



**RESPONSABILIDAD CIVIL DEL
EMPRESARIO POR LOS DAÑOS
DERIVADOS DE DELITOS COMETIDOS
POR LOS TRABAJADORES**

MARÍA DE LOS ÁNGELES CHAVÁRRI CEBALLOS

Área de Derecho Civil

Tutor: Iñigo A. Navarro Mendizábal

Madrid
Abril 2020

RESUMEN

El artículo 120.4 del Código Penal establece responsabilidad civil subsidiaria del empresario por los delitos cometidos por el dependiente. Los elementos de esta responsabilidad civil subsidiaria por hecho ajeno derivada de delito (la relación de dependencia y el nexo de occasionalidad), han sido ampliados progresivamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta convertirla en una responsabilidad objetiva, ya que no será necesario demostrar culpa alguna del empresario para que tenga que responder, con el fortalecimiento del principio del riesgo creado como factor determinante. El presente estudio analizará la jurisprudencia más reciente del Alto Tribunal para conocer cuales serían los casos en los que el empresario tendrá que responder civilmente por los daños a terceros derivados de la actividad delictiva del dependiente. La reducción de los casos en los que el empresario se verá exonerado de esta responsabilidad continúa con la tendencia del Supremo de protección a la víctima para evitarle una situación de desamparo debido a la insolvencia del responsable criminal.

Palabras clave: Dependiente, empresario, Responsabilidad civil, nexo de occasionalidad, relación de dependencia.

ABSTRACT.

Article 120.4 of the Criminal Code establishes subsidiary civil liability of the employer for offences committed by the employee. The elements of this subsidiary civil liability for the acts of others derived from the crime (the relationship of dependency and the nexus of occasionality), have been progressively extended by the jurisprudence of the Supreme Court until it is converted into objective liability, since it will not be necessary to prove any fault on the part of the employer in order to be liable, with the strengthening of the principle of the risk created as a determining factor. The present study will analyse the most recent case law of the Supreme Court in order to find out which would be the cases in which the employer would have to respond civilly for damages to third parties derived from the criminal activity of the employee. The reduction of the cases in which the employer will be exonerated from this liability continues the trend of the Supreme Court of protection of the victim to avoid a situation of helplessness due to the insolvency of the criminal responsible.

Key words: Dependent, employer, civil liability, nexus of occasionality, relationship of dependence.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
1.1 Responsabilidad civil en el Código Penal.....	6
1.2 Empresario y dependiente.....	8
2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR DELITOS COMETIDOS POR EL DEPENDIENTE.....	10
2.1 ¿Culpa como elemento de la responsabilidad civil del artículo 120.4?.....	11
2.2 Relación de dependencia.....	12
2.2.1 <i>Relación jurídico laboral</i>	14
2.2.2 <i>Relación derivada de un contrato de obra</i>	16
2.2.3 <i>Gestión representativa. Poder, mandato comisión mercantil</i>	19
2.2.4 <i>Relación de amistad relaciones de favor o de encargo familiar</i>	22
2.3 Nexo de ocasionalidad.....	25
3. DISTINCIÓN ENTRE DELITOS.....	31
4. ACCIÓN DE REGRESO O REPETICIÓN.....	35
5. CONCLUSIÓN.....	37
6. BIBLIOGRAFÍA.....	40

1. INTRODUCCIÓN

La Responsabilidad Civil es una figura clave en nuestro derecho que proviene del principio romano *Alterum non laedere* o deber de no causar daño, fue uno de los tres pilares del derecho propuestos por el jurista romano Ulpiano. La base de esta responsabilidad es la de que el autor o causante de un daño, debe repararlo.

Esta figura ha sufrido en los últimos años una amplia evolución por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, evolución que confirma la creciente preocupación y tendencia del Alto Tribunal por proteger al perjudicado y asegurar la reparación del daño causado.

Tal es la preocupación por que la víctima o sus herederos vean el desequilibrio económico que les ha causado el daño, restablecido que el propio ordenamiento jurídico contempla situaciones en las que, si el causante del daño no pudiese repararlo, un tercero tendría la obligación de hacerlo por él, llegando al extremo de no precisar ningún tipo de culpa por parte de este para tener que responder del daño causado por un ajeno. Este supuesto se aplica a la figura del empresario para delitos cometidos por sus dependientes, tal como lo manifiesta el artículo 120.4 del Código Penal.

El principal objetivo de este trabajo de investigación es el de entender los requisitos exigidos por el Código Penal para que el empresario responda subsidiariamente por su dependiente y delimitar la laxa interpretación dada por el Tribunal Supremo en su afán por proteger al perjudicado por el daño. Se analizará la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los casos en los que el empresario debe responder de los daños cometidos por su dependiente al delinquir, así como la de los casos en los que el empresario queda exonerado de esta responsabilidad, casos que como se expondrá a lo largo del trabajo, se han convertido en una excepción. Se explicará el papel de una figura civil como es la de la acción de regreso o repetición y su escasa utilidad para los casos de responsabilidad civil subsidiaria del empresario, que van a ser analizados durante el trabajo.

Al tratarse este documento de un análisis jurisprudencial, la fuente de información principal que se utilizará serán sentencias recientes del Alto Tribunal que permitan entender la evolución de la doctrina aplicada, así como, en menor medida,

pronunciamientos de diferentes Audiencias Provinciales que aplican esta doctrina de forma muy exacta.

1.1 Responsabilidad civil en el Código Penal.

La existencia de una responsabilidad civil en el Código Penal puede ser explicada de una forma temporal. Mientras que el Código Penal fue publicado en el año 1.822, no fue hasta 1.889 cuando entra en vigor el Código Civil, por lo tanto, fue necesaria una regulación previa para los daños cometidos por el causante de un delito.

La responsabilidad civil recogida en el Código Penal se denomina como *ex delicto* o por delito, aunque este término puede ser confuso, ya que el origen de esta responsabilidad civil no es puramente el acto delictivo, sino el daño causado como consecuencia de este.

El Código Penal regula la responsabilidad civil en su Título V, Capítulo I “De la responsabilidad civil y su extensión” en los artículos 109 a 115 y dentro del mismo Título, en el Capítulo II “De las personas civilmente responsables” en los artículos 116 a 122.

Al igual que en el Código Civil, el Código Penal hace una distinción entre los dos tipos de responsables civiles por un hecho delictivo, el responsable criminal (artículo 116), y el subsidiario, responsable por hecho ajeno en el Código Civil, (artículo 120).

El artículo 116¹ expone que:

1. ***Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.»***
2. *Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices. Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria*

¹ Cfr. Art 116 Código Penal

como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.

- 3. La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.*

Mientras que el artículo 120² reza:

Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

- 1. Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.*
- 2. Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212.*
- 3. Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.*
- 4. Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.***
- 5. Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas*

² Cfr. Art 120 Código Penal

A pesar de que este precepto está incluido en el Código Penal no debe olvidarse su específica naturaleza civil, tal como establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones. Esto permite a los magistrados realizar una interpretación extensiva de estos artículos, que de tratarse de preceptos puramente penales no podría realizarse debido al principio de legalidad (*lex previa, certa et scripta*, artículo 25.1 de la Constitución y art. 4.2 CC).

1.2 Empresario y dependiente.

El empleador o empresario es por definición aquel que tiene contratado al trabajador o dependiente o mantiene una relación jurídica con él, una relación de dependencia por la cual se establece el vínculo o subordinación, elemento fundamental sobre el que se organiza este tipo de responsabilidad civil. El Código Civil³ lo define como “el dueño o director de un establecimiento o empresa” mientras que según el artículo 120.4 del Código Penal son “las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio”⁴. Ambas definiciones amplían la concepción de empresario propuesta por el Código de Comercio a una versión más actualizada en la que empresario puede ser tanto el empresario individual como una sociedad mercantil. Debemos entender entonces la definición de empresario como cualquier persona física, jurídica titular de una explotación económica indiferentemente del título que tenga sobre la explotación, ya sea propietario, arrendatario, poseedor...⁵

Para el estudio de la responsabilidad subsidiaria del empresario es importante conocer los límites de esta definición. Una cuestión controversial es el sí, además del empresario como persona física o jurídica puede ser responsable subsidiariamente de los daños cometidos por sus dependientes los propietarios o directores de las asociaciones que no tienen ánimo de lucro, en forma de asociaciones o fundaciones que tuvieran trabajadores.

³ Cfr. Código Civil

⁴ Cfr. Art 120.4 Código Penal

⁵ *Revista Crítica de Derecho inmobiliario* nº 750 pag 2344-2346

El Tribunal Supremo no se ha pronunciado aún sobre esta cuestión por lo que se puede interpretar que no es necesario el ánimo de lucro, ya que el origen de esta responsabilidad se basa en la propia relación de dependencia entre el empleador y el subordinado, del que va a responder el primero, y no de la naturaleza laboral o empresarial de la relación. Aunque no haya un pronunciamiento expreso de la doctrina del Alto Tribunal, existen condenas como responsable civil subsidiario a asociaciones sin ánimo de lucro como manifiesta la Sentencia del Supremo de 23 de marzo de 2009⁶, que condena a un profesor contratado por la Asociación de Madres y Padres de alumnos de un colegio (AMPA) como autor de un delito de abuso sexual, y a su vez condena a petición del Ministerio Fiscal, a la asociación como responsable civil subsidiario, sosteniendo que la vinculación laboral era evidente (aunque no se trate de una empresa con ánimo de lucro) ya que la asociación era la que fijaba los horarios y proporcionaba al acusado una contraprestación económica.

El dependiente o empleado es el otro sujeto que interviene la responsabilidad explicada por el artículo 120.4. Aunque el Código Civil habla de “dependientes”⁷ el Código Penal da una descripción más extensa “empleados o dependientes, representantes o gestores”⁸.

Es importante conocer quien va a ser considerado “empleado o dependiente” para averiguar si el empresario debe responder por los ilícitos cometidos por este. Pero el empleador no va a responder, únicamente por su relación laboral con este, si no que deben darse una serie de requisitos que serán expuestos a lo largo de este trabajo.

⁶ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 322/2009 de 23 de marzo de 2009 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2009/10145] Última consulta 20 de marzo 2020

⁷ Cfr. Art 1.903 Código Civil

⁸ Cfr. Art 120.4 Código Penal

2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR DELITOS COMETIDOS POR EL DEPENDIENTE.

El artículo 120.4 visto en el epígrafe anterior establece una serie de requisitos para que el empresario responda de los daños causados por el dependiente al cometer un delito.

Estos requisitos recogidos en este precepto del Código Penal son de carácter y naturaleza puramente civil, por lo que entre otras cosas no están sometido al principio penal del *in dubio pro reo* ni a la presunción de inocencia propios de la ley penal⁹.

De tal modo la doctrina del Tribunal Supremo establece en su Sentencia de 21 de Julio de 2006¹⁰ y reitera en sus Sentencias de 12 de junio de 2012 y de 14 de marzo de 2013: “... de tal modo que los requisitos necesarios para que pueda apreciarse la responsabilidad civil subsidiaria del art. 120.4 CP (y), pueden sintetizarse así: "a) que el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallen ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero **se halle bajo la dependencia**, onerosa o gratuita, duradera o permanente o puramente circunstancial y esporádica, de su principal o, al menos, que la tarea, actividad, misión o servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario; y b) que el delito que genera una y otra responsabilidad **se halle inscrito dentro del ejercicio, normal o anormal, de las funciones encomendadas en el seno de la actividad, cometido o tarea confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de aplicación...**”

Por tanto, se puede deducir que los elementos fundamentales para poder apreciar la responsabilidad civil del empresario por los daños cometidos cuando el dependiente comete un delito son los siguientes¹¹, la relación de dependencia y el que el dependiente

⁹ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 105/2018 de 1 de marzo de 2018 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2018/36068] Última consulta 20 de marzo 2020

¹⁰ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 687/2006 de 21 de junio de 2006 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2006/103005] Última consulta 20 de marzo 2020

¹¹ Navarro Mendizábal, I., & Veiga Copo, A. (2013). *Derecho de Daños* (pp. 317-348). Thomson Reuters.

haya cometido el delito en ocasión de sus funciones, es decir, que exista un nexo de ocasionalidad.

2.1 ¿Culpa como elemento de la responsabilidad civil del artículo 120.4?

Uno de los requisitos típicos de la responsabilidad civil recogida en el Código Civil es el de la culpa o negligencia, y así lo expresa su artículo 1.903. El Código Penal también exige la concurrencia de culpa o negligencia para el caso de padres y tutores (artículo 120.1). Pero ¿qué ocurre en el caso de la responsabilidad civil empresarial recogida en el artículo 120.4?

En el caso que este precepto también lo exigiese, supondría que solo un daño atribuible al empleado por su negligencia (o dolo) generaría una responsabilidad del empresario, mientras que si el daño se produce a causa de fuerza mayor o algunas de las causas que eliminan la responsabilidad criminal (como la defensa propia), el empleador resultaría exonerado. Es importante analizar también que ocurre cuando el daño producido se debe a culpa exclusiva del dependiente sin que haya mediado negligencia o culpa *in vigilando o in eligendo* del empresario. Esto implica que no se permite siquiera al empresario demostrar que no hubo negligencia alguna por su parte, el empresario va a responder de todo hecho punible cometido por su dependiente en el ámbito de sus funciones profesionales, tal como explica Yzquierdo Tolsada¹², responderá por el hecho de ser empresario, y por ser la empresa un centro de imputación de compromiso de realizar las cosas bien, y en especial porque cuando los clientes se relacionan con el dependiente lo hacen a título de trabajador de la empresa, es decir, lo hacen confiados de que la relación que están manteniendo con este es realmente con la empresa, y por último el empresario responderá por su condición de empresario ya que es el principal beneficiado de la actividad del dependiente, y tal como se entendía en Derecho Romano “*ubi emolumentum, ibi onus*” (allí donde esté el beneficio, ahí ha de estar también la carga”).

La doctrina aplicada por el Tribunal Supremo es la consideración de esta responsabilidad civil subsidiaria derivada de delito como una responsabilidad objetiva, y

¹² YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO (2001) *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual* Madrid: Dykinson

así lo ha repetido en numerosas sentencias, siendo una de las más recientes la de 12 de febrero de 2019 afirmando que *“la doctrina más reciente, encuentra el fundamento de esta responsabilidad, prescindiendo de razones subjetivas y la sitúa dicho en consideraciones de orden objetivo, por entender que quien se beneficia de la actividad de una persona ha de soportar los perjuicios que de tal actividad pudieran derivarse (“cuyus commoda, cuyus incommoda”) es decir, atiende a la teoría del riesgo creado.”*

Por tanto, no será la culpa la que determinará la posible responsabilidad civil subsidiaria del empresario, sino que la doctrina se inclina por utilizar la teoría de la creación de riesgo; de tal manera, el empresario responde, no por culpa o negligencia sino por beneficiarse de forma directa de la actividad del dependiente, actividad que puede suponer un riesgo para terceros y por tanto el empresario debe soportar las posibles consecuencias dañosas si estos terceros resultan de alguna manera perjudicados por el dependiente.

2.2 Relación de dependencia.

Del texto del artículo 120.4 se extrae que es el empleado o dependiente el que tiene que producir el daño al delinquir, pero eso lleva a la pregunta de ¿quién podemos considerar como empleado? Y ¿quién es el dependiente? ¿es suficiente una mera relación laboral o esta definición puede ir más allá de ella? También es importante abordar la cuestión de la relación jurídica que une al empleado o dependiente con el empresario y si basta un contrato de trabajo o la responsabilidad del empresario se puede generar sin la existencia de este. Debido a la falta de respuestas en la legislación civil o penal a estas cuestiones, el Tribunal Supremo mediante su jurisprudencia ha ido creando doctrina y así delimitando estos conceptos.

Es indudable que la primera definición del concepto de empleado o dependiente es la de aquel que tiene un contrato laboral con una empresa y cumple los requisitos de ajenidad y dependencia que exige la legislación laboral¹³, además de una relación jerárquica con respecto al empleado, que es un requisito fundamental para que se pueda originar la responsabilidad de este. El hecho que el contrato de trabajo fuera obligatorio

¹³ Cfr. Estatuto de los Trabajadores

para que el empresario pueda responder del trabajador se estaría de alguna manera fomentando a rehuir de estas relaciones lo que provocaría un mayor número de fraudes. Por tanto, la relación de dependencia no puede verse reducida a la existencia de un contrato de relación laboral, ya que existen determinadas categorías de dependientes que no pueden o no precisan de esta relación laboral con el empresario, como puede ser un empleado con una relación mercantil, un subcontratado... pero no por ello dejan de estar vinculados a la compañía mediante una relación de dependencia y jerárquica respecto a sus superiores.

La jurisprudencia del Supremo amplía aún más este concepto de dependiente y no exige la existencia de un vínculo jurídico previo pues ha aceptado, fruto de la interpretación extensiva situaciones en las que la relación entre el empresario y dependiente es simplemente una relación de amistad, beneplácito, liberalidad o aquiescencia, como así lo confirma la reciente Sentencia de 19 de julio de 2019¹⁴; tampoco es determinante el sí la relación es retribuida o no, ni si quiera la duración de esta, ya que se ha permitido en ocasiones que la relación fuese esporádica.

Debido a la amplitud de este concepto de dependencia, el Supremo se ha visto obligado a delimitarlo ya que En ocasiones esta amplitud ha llevado a los tribunales a hacer interpretaciones excesivamente amplias que el Alto Tribunal ha tenido que corregir, ejemplo de ello está la sentencia de 6 de febrero de 2008¹⁵. En este caso el Supremo revoca la consideración de responsable civil subsidiario del artículo 120.4, de una empresa dueña y encargada de la dirección de un centro escolar. La Audiencia Provincial condena a un profesor de artes marciales, kárate y otras, como autor de un delito de agresión sexual a un menor, agresión que se produjo en el domicilio del condenado, y al colegio en el que se llevaba a cabo la actividad extraescolar como responsable civil subsidiario. Crítica el Alto Tribunal esta condena ya que el profesor fue contratado por los padres de forma independiente, y los pagos por las clases se le hacían en todo momento al condenado, sin intervenir el centro escolar únicamente para permitirle impartir las clases en el centro a cambio de ayudas esporádicas al profesor de Educación

¹⁴ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 298/2019 de 7 de junio de 2019 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2019/618412] Última consulta 22 de marzo 2020

¹⁵ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 51/2008 de 6 de febrero de 2008 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2008/20551] Última consulta 22 de marzo 2020

Física del colegio. El Supremo rechaza la posible relación de dependencia entre el centro escolar y el condenado, ya que este nunca fue remunerado por el centro escolar, que simplemente permitió el uso de las instalaciones deportivas del colegio, y el delito ni siquiera ocurrió en estas instalaciones.

Se procederá a lo largo de este epígrafe a analizar los distintos tipos de relaciones entre empresario y dependiente para comprender mejor los límites tan amplios de este concepto.

2.2.1 Relación jurídico laboral

La forma más evidente de demostrar la existencia de esta relación de dependencia entre el agente y el responsable es el contrato de relación laboral. Al existir esta relación laboral, la relación de dependencia exigida por el artículo 120.4 no puede ser puesta en duda.

Aún así, en el contexto de las relaciones laborales, un sector de la doctrina plantea si esta relación de dependencia exige un control o dirección técnica del empresario a sus empleados. En el caso que la dirección técnica fuese exigida, numerosas actividades profesionales (médicos, ingenieros, arquitectos...) quedarían excluidas de esta relación de dependencia y, por tanto, el empresario quedaría exonerado de la responsabilidad civil frente a los daños cometidos por estos. Tal como afirma Yzquierdo Tolsada, estos también serán dependientes de cara a demostrar la responsabilidad civil, a pesar de no controlar ni dirigir el empresario su actividad profesional ya que *“La independencia propia de sus elevados conocimientos técnicos precluyen las injerencias del empresario sobre lo que es una ejecución plenamente liberal de las lex artis”*¹⁶.

El origen de la relación de dependencia entre empleador y dependiente reside en este caso pues, en la relación laboral no siendo imprescindible la dirección técnica o control del empresario sobre el dependiente.

El contrato de relación laboral es un criterio definitivo, por norma general, para poder comprobar la relación de dependencia existente entre trabajador y empresario, pero en ocasiones de la falta de un contrato laboral como tal, no puede deducirse que no exista relación laboral y por ello se dan situaciones en las que existen relaciones laborales encubiertas en forma de falsos autónomos. A pesar de ser un problema de naturaleza laboral, es importante conocer cómo va a afectar a la posible responsabilidad civil del

¹⁶ YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO (2001) *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual* Madrid: Dykinson p 268

empresario que mantiene esta relación laboral encubierta con el responsable criminal. La jurisprudencia del Supremo es clara, tanto como para la legislación laboral como para posible existencia de relación de dependencia, un falso autónomo será considerado trabajador a efectos del artículo 120.4 y por tanto el empresario deberá responder de forma subsidiaria de los delitos cometidos por el dependiente. Así lo manifiesta el Auto de 1 de marzo de 2018¹⁷, en el que se considera a los condenados como autores de un delito de estafa y se condena a la empresa que los había contratado como autónomos como responsable civil subsidiaria, al considerar el Tribunal que la relación autónoma escondía una “verdadera relación laboral de dependencia” y por tanto la empresa debía responder subsidiariamente por los delitos cometidos por estos en el marco de la relación laboral.

Otra de las situaciones que pueden suscitar dudas sobre la relación de dependencia y el quién tiene que responder subsidiariamente es la de las ETT o empresas de trabajo temporal. El Supremo en la sentencia de 3 de marzo de 2011¹⁸ declara la responsabilidad civil subsidiaria de una empresa de trabajo temporal por el delito de apropiación indebida cometido por un trabajador que, en el momento de la comisión del delito, se encontraba cedido a otra empresa. El responsable criminal sufría de ludopatía y desvió dinero a sus cuentas personales con motivo de esta adicción. A pesar de los argumentos de la empresa cedente, el Supremo no duda en apreciar una relación de dependencia suficiente para condenar a la ETT como responsable civil subsidiario, y así lo justifica: *“Se trata, en efecto, de dar prevalencia a la nota de dependencia del trabajador respecto de la empresa que le contrata y que se beneficia de su actividad laboral. Y en este sentido es claro que las empresas de trabajo temporal serán las responsables de los trabajadores que cedan temporalmente a otras empresas en una triple faceta. En primer lugar, porque el trabajador está vinculado laboral y contractualmente con la empresa de trabajo temporal. En segundo lugar, porque dicha empresa es la obligada a abonar el salario y las cuotas de la Seguridad Social del trabajador. Y en tercer lugar, porque la empresa*

¹⁷ Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 451/2018 de 1 de marzo de 2018 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2018/52576] Última consulta 23 de marzo 2020

¹⁸ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 121/2011 de 3 de marzo de 2011 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2011/19669] Última consulta 23 de marzo 2020

de trabajo temporal es la única que tiene capacidad para sancionar y/o despedir al trabajador cedido en caso de comportamiento irregular del mismo”.

2.2.2 Relación derivada de un contrato de obra.

El contrato de obra es definido en el Código Civil como un contrato de “arrendamiento de obra”, una subespecie del contrato de arrendamiento. Tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha inclinado por denominarlo únicamente como contrato de obra. El contrato de obra es aquel en cuya virtud, una de las partes, el contratista se obliga a ejecutar mediante precio cierto, una obra que se considerará como el objeto de contrato que debe entregar a la otra parte, el comitente. La especialidad de este contrato es que el contratista no se obliga a realizar un trabajo, sino que se obliga a un resultado, la obra. Nos encontramos frente a una obligación de resultado.

Una especialidad muy común de este contrato es que el contratista, a su vez subcontrate a otras personas para la realización del trabajo, los subcontratistas, de los cuales, según el artículo 1.596 del Código Civil, responderá civilmente.¹⁹

Frente a la pregunta de si existe una relación de dependencia entre contratista y comitente, en un primer momento hay que recalcar que esta relación entre contratista y comitente se basa en la autonomía²⁰, ya que es el contratista y no el comitente, el que se encarga de la dirección y el control de la obra, además es quien responde de los daños y riesgos producidos por la esta. Por tanto, para este caso debemos afirmar como regla general que no existe la relación de dependencia suficiente entre contratista y comitente para que este último pueda ser responsable civil subsidiario (ni civil ni penal) de los daños cometidos por el primero, ni por sus auxiliares o subcontratados, ya que como hemos visto no está sometido ni a la dirección técnica ni al control del empresario; y así lo confirma una antigua doctrina del Supremo en sentencias como la de 4 de noviembre 1987 o 19 de abril de 1988.

Sin embargo, a pesar de ser esto la situación más común, el Tribunal Supremo ha aceptado la posibilidad de que el comitente pueda responder por los daños cometidos por el contratista cuando además de encargar la obra, el propio comitente se dedique al control

¹⁹ El contrato de obra - Derecho UNED. Última consulta el 1 abril 2020, de <http://derecho.isipedia.com/segundo/derecho-civil-ii/derecho-de-contratos/16-el-contrato-de-obra>

²⁰ *Revista Crítica de Derecho inmobiliario* n° 750 pag 2344-2346

o la dirección técnica de esta. No hay duda de que entre constructor y sus operarios existirá una relación jurídica de carácter laboral, pero más allá de esta relación la situación es diferente. Promotor, técnicos y subcontratistas son considerados como profesionales cualificados capaces de operar de forma independiente en el desempeño de su profesión y por tanto raramente están sujetos a órdenes o instrucciones de aquel que los contrató.²¹ Por tanto, se considerará como regla general, al contratista como independiente y por tanto el comitente no deberá responder civilmente de los daños que este o sus dependientes pudiesen causar. Pero de estar el contratista sujeto, aunque fuese a un mínimo control del empresario o comitente se consideraría que existe una relación de dependencia suficiente y por tanto el empresario no podría ser exonerado de la responsabilidad civil ante daños que pudiese causar el contratista bajo su dirección técnica.

Nuevamente se puede observar una interpretación extensiva del concepto de relación de dependencia, entre otras cosas ya que si el empresario es el que dirige y supervisa la obra, puede incurrir en culpa *in vigilando*. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado que existe responsabilidad civil del comitente en determinados supuestos.

El primero y más obvio en cuanto a demostrar la relación de dependencia es cuando la obra se lleva a cabo bajo la supervisión, control o dirección técnica del comitente. Así lo establece el Supremo en su sentencia de 23 de junio de 2010²², en la que determina que no fue el contratista el que actuó de manera negligente, sino fue la propia ejecución de la obra, que se realizó en unas condiciones de seguridad ínfimas, que recalca, compete al recurrente (en este caso es el comitente), que no hizo nada para adoptar las medidas que hubieran evitado que se causase el daño, y recalca que el contratista se limitaba a cumplir ordenes del empresario “*se limitaba a desempeñar sus tareas en las condiciones marcadas por el empresario,*” por tanto, al ser este el que

²¹ SALVADOR CODERCH y GÓMEZ LIGÜERRE, *Respondeat Superior II, De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización*, cit., p. 15

²² Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm 400/2010 de 23 de junio de 2010 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2010/152955] Última consulta 24 de marzo 2020

dirigía la obra, tendría que haber sido el empresario el que tomase las medidas de seguridad necesarias.

El Alto Tribunal también ha considerado casos en los que *“basta para dar por existente el nexo o relación del que deriva la responsabilidad civil subsidiaria, que el responsable civil subsidiario reciba cualquier utilidad, ventaja, satisfacción o goce, máxime si es valorable económicamente, de la actuación del responsable penal”*²³.

Es muy frecuente en el ámbito de contrato de obra, que el contratista a su vez subcontrate a otras empresas o autónomos para realizar una parte determinada de la obra, por lo que de cara a la responsabilidad civil subsidiaria es importante saber quién tendría que responder de los daños causados por los subcontratados. En un principio el comitente no va a responder por estos daños tal como no responderá por los del contratista, pero en el marco de la excepción previamente expuesta, en la que en la obra existe un control por parte del empresario, la jurisprudencia ha aceptado que entre este y los subcontratados pueda haber una relación de dependencia suficiente para hacer responder al empresario de forma subsidiaria de los daños causados por los subcontratados. Así queda manifestado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 27 de febrero de 2008²⁴ en la que se condena como responsable civil subsidiaria a una empresa que firma un contrato de obra con otra empresa de su mismo grupo, que a su vez subcontrata a los trabajadores a los que se condena como autores de un delito de lesiones. En el razonamiento expuesto por la Audiencia queda reflejado la importancia del control de la empresa comitente en la obra, del que nace la posibilidad de incurrir en responsabilidad civil subsidiaria *“El hecho de que ninguno de los condenados fuera trabajador de Fadesa no impide que pueda constatarse una vinculación o relación de dependencia entre Fadesa y los responsables penales, pues como hemos señalado quedó probado que, uno de los responsables penales, el jefe de obra era operario de Osugasa, que ésta forma parte del mismo grupo que Fadesa, que Fadesa encomendó verbalmente a Osugasa la*

²³ YZQUIERDO TOLSADA, M. *LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL (DAÑOS CAUSADOS POR EMPLEADOS A TERCEROS)*.

²⁴ Sentencia Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 2ª) núm 113/2008 de 27 de febrero de 2008 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2008/179586] Última consulta 23 de marzo 2020

construcción de una nave y que ésta fue quien subcontrató con la empresa "Rodríguez Varela y otros, S.C."

2.2.3 Gestión representativa. Poder, mandato comisión mercantil.

Este tipo de relación jurídica se da cuando una persona actúa en representación de otra, ya sea por mandato, encargo o poder. Esta relación no tiene carácter de relación laboral, sino de encargo, lo que permite a aquel al que se le encargó (comisionista, mandatario o representante) a realizar acciones o prestar servicios por cuenta de aquel que encargó.

Una vez más hay que plantearse si todos los representados, mandantes o comitentes tienen que responder de los daños provocados por la comisión de un delito por parte del representante o gestor.

El Tribunal Supremo por regla general, considera responsable al empresario por los daños cometidos por el representante en base a la relación de dependencia que les une. El Alto Tribunal suele apreciar este tipo de responsabilidad en especial en el ámbito penal, responsabilidad que en su mayor parte suele derivar de delitos contra el patrimonio. Destaca Barceló Doménech ²⁵ que los delitos cometidos por los representantes suelen revestir en la forma de un delito patrimonial, específicamente en forma de estafa o apropiación indebida.

La base de la responsabilidad del empresario en este caso es la apariencia y la confianza que produce en el cliente contratar con el representante del empresario, ya que la apariencia es que lo hace en nombre de su mandante y debido a su condición de empleado, tal como si se contratase de forma directa con este. La relación de dependencia en este caso es muy clara, ya que el dependiente actúa en nombre y representación del empresario, y es lógico que este último responda por lo que se ha hecho mediante un encargo suyo.

²⁵ BARCELÓ DOMÉNECH, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 261 y 262.

De creación doctrinal del Supremo podemos encontrar la denominada “teoría de la apariencia”, la cual establece que el principal (el empresario) tiene que responder si las tareas encomendadas confieren al representante, autor del delito, la apariencia externa de que actúa con legitimidad en sus relaciones con clientes o terceros, aunque el empresario no perciba ningún beneficio económico o patrimonial que el responsable penal haya obtenido de la comisión del delito. Esta doctrina se ha mantenido con el tiempo, citándose en sentencias como la STS de 6 de marzo de 1975, 18 de diciembre de 1981, o de forma más reciente en la STS de 1 de abril de 2014²⁶.

La doctrina del Supremo no exige además que haya un vínculo jurídico previo entre el representante y el empresario simplemente basta con que se pueda considerar al representante como tal. Así, en la STS de 10 de junio de 2014²⁷ se considera a una empresa responsable civil subsidiario por la apropiación indebida del intermediario financiero del dinero facilitado por sus clientes para invertir. El Tribunal considera que la pasividad y opacidad de la empresa facilitó, aun sin quererlo la comisión del delito por parte del intermediario, y añade que a pesar de no existir un vínculo jurídico en “clave salarial” entre el empresario y el intermediario, este actuó en representación de la agencia y al dejar hacer, la empresa debe responder civilmente de los delitos cometidos por su representante. Es importante el demostrar la existencia de la representación ya que, sin esta relación jurídica, el empresario no responderá de los daños causados.

Es claro el Tribunal en su jurisprudencia que considera responsables subsidiarios del artículo 120.4 del Código Penal, a la empresa por los delitos de carácter patrimonial cometidos por sus representantes, pero también nuevamente considera responsable a las empresas que se benefician de los ingresos ilícitos, sin necesidad de comprobar que el que comete el delito estaban bajo el control del empresario. Y así lo mantiene en su sentencia de 5 de febrero de 2019, refiriéndose a una doctrina aplicada en la sentencia de 13 de diciembre de 2001 afirmando que “...-y la doctrina se mantiene vigente en la actualidad-, es una responsabilidad *"in re ipsa"* que tiene su razón de ser en el principio

²⁶ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 348/2014 de 1 de abril de 2014 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2014/80018] Última consulta 26 marzo 2020

²⁷ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 468/2014 de 10 de junio de 2014 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2014/122371] Última consulta 26 marzo 2020

*de derecho de quien obtiene beneficios de un servicio que se le presta por otro, debe soportar también los daños...*²⁸

Respecto al contrato de franquicia surgieron algunas dudas respecto a la relación de dependencia entre franquiciado y franquiciador. El Supremo resuelve esta controversia en la Sentencia de 15 de diciembre de 2006²⁹, haciendo un análisis extensivo de la naturaleza del contrato de franquicia y de la relación entre franquiciador y franquiciado.

Hace especial referencia al “know how” o saber hacer, es decir, el conjunto de elementos, materiales, o inmateriales que traspasa el franquiciador al franquiciado, como la metodología de trabajo, técnicas comerciales y operativas... integrándolo así en su red de comercialización. En este caso en cuestión el contrato de franquicia especificaba que, aunque las partes fuesen jurídica y económicamente independientes, el franquiciado tenía la obligación de comunicar al franquiciador ciertos aspectos de su actividad comercial, como las operaciones realizadas y el franquiciador debía controlar estas operaciones y recibir una contraprestación por permitir al franquiciado utilizar en su actividad mercantil, el nombre de la marca. Por tanto, el Supremo justifica la apreciación de responsabilidad civil subsidiaria del franquiciador al comprobar la existencia de *culpa in vigilando* y la falta de actuación del franquiciador al no cumplir su deber de control o vigilancia, además de negligencia por “defecto organizativo de su propio servicio”, además de basarse en la teoría de la creación del riesgo, al beneficiarse el franquiciador de la actividad del franquiciado, debe responder por los daños causados por este.

A pesar de la tendencia del Supremo de ampliar el concepto de relación de dependencia, la conexión entre el dependiente y la empresa debe ser real y efectiva. Así en la sentencia de 28 de abril de 2004³⁰ el Supremo rechaza condenar como responsable civil subsidiario al titular de la marca de vehículos vendidos por un comisionista de

²⁸ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 737/2019 de 5 de febrero de 2019 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2019/506371] Última consulta 2 abril 2020

²⁹ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 1226/2006 de 15 de diciembre de 2006 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2006/345602] Última consulta 29 marzo 2020

³⁰ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 577/2004 de 28 de abril de 2004 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2004/40375] Última consulta 29 marzo 2020

ventas, empleado de un concesionario, que vendía vehículos de la marca. El Alto Tribunal considera que la relación de dependencia existía únicamente entre el empleado y el concesionario, y en ningún momento podía existir entre el empleado y la marca ya que, aunque el condenado vendía coches de dicha marca, no dependía ni recibía instrucciones o era controlado de ninguna manera por ella. No se puede apreciar la responsabilidad subsidiaria de la marca ya que nunca tuvo posibilidad de intervenir en la actuación del condenado.

2.2.4 Relación de amistad relaciones de favor o de encargo familiar.

Como se ha mencionado previamente, el concepto de relación de dependencia es interpretado de forma muy amplia por nuestros tribunales. Los epígrafes anteriores analizan los casos en los que el empresario responde de los daños causados por los delitos cometidos por el empleado, contratista o representante, que normalmente tienen un vínculo jurídico con el empresario (aunque como se ha explicado este vínculo no es requisito *sine qua non* para apreciar esta responsabilidad subsidiaria). Pero cuando el vínculo no es jurídico sino personal (ya sea familiar, amistad...) con el empresario, ¿debe responder este por los daños causados por aquel con el que ostenta este vínculo?

Si se atiende al epígrafe anterior podría deducirse que al no existir un mandato de representación la respuesta sería negativa ya que no existe la relación jurídica y por tanto la relación de dependencia que exige el artículo 120.4 del Código Penal, sería inexistente. A pesar de esto, el Tribunal Supremo ha determinado que también puede existir esta responsabilidad civil subsidiaria del empresario cuando se encarga a otro la realización de alguna actividad por razón de amistad, favor personal o por ser un familiar.

El Estatuto de los Trabajadores excluye de forma expresa a los familiares y a los que actúan a título de amistad (artículo 1.3 d) y e)) de la aplicación del Derecho Laboral, pero según la jurisprudencia asentada del Supremo, no se puede asumir que quedan excluidos también del concepto de dependencia a efectos de la responsabilidad civil.

La jurisprudencia del Supremo ha establecido en varias ocasiones siendo una de ellas la Sentencia de 22 de diciembre de 2014³¹ que: “*no es necesario que la relación*

³¹ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 255/2014 de 22 de diciembre de 2014 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2014/237146] Última consulta 26 marzo 2020

entre el responsable penal y el civil tenga un carácter jurídico concreto", ni tampoco "que la actividad concreta del inculcado penal redunde en beneficio del responsable civil subsidiario", siendo suficiente a los efectos de declarar la responsabilidad civil subsidiaria que "exista una cierta dependencia, de modo que la actuación del primero esté potencialmente sometida a una posible intervención del segundo".

Por tanto, la actuación del que carece de vínculo jurídico con el empresario debe estar sometida a algún tipo de control o intervención por parte de este.

Siguiendo esta línea, la jurisprudencia ha determinado que cuando no solo el vínculo jurídico es inexistente, sino que tampoco había un control activo o al menos un potencial control de la empresa ante la actividad criminal, no se podrá declarar la responsabilidad subsidiaria de esta.

Un ejemplo de esto es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 13 de junio de 2006³², en la cual, una ex empleada de una agencia inmobiliaria es condenada como autora de un delito de apropiación indebida; para la comisión del delito y captación de las cantidades la antigua empleada se ayudó del nombre de la empresa en la que solía trabajar usando entre otras cosas, el fax de la compañía inmobiliaria, el membrete y el sello de esta, haciéndose pasar por apoderada de la empresa. El Tribunal se opone a la condena como responsable civil subsidiario de la inmobiliaria, al considerar que en este caso no concurren las circunstancias necesarias para extender los efectos de la responsabilidad civil derivada del ilícito penal a la mercantil, puesto que entre esta y la condenada no existía una vinculación alguna que pudiese justificar la responsabilidad civil de la empresa. Los motivos de esta decisión fueron que la relación laboral entre empresa y acusada no existía, pero tampoco existía la relación de dependencia ya que en ningún momento la actuación de la condenada fue o pudo, potencialmente, haber sido controlada por la mercantil.

Respecto a la naturaleza del vínculo en ocasiones como admite la jurisprudencia puede ser puramente familiar, así lo vemos en la sentencia del Tribunal Supremo de 14

³² Sentencia Audiencia Provincial Murcia (Sección 5ª) núm 63/2012 de 13 de junio de 2006 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2006/284939] Última consulta 29 marzo 2020

de julio de 2003³³, en la que se condena a una mujer, tutora de su sobrina menor de edad y huérfana, como autora de un delito de apropiación indebida ya que se demuestra que estuvo robándole parte de la herencia aprovechando su posición de tutora de la menor, y aunque se absuelve al marido de esta, de ser responsable criminal y coautor, se le condena como responsable civil subsidiario, ya que se beneficia de forma directa del ilícito penal cometido por su esposa. Esta sentencia es uno de los casos en los que mejor se aprecia la naturaleza puramente civil de la responsabilidad civil “*ex-delito*”, ya que al marido se le absuelve de la responsabilidad criminal por el principio “*indubio pro reo*” mientras que, al no contar la legislación civil con este principio, se le condena como responsable civil.

La sensación que queda tras analizar la corriente jurisprudencial que ha mantenido el Supremo en estos casos, es el de la gran amplitud con la que se interpreta la relación de dependencia, pudiendo parecer que la definición de este concepto puede verse reducida a cualquier tipo de relación, independientemente de la naturaleza del vínculo, entre dos sujetos, siempre que uno de ellos deba o responda, o simplemente consienta de manera activa o pasiva, de las acciones del otro. Tras el análisis de la jurisprudencia citada se puede observar que el Supremo considera que el mero beneplácito del empresario en la actividad realizada por el dependiente puede ser requisito suficiente para que nazca responsabilidad civil subsidiaria de la empresa.

Si estas acciones producen una consecuencia, ya sea directa o indirecta, o beneficios económicos, para el que no es responsable criminal, también será considerado como responsable civil subsidiario. Esta corriente demuestra una vez más el proceso de objetivación de la responsabilidad civil “*ex-delito*” y una progresiva ampliación de los supuestos de responsabilidad.

³³ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 1059/2003 de 14 de julio de 2003 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2003/80623] Última consulta 30 marzo 2020

2.3 Nexos de ocasionalidad.

La relación de dependencia vista en el epígrafe anterior no es el único elemento necesario para que exista responsabilidad civil subsidiaria del empresario respecto a los daños cometidos por el empleado o dependiente; el propio artículo 120.4 añade que los daños cometidos por los dependientes, que deban ser indemnizados han de haber sido cometidos durante “*el desempeño de sus obligaciones o servicios*”³⁴

Es decir, la responsabilidad civil subsidiaria del empresario está subordinada a que el dependiente cometa el ilícito penal dentro de sus funciones o durante el ejercicio de sus obligaciones; de forma más general se podría afirmar que el daño debe ser causado con ocasión de sus funciones por lo que a este segundo requisito se le denominará como “nexo o relación de ocasionalidad”. El dependiente ha de producir ese daño en el ejercicio de su actividad profesional (teniendo en cuenta la amplitud del concepto ya estudiada) en la que, además, depende jerárquicamente del responsable subsidiario.

Es importante recalcar la diferencia entre nexo de ocasionalidad y nexo de causalidad, ya que para que haya responsabilidad del empresario el daño producido por el dependiente no debe ser a causa de sus funciones, lo que implicaría que su función u obligación sería la de causar el daño.

Los límites de este nexo de ocasionalidad han sufrido con el tiempo una ampliación significativa por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En un principio, se interpretó los supuestos de ocasionalidad de una manera más estricta³⁵, permitiendo al empresario exonerarse de la responsabilidad en un número de casos mayor, ya que el Tribunal exigía que los daños se hubiesen producido en la órbita estricta del desempeño de las obligaciones encargadas por el empresario y de la forma que este así lo hubiese dispuesto. A día de hoy la jurisprudencia ha evolucionado ampliando considerablemente hasta restringir considerablemente los casos en los que el empresario podrá ser exonerado.

Pero como es lógico, no puede asumirse que el empleado vaya a responder de todos los actos de una persona por el mero hecho de tener una relación laboral o de

³⁴ Cfr. Art. 120.4 Código Penal

³⁵ *Revista Crítica de Derecho inmobiliario* nº 750 pag 2344-2346

dependencia con esta ya que si el dependiente actúa fuera de sus competencias y por ende, fuera del ámbito de control del empleado, difícilmente podrá considerarse a este último responsable de ninguna manera. La jurisprudencia del Supremo en varios pronunciamientos, entre ellos la sentencia de 15 de octubre de 2018 establece unos patrones para poder identificar esta relación de dependencia y relacionarla con el nexo de ocasionalidad. El Alto Tribunal establece de criterio para delimitar la relación de dependencia, el dato espacial (que el ilícito penal se haya cometido en las instalaciones físicas de la empresa; temporal (durante el horario laboral); instrumental (utilizando medios que pertenezcan a la empresa); formal (con el informe de la empresa); o final. Por tanto, es necesario analizar (recordando que esta responsabilidad es percibida como objetiva) si la organización de los medios personales y materiales de la empresa tiene algún tipo de influencia sobre el ilícito penal que causó el daño, en especial, si lo ha favorecido.

Por tanto, la sentencia de 15 de octubre de 2018³⁶ cita literalmente que además de la relación de dependencia hay que tener en cuenta como segundo requisito “... y de otro lado que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas en el seno de la actividad o cometido a tener confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de aplicación.”

A día de hoy, para exonerar al empresario se exige que los daños se produzcan a causa de actividades o actuaciones que no guarden relación con el trabajo asignado, sin que la extralimitación ni temporal ni de sus tareas sea siempre considerada como causa suficiente para exonerarlo de la responsabilidad subsidiaria; ya que como cita reiteradamente la jurisprudencia del Supremo “... pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente todas sus tareas”.

Aún así será esta extralimitación del empleado en sus funciones, la única causa por la que el empresario podría verse librado de esta obligación de resarcir los daños y por tanto es importante conocer la doctrina del Supremo sobre este concepto. Esta

³⁶ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 467/2018 de 15 de octubre de 2018 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2018/649910] Última consulta 30 marzo 2020

cuestión podría resumirse en la siguiente premisa “*la cuestión no es si las extralimitaciones hay que incluirlas, sino hasta qué punto debe hacerse así*”³⁷.

Sobre si es necesario una extralimitación en el ejercicio de las funciones del dependiente, el Alto Tribunal lo aclara en, entre otras, su sentencia del 27 de junio de 2012³⁸ afirmando que siempre hay extralimitaciones cuando se produce una infracción penal, ya que de lo contrario, implicaría que el ejercicio normal de la profesión del dependiente sería el de delinquir, y por tanto existiría una responsabilidad penal por parte del superior por lo que la responsabilidad civil de este sería en todo caso directa y no subsidiaria.

La sentencia ya citada de 15 de octubre de 2018 especifica que: “*A primera vista podría pensarse que la relevancia criminal del empleado la aleja, normalmente de las funciones que le son propias, pero ello no siempre es así, debe descartarse una interpretación estricta del precepto, de tal manera que cualquier extralimitación o desobediencia del empleado pueda considerarse que rompe la conexión con el empresario. Son muy frecuentes las resoluciones jurisprudenciales que contemplan casos en los que la actuación del condenado penal se ha producido excediéndose de los mandatos expresos o tácitos del titular de la empresa acusada como responsable civil subsidiaria. Y esto es así porque el requisito exigido para la aplicación del art. 120.4, nada tiene que ser con el apartamiento o no del obrar del acusado respecto de lo ordenado por su principal. La condición exigida es que el acusado ha de haber actuado con cierta dependencia en relación con la empresa, dependencia que no se rompe con tales extralimitaciones.*”³⁹

³⁷ SURROCA COSTA, A. (2020). *LA RESPONSABILITAT CIVIL POR HECHO AJENO DERIVADA DE DELITO O FALTA. EN PARTICULAR, LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE PADRES, GUARDADORES, CENTROS DOCENTES, EMPRESARIOS, TITULARES DE VEHÍCULOS Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA* (Tesis Doctoral). Universidad de Girona.
<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/94199/tasc.pdf?sequence=5&isAllowed=y>

³⁸ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª) núm 569/2012 de 27 de junio de 2012 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2012/154665] Última consulta 1 abril 2020

³⁹ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 467/2012 de 15 de octubre de 2018 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2018/649910] Última consulta 1 abril 2020

La pregunta que surge sería ¿cuándo el empresario no es responsable civil subsidiario del dependiente que se extralimitó en sus funciones? La respuesta que da la jurisprudencia es variada, pero es clara respecto a una situación, cuando el dependiente ejecuta una actividad contra la prohibición del empresario por lo que no está actuando con ocasión de sus funciones. La Audiencia Provincial de Madrid establece así, en su sentencia de 29 de abril de 2015⁴⁰ que las actividades realizadas por el trabajador que puedan exonerar al empresario de ser responsable civil serán aquellas realizadas contra la prohibición clara y expresa del presunto responsable civil subsidiario, el empresario, y recalca la sentencia que estas actividades no incluyen las simples extralimitaciones temporales ni las variaciones del servicio encargado.

Esta prohibición en ocasiones es difícil de demostrar y de entender, pues la jurisprudencia del Supremo ha sido vacilante a la hora de describirla; pues no está claro si la vulneración del mandato dado por el empresario consiste si el empleado se ha situado fuera de el ámbito normal de sus funciones o es necesario que la prohibición haya sido clara y expresamente formulada por el empresario⁴¹. Es el primer caso el que más dudas suscita y el que aporta datos necesarios para delimitar los indicios necesarios para examinar si la extralimitación del dependiente fue suficientemente excluyente para permitir la exoneración del empleador.

Para ello, volvemos a los datos aportados por el Supremo y expuestos previamente, el horario, el espacio físico donde se cometió el ilícito penal, los medios utilizados para delinquir y si hubo obediencia o desobediencia con respecto a órdenes del empresario. Por norma general, el Supremo ha sido bastante claro respecto a estos requisitos y la no exoneración del empresario cuando estos concurren. Prueba de ello es la Sentencia de 30 de junio de 2015⁴², en la que un empleado de un banco es condenado como autor de delito de estafa, ya que cobraba a los clientes que iban a hacer los trámites del cobro de herencia a la sucursal bancaria, un impuesto ficticio aprovechando su

⁴⁰ Sentencia Audiencia Provincial de Madrid (Sección 3ª) núm 278/2015 de 29 de abril 2014 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2015/89598] Última consulta 2 abril 2020

⁴¹ YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO (2001) *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual* Madrid: Dykinson

⁴² Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 413/2015 de 30 de junio de 2015 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2015/127718] Última consulta 1 abril 2020

condición de empleado del banco. El Supremo resuelve un recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que “inexplicablemente” en palabras del Alto Tribunal, no aprecia responsabilidad civil subsidiaria para el banco empleador del condenado. El Supremo estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y argumenta la condena a responsabilidad civil del banco exponiendo lo siguiente: *“Por tanto si el responsable penal estaba en su lugar de trabajo en la sucursal del banco (dato espacial), en horario laboral recibía a las víctimas (dato temporal), y usaba los medios propios de la empresa (despacho, ordenador, etc. ...) (dato instrumental) no es posible desvincular la actividad y servicios prestados por aquel de la responsabilidad civil subsidiaria del Banco, al ser patente la dependencia y extralimitación en que incurrió el Sr. Gustavo Felipe, que obviamente no fue conocida por el Banco en su momento inicial, pero la potestad y dominio del Banco se extiende a establecer los mecanismos internos que permitan detectar actuaciones irregulares de sus propios empleados y en todo caso, responder de los perjuicios ocasionados por estos últimos cuando realizan servicios que se encuentran en el ámbito de lo que es propio del Banco.”*

Pero a pesar de lo restrictivo de esta doctrina en cuanto a exonerar al empresario cuando el ilícito penal cometido por el trabajador se produce en el horario laboral, en el espacio de trabajo y con medios de la empresa, en ocasiones la jurisprudencia no ha admitido la consideración del empleador como responsable civil subsidiario. Ejemplo de esto es la sentencia de 18 de octubre de 2007⁴³, en la que el acusado trabajaba en un aparcamiento público perteneciente a una empresa, ejerciendo funciones de control como abrir y cerrar el establecimiento. Durante una de sus jornadas laborales, una chica de 21 años aparcó el coche como de costumbre en el aparcamiento, y tal como declaran los hechos probados de la sentencia, el acusado valiéndose de su condición de empleado de la empresa la abordó y posteriormente la violó usando una fuerza tal que acabó con su vida. En instancias anteriores la empresa dueña del aparcamiento, de la que el condenado era empleado fue declarada como responsable civil subsidiaria en virtud del artículo 120.4 de Código Penal. El Supremo revoca la condena a la empresa, basándose en que dentro de las funciones propias de la actividad del acusado, no se encontraban las de impedir o

⁴³ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 806/2007 de 18 de octubre de 2007 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2007/213161] Última consulta 3 abril 2020

regular la entrada de clientes y sus vehículos, por lo que no suponía ningún riesgo para terceros, y al no ser un vigilante de seguridad (la sentencia hace una comparación exhaustiva con otro caso similar en el que el condenado si era el encargado de la seguridad) el ejercicio de la fuerza o compulsión sobre terceros no entraba en su cometido y la empresa no proporcionó al trabajador en ningún momento herramientas de defensa o de otro tipo.

En esta sentencia se hace hincapié en el riesgo que comprendía las funciones del empleado, y esto es otra de las interpretaciones que ha hecho el Supremo, utilizando la que se denomina como teoría del riesgo. Por la naturaleza de la relación laboral, el empresario se va a beneficiar de la actividad realizada por un trabajador, pero el contratar a alguien va a comportar un riesgo, ya sea por si mismo o por sus circunstancias personales. Debido a esto, si el empleado supone un riesgo para terceros, si se consume este riesgo, el empleador que lo contrató, y que se beneficiaba de su actividad, deberá responder civilmente por el daño causado. En esta Sentencia, el Alto Tribunal considera que, al no entrar dentro de sus funciones el contacto con terceros, y al no tener el condenado antecedentes penales previos relacionados con delitos contra la vida o contra la indemnidad sexual, la empresa reamente no incurrió en un riesgo al contratarlo. Como se ha explicado previamente la Sentencia compara esta situación a si el acusado hubiese sido vigilante de seguridad, y explica las diferencias en otro caso similar en el que el condenado era vigilante, estableciendo la principal diferencia en que el vigilante si tenía un riesgo asociado a la profesión de entrar en situaciones violentas con terceros.

Esta teoría del riesgo es considerada como un criterio más definitivo⁴⁴ para averiguar si la actuación del empleado podría incluirse en el nexo de ocasionalidad, y la importancia que tiene a la hora de exonerar o no, al empresario de la responsabilidad civil subsidiaria. En contraposición al caso expuesto previamente, en el que se exonera a la empresa, a pesar de estar el empleado en horario laboral y en las instalaciones de la empresa, al no comportar la actividad del empleado un riesgo que la empresa debía asumir de cara a la naturaleza del delito; se puede observar un caso muy similar que el Supremo resuelve de forma diferente basándose únicamente en el riesgo que asumió la empresa.

⁴⁴ Navarro Mendizábal, I., & Veiga Copo, A. (2013). *Derecho de Daños* (pp. 317-348). Thomson Reuters.

En la Sentencia de 5 de noviembre de 2018⁴⁵, se considera autor de dos delitos tentativa de homicidio y uno de homicidio consumado (aunque se le absuelve al quedar probado que sufría una alteración esquizo-afectiva y se ordena su internamiento en un hospital psiquiátrico) a un trabajador de una empresa de telecomunicaciones, de la cual su hermano era copropietario y fue el que se encargó de su contratación conociendo él y el resto de empleados la condición psicológica del empleado. En un brote de su enfermedad, el acusado apuñaló a dos empleados sin llegar a causar la muerte y acabó con la vida de un transeúnte al salir de la tienda. Como en el caso expuesto previamente, el acusado se encontraba realizando su actividad laboral (fabricación de materiales para la instalación eléctrica), en horario de trabajo y en las instalaciones de la empresa, y los hechos por los que se le acusa no guardan relación con el desempeño de su actividad profesional; en este caso el Tribunal aplica la teoría del riesgo y entiende que el empleado era un sujeto que presentaba un alto factor de riesgo para terceros debido a su condición psiquiátrica, y que su hermano, copropietario de la empresa y encargado de su contratación conocía esta condición y al contratarlo, generó, como administrador de la empresa una situación de riesgo dentro de la propia entidad, de la que esta tendrá que responder.

En estas situaciones habrá que ver a quien beneficia directamente la acción. Es importante tener en cuenta si la actuación fue realizada en exclusivo interés del responsable penal directo (el empleado), o si, aunque fuese de manera residual o tendencial se podría considerar dentro del servicio del empleado por mucha extralimitación que haya ocurrido.

3. DISTINCIÓN ENTRE DELITOS

Una vez estudiados los elementos de la responsabilidad civil subsidiaria del empresario por delitos cometidos por el dependiente, habiendo comprendido la doctrina que objetiva esta responsabilidad hasta eliminar el requisito de culpa en el empresario, y establece la ya explicada “teoría del riesgo”, será importante conocer si la naturaleza del acto delictivo cometido afecta de alguna manera a la posible exoneración del empresario.

⁴⁵ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 526/2018 de 5 de noviembre de 2018 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2018/637403] Última consulta 4 abril 2020

En un principio, puede parecer que la naturaleza del delito no va a ser relevante para la exoneración o no del empresario, pero atendiendo a la jurisprudencia y de manera especial al uso de la teoría del riesgo para apreciar el nexo de ocasionalidad en la actividad del dependiente respecto de sus funciones, se podrán observar ciertas diferencias. Para realizar esta comparación, se explicará la posición de la jurisprudencia respecto a los delitos contra la vida o la libertad e indemnidad sexual (títulos I y VIII respectivamente del Libro II del Código Penal) y los delitos patrimoniales (título XIII del Código Penal), los más frecuentes en este tipo de procesos.

La diferencia fundamental que va a radicar en la posición del Supremo respecto de ambos delitos va a venir dada por la ya explicada teoría del riesgo y la concepción del beneficio directo.

La principal característica de los delitos patrimoniales como la estafa o la apropiación indebida entre los más comunes, es que el autor se beneficia o busca beneficiarse económicamente de su actividad ilícita, y cuando el delito se produce en el marco de la empresa, esto puede dar lugar a dos situaciones, que la empresa se vea beneficiada indirectamente de la actividad delictiva o que la empresa se vea afectada económicamente por esta actividad. Esto último da lugar a una situación común dentro de estos delitos, que la propia empresa tenga papel de perjudicado y de responsable civil subsidiario, situación que se expondrá más adelante.

Cuando el empleado es responsable criminal de un delito de carácter patrimonial, la línea jurisprudencial mantenida generalmente por el Supremo es la de condenar a la empresa de la que es empleado como responsable civil subsidiario basándose en el aprovechamiento de la actividad, es decir, en que la empresa de alguna manera ha sido beneficiada económicamente de la actividad ilícita del responsable criminal. Pero independientemente de a quien beneficie la actividad delictiva del responsable criminal, la razón principal para condenar al empresario como responsable subsidiario para delitos patrimoniales es el de la ya mencionada “teoría del riesgo” y así lo afirma el Alto Tribunal diversas sentencias como la reciente de 31 de octubre de 2019⁴⁶ “*de manera que quien se*

⁴⁶ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 530/2019 de 31 de octubre de 2019 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2019/725759] Última consulta 4 abril 2020

beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros debe soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando resultan perjudicados.”. Esta teoría, fruto de la progresiva objetivación de la responsabilidad civil subsidiaria *ex delicto*, tiene su fundamento en el beneficio que obtiene de la actividad habitual del trabajador, siguiendo el principio de *cuius commoda eius incommoda* (a quien corresponde el beneficio, corresponde el inconveniente). Basándose en esta teoría, parece difícil no apreciar riesgo en la comisión de delitos patrimoniales por parte del dependiente ya que, al confiar a este, recursos de la empresa capaces de generar beneficio económico, se asume el riesgo por parte del empresario, de que el dependiente los pueda utilizar con ánimo delictivo.

Respecto a los delitos contra la vida o contra la libertad e indemnidad sexual cometidos por el dependiente, el Supremo ha permitido la exoneración del empresario en más ocasiones basándose en la teoría del riesgo. Aquí podemos diferenciar el caso de un vigilante de una discoteca que mata de un golpe a un cliente, y el de un albañil que mientras trabajaba mata a un compañero por temas personales⁴⁷. En el primer caso, debido a la naturaleza de la profesión del vigilante existía un riesgo real de que este tuviese que utilizar la violencia para el desempeño de sus funciones; mientras que en el segundo caso este riesgo no existía, caso en el que se permite la exoneración del empresario.

Antecedentes penales, psiquiátricos o laborales serán determinantes en poder apreciar una cierta culpa en este tipo de delitos del empresario (culpa *in eligendo*) por haber contratado al responsable penal, así como cualquier tipo de negligencia en el control de la actividad en la empresa.

⁴⁷ SURROCA COSTA, A. (2020). *LA RESPONSABILITAT CIVIL POR HECHO AJENO DERIVADA DE DELITO O FALTA. EN PARTICULAR, LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE PADRES, GUARDADORES, CENTROS DOCENTES, EMPRESARIOS, TITULARES DE VEHÍCULOS Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA* (Tesis Doctoral). Universidad de Girona.
<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/94199/tasc.pdf?sequence=5&isAllowed=y>

La doble condición de perjudicado y responsable civil subsidiario.

Previamente se ha mencionado la controversia de la posible doble condición de perjudicado y responsable civil que puede llegar a tener el empresario, generalmente en delitos patrimoniales cometidos por el dependiente.

En los procesos penales relativos al artículo 120.4 del Código Penal de responsabilidad civil subsidiaria del empresario, para delitos cometidos por su trabajador, cuando este ha cometido delitos de carácter patrimonial se da en muchas ocasiones la circunstancia de que la empresa de la que el trabajador era dependiente también ostenta la condición de perjudicada. Esto ocurre ya que, si el trabajador se apropia indebidamente de capitales que en un principio eran destinados a la empresa, esta se enfrenta a un perjuicio patrimonial derivado de la actuación del dependiente, no como responsable subsidiario, sino como responsable directo.

La jurisprudencia del Supremo en un principio fue contradictoria respecto si una misma persona podía ser parte activa como perjudicado y parte pasiva (en este caso como responsable civil subsidiario), así podemos ver sentencias como las de 21 de noviembre de 1989 y 27 de mayo de 1998 que afirmaron la incompatibilidad y la sentencia de 19 de noviembre de 1994, que fue la que provocó el Pleno no jurisdiccional de 27 de noviembre de 1998⁴⁸ en la que se decide que se permitirá la doble concurrencia en un proceso penal de acusado y acusación para evitar la división de la contienda de la causa y por tanto huir de sentencias contradictorias y así salvaguardar el derecho a defensa y tutela judicial efectiva y el principio de seguridad jurídica. Este mismo razonamiento lo podemos ver en sentencias como la de 3 de febrero de 2012⁴⁹.

Esta decisión ha dado a lugar a pronunciamientos más recientes como la Sentencia de 1 de octubre de 2015 en la que se presenta como acusación la empresa de la que el acusado de delito de compra fraudulenta y estafa es empleado. Uno de los motivos por los que se acude al Supremo en casación hace referencia a la admisión como acusación

⁴⁸ Consejo General del Poder Judicial. (1998). *Pleno no jurisdiccional de 27 de noviembre de 1998*. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/>

⁴⁹ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm 27/2012 de 3 de febrero de 2012 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2012/6930] Última consulta 10 abril 2020

del que debe constar como responsable civil subsidiario. La Sentencia cita el acuerdo de 1998 ya visto y añade “...Consecuentemente si por las circunstancias concurrentes en un determinado proceso penal una persona está legitimada para ser parte en una determinada posición procesal y, además, en otra diferente, no tiene porqué haber incompatibilidad para actuar en dos conceptos dentro del mismo procedimiento (STS. 1036/2007 de 12 de diciembre).En el mismo sentido la STS. 372/2006 de 31 de marzo "cuando se trata de acusados y acusadores en el mismo proceso respecto de las acciones penales, con mayor razón aún ha de serlo cuando se trata de examinar el mismo problema en relación a responsabilidades, de orden diferente, como ocurre aquí, en el que la misma persona jurídica actúa por un lado, como participativa ejercitando la acción penal, y por otro lado, como demandada en calidad de responsable civil subsidiaria al tener que soportar las varias acusaciones dirigidas contra ella".

4. ACCIÓN DE REGRESO O REPETICIÓN.

Una de las características que definen a la responsabilidad civil “*ex delicto*” es que el artículo 120 del Código Penal la configura como una responsabilidad subsidiaria “*son también responsables civilmente, en defecto de los que los sean criminalmente...⁵⁰*”. A pesar de no haber mención expresa en el artículo 120.4 de la acción de repetición, la viabilidad de esta acción debe admitirse haciendo una analogía a lo dispuesto en el artículo 116.2 respecto de la responsabilidad subsidiaria del cómplice respecto a la del autor del delito.

Esta responsabilidad no se trata de una responsabilidad solidaria, la víctima o sus herederos no pueden elegir a quien dirigirse para exigir el pago de lo debido, sino que en primer lugar deberá dirigirse al dependiente y sí este se encontrase en una situación de insolvencia, entonces podría dirigirse contra el empresario; por lo que la insolvencia del empleado podría considerarse como un elemento o requisito más que configura la responsabilidad civil *ex delicto* del empresario, por lo que este tipo de responsabilidad solo operará en el caso el empleado, y responsable civil directo, no pueda hacerse cargo de la indemnización a la que ha sido condenado, ya sea de forma parcial o total.

⁵⁰ Cfr. Art 120 Código Penal

Esta acción de regreso o repetición podrá ser ejercitada una vez el empresario haya satisfecho las indemnizaciones que le correspondían como responsable civil subsidiario, cuando este considere necesario. Es necesario destacar que en la práctica es bastante improbable que el empresario vaya a ser reintegrado de las cantidades que tuvo que abonar por su condición de responsable subsidiario, ya que para que el empresario haya tenido que pagar, el responsable directo tuvo que ser declarado insolvente, y lo seguirá siendo cuando el empresario se dirija contra él. Este es el principal motivo por el que es tan difícil encontrar jurisprudencia sobre la acción de repetición derivada del artículo 120.4 del Código Penal, ya que la mayoría de las veces el propio empresario desiste de iniciar un procedimiento al considerar que sus posibilidades de verse satisfecho son extremadamente bajas.

Al no ser una obligación directa sino subsidiaria, el que tiene la obligación real de resarcir los daños es el dependiente, y no el empresario; por lo que no es necesario demostrar una especial culpa en el empleado, sino que el empresario podrá repetir del empleado lo que fue obligado a pagar por el mero hecho de haber pagado.

Como regla general, el empresario repetirá contra el empleado por la totalidad de lo que en su día tuvo que satisfacer como responsable subsidiario, admitiendo la jurisprudencia una excepción, el empresario no podrá exigir la totalidad de lo que ha indemnizado, si en el propio juicio queda constatado que existe parte de responsabilidad del empresario en los daños causados. Un ejemplo de esto puede ser el del empresario que contrata a un vigilante de seguridad con antecedentes de agresión sexual y lo pone en la entrada de un club nocturno en el que entra y sale gente constantemente bajo la influencia del alcohol, como es lógico, si el vigilante comete un nuevo delito de la misma naturaleza con ocasión de su puesto de trabajo, existirá una clara culpa por parte del empresario que lo contrató y por tanto, este solo podrá repetir de la parte proporcional.

Como toda obligación civil, el retraso en el pago de las cantidades adeudadas, por el autor del delito, devengará intereses moratorios además de los procesales. Los intereses, por su naturaleza moratoria empezarán a devengar desde el día que el deudor los reclame de forma judicial o extrajudicial, y seguirán devengando hasta que se paguen o el responsable directo demuestre su insolvencia, momento en el cual la deuda tendrá que ser satisfecha por la empresa responsable civil subsidiaria. La cuestión de los intereses ha podido suscitar duda, puesto que, ¿debe el responsable civil subsidiario

hacerse cargo de estos? La respuesta de la jurisprudencia es clara, y así lo vemos en la Sentencia del 1 de marzo de 2018⁵¹; el responsable civil subsidiario no debe hacerse cargo de los intereses moratorios ya que para la empresa la deuda no es exigible hasta la excusión de bienes o hasta que se declara la insolvencia del empleado responsable criminal.

5. CONCLUSIÓN.

El artículo 120.4 del Código Penal recoge la responsabilidad civil del empresario derivada de los delitos cometidos por el dependiente. Este precepto es de naturaleza puramente civil y por tanto no se ve sometido a los principios penales de la presunción de inocencia y permite hacer una interpretación extensiva de los elementos que conforman esta responsabilidad civil subsidiaria.

Este artículo establece la responsabilidad civil del empresario, pero se debe rechazar la concepción puramente mercantilista del empresario. Haciendo uso de la interpretación extensiva, el Supremo ha admitido como “empresario” desde fundaciones sin ánimo de lucro como ONGs, asociaciones como el AMPA de un colegio, hasta particulares que encargan a otra persona una tarea.

Para que exista esta responsabilidad civil de la empresa deben concurrir una serie de requisitos que la corriente jurisprudencial más reciente mantenida por el Supremo ha ido interpretando de forma más amplia, derivando en una concepción objetiva de esta responsabilidad que ha permitido apreciarla cada vez más y con ello restringiendo los supuestos en los que el empresario podía ser exonerado.

De tal forma, los dos requisitos necesarios y fundamentales para que haya responsabilidad civil subsidiaria del empresario, son la relación de dependencia y el nexo de ocasionalidad. Habrá responsabilidad del empresario siempre que exista una relación de subordinación jerárquica del dependiente con el empresario, en el amplio sentido de la definición, puesto que, como se ha expuesto a lo largo del trabajo, se puede apreciar

⁵¹ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 105/2018 de 1 de marzo de 2018 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2018/36068] Última consulta 10 abril 2020

esta dependencia desde el contrato laboral, hasta relaciones de amistad o familiares. El Alto Tribunal concluye que la relación entre el responsable civil y penal no tiene que revestir de una forma jurídica concreta ni que se incluya en una determinada categoría negocial, simplemente con que el empresario tenga algún control o influencia en la actividad del dependiente podrá declararse esta responsabilidad. La relación no tiene ni si quiera que ser duradera, ni estable pudiendo admitirse relaciones completamente esporádicas.

El segundo requisito de ocasionalidad, que el delito haya sido cometido con ocasión de las funciones del dependiente también es interpretado laxamente por la jurisprudencia, ya que como se ha explicado previamente, el Supremo ha considerado que para que el dependiente se encuentre en el desempeño de sus funciones, no tiene que estar en las instalaciones de la empresa, ni en horario laboral, ni si quiera desempeñando las funciones típicas asociadas a su puesto. Basta con que el empresario con el que tiene la relación de dependencia le hubiera hecho un encargo de manera que el dependiente estaba actuando dando lugar a una apariencia empresarial por el hecho de ser empleado de la compañía. De tal forma, dentro de la amplitud del concepto se incluyen las extralimitaciones del dependiente en su actividad profesional, basándose en la teoría del riesgo creado, pues quien se beneficia de la actividad del dependiente asume el riesgo de los posibles daños que este pudiese causar. Pero el Alto Tribunal va más allá, incluso admitiendo casos en los que la actividad delictiva del dependiente no redundase en beneficio del responsable civil subsidiario, la potencial intervención del empresario en la actividad ya evitará la exoneración de este.

En definitiva, la progresiva ampliación de estos conceptos y la extensa interpretación de sus requisitos ha convertido esta responsabilidad en una responsabilidad objetiva y casi inherente a la condición de empresario, que responderá de los delitos cometidos por el dependiente por el simple hecho de pertenecer estos a su esfera de organización económica. El empresario raramente podrá probar que el dependiente se extralimitó de tal manera en su actividad que escapó por completo de su ámbito de control o intervención mostrando que cumplió con la diligencia debida en sus deberes de elección y vigilancia.

Respecto a la acción de regreso o repetición, la jurisprudencia es escasa ya que la responsabilidad civil recogida en el artículo 120.4 del Código Penal es en todo caso

subsidiaria, por lo que el empresario únicamente responderá cuando el responsable criminal se declare insolvente; y de declararse la insolvencia de este el empresario tendrá unas posibilidades cercanas a nulas de verse satisfecho de lo que indemnizó por su condición de responsable subsidiario.

La conclusión de este trabajo podría resumirse en que la creciente preocupación del Alto Tribunal por que la víctima del delito se vea indemnizada, y considerando que es más fácil que la empresa sea quien indemnice y no el responsable criminal, ha dado lugar a una responsabilidad tan objetiva y las posibilidades reales del empresario de exonerarse son tan remotas que el empresario va a responder por el mero hecho de serlo.

6. BIBLIOGRAFÍA

Legislación

- Código Civil
- Código Penal
- Estatuto de los Trabajadores

Jurisprudencia

- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 322/2009 de 23 de marzo de 2009 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2009/10145] Última consulta 20 de marzo 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 105/2018 de 1 de marzo de 2018 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2018/36068] Última consulta 20 de marzo 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 687/2006 de 21 de junio de 2006 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2006/103005] Última consulta 20 de marzo 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 298/2019 de 7 de junio de 2019 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2019/618412] Última consulta 22 de marzo 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 51/2008 de 6 de febrero de 2008 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2008/20551] Última consulta 22 de marzo 2020
- Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 451/2018 de 1 de marzo de 2018 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2018/52576] Última consulta 23 de marzo 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 121/2011 de 3 de marzo de 2011 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2011/19669] Última consulta 23 de marzo 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm 400/2010 de 23 de junio de 2010 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2010/152955] Última consulta 24 de marzo 2020

- Sentencia Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 2ª) núm 113/2008 de 27 de febrero de 2008 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2008/179586] Última consulta 23 de marzo 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 348/2014 de 1 de abril de 2014 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2014/80018] Última consulta 26 marzo 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 468/2014 de 10 de junio de 2014 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2014/122371] Última consulta 26 marzo 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 737/2019 de 5 de febrero de 2019 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2019/506371] Última consulta 2 abril 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 1226/2006 de 15 de diciembre de 2006 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2006/345602] Última consulta 29 marzo 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 577/2004 de 28 de abril de 2004 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2004/40375] Última consulta 29 marzo 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 255/2014 de 22 de diciembre de 2014 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2014/237146] Última consulta 26 marzo 2020
- Sentencia Audiencia Provincial Murcia (Sección 5ª) núm 63/2012 de 13 de junio de 2006 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2006/284939] Última consulta 29 marzo 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 1059/2003 de 14 de julio de 2003 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2003/80623] Última consulta 30 marzo 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 467/2018 de 15 de octubre de 2018 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2018/649910] Última consulta 30 marzo
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 737/2019 de 5 de febrero de 2019 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2019/506371] Última consulta 2 abril 2020

- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 1226/2006 de 15 de diciembre de 2006 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2006/345602] Última consulta 29 marzo 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 577/2004 de 28 de abril de 2004 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2004/40375] Última consulta 29 marzo 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 255/2014 de 22 de diciembre de 2014 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2014/237146] Última consulta 26 marzo 2020
- Sentencia Audiencia Provincial Murcia (Sección 5ª) núm 63/2012 de 13 de junio de 2006 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2006/284939] Última consulta 29 marzo 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 1059/2003 de 14 de julio de 2003 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2003/80623] Última consulta 30 marzo 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 467/2018 de 15 de octubre de 2018 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2018/649910] Última consulta 30 marzo
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª) núm 569/2012 de 27 de junio de 2012 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2012/154665] Última consulta 1 abril 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 467/2012 de 15 de octubre de 2018 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2018/649910] Última consulta 1 abril 2020
- Sentencia Audiencia Provincial de Madrid (Sección 3ª) núm 278/2015 de 29 de abril 2014 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2015/89598] Última consulta 2 abril 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 413/2015 de 30 de junio de 2015 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2015/127718] Última consulta 1 abril 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 806/2007 de 18 de octubre de 2007 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2007/213161] Última consulta 3 abril 2020

- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 526/2018 de 5 de noviembre de 2018 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2018/637403] Última consulta 4 abril 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 530/2019 de 31 de octubre de 2019 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2019/725759] Última consulta 4 abril 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm 27/2012 de 3 de febrero de 2012 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2012/6930] Última consulta 10 abril 2020
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm 105/2018 de 1 de marzo de 2018 [versión electrónica- base de datos EL DERECHO. Ref EDJ 2018/36068] Última consulta 10 abril 2020

Obras doctrinales

- *Revista Crítica de Derecho inmobiliario* nº 750 pag 2344-2346
- Navarro Mendizábal, I., & Veiga Copo, A. (2013). *Derecho de Daños* (pp. 317-348). Thomson Reuters.
- YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO (2001) *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual* Madrid: Dykinson
- SALVADOR CODERCH y GÓMEZ LIGÜERRE, *Respondeat Superior II, De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización*, cit., p. 15
- YZQUIERDO TOLSADA, M. *LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL (DAÑOS CAUSADOS POR EMPLEADOS A TERCEROS)*.
- BARCELÓ DOMÉNECH, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 261 y 262.
- SURROCA COSTA, A. (2020). *LA RESPONSABILITAT CIVIL POR HECHO AJENO DERIVADA DE DELITO O FALTA. EN PARTICULAR, LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE PADRES, GUARDADORES, CENTROS DOCENTES, EMPRESARIOS, TITULARES DE VEHÍCULOS Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA* (Tesis Doctoral). Universidad de Girona.

Recursos de Internet

- El contrato de obra - Derecho UNED. Última consulta el 1 abril 2020, de <http://derecho.isipedia.com/segundo/derecho-civil-ii/derecho-de-contratos/16-el-contrato-de-obra>