito subjetivo del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. El régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración pública está establecido en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que previene:

"1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas".

Al interpretar dicho precepto legal, la doctrina administrativa (por todos, SANTAMARIA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, vol. II, pág. 280) y la jurisprudencia han señalado que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas posee tres rasgos fundamentales, a saber:

A) La responsabilidad patrimonial de la Administración posee carácter total, por cuanto cubre los daños producidos por la actuación de todos los poderes públicos.

B) La responsabilidad patrimonial de la Administración tiene carácter objetivo; esto es, nace con independencia de que la actividad dañosa se hubiera realizado mediando dolo o culpa (frente a la regla general contenida en el artículo 1902 del Código Civil) o de que dicha actividad sea legal o ilegal. Así lo establece el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al señalar que la responsabilidad se produce cuando sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y lo ha afirmado reiteradamente la jurisprudencia (*Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1994, 11 de febrero de 1995 y 5 de diciembre de 1997*). Todo ello sin perjuicio de algunas críticas doctrinales (PARADA VAZQUEZ, *Derecho administrativo*, vol. I, Madrid, 2000, pág. 652 y PANTALEON, "Los anteojos del civilista, hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas" en *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, Madrid, 1994).

C) Y, en lo que más interesa a los efectos de la presente consulta, la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene carácter directo y no subsidiario de la de sus autoridades y funcionarios. Así se deduce de lo expuesto en el artículo 145.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que reza:

"Para hacer efectiva la responsabilidad a que se refiere el Capítulo I de este Título, 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"

5. El carácter directo de la responsabilidad tiene como consecuencia que la acción sólo pueda ejercerse frente a la Administración y no frente a las autoridades y funcionarios.

En efecto, los daños indemnizables son causados, en todo caso, por la actuación de las personas físicas que sirven a la Administración ya que ésta, en cuanto persona jurídica carece objetivamente de toda posibilidad de acción en el mundo de la realidad física. Pero, pese a que el daño se cause por una autoridad o funcionario, la acción de responsabilidad debe formularse necesariamente frente a la Administración misma (SANTAMARIA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, 2002, vol. 2, pág. 282). No cabe ejercerla frente a sus servidores. Así lo establece el artículo 145.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre antes transcrito.

El deber de indemnizar los daños recae pues sobre la Administración, sin que sea dable exigir responsabilidad económica alguna directamente contra el funcionario responsable del servicio. La opción del lesionado de dirigirse directa y personalmente contra el funcionario culpable hay que excluirla, puesto que ya no es posible. Y ello por cuanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sólo contempla la responsabilidad de la Administración (MARTIN REBOLLO, *Leyes administrativas*, Pamplona, 2002, pág.520).

Además, la exposición de motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, señaló expresamente que desaparecía toda referencia a la responsabilidad civil del funcionario en relación con el artículo 146 "clarificando el régimen instaurado por la Ley 30/1992, de exigencia directa de responsabilidad de la Administración". En concordancia con ello, dicha Ley 4/1999, de 13 de enero, derogó la vieja Ley de 5 de abril de 1904, relativa a la responsabilidad civil de los funcionarios que, no obstante su teórica vigencia, había caído completamente en desuso puesto que, para poder demandar civilmente a un funcionario, esta Ley exigía, entre otras cosas, declaración judicial previa de la existencia de una infracción legal y una reclamación por escrito de la observación del precepto infringido.

Así pues, la situación está hoy clarificada en el sentido de que, conforme al criterio doctrinal mayoritario sostenido desde 1992 (por todos, GARCIA DE ENTERRIA, *Curso de Derecho administrativo*, tomo II, pág. 392) no cabe ya la demanda civil contra el funcionario por eventuales daños producidos en el ejercicio de su cargo. Esta solución se ve también ratificada por la nueva redacción dada al artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley 6/1998, de 13 de julio.

Interesa llamar la atención sobre el hecho de que, sólo estableciendo la responsabilidad directa de la Administración pública y no la del funcionario actuante, tiene sentido la derogación del artículo 43 de la vieja Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957. Y es que, conforme a este último precepto, "los particulares (podían) también exigir a las autoridades y funcionarios ... el resarcimiento de los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan irrogado por culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos". Esto es, este precepto permitía que, sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario, el dañado pudiera optar

por dirigirse civil y personalmente contra el funcionario responsable, pero sólo en el caso de que hubiera mediado culpa o negligencia grave. La derogación del precepto y la inexistencia de otro similar en la Ley 30/1992, conduciría a que, de admitirse la opción de la demanda civil contra el funcionario, éste respondiera no sólo por culpa o negligencia graves, sino también por culpa o negligencia leve en los términos previstos en el Código Civil. Y ello no sería lógico en el sentido siguiente: El artículo 145.2 exige a la Administración dirigirse contra el funcionario responsable de daños causados a terceros, por dolo o negligencia grave, a fin de resarcirse de la indemnización pagada por aquélla. De admitirse que el dañado pudiera dirigirse contra el funcionario resultaría que éste respondería más intensamente frente al perjudicado que frente a la Administración en vía de regreso, porque, en la vía prevista en el citado artículo 145.2, es condición de ejercicio de la misma la existencia de dolo o culpa o negligencia graves del funcionario.

La lógica de la solución legal expuesta va, por lo demás, en la línea de garantizar al mismo tiempo la indemnización del dañado, pues la Administración responde en todo caso cubriendo siempre la actividad del funcionario, y de proteger al funcionario, para que sólo responda personalmente en los casos de culpa grave y en vía de regreso que, desde 1999, resulta obligada.

Por otra parte, como ha quedado señalado, una vez abonada la indemnización por la Administración, ésta puede ejercer una acción de repetición contra aquéllos de sus agentes a quienes fuere imputable la comisión del daño, siempre que hubiere concurrido dolo, culpa o negligencia grave en su conducta (Ley 30/1992, artículo 145.2). Esta acción es obligatoria según establece la Ley 30/1992, al decir que la Administración "exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieren incurrido". No obstante, debe señalarse que tal acción no viene siendo ejercida por la Administración en la mayoría de las ocasiones.

6. La acción en solicitud de indemnización por daños y perjuicios sólo se puede deducir frente a la Administración a través del procedimiento legalmente establecido en el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

La resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial que adopte la Administración, tras seguir el procedimiento correspondiente, es fiscalizable exclusivamente por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, con independencia de que la obligación indemnizatoria surja en el seno de relaciones de derecho administrativo o de otra índole.

En efecto, interesa señalar que, consecuencia de que no se puedan ejercer acciones por los particulares directamente encaminadas a obtener un resarcimiento contra las autoridades y funcionarios por los particulares sino que deban dirigirse contra la Administración, es que sólo la jurisdicción contencioso-administrativa sea la competente para conocer de las

reclamaciones de daños y perjuicios que pudieren formularse a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Esta atribución exclusiva al orden contencioso-administrativo ha sido fruto de una azarosa evolución que, aun cuando excede del objeto de la presente consulta, conviene resumir muy sucintamente para explicar situaciones ya pasadas o en trance de hacerlo.

La atribución exclusiva de las cuestiones de responsabilidad a la jurisdicción contencioso-administrativa se estableció en el artículo 128 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y 3.b) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956. Sin embargo, tal atribución no se consolidó, puesto que el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 reinstauró la pluralidad jurisdiccional al establecer que, "cuando el Estado actúe en relaciones de derecho privado, la responsabilidad habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios".

Al amparo de esta previsión, entre 1957 y 1998, se mantuvo un sistema de pluralidad competencial de órdenes jurisdiccionales, cada uno de los cuales mantuvo, con celo inusual, su ámbito de aplicación, hasta el punto de admitir pacíficamente reclamaciones que sólo muy discutiblemente podían considerarse como propias de la respectiva rama del derecho. Además, dicha pluralidad de órdenes jurisdiccionales competentes permitió además que, por los reclamantes, se formularan, al mismo tiempo, reclamaciones contra las autoridades y funcionarios, exigiendo su responsabilidad personal por las actuaciones desarrolladas y causantes de los daños, y contra la Administración, bien ante los tribunales ordinarios, bien ante los tribunales contencioso-administrativos, en busca de resoluciones favorables a sus intereses. Así fue frecuentísimo que se ejercieran acciones civiles de responsabilidad directamente contra los funcionarios actuantes ante los tribunales ordinarios y, al tiempo, contra la Administración, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por los mismos hechos. Esta situación se hizo especialmente presente en el ámbito sanitario, en donde, al tiempo, se ejercían acciones civiles contra los facultativos de la Seguridad Social ante los tribunales ordinarios y se formulaban demandas de responsabilidad patrimonial frente al INSALUD en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, quiso resolver la cuestión, afirmando que sólo podía exigirse la responsabilidad de la Administración, y no del funcionario, pero no acertó a resolver el problema. El Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial fue más lejos, disponiendo con claridad que las reclamaciones por daños sólo podían deducirse ante las Administraciones públicas y que las resoluciones en esa materia serían "susceptibles únicamente de recurso contencioso-administrativo, cualquiera que fuera el tipo de relación, pública o privada, de que deriven". Pero, como se ha señalado (SANTAMARIA, pág. 504), el reglamento citado carecía de toda fuerza para incidir en el régimen definidor de la responsabilidad y de la competencia de los tribunales, puesto que es una materia reservada a la Ley.

Así las cosas, el problema se suscitó en el seno de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, la cual, en sus Autos de 7 de julio y 27 de octubre de 1994, se pronunció terminantemente en el sentido de que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la competencia exclusiva para conocer de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial había quedado confiada a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta doctrina, sin embargo, no fue acatada, asombrosamente, por las Salas 1ª, de lo Civil, y 4ª, de lo Social, del Tribunal Supremo, quienes, orillando lo que establecía la Ley y lo que decía el órgano judicial competente, siguieron aplicando el criterio tradicional de diversidad competencial y de dualidad de acciones, contra el funcionario y contra la Administración.

Para poner fin a la situación, fruto en gran medida de la rebeldía y contumacia en sus criterios de las Salas 1ª y 4ª del Tribunal Supremo, la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-administrativa, dispuso en su artículo 2.e), en tono inusualmente severo, que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es el competente para conocer de "la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social". Y, para ratificar dicho planteamiento, al mismo tiempo que se aprobaba la citada Ley 29/1998, de 13 de julio, se modificó el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, estableciendo que "los (juzgados y tribunales) del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas... Conocerán asimismo de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive", yendo, incluso, más allá, al establecer que "si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos sus pretensión ante este orden jurisdiccional".

En resumida síntesis de lo expuesto, los particulares no pueden demandar en vía civil a los funcionarios por daños sufridos a consecuencia de las labores desarrolladas en el ejercicio de sus cargos. Los tribunales de justicia deben rechazar, por incompetencia de jurisdicción, las demandas que pudieren presentarse en tal sentido. Los particulares que se consideren lesionados deben formular sus reclamaciones frente a la Administración pública quien resolverá tras seguir el correspondiente procedimiento; dicha resolución será impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Y, por otra parte, la Administración sólo podrá ejercer la acción de regreso contra los funcionarios si el daño causado lo ha sido por dolo o culpa o negligencia grave.

Es decir, los particulares no pueden demandar en vía civil a los funcionarios que desempeñan labores de supervisión de proyectos por daños sufridos a consecuencia de las labores desarrolladas en el ejercicio de sus cargos. Si se consideran dañados han de dirigirse contra la Administración.

7. Interesa destacar, por último, que la responsabilidad directa

de la Administración Pública en el caso de daños causados por sus funcionarios, unas veces, es asumida y abonada directamente por aquélla, quien decide tras tramitar el correspondiente procedimiento administrativo; y, en otras ocasiones, se concierta un seguro con una entidad privada en la que la entidad pública aparece como tomadora y asegurada.

La celebración de un contrato de seguro a fin de cubrir la responsabilidad patrimonial de la Administración pública es hoy cuestión pacífica y admisible en derecho. Frente al criterio sustentado por la Dirección General de Seguros que afirmó en una resolución de 26 de junio de 1996 que "no resulta posible concertar un contrato de seguro privado que cubra la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas", se ha extendido el criterio doctrinal, ratificado por la práctica administrativa, de que cabe concertarlo con tan específico objeto (por todos, HUERGO LORA, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2002, pág. 72 y ss. y MONTORO Y HILL PRADOS, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, Barcelona, 2002).

III

Sobre el ejercicio de la acción de regreso

por parte de la Administración

1. Ha quedado expuesto que el lesionado no puede dirigirse contra el funcionario causante de los daños; debe hacerlo directamente contra la Administración. Ahora bien, como también se ha expresado, una vez abonada la indemnización por la Administración, ésta debe ejercer una acción de repetición contra aquéllos de sus agentes a quienes fuere imputable la comisión del daño, siempre que hubiere concurrido dolo, culpa o negligencia grave en su conducta (Ley 30/1992, artículo 145.2). Esta acción es obligatoria según establece la Ley 30/1992, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, al decir que la Administración "exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieren incurrido". No obstante, debe señalarse que tal acción no viene siendo ejercida por la Administración en la mayoría de las ocasiones.

La Administración debe dirigirse contra el funcionario causante del daño; a tal fin, cuenta con una acción de regreso legalmente configurada. Ahora bien, el ejercicio de dicha acción de regreso no permite a la Administración reclamar al funcionario causante de los daños todos los que haya abonado al lesionado: han de tratarse de daños causados concurriendo dolo, culpa o negligencia grave.

Así pues, es preciso distinguir entre tres clases de daños, a saber: los causados por dolo, culpa o negligencia grave del funcionario actuante; los originados por culpa leve o levisima del funcionario y los producidos por simple riesgo.

Los daños causados por un funcionario que la Administración pública debe abonar pueden deberse a una actuación dolosa, culposa o negligente grave; por una actuación culposa leve o levisima o por simple riesgo. La Administración pública está obligada a indemnizar a los particulares todos los daños sufridos. Pero ésta no puede ejercer la acción de regreso para reembolsarse de todos los daños, sino sólo los relativos por dolo, culpa o negligencia grave del funcionario actuante.

La distinción indicada no es baladí. Y ello por cuanto la Administración sólo está obligada a ejercer la acción de regreso en el caso de los primeros. En efecto, si los daños ocasionados por la Administración fuesen imputables en todo caso a los funcionarios intervinientes y la Administración estuviera obligada siempre a ejercer contra ellos la acción de regreso, se produciría una natural reluctancia de aquéllos a actuar en los ámbitos más propicios a ocasionar dichos daños. Por ello, la Ley ha considerado preciso garantizar a los funcionarios un margen de negligencia excusable, dentro del cual pueden actuar sin responsabilidad personal, aún en

vía de regreso. Otras veces, se parte de la idea de que la Administración es una vasta organización impersonal en la que, a veces, resulta muy difícil localizar a quién es imputable la negligencia que ha ocasionado la irregularidad en el funcionamiento del servicio. Por eso, trabajosamente se ha construido la denominada *teoría de la falta del servicio*, que distingue entre irregularidades del servicio público de dos clases, a saber: una, la irregularidad separable (*faute détachable*), grave e imputable directa y personalmente al funcionario, que permite a la Administración pública ejercer la acción de regreso, y otra, la irregularidad anónima, impersonal, difícilmente localizable en funcionario concreto y predicable genéricamente del servicio o la irregularidad imputable, pero leve y justificable (*faute incluse* o falta del servicio), que debe ser asumida en todo caso por la Administración.

2. La Administración puede pues ejercer la acción de regreso contra el funcionario causante de los daños cuando éstos han sido causados por dolo, culpa o negligencia grave. En otro caso, debe asumir el coste de la reparación.

Por dolo debe entenderse intención, voluntad de hacer, "propósito consciente, intencionado" de causar un daño o eludir el cumplimiento de un deber (*Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1934*). Por culpa o negligencia grave, falta del más mínimo cuidado, omisión del deber de cuidado a todos exigibles, ausencia de la prudencia más general.

La limitación legal del presupuesto habilitante para que la Administración pueda ejercer la acción de regreso a los casos de dolo o culpa o negligencia grave, comporta que los daños originados por culpa leve o levisima del funcionario y los producidos por simple riesgo tengan que ser costeados por la Administración. Por culpa leve debe entenderse la omisión de la diligencia norma y por culpa levisima, la que sólo observan las personas más cuidadosas. Por riesgo, la situación de peligro que puede concretarse en un daño cuando dicho peligro no se ha creado de manera infundada.

En síntesis, los daños causados por un funcionario a un tercero y abonados por la Administración, sólo le pueden ser reclamados por ésta cuando se han provocado intencionadamente o faltando a las más mínimas reglas de cuidado, que denotan una ausencia completa o casi completa de atención. En tal sentido, es de señalar que esta responsabilidad se rige por la regla general, la del artículo 1902 del Código Civil, si bien interpretada de manera más restrictiva (MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo*, tomo II, Pamplona, 1999, pág. 426). Es decir, sólo en casos muy concretos y escasos, puede ejercer la acción de regreso la Administración.

La acción de regreso debe limitarse, por lo demás, al reintegro de los daños causados por dolo o culpa grave, de tal suerte que aquéllos coetáneos que pudieren haberse producido por culpa leve o levisima no son reintegrables.

3. El ejercicio de la acción de regreso se dilucida en vía administrativa y no en vía jurisdiccional civil. En otros términos, la Administración debe acordar la iniciación de un procedimiento administrativo

contra el funcionario a fin de ejercer la acción de regreso, sin necesidad de acudir ante los tribunales ordinarios para resarcirse de lo abonado. No existe un procedimiento específico en el ámbito de la Administración Civil para exigir el resarcimiento -frente a lo que ocurren en el ámbito de la Administración militar o Guardia Civil-, pero el seguido es análogo en cuanto a su tramitación. Una vez iniciado el procedimiento, debe notificarle la cantidad que se le reclama y los hechos de que trae causa tal reclamación para que el encartado pueda formular alegaciones y proponer las pruebas que considere de su interés. Practicadas éstas, le concede audiencia e, inmediatamente después, se formula la correspondiente propuesta de resolución. La resolución se dicta por el Ministro, en el caso de funcionarios de la Administración General del Estado, o por el presidente o director del organismo, si se trata de una entidad pública. Si se acordara la obligación del funcionario de resarcir a la Administración, éste debe abonar la cantidad debida en el plazo señalado en la resolución o, en su defecto, con arreglo a los términos establecidos en el Reglamento General de Recaudación. Si no lo hace efectivo dentro del término pertinente, la Administración puede acordar directamente el embargo de sus bienes.

IV

Sobre la responsabilidad subsidiaria de las

Administraciones Públicas en el caso de delitos cometidos

funcionarios en el ejercicio de sus cargos

1. El régimen de resarcimiento expuesto aparece presidido por la idea de la unificación de la responsabilidad administrativa y la responsabilidad del funcionario, de tal suerte que, frente al lesionado, ésta queda embebida en aquélla. El lesionado no puede dirigirse contra el funcionario. Ahora bien, queda al margen en la citada unificación la responsabilidad civil derivada de delito, que puede ser declarada con carácter subsidiario, respecto de la Administración, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 121 del Código Penal.

En efecto, para resarcirse de los daños que hubiere sufrido a consecuencia del actuar ilícito, el perjudicado por un delito cometido por un funcionario público puede optar entre dirigirse contra el propio funcionario, ejerciendo la acción penal y civil derivada del delito o falta, o bien dirigirse directamente contra la Administración. En otros términos, la posibilidad antes expuesta de que el lesionado no tiene posibilidad de accionar contra el funcionario público causante de los daños tiene un límite: el que la actuación del funcionario responsable sea constitutiva de delito o falta.

2. Es posible -y aún frecuente- que los lesionados por una actuación administrativa se dirijan directamente contra el funcionario en vía penal, al considerar que su actuación constituye un delito o falta. Al ejercer la acción penal, instan también la declaración de responsabilidad civil del acusado y, subsidiariamente, de la Administración. Prácticas de este tipo son frecuentes. Unas veces porque la actuación del funcionario actuante reviste *prima facie* caracteres de ilícito penal y otras muchas ocasiones, bien por cuanto los profesionales del foro desconocen las normas administrativas de la responsabilidad patrimonial, bien por cuanto existe la difundida idea -aunque no por ello cierta- de que la jurisdicción penal es más rápida y expeditiva para obtener una indemnización. En la mayoría de los casos, al ejercer acciones penales contra los funcionarios, no se busca tanto la sanción criminal cuanto obtener un resarcimiento de los daños. Se trata de un ejercicio desviado de la acción penal, que se aleja de los límites que le son propios, pero al que la práctica jurídica, la distorsión de las instituciones y el no siempre adecuado funcionamiento de los tribunales de justicia que la admiten han dado carta de naturaleza.

El ejercicio de acciones penales -y al tiempo civiles- contra los funcionarios por hechos cometidos en sus cargos está siempre a disposición de quienes se consideran perjudicados. En estos casos, los lesionados presentan denuncias o interponen querellas contra los funcionarios y, al tiempo,

solicitan cantidades económicas, en concepto de responsabilidad, a fin de indemnizarse de los daños que dicen haber sufrido.

3. Varias son las cuestiones de interés que, al socaire del tema expuesto, deben ser analizadas, a saber: la de si son admisibles dichas reclamaciones de responsabilidad frente al funcionario por daños que se consideran consecuencia de ilícitos penales; la atinente al procedimiento para exigir dicha responsabilidad; la atinente a la naturaleza de la responsabilidad de la Administración en estos casos; la de si puede Administración asumir directamente lo que es responsabilidad subsidiaria y, finalmente, la de si puede tramitarse un expediente administrativo de resarcimiento de los daños reclamados en vía penal al funcionario cuando todavía no se ha ultimado el proceso penal contra éste.

4. La primera de las cuestiones suscitadas, la de si son admisibles dichas reclamaciones de responsabilidad frente al funcionario por daños que se consideran consecuencia de ilícitos penales imputables a ellos ha de responderse afirmativamente. La doctrina, la doctrina administrativa (*Memoria del Consejo de Estado de 1999*, pág. 154) y la jurisprudencia han señalado que la jurisdicción penal es preferente a cualquier otra, de tal suerte que, pudiendo ejercerse, por imperativo del artículo 120 del Código Penal, la acción civil junto con la penal, es claro que instada ésta lo puede ser en toda su amplitud, incluso, la civil tendente al resarcimiento de los daños.

En tal sentido, se ha puesto de manifiesto que la Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no ha alterado el régimen tradicional en esta materia. Es más, un análisis de la legislación dictada en la última década pone de manifiesto la voluntad del Legislador de conservar tal posibilidad.

Así, en el proyecto de Código Penal de 1992, se estableció un sistema de responsabilidad patrimonial directa del Estado para el caso de delitos cometidos por los funcionarios. Dicho sistema, decía el proyecto, "habrá de exigirse directamente de la Administración responsable por el procedimiento establecido en su legislación propia". Se proponía así llevar a la vía administrativa y contencioso-administrativa la responsabilidad civil del Estado por delitos o faltas de los funcionarios. Se trataba de un proyecto que intentaba sintonizar al máximo con la regulación contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Frente a tal intento, se alzaron voces que se opusieron a la escisión entre el pronunciamiento penal y el estrictamente reparador y que rompía con el sistema tradicional, subrayando que la resolución conjunta e íntegra de las pretensiones civil y penal representa un alivio para la víctima. Si la unificación de régimen contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y antes expuesta, alcanzara a la responsabilidad civil derivada de delito, se decía, el perjudicado quedaría obligado a emprender un "peregrinaje" jurisdiccional cifrando sus esperanzas resarcitorias en el agotamiento de las vías administrativas y contencioso-administrativas, a parte del ejercicio de la acción penal; la Administración, se añadía, quedaría en situación de privilegio frente a otras personas y entidades que ostentasen la condición de responsables subsidiarios. Consecuencia de ello fue que el proyecto de Código Penal de 1994 volviera al sistema de responsabilidad subsidiaria de la Administración, "sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o

anormal de los servicios públicos", sistema que se mantendría en la versión finalmente aprobada del Código Penal. También en la legislación posterior, se refleja la renuncia del legislador a la unificación de la responsabilidad civil derivada del delito. Son significativos, en este sentido, los términos de la exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Tras aludir, en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración, a los "principios de su peculiar régimen jurídico" y a la unidad de procedimiento administrativo para su exigencia, se añade que "parece muy conveniente unificar la doctrina para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción contencioso-administrativa, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal". Esa misma línea es, en fin, la seguida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que remite la exigencia de responsabilidad derivada del delito a lo previsto en la "legislación correspondiente". Por todo ello, la práctica judicial, el Consejo de Estado y la doctrina vienen afirmando la posibilidad de que el lesionado pueda ejercer acciones penales y, conjuntamente, civiles resarcitorias contra quienes son, a su parecer, responsables de conductas criminales.

5. La segunda cuestión que debe analizarse es la del procedimiento a seguir para ejercer contra el funcionario la acción civil derivada de delito.

"Toda personal criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios", reza el artículo 116 del Código Penal. Este precepto atribuye al perjudicado por un delito, además de la acción penal, otra, de carácter civil, tendente a obtener la reparación del daño sufrido.

Las acciones penal y civil derivada de delito pueden ejercerse conjuntamente, esto es, al tiempo, de tal suerte que el Tribunal penal decide sobre la responsabilidad penal y, caso de apreciarla, fija el importe de la responsabilidad civil. Pero también, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 111), el perjudicado por un delito puede reservarse expresamente el ejercicio de la acción civil a fin de ejercerla separadamente ante los tribunales ordinarios, después de terminado el juicio criminal.

El régimen indicado no sufre modificación alguna por el hecho de que el acusado sea funcionario público por actuaciones cometidas con ocasión del ejercicio de su función y los daños reclamados consecuencia de su hacer. El lesionado puede ejercer contra el funcionario conjuntamente las acciones penal y civil derivada de delito. Puede, también, reservarse expresamente el ejercicio de la acción civil y, una vez terminado el proceso penal y declarada la responsabilidad criminal del funcionario, accionar contra él civilmente ante los tribunales ordinarios. Se trata del único caso en que se puede demandar a un funcionario por daños causados con ocasión de su actuación y en el que no hay que dirigirse, imperativamente, contra la Administración -que es la regla general como se ha expuesto antes-.

En estos casos, la querrela se encamina contra el funcionario y

contra la Administración que, como se verá, es responsable subsidiaria de los daños causados por aquél conforme al artículo 121 del Código Penal.

Interesa destacar, por último, que la responsabilidad civil del funcionario por los daños causados con ocasión de la comisión de un delito se rige por las previsiones del Código Civil y no por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de tal suerte que los presupuestos, requisitos, condiciones y alcance deben determinarse con arreglo a las reglas de la culpa extracontractual civil.

6. Otra cuestión a abordar es la atinente a la naturaleza de la responsabilidad de la Administración en los casos en que se ejercen acciones penales y civiles contra los funcionarios, por actuaciones realizadas en el ejercicio de su cargo.

El artículo 121 del Código Penal previene que:

"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 fueren autoridad, agentes y contratistas de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia 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 de indemnizaciones".

Con base en este precepto, en los procesos penales iniciados contra funcionarios por hechos cometidos en el ejercicio de sus cargos, las Administraciones públicas intervienen en las actuaciones como responsables civiles subsidiarios, con lo que ello comporta. Es decir, sólo abonan las indemnizaciones en el caso de que el patrimonio del condenado resulte insuficiente, de tal suerte que la situación del funcionario resulta desalentadora. Sin embargo, es preciso hacer alguna matización.

Antes de la entrada en vigor del vigente Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, la norma aplicada para establecer la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de los delitos y las faltas cometidos por los funcionarios públicos era el artículo 22 del Código Penal de 1973. El párrafo primero del citado artículo extendía la responsabilidad civil subsidiaria 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 servicio".

Aunque el artículo no fuera muy preciso en relación con la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas, la jurisprudencia

había subsanado esa falta de precisión mediante una interpretación que, progresivamente, fue tiñendo la responsabilidad subsidiaria del artículo 22 de cierto "objetivismo", sin llegar a considerarla enteramente objetiva, de tal suerte que, sin necesidad de agotar el patrimonio del condenado, la Administración asumía el pago de las indemnizaciones fijadas. Esta interpretación, vinculada a la noción de insolvencia funcional -es insolvente quien no puede pagar una indemnización habida cuenta su importe aunque disponga de algunos bienes-, tuvo como una de sus finalidades dar seguridad a los perjudicados por la infracción penal. Así, en un principio, se acudió a los conceptos de *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*, después se fueron matizando y se situó el fundamento más sólido de la responsabilidad en el riesgo -según el aforismo *cuius commoda, eius incommoda*-.

Durante algún tiempo, antes de la promulgación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y tras la entrada en vigor de ésta, se llegó a cuestionar la vigencia del artículo 22 del Código Penal, siendo confirmada tal vigencia por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que lo continuó aplicando "por estimar que la Ley 30/1992 no empece la declaración de responsabilidad civil subsidiaria derivada de un hecho delictivo en el procedimiento penal" (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 1996*) -una interpretación extensiva es aquí posible, al tratarse de una norma civil pese a su ubicación en el Código Penal-.

Tras la promulgación del vigente Código Penal, la situación no ha cambiado, aunque tal afirmación no es del todo pacífica. En efecto, de la lectura del artículo 121 del Código Penal actual, antes transcrito, y de su confrontación con el artículo 22 del antiguo Código Penal de 1973, se observa que el texto vigente hace referencia a los delitos dolosos o culposos, con lo que quedaría excluida la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración cuando de faltas se trate. La omisión de toda referencia a las faltas se ha interpretado como un intento del legislador de evitar que se fuerce la responsabilidad penal para calificar un hecho como falta con la única finalidad de que sea declarada la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, como se ha hecho en algún caso muy conocido (caso Colza), puesto que ello debería lograrse mediante mecanismos ágiles de indemnización estatal de los daños por funcionamiento de los servicios públicos que hagan innecesario acudir a la vía penal.

No obstante, la jurisprudencia no se ha atenido al tenor literal del precepto, llevando a cabo una interpretación del mismo orientada a admitir la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones públicas aun cuando el funcionario no hubiera cometido sino una falta: línea jurisprudencial iniciada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1997 y seguida más tarde por otras (*Sentencias de 26 de septiembre y 24 de octubre de 1997*).

Así pues, conforme al artículo 121 del Código Penal, se mantiene el carácter subsidiario de la responsabilidad de la Administración pública, pero sin perjuicio de la derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, exigible conforme a las normas del procedimiento administrativo, con lo que deja al perjudicado, como se ha señalado, la opción de exigir la responsabilidad de la Administración en el proceso penal -responsabilidad subsidiaria- o en vía administrativa -responsabilidad directa.

Por otra parte, se exige en el repetido artículo 121, para que proceda declarar la responsabilidad subsidiaria que en él se contempla, que los daños causados por personal al servicio de la Administración lo sean "en el ejercicio de sus cargos o funciones" y que la lesión "sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados", expresión ésta de mayor amplitud que la utilizada por el proyecto de Código Penal de 1994 y que exigía que resultara probada la relación directa y exclusiva entre la conducta del responsable penal y el servicio público de que se trate.

7. Tema que debe examinarse es la atinente a si puede tramitarse un expediente administrativo de resarcimiento de los daños reclamados en vía penal al funcionario cuando todavía no se ha ultimado el proceso penal contra éste.

A la vista de cuanto ha quedado señalado, quien ha resultado perjudicado por un delito tiene, en principio, dos posibilidades. Puede optar, en primer lugar, por dirigirse directamente a la Administración, solicitando que ésta declare la existencia de una responsabilidad directa, derivada del funcionamiento de los servicios públicos con arreglo a lo establecido en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Y puede, en segundo término, exigir la responsabilidad directa del responsable criminal y la declaración de responsabilidad subsidiaria de la Administración, por considerar que se da el supuesto contemplado en el artículo 121 del Código Penal.

De acuerdo con el artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las acciones que nacen de delito o falta pueden ejercitarse conjunta o separadamente; pero, mientras estuviera pendiente la acción penal, no se ejercitará acción civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme. Por su parte, el artículo 114 de la misma Ley dispone que, promovido juicio criminal en averiguación de delito o falta, no puede seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndose, si lo hubiere, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en causa criminal.

Así las cosas, lo que se suscita es si, iniciado un proceso penal contra un funcionario, se puede tramitar un procedimiento administrativo tendente a declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública o si, por el contrario, éste debe quedar suspendido hasta la terminación del proceso penal. La cuestión no es trivial puesto que quienes ejercen acciones penales y civiles contra los funcionarios lo que buscan es resarcirse económicamente, sin importarles tanto el cauce utilizado como el objetivo perseguido. Si ven satisfechas sus aspiraciones económicas, se apartan del proceso penal iniciado.

Los preceptos citados de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no impiden el ejercicio de la acción de responsabilidad administrativa, aunque el proceso penal esté pendiente, y ello por cuanto la acción administrativa no nace del delito o falta -pues es independiente de su existencia-, lo que explica que pueda ser declarada la responsabilidad administrativa aunque no

se haya producido -o, en su caso, declarado- una infracción criminal.

Esta compatibilidad de ejercicio de acciones quedó confirmada por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al disponer, en su artículo 146.2, que la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspende los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, "ni interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos" -decía en su redacción inicial-, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial. De esta manera, negando la interrupción del plazo para su comienzo, se confirmaba que el artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no debía ser obstáculo para el ejercicio de la acción administrativa cuando aún no hubiera terminado la tramitación del proceso penal.

En esta línea, con ocasión de las múltiples reclamaciones presentadas ante el Ministerio de Medio Ambiente con ocasión de los daños producidos al estallar el depósito de aguas de Melilla, el Consejo de Estado declaró que la tramitación de procedimientos administrativos dirigidos a declarar, en su caso, la responsabilidad patrimonial de la Administración pública no estaba impedida por la existencia de unas diligencias penales pendientes y abiertas (por todos, *Dictamen 4357/1998, de 26 de noviembre de 1998*). Así, se sostuvo que lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal "impide el ejercicio de la acción civil nacida de delito o falta, pero no la que trae causa de la legislación administrativa propia y específica reguladora de la responsabilidad administración, pues no es éste un tipo de responsabilidad vinculada a la idea de dolo, culpa o negligencia, sino puramente objetiva".

Es más, habida cuenta la supresión del inciso "ni interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos" contenido en el artículo 146.2 de la Ley 30/1992 en su redacción originaria, el perjudicado, que puede ejercer la acción penal -junto con la civil derivada de delito-, la acción administrativa o ambas, debe tener en cuenta, que siendo independiente la segunda de la primera, no se produce la interrupción del plazo de prescripción de la administrativa.

Esta conclusión puede tener efectos especialmente favorables para los funcionarios que son objeto de acciones penales, no porque sean verdaderamente responsables de delito o falta alguna, sino porque se ejercen contra ellos acciones tendentes a obtener algún tipo de indemnización. Y es que, aun cuando estén abiertas las diligencias penales, si los lesionados obtienen el resarcimiento por vía del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el abandono de la vía penal se presenta como hipótesis más que probable.

Además, debe resaltarse que la vía del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, puede iniciarse sin necesidad de que el lesionado presente reclamación alguna -de ordinario, habrá iniciado el proceso penal-; esto es, puede incoarse de oficio, puesto que el artículo 4º del reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas lo permite.

8. Expuesto lo que antecede y recogidas las líneas fundamentales de la responsabilidad civil derivada de delito que, con carácter subsidiario, puede declararse respecto de la Administración en la vía penal, conviene llamar la atención sobre las diferencias existentes entre dicha responsabilidad civil derivada del delito y subsidiaria de la Administración, de una parte, y la responsabilidad directa derivada del funcionamiento de los servicios públicos, de otra. Y ello por cuanto no hay identidad entre la cobertura prestada por una y otra, si bien hay una zona de intersección en la que se encuentran casos en los que se pueden generar responsabilidades al amparo de una y otra.

Las indicadas responsabilidades, la civil derivada de delito que, con carácter subsidiario, puede declararse respecto de la Administración en la vía penal y la responsabilidad directa derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tienen dos regulaciones distintas: una, la primera, está recogida en el artículo 121 del Código Penal; otra, la segunda, en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Ello da lugar a diferencias en cuanto a la declaración y extensión de las responsabilidades de la Administración.

La primera diferencia es clara: una, la responsabilidad declarada en vía penal con base en el artículo 121, es subsidiaria; la declarada en vía administrativa, tiene carácter directo. La primera exige un pronunciamiento jurisdiccional penal; la segunda, administrativo. Ello tiene sus consecuencias. Si un perjudicado quiere que se declare la responsabilidad civil derivada de delito de un funcionario tiene que dirigirse contra él, solicitando, al tiempo, la condena subsidiaria de la Administración, de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente. Si quiere que se declare la responsabilidad directa de la Administración pública, ha de instarlo ante ésta con base en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Lo que no puede hacer la Administración, como ha señalado el Consejo de Estado (*dictamen 3644/1997*), es para evitar la tramitación de procesos penales contra los funcionarios o, incluso, su iniciación, es declarar, sin más, su responsabilidad subsidiaria; esto es, asumir la responsabilidad civil subsidiaria sin que haya sido declarada la responsabilidad principal *ex delicto* en el correspondiente proceso penal.

La otra diferencia que debe resaltarse es la atinente a la prescripción de la acción. Si el lesionado por una actuación administrativa opta por ejercer directamente la acción frente a la Administración pública con base en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo que tiene es de un año, conforme al artículo 142 del mismo cuerpo legal. Ahora bien, si el perjudicado opta por ejercer la acción penal contra el funcionario e instar la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, el plazo que tiene puede ser notablemente superior. Y es que, "mientras está viva la acción penal está también viva la acción civil, con la finalidad reparadora de los daños y perjuicios ocasionados por el delito" (*Sentencia de 21 de julio de 1985*). Por tanto, los plazos de prescripción para instar el resarcimiento por parte del funcionario y, subsidiariamente, de la Administración vendrán determinados por la índole de los delitos en que se basen, pudiendo ir desde los seis meses para las faltas a los veinte años para los delitos más graves (Código Penal, artículo 131). Y, por último, en el caso de que el lesionado se reserve el derecho de accionar civilmente no en el proceso penal, el plazo sería de quince años

(Sentencia de 7 de diciembre de 1989).

9. En conclusión, en la actualidad, a la vista de la legislación aplicable, la única posibilidad de que se condene a un funcionario a indemnizar a un perjudicado, como consecuencia de una actuación de la que también pudiera ser hecha responsable la Administración, es que se siga contra él un proceso penal, si bien en este caso será también condenada, subsidiariamente, la Administración. De todas formas, es sabido que la Administración no es exigente en la aplicación de esa subsidiariedad, de modo que suele abonar la indemnización fijada en la sentencia sin llevar a cabo la excusión del patrimonio del funcionario que sería teóricamente aplicable.

10. En todo caso, los efectos gravosos de dicha eventual declaración de responsabilidad civil derivada de delito a cargo de un funcionario por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo pueden obviarse mediante la celebración de contratos de seguro que la cubran, celebrados entre la Administración y las correspondientes entidades aseguradoras, en los que la tomadora será la Administración y los asegurados, los funcionarios.

En efecto, la celebración de los referidos contratos es perfectamente admisible en nuestro ordenamiento jurídico. Y es que, tras la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990 (disposición adicional tercera) y la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, también de Presupuestos Generales del Estado para 1991, está permitido a las Administraciones públicas el concertar pólizas de seguros para cubrir las responsabilidades de sus funcionarios.

La primera de las normas citadas disponía que "*se podrán concertar seguros que cubran la responsabilidad civil profesional del personal técnico al servicio de la Administración del Estado, de sus Organismos autónomos, de las Entidades gestoras y de los Servicios comunes de la Seguridad Social, que desarrolle trabajos facultativos en proyectos y obras del Estado, en los que concurran circunstancias concretas que hagan necesaria dicha cobertura. La determinación de las funciones y contingencias concretas que se consideran incluidas en el ámbito del párrafo anterior corresponderá al titular del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente*"; es decir, quedaba circunscrita a la cobertura de la responsabilidad de ingenieros de proyectos. La segunda disposición, la adicional sexta de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, preveía que "*se podrán concertar seguros que cubran la responsabilidad civil profesional del personal al servicio de la Administración del Estado, de sus Organismos autónomos, de las Entidades gestoras y de los Servicios comunes de la Seguridad Social, en los que concurran circunstancias concretas que hagan necesaria dicha cobertura. La determinación de las funciones y contingencias concretas que se consideran incluidas en el ámbito del párrafo anterior corresponderá al titular del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente*"; es decir, es más amplia por cuanto permite incluir la responsabilidad profesional del personal al servicio de la Administración pública y sus entes instrumentales.

No obstante la existencia de un eventual seguro de responsabilidad civil, quedarán excluidos de su cobertura los daños causados dolosamente por el funcionario.

11. La aplicación de lo expuesto al caso de los funcionarios que prestan sus servicios en oficinas de supervisión de proyectos o que realizan labores de tales es clara:

A) Los particulares no pueden demandar en vía civil a los referidos funcionarios por daños sufridos a consecuencia de las labores desarrolladas en el ejercicio de sus cargos. Los tribunales de justicia deben rechazar, por incompetencia de jurisdicción, las demandas que pudieren presentarse en tal sentido. Los particulares que se consideren lesionados deben formular sus reclamaciones frente a la Administración pública quien resolverá tras seguir el correspondiente procedimiento; dicha resolución será impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

B) Después de haber pagado en su caso las correspondientes indemnizaciones a los particulares lesionados, la Administración sólo podrá ejercer la acción de regreso contra los funcionarios si el daño causado lo ha sido por dolo o culpa o negligencia grave; no por culpa leve o levisima o por riesgo.

C) La única posibilidad de que se condene a un funcionario a indemnizar a un perjudicado, como consecuencia de una actuación de la que también pudiera ser hecha responsable la Administración, es que se siga contra él un proceso penal, si bien en este caso será también condenada, subsidiariamente, la Administración.

Ch) La responsabilidad civil derivada de delito, salvo que sea dolosa, puede ser objeto de aseguramiento por parte de la Administración con entidades privadas, de tal suerte que, en virtud del correspondiente contrato, aparezca como tomadora y los funcionarios como asegurados.

Conclusiones

Por lo expuesto, el Letrado que suscribe es de opinión:

a) Que las oficinas de supervisión de proyectos no son órganos administrativos legalmente necesarios, si bien sí tiene tal carácter la función de supervisión de proyectos, de tal suerte que, no existiendo aquéllas como órganos diferenciados, sus funciones tienen que ser desarrolladas por otros al que se les hayan encomendado específicamente dichas labores.

b) Que las oficinas de supervisión realizan funciones de informe, control y certificación, primordialmente de carácter formal, del objeto y de los requisitos y condiciones técnicos de los proyectos.

c) Que las oficinas de supervisión pueden realizar, en determinados casos, el control material de los proyectos examinados y verificar su corrección.

ch) Que las labores desarrolladas por las oficinas de supervisión de proyectos no comportan en modo alguno asunción de su autoría, ni su coparticipación a título de autores, de tal suerte que pueden no imputarseles las eventuales responsabilidades que se derivan de errores del proyecto a los funcionarios que realizan las referidas labores.

d) Que los particulares no pueden demandar en vía civil a los funcionarios que desarrollan labores de supervisión de proyectos por daños sufridos a consecuencia de las trabajos hechos en el ejercicio de sus cargos. Los tribunales de justicia deben rechazar, por incompetencia de jurisdicción, las demandas que pudieren presentarse en tal sentido. Los particulares que se consideren lesionados deben formular sus reclamaciones frente a la Administración pública quien resolverá tras seguir el correspondiente procedimiento; dicha resolución será impugnable ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

e) Que, después de haber pagado en su caso las correspondientes indemnizaciones a los particulares lesionados, la Administración sólo podrá ejercer la acción de regreso contra los funcionarios si el daño causado lo hubiere sido por dolo o culpa o negligencia grave; no por culpa leve o levísima o por riesgo.

f) Que, la única posibilidad de que se condene a un funcionario a indemnizar a un perjudicado, como consecuencia de una actuación de la que también pudiera ser hecha responsable la Administración, es que se siga contra él un proceso penal, si bien en este caso será también condenada, subsidiariamente, la Administración.

g) Que, la responsabilidad civil derivada de delito puede ser objeto de aseguramiento por parte de la Administración con entidades privadas, de tal suerte que, en virtud del correspondiente contrato, aparezca como tomadora y los funcionarios como asegurados.

Este es el dictamen del infrascrito Letrado quien, en todo caso y gustosamente, somete a otro mejor fundado en derecho.

En Madrid, a 14 de julio de 2003.