

CAPÍTULO IV

LOS SUJETOS PASIVOS DE LA PRETENSIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL (II): LOS RESPONSABLES CIVILES SUBSIDIARIOS

SUMARIO: Introducción. 1. Los padres como responsables civiles subsidiarios. 1.1. Ámbito de aplicación. 1.2. El fundamento de la obligación. 1.3. La carga de la prueba de la culpa o negligencia. 2. Las personas titulares de medios de comunicación. 2.1. Naturaleza y fundamento. 2.2. Ámbito de aplicación. 2.2.1. Sujetos responsables. 2.2.2. La problemática determinación de los delitos sujetos a esta regla de responsabilidad civil. 3. La responsabilidad de los titulares de establecimientos por infracción de reglamentos. 3.1. Naturaleza y fundamento. 3.2. Presupuestos para su exigencia. 4. La responsabilidad de las personas jurídicas por los actos de sus empleados. 4.1. Naturaleza y fundamento. 4.2. Presupuestos para su exigencia. 4.2.1. Relación de dependencia o representación entre el infractor y el empresario. 4.2.2. La incardinación del hecho delictivo y dañoso en el marco de la actividad empresarial. 5. La responsabilidad de los titulares de vehículos. 5.1. Naturaleza y fundamento. 5.2. Presupuestos para su exigencia. 5.2.1. La determinación de la titularidad del vehículo. 5.2.2. La cesión voluntaria. 5.3. Relaciones e interferencias entre las reglas 4º y 5º del art. 120 CP. 6. La responsabilidad de la Administración pública. 6.1. Naturaleza y fundamento. 6.2. Ámbito de aplicación. 6.2.1. La Administración Pública como responsable y el funcionario, autoridad o contratado como desencadenante de la responsabilidad. 6.2.2. La determinación de los hechos delictivos desencadenantes de este tipo de responsabilidad. 6.3. Especial referencia a los delitos cometidos por los miembros de las FCSE. 6.4. Relaciones e interferencias entre el art. 120.3 y el art. 121 del CP.

CAPÍTULO IV

LOS SUJETOS PASIVOS DE LA PRETENSIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL (II): LOS RESPONSABLES CIVILES SUBSIDIARIOS

INTRODUCCIÓN

En los arts. 118 a 122 del CP se dispone una relación de sujetos que, sin haber tenido participación alguna en los hechos enjuiciados penalmente, podrán sin embargo ser declarados civilmente responsables. La declaración como responsables civiles subsidiarios de terceros ajenos al delito tiene como causa legal bien una especial relación entre el autor del hecho delictivo y el tercero, bien entre este último y el hecho cometido¹. El fundamento de este tipo de responsabilidad difiere según el supuesto concreto en el que nos encontremos, sin embargo, y como veremos al analizar cada uno de ellos, se trata en última instancia de buscar un patrimonio solvente para hacer frente a la reparación de los daños ocasionados, pues como ya hemos mencionado, el principio culpabilístico en el que tradicionalmente se fundamentaba la responsabilidad se ha visto superado por el principio de que no hay daño sin justa causa que no deba ser reparado².

En cualquier caso, no nos cabe la menor duda de que las normas de responsabilidad civil subsidiaria son el vehículo del que se sirve la ley para determinar la responsabilidad de un determinado patrimonio, atendiendo a razones de orden social o económico que responden a la ideología del momento en que son redactadas³.

¹ ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, op. cit., pág. 507; GIANNINI, *L'azione civile per il risarcimento del danno e il nuovo Codice di procedura penale*, Milano, 1990, pág. 50 y SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., «La responsabilidad civil derivada del delito...», op. cit., pág. 105; este mismo autor en *Comentarios a la Ley penal*, t. XVI, pág. 104.

² En efecto, como acertadamente había escrito ya RUBIO GARCÍA-MINA, *La responsabilidad civil del empresario*, Discurso de Recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1971, pág. 36: “Lo que el ordenamiento hace en definitiva es escoger, con arreglo a la escala de valores de cada tiempo y lugar prevaleciente y entre los patrimonios de quienes intervienen en el proceso dañoso, aquél que debe soportar los perjuicios. Entre la situación del responsable civil y de la víctima se inclina por favorecer el interés de esta última, que estima moralmente menos implicada, menos próxima a las circunstancias causales del daño. Si por un momento fuera lícito trasladar el término *culpa* desde su sentido técnico-jurídico a otro vulgar muy predilecto de nuestro vocabulario cotidiano, diría que lo que hace la Ley es determinar cuál es el patrimonio del titular que le parece tiene *más la culpa*, con objeto de impedir que los perjuicios recaigan sobre el que la tiene *menos*. Evitar que las gravísimas dificultades de apreciación y demostración de la culpa hagan soportar los daños con resignación cristiana al perjudicado inmediato”. En sentido parecido vid. DÍEZ-PICAZO, L. «La responsabilidad civil hoy», *ADC*, t. XXXII, 1979, págs. 732 y 734-735.

³ Esta circunstancia sería apreciable de forma palmaria si hiciésemos un estudio acerca de la evolución histórica que han experimentado, según las circunstancias socioeconómicas y culturales de la época, algunos de los supuestos de responsabilidad civil indirecta contemplados tradicionalmente en nuestros Textos punitivos. Así, podría citarse a título meramente

En todo caso, debemos dejar constancia de que nos encontramos ante supuestos de responsabilidad vicaria o por hecho ajeno⁴, que como veremos a lo largo de las sucesivas páginas, si bien en principio encontraban su fundamento en algún tipo de reproche por parte del responsable (padre, tutor, titular del establecimiento, empresario, etc.), en la actualidad constituyen auténticas garantías legales en favor del perjudicado⁵.

En cuanto al presupuesto para el surgimiento de este tipo de responsabilidad, hay que señalar que se halla en la imposibilidad legal de hacer efectiva la responsabilidad civil en la persona que por ley es obligada de forma directa y principal a la reparación del daño. Con carácter general, se trata de supuestos de declaración total o parcial de insolvencia del responsable civil originario, a cuyo efecto el responsable civil subsidiario cuenta con la posibilidad de solicitar la previa excusión de los bienes del principal⁶. Por tanto, en previsión de la posible insuficiencia de bienes por parte del responsable directo, la pretensión reparadora se dirigirá también contra aquellos sujetos que, sin haber participado en los hechos, el

ejemplificativo el caso de los titulares de Centros docentes y el de los padres por los actos cometidos por sus hijos.

- ⁴ Recordemos que en nuestro ordenamiento jurídico existen hasta tres sistemas diversos de responsabilidad vicaria o por hecho ajeno, que como señala SALVADOR CODERCH (con Gómez Ligüerre; Ruiz García; Rubí Puig y Piñero Salguero), «Respondeat Superior I», *Revista Electrónica InDret*, 03/2002, www.indret.com, pág. 3, son: “a) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, regulada en los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, que formalmente responsabilizan objetivamente a la Administración de que se trate por los daños causados por sus funcionarios y empleados públicos, aunque no hayan sido negligentes. b) La responsabilidad civil por hecho ajeno regulada en el art. 1.903 del Código Civil de 1889 que, al menos originariamente, era una responsabilidad del principal por culpa presunta —o, más correctamente, con inversión de la carga de la prueba de la culpa— por los daños negligentemente causados por su dependiente. c) La responsabilidad civil subsidiaria del art. 120 del Código penal, que combina supuestos de responsabilidad objetiva por hechos cometidos por terceras personas tipificados como delito o falta”.
- ⁵ Tal y como señala SALVADOR CODERCH Y GÓMEZ LIGÜERRE, «Respondeat Superior II», *Revista Electrónica InDret*, 03/2002, www.indret.com, pág. 20: “La responsabilidad por hecho ajeno ya no es un reproche sino una garantía legal en favor de las víctimas que asume quien decide participar en el tráfico conforme a alguno de los roles previstos legalmente”. En algunas ocasiones esta función de garantía que cumple la responsabilidad civil subsidiaria puede producir ciertas distorsiones, de ahí que podamos leer en RAMÓN LÓPEZ-FANDO, “La responsabilidad de las personas naturales o jurídicas titulares de medios de comunicación social, de establecimientos comerciales o industriales y de vehículos (art. 120, 3, 4 y 5 del Nuevo Código penal)”, en *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, t. III, Madrid, 1997, pág. 124, que, a veces, provoca “una situación anómala consistente en que cuando el responsable civil subsidiario ha sido también víctima de la actuación punible del subordinado, no sólo no percibe indemnización por los daños y perjuicios sufridos, sino que además debe indemnizar los que se hayan causado a un tercero”.
- ⁶ Vid. DE LAMO RUBIO, «Los sujetos de la responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 12.129; FONT SERRA, *La acción civil...*, cit., pág. 41; HERNÁNDEZ HENRÍQUEZ, «La responsabilidad civil en el proceso penal. Diversas consideraciones», *RDP*, núms. 3-4, 1979, pág. 527; MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil del Código penal de 1995», cit., pág. 146; MONTERO AROCA, «Entre la responsabilidad criminal y la responsabilidad por el resarcimiento», en *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1996, pág. 642 y SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., «La responsabilidad civil derivada del delito...», op. cit., pág. 105.

CP en sus arts. 120 y 121 declara responsables civiles subsidiarios⁷. Así pues, y para que en el proceso penal pueda declararse la responsabilidad de estos sujetos — responsables civiles subsidiarios *ex lege* pero ajenos a los hechos enjuiciados—, es requisito *sine qua non* que hayan sido demandados en el proceso penal como parte⁸, puesto que de no ser así no podrán ser condenados civilmente⁹.

En relación con la posición procesal que ocupa el responsable civil subsidiario en el proceso penal, se dice que es una parte secundaria y contingente¹⁰; secundaria, pues en principio la acción de responsabilidad civil sólo se hará efectiva contra los mismos tras haberse dirigido en primer lugar contra el responsable civil directo por haber resultado éste insolvente; y contingente, porque no siempre será parte pasiva en el proceso penal ya que el perjudicado podrá reservarse la acción para deducirla en el correspondiente proceso civil. Finalmente, y con carácter general, no nos resta sino recordar que el responsable civil subsidiario tiene derecho a repetir contra el responsable principal, por la cuantía que hizo efectiva para la reparación del daño, si éste viniese en mejor fortuna¹¹.

⁷ En este sentido afirma HERNÁNDEZ HENRÍQUEZ, “La responsabilidad civil en el proceso penal. Diversas consideraciones”, *RDPr*, núms. 3-4, 1979, pág. 527, que: “El responsable subsidiario es llamado al proceso penal en protección del perjudicado civil cuando el responsable civil directo, sujeto activo del delito y sujeto pasivo del proceso penal, es insolvente total o parcial”.

⁸ Para que dichos sujetos puedan ser tenidos como parte en el proceso penal deberán ser llamados al proceso conforme a lo dispuesto en el art. 384 de la LECRIM para el procedimiento ordinario y abreviado y del art. 615 de la misma norma si se trata del juicio de faltas, sin dicha resolución no serán tenidos como parte y, por consiguiente, no podrán ser condenados. Cfr. DE LAMO RUBIO, «Los sujetos de la responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 12.129; MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil del Código penal de 1995», cit., pág. 147 y SOTO NIETO, (con GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, Barcelona, 1998, pág. 212.

⁹ Tal y como señala SOTO NIETO (con GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 216: “Evidentemente, para que resulte obligado por condena alguien en calidad de responsable civil subsidiario deberá ser llamado al proceso penal en tal concepto, con todas las garantías que implica ostentar la cualidad de parte pasiva en el proceso penal: derecho de defensa, contradicción, etc”. Baste recordar en este punto la doctrina consolidada de nuestro TS, según la cual nadie puede ser condenado sin haber sido previamente oído, ya que, de otro modo, se estarían vulnerando los principios constitucionales de audiencia y contradicción. En relación con los responsables civiles subsidiarios en el proceso penal, pueden verse en concreto las SSTs de 15 de julio de 1996 (RJA 5913); de 17 de julio de 1995 (RJA 5606); de 29 de marzo de 1995 (RJA 2119); de 20 de marzo de 1993 (RJA 2422); 26 de junio de 1993 (RJA 5250); de 20 de marzo de 1993 (RJA 5250) y de 2 de octubre de 1992 (RJA 8133). Cfr. también la STC núm. 28/1995.

¹⁰ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., pág. 443; MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional*, t. III, cit., pág. 59; MORENO CATENA, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 162; MUÑOZ ROJAS, «Legitimación del responsable civil subsidiario en el proceso penal», *RDPr*, 1965, pág. 146 y SOTO NIETO, «Responsabilidad civil subsidiaria. Elementos que la definen. Constancia formal de su exigencia», *RJE La Ley*, núm. 6007, 2004, pág. 1.

¹¹ SERRANO BUTRAGUEÑO, «Comentarios al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos...», cit., pág. 1.164.



1. LOS PADRES COMO RESPONSABLES CIVILES SUBSIDIARIOS¹²

En el aptdo. 1º del art. 120 del CP se dispone que, por los hechos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a patria potestad o tutela, responderán sus padres o tutores cuando aquéllos vivan con éstos y por su parte haya mediado culpa o negligencia¹³. Se trata de la responsabilidad de aquellas personas que tiene bajo su potestad a individuos declarados incapaces conforme a lo previsto en el art. 220 del CC.

A diferencia de lo que ha sucedido con el resto de los apartados del art. 120 del CP, que han sido acogidos con complacencia al considerar que se superaba por fin un lenguaje obsoleto y se conseguía una redacción y sistemática más clara¹⁴; este apartado ha resultado muy controvertido entre la doctrina, que ha llegado a poner en tela de juicio la existencia de un ámbito de aplicación efectivo para el mismo. Así las cosas, hemos considerado oportuno comenzar el análisis de la responsabilidad subsidiaria de los padres o tutores prevista en el art. 120.1º del CP por su ámbito de aplicación.

1.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La existencia de un ámbito de efectiva aplicación de este precepto ha sido cuestionada por numerosos autores¹⁵. Para algunos este precepto debió desaparecer del Texto punitivo cuando la mayoría de edad penal y civil se hicieron coincidir, al elevar la primera de ellas a los dieciocho años. De ahí que consideren que la redacción actual es el fruto de la desidia del legislador al transponer el art. 121.1º del Proyecto de 1992¹⁶. En este precepto, el legislador penal disponía que los padres y tutores serían responsables civiles subsidiarios por los daños ocasionados por los delitos o faltas cometidos por los sujetos a patria potestad o tutela, cuando

¹² Las diferencias entorno a la regulación de la responsabilidad civil de los padres o tutores existentes entre los Códigos civil y penal han sido reiteradamente denunciadas por la doctrina, exigiéndose una regulación única para evitar las injusticias materiales a las que esta doble regulación conduce. Sobre este particular puede verse el trabajo realizado por DÍAZ ALABART, «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *ADC*, t. XL, julio-septiembre, 1987, págs. 795-894.

¹³ Se pone fin así a una línea jurisprudencial que venía interpretando de forma objetiva esta responsabilidad sobre la base de la creación del riesgo (art. 1903 del CC), lo cual había sido criticado por la doctrina por estarse considerando el tener un hijo una creación de riesgo. Vid. MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil del Código penal de 1995», cit., págs. 143 y 144; DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, pág. 1.032 y ZUBIRI DE SALINAS, «Responsables civiles en el Código penal», cit., pág. 63.

¹⁴ Baste recordar que en el art. 21 del CP de 1973 seguían encontrándose expresiones como las de “posaderos” y “taberneros”; y que, como rememora YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., pág. 265, antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 1/1991, de 7 de enero, podían encontrarse términos como los de amo, criado, discípulo, oficial, aprendiz, etc.

¹⁵ Entre otros vid., SOTO NIETO, (con GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, Barcelona, 1998, págs. 216-220 e YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., págs. 265-269.

¹⁶ YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., págs. 265-269.

estuvieren viviendo en su compañía y por su parte hubiere mediado culpa o negligencia. Esta disposición tenía en aquel contexto plena vigencia y sentido ya que, de un lado, venía a cubrir la responsabilidad de aquellos sujetos que cometían un delito habiendo alcanzado la mayoría de edad penal pero no la civil. De otro, terminaba con las dudas interpretativas acerca de la aplicación a estos supuestos de lo establecido en el art. 1.903 párr. 3º del CC¹⁷.

Si en el contexto descrito este precepto tenía pleno sentido, parece no tenerlo cuando la mayoría de edad penal se eleva y se hace coincidir con la mayoría de edad civil. Así las cosas, para un sector doctrinal éste fue el momento en el que el legislador penal debió optar por retirar esta disposición del Texto punitivo. En su lugar, lo que hizo fue dar una nueva redacción al precepto haciendo referencia a los delitos o faltas cometidas por los mayores de dieciocho años sujetos a patria potestad o tutela¹⁸. Y es esta nueva redacción lo que no se entiende, pues los casos a los que hace referencia el precepto serían encuadrables en los supuestos de los apartados 1º y 3º del art. 20 del CP (anomalía o alteración psíquica o alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia).

Ante esta situación de aparente inaplicación del precepto, ha habido incluso quien ha pretendido interpretar el precepto a partir de una acepción amplia de los términos “patria potestad o tutela”, considerando que han sido usados por el legislador en un sentido coloquial. Con esta interpretación se pretendía hacer responsables civiles subsidiarios a los padres en los casos de utilización del vehículo por los hijos mayores de edad que, en su sentido más coloquial viven bajo su tutela¹⁹. Esta tesis no sólo resulta forzada en cuanto al tenor del mismo, ya que es más que dudoso que el legislador esté empleando la institución de la patria potestad o tutela en un sentido que no sea el técnico, sino que lo que es aún más evidente es que el problema de la utilización de vehículos a motor por personas distintas de sus titulares recibe un tratamiento particular en el apartado 5º del art. 120 del CP.

¹⁷ Así las cosas y refiriéndose al art. 121.1º del Proyecto de 1992 señalaba YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., pág. 266, que: “La norma tenía su razón de ser, pues en este Proyecto continuaban sin coincidir las edades, y resultaba muy lógico que se previese por fin, ya en el propio Código penal, la circunstancia de la frecuente insolvencia del delincuente mayor de dieciséis y menor de dieciocho años. Con ello se suprimirían las tradicionales vacilaciones acerca de la posibilidad o no de acudir al art. 1.903 C.civ., con la consiguiente responsabilidad paterna a pesar de tratarse de obligación *ex delicto*”.

¹⁸ Resume con estas palabras el cambio legislativo GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «Comentario al artículo 120.1º del Código penal de 1995», en *Comentarios al Código penal*, (dir. Cobo del Rosal), t. IV, pág. 554: “Sobre la base de las discusiones de la IV legislatura, el Proyecto de Ley de 1994 fijó la imputabilidad penal en los dieciocho años (art. 20), pero se mantuvo probablemente por descuido de los redactores, el precepto referente a la responsabilidad civil de los padres y tutores (art. 120.1). Sin embargo, alguno de los diputados debió percibir la incongruencia, y el informe de la ponencia de 22 de mayo de 1995, sin solicitud previa de enmienda, decidió añadir la expresión «mayores de dieciocho» antes de «sujetos a la patria potestad». Cfr. el Proyecto de CP de 1994, que puede consultarse en BOCG, IV Legislatura, Serie A, núm. 102-1.

¹⁹ Vid. LÓPEZ GARRIDO Y GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., pág. 79.

Pese a que algún autor al tratar de hallar la razón de ser de este precepto ha llegado a desistir del intento²⁰, a nuestro parecer, en esta ocasión, ni el legislador erró en la inclusión de esta disposición, ni tampoco pretendió dar respuesta a un problema ya resuelto en el aptdo. 5º del mismo. Aunque tal vez sea cierto que el ámbito de aplicación del apartado 1º del art. 120 es más reducido que el de otros de sus apartados, esto no significa que sea inoperante, pues al menos pueden delimitarse tres supuestos en los que podría acudir a este precepto para depurar la responsabilidad civil.

En primer lugar, el art. 120.1º será de aplicación en aquellos supuestos en que el incapacitado pueda ser declarado imputable penalmente. Son muchos los que han considerado que aquél que ha sido declarado incapaz será necesariamente hallado exento de responsabilidad criminal, bien por la apreciación de la eximente de anomalía o alteración psíquica, bien por grave alteración en la conciencia de la realidad (art. 20.1º y 3º del CP)²¹. Por tanto, y conforme a este planteamiento, la responsabilidad civil se exigiría de acuerdo con lo dispuesto en el art. 118.1º del CP, convirtiendo en prolijo e innecesario el art. 120.1º del CP. Aunque es palmaria la existencia de una cierta similitud entre los supuestos contemplados en los arts. 118.1º y 120.1º del CP, no lo es menos que el ámbito de aplicación de este último es más amplio y rebasa los supuestos contemplados y encuadrables en el primero de ellos. Basta un análisis algo exhaustivo de la institución de la incapacitación para poder convenir con aquéllos que sostienen la existencia de un ámbito propio de aplicación del art. 120.1º del CP²². En primer término, hay que señalar que el precepto comentado se está refiriendo a los incapacitados, pues la patria potestad prorrogada o tutela de mayores de dieciocho años no cabe sino en estos supuestos. Así las cosas, es preciso recordar que la declaración de incapacitación no presupone en modo

²⁰ Afirma YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., pág. 269, al referirse al art. 120.1º del CP que, “[...] solamente cabe hacer votos para una pronta derogación que, junto con la regla 1ª del art. 118, nos presente definitivamente clara la regulación de la responsabilidad de los padres y tutores en el Código penal”.

²¹ A este respecto afirma YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., pág. 267, al comentar el art. 120.1 del CP: “Puede que el legislador estuviera pensando en la patria potestad prorrogada o en el incapacitado mayor de dieciocho años sujeto a tutela, pero normalmente la sola condición de tales personas les hará situarse ante la eximente primera del art. 20 (anomalía o alteración psíquica) o ante la tercera (alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia determinantes de grave alteración de la conciencia de la realidad), lo que colocará al sujeto bajo los dictados del art. 118. ¿O es que hay enfermedades, anomalías o deficiencias persistentes impeditivas del autogobierno de la persona que no sean al tiempo causas de inimputabilidad penal?”.

²² Vid. entre otros, ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, op. cit., pág. 508; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «Comentario al artículo 120.1º del Código penal de 1995», cit., págs. 554-555; MONTÉS PENADÉS, «Comentarios al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas...», supra. cit., págs. 638-639; QUINTERO OLIVARES (con TAMARIT SUMALLA), «Comentario al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos o faltas...», cit., pág. 588 y SOTO NIETO (con GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, Barcelona, 1998, pág. 212.

alguno la inimputabilidad del sujeto declarado incapaz²³. Sólo hay que tener presente que la incapacitación puede deberse a minusvalías físicas o psíquicas, que las minusvalías psíquicas pueden darse en mayor o menor grado u obedecer a enfermedades cíclicas en las que se alternen periodos de mayor o menor discernimiento²⁴. Por consiguiente, cabe la posibilidad de que el incapacitado pueda ser hallado imputable penalmente por contar con un grado de discernimiento capaz de hacerle comprender la ilicitud de la conducta puesto que, como con acierto se ha afirmado por algún autor, «el ilícito penal contempla en general supuestos especialmente graves y el conocimiento de su antijuricidad requerirá con frecuencia un menor grado de discernimiento que para otros actos más complejos del tráfico jurídico-civil»²⁵.

En segundo lugar, también será de aplicación lo preceptuado en el art. 120.1º del CP cuando en lugar de apreciarse la exención de responsabilidad criminal se estime la concurrencia de la atenuante o eximente incompleta en los casos de trastorno mental transitorio (art. 21.1º)²⁶. En estos casos, y precisamente por el hecho de no apreciarse la eximente completa de los apartados 1º o 3º del art. 20 del CP, no podrá acudir al art. 118.1º para depurar la responsabilidad civil correspondiente, sino que deberá determinarse por el art. 120.1º que no parte de la declaración de exención de la responsabilidad criminal a diferencia del primero de ellos.

En último término, y haciéndonos eco de la posición mantenida por algún autor, también cabría la aplicación de este precepto en aquellos supuestos en que el toxicodependiente se encontrase incapacitado en el momento de la comisión del hecho delictivo; no obstante, esta posibilidad nos parece un supuesto de laboratorio difícilmente hallable en la práctica. Si bien no cabría objeción alguna a la posibilidad de que una persona con una grave dependencia a alguna de las sustancias mencionadas en el art. 20.2º del CP pudiera ser declarada incapaz (art. 200 del CC); parece algo más complicado imaginar un supuesto en el que en el ámbito de

²³ Hay que tener presente que como señalan DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1993, pág. 257: “El estado civil de incapaz supone, en lo que respecta a la capacidad de obrar de la persona, una limitación de la misma, pero no idéntica para todos los casos”.

²⁴ En este sentido afirma ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, op. cit., pág. 508, que: “Hay que tener en cuenta que las enfermedades o deficiencias a las que se refiere el precepto del Código civil abarcan un mayor número de casos que las anomalías o alteraciones que dan lugar a la aplicación de las eximentes de los números 1º y 3º del art. 20 CP, esto es, incluyen también otro tipo de anomalías menos graves”.

²⁵ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «Comentario al artículo 120.1º del Código penal de 1995», cit., pág. 555.

²⁶ ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, op. cit., pág. 508; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «Comentario al artículo 120.1º del Código penal de 1995», cit., pág. 554; MONTÉS PENADÉS, «Comentarios al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas...», supra. cit., pág. 639 y PARRA LUCÁN, «Comentario a la sentencia de 5 de marzo de 1997», *CCJC*, núm. 44, 1997, pág. 788.

actuación del tutor se produjese la comisión de un hecho delictivo mediando culpa o negligencia por parte de este último²⁷.

Finalmente, habría que señalar que, si bien el ámbito de aplicación es más amplio que el del art. 118.1.1ª en cuanto a las personas declaradas responsables civiles subsidiarias, el legislador se muestra en este caso más estricto y hace mención únicamente a los padres o tutores obviando toda referencia a los guardadores de hecho. No obstante, la exclusión de estos sujetos y teniendo presente que gran parte de la doctrina considera aplicable analógicamente estas normas dada su naturaleza civil, no podemos descartar que en la práctica pudiera extenderse la responsabilidad civil subsidiaria en estos casos también a los guardadores.

1.2. EL FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN

El fundamento de esta responsabilidad se encuentra en el propio precepto, en el que se establece como justificación de la obligación de resarcir la culpa o negligencia del padre o tutor, debido a la peculiar relación personal y jurídica que les une al sujeto declarado incapaz, de la cual se derivan una serie de obligaciones y deberes entre los que destaca la labor de vigilancia (arts. 154 y 269 del CC). En consecuencia, la doctrina se muestra prácticamente unánime al considerar que el

²⁷ Pese a que, en teoría, el ámbito de aplicación del mencionado precepto sería el descrito en los párrafos anteriores, en la práctica el art. 120.1º del CP ha sido utilizado constantemente para depurar la responsabilidad civil de los padres o tutores por los hechos delictivos cometidos por los hijos menores de dieciocho años y mayores de dieciséis mientras estuvo en suspenso la vigencia del art. 19 del CP conforme a la DF 7ª; de este modo se terminaron las dudas interpretativas acerca de la posibilidad de aplicar subsidiariamente a estos supuestos el art. 1.903 del CC, pues si hacemos memoria en el Texto de 1973 no se contenía disposición alguna a este respecto. Así las cosas, podemos leer en la SAP de Sevilla de 22 de septiembre de 2001, (ARP 810), que: “El Código penal, sin embargo, a partir de la base de la equiparación entre mayoría de edad civil y penal, no contiene precepto alguno relativo a la posible responsabilidad civil subsidiaria de los padres de los menores comprendidos entre 16 y 18 años, provisionalmente aún sujetos a sus normas. La disposición derogatoria, en su apartado 1.a) mantiene en vigor la regla 1ª del art. 20 del Código anterior, que regula la responsabilidad civil directa de quienes ejerzan la potestad o guarda legal sobre menores de 16 años respecto de los hechos ejecutados por ambos. Por su parte, el art. 120.1º del Código vigente lo que establece es la responsabilidad civil subsidiaria de los padres por los delitos o faltas cometidos por los mayores de 18 años sujetos a patria potestad y que vivan en su compañía. La laguna, sin embargo, no puede integrarse acudiendo directamente al art. 1.903 del Código Civil, sino a través de la integración analógica de las propias normas penales (*debemos entender que se está refiriendo a las disposiciones de naturaleza civil contenidas en el Texto punitivo pues, es sabido por todos que las normas penales no son susceptibles de interpretación analógica*) (la cursiva es nuestra)”. Tras analizar la evolución jurisprudencial respecto de la posibilidad de aplicación del art. 1.903 del CC, concluye la Audiencia considerando que: “[...] es claro que la referencia a los mayores de dieciocho años debe ser interpretada en este momento a la luz de la suspensión de la vigencia del art. 19 CP establecida en la 7ª Disposición Final del mismo, lo que quiere decir que, por ahora, el art. 120.1º CP se refiere también a los que, como el condenado en la sentencia recurrida, tienen más de dieciséis años y menos de dieciocho”. En este mismo sentido, véanse las SSTs de 31 de enero de 1999 (RJA 2054); la STSJ de Castilla y León de 29 de septiembre de 2000 (ARP 3317) y la SAP de Badajoz de 5 de abril de 2001 (ARP 180173).

criterio de imputación es en concreto la *culpa in vigilando*²⁸. No obstante, hay quienes consideran que también cabría que fuese la culpa *in educando*²⁹. Nos parece sin embargo más correcto hablar de culpa *in vigilando*, puesto que pese a que entre las obligaciones del padre o tutor en relación con el sujeto incapacitado se encuentra su educación (art. 269.2º del Cc), resultará complicado exigir su responsabilidad bajo este título, ya que el aprendizaje de estos sujetos se encuentra efectivamente limitado³⁰.

El concepto de culpa o negligencia deberá buscarse en el art. 1.104 del CC³¹, puesto que de ser la conducta calificable como imprudencia punible, contaríamos con la existencia de un título propio de imputación y de responsabilidad del padre o tutor como autor del hecho delictivo³².

1.3. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA CULPA O NEGLIGENCIA

El legislador penal, al regular la responsabilidad subsidiaria de los padres o tutores del mayor de edad incapacitado, se ha apartado del criterio de inversión de la carga de la prueba previsto en el art. 1.903 del Cc. Prueba de ello es que no se contiene un párrafo similar al del mencionado precepto en el art. 120.1.1ª del CP, en el que se disponga que la responsabilidad de padres o tutores cesará en el mismo momento en que prueben que emplearon la diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño. Esta previsión acentúa las diferencias existentes entre la regulación de la institución resarcitoria en el Texto punitivo y en el CC³³. Si bien estas disparidades entre ambas normativas han sido en todo momento objeto de crítica por nuestra parte, en esta ocasión el alejamiento del legislador de los criterios establecidos en el Cc puede comprenderse fácilmente si se analiza cuál ha sido en la

²⁸ ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, op. cit., pág. 508; DE LAMO RUBIO, «Los sujetos de la responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 12.129; GARCÍA VICENTE, «La responsabilidad civil en el nuevo Código penal», cit., pág. 657; MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código Penal de 1995», cit., pág. 146; SOTO NIETO (con GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 220 y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, «La responsabilidad civil derivada del delito», cit., pág. 100.

²⁹ Vid. SERRANO BUTRAGUENO, «Comentarios al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos...», cit., pág. 1.165.

³⁰ Cfr. GARCÍA VICENTE, «La responsabilidad civil en el nuevo Código penal», supra cit., pág. 657.

³¹ Recordemos que en este precepto se dispone que: «La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que corresponda a un buen padre de familia». Por tanto, el grado de diligencia deberá ponerse en relación con lo que se haya dispuesto en la sentencia de incapacitación, puesto que ésta debe haber establecido la extensión y límites de la incapacitación así como el régimen de tutela o guarda al que se le haya sometido (arts. 210 del Cc y 760.1 de la LEC).

³² Véanse QUINTERO OLIVARES (con TAMARIT SUMALLA), «Comentario al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos o faltas...», cit., págs. 585 y 588 y SOTO NIETO (con GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 220.

³³ Esta disparidad de criterios ha sido puesta de manifiesto y criticada por algunos autores, véase v. gr. ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, op. cit., págs. 508- 509 y MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código Penal de 1995», cit., págs. 142-143.

práctica la evolución de la inversión de la carga de la prueba del art. 1.903 del CC en relación con los padres y tutores.

En el art. 1.903 del CC puede leerse que el padre o tutor deberá probar que actuó con la diligencia de un buen padre de familia para quedar exonerado de responsabilidad civil. Esto significa que la carga de la prueba sobre la actuación negligente le corresponde al mismo, pudiendo imputársele las consecuencias desfavorables de la falta de actividad probatoria por su parte. Este criterio hubiese sido perfectamente trasladable a la regulación de la responsabilidad civil contenida en el Texto punitivo, consiguiendo así unificar ambas regulaciones. En cambio, creemos que el legislador penal huyó de este sistema para evitar las aciagas consecuencias a las que en la práctica había conducido la inversión de la carga de la prueba del art. 1.903 del CC y que habían venido siendo denunciadas por la doctrina³⁴: el desplazamiento de la prueba operado en este precepto fue objeto de una interpretación jurisprudencial que la convertiría, finalmente, en una responsabilidad objetiva por la vía de hecho³⁵. Dicho de otro modo, la efectiva producción del daño o perjuicio era considerada por los tribunales prueba de la falta de diligencia por el padre o tutor. No se hicieron esperar las voces de la doctrina reprobando esta interpretación jurisprudencial³⁶ pues, de un lado, no es lógico ni razonable pensar que a los padres

³⁴ Véanse, entre otros, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos*, Madrid, 1988, pág. 105; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «Comentario a la Sentencia de 22 de enero de 1991», *CCJC*, núm. 25, enero-marzo, 1991, pág. 234 y MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código Penal de 1995», cit., págs. 142-143.

³⁵ Esta tendencia jurisprudencial, en la que la inversión de la carga de la prueba termina convirtiéndose en una objetivización de la misma, se inicia a finales de los años setenta y llega hasta casi finales de los noventa. Prueba de ello son entre otras las SSTS (Sala 1ª) de 12 de febrero de 1998 (RJA 636); de 12 de diciembre de 1997 (RJA 9336); de 31 de enero de 1997 (RJA 253); de 22 de noviembre de 1996 (RJA 8643); de 17 de julio de 1996 (RJA 5676); de 28 de mayo de 1996 (RJA 3859); de 25 de mayo de 1996 (RJA 3918); de 16 de abril de 1996 (RJA 2954); de 2 de abril de 1996 (RJA 2984); de 9 de febrero de 1996 (RJA 953); de 5 de febrero de 1996 (RJA 1089); de 22 de abril de 1996 (RJA 3492); de 30 de septiembre de 1986 (RJA 4925); de 20 de diciembre de 1989 (RJA 8856); de 19 de octubre de 1988 (RJA 7588); de 17 de julio de 1987 (RJA 5801); de 21 de noviembre de 1985 (RJA 5624); de 15 de febrero de 1985 (RJA 557); de 14 de febrero de 1985 (RJA 552); de 17 de marzo de 1983 (RJA 1482); de 10 de mayo de 1982 (RJA 2564); de 27 de abril de 1981 (RJA 1781); de 5 de octubre de 1979 (RJA 3241) y de 14 de marzo de 1978 (RJA 815).

³⁶ Entre las distintas críticas vertidas a esta interpretación jurisprudencial nos ha parecido interesante reproducir algunas de las más expresivas, que en la mayoría de los casos y de forma mordaz han tratado de poner de relieve las absurdas consecuencias a las que conduce esta posición. Así, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos*, op. cit., pág. 105, afirma que: «La responsabilidad de los padres se ha convertido por obra de nuestro Tribunal Supremo en la más objetiva de las responsabilidades, de la que bien puede decirse que, al igual que los empresarios responden civilmente por el hecho de que sus instalaciones crean un riesgo en la sociedad, los padres también lo han de hacer, y por la misma razón, pues, dar un hijo a la sociedad supone introducir en ella otro elemento de riesgo». Lo cual conduciría a la absurda consecuencia de que, como apunta YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., pág. 269: «Tener un hijo es lo mismo que explotar un reactor nuclear o fabricar maquinaria agrícola». Por todo ello, puede concluirse con GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «Comentario a la Sentencia de 22 de enero de 1991», cit., pág. 234, que: «Los tribunales han confundido a los padres con una compañía de seguros».

pueda exigírseles un control permanente y absoluto sobre la actuación de sus hijos³⁷. Y, en segundo término, tampoco puede establecerse su responsabilidad sin fundamento alguno, ya que los hijos no pueden ser equiparados al riesgo que la explotación de una empresa o industria conlleva³⁸ y, por consiguiente establecer en consecuencia una responsabilidad objetiva como se ha pretendido³⁹.

A nuestro juicio, el legislador penal a la vista de este panorama decidió apartarse del criterio establecido en el art. 1.903 del CC de inversión de la carga de la prueba, precisamente para evitar que a través de la jurisprudencia pudiese llegarse a establecer una responsabilidad objetiva. Así lo ha entendido la mayor parte de la doctrina⁴⁰ y también la jurisprudencia, que han considerado que será el perjudicado el

³⁷ A este respecto señala GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «Comentario a la Sentencia de 22 de enero de 1991», cit., pág. 234, que: “cuando el hijo tiene ya un cierto ámbito de libertad, no sólo concedido por los padres sino exigido por las normas (arts. 154 y 162 CC), no se puede hacer responsable indiscriminadamente a dichos padres sin un criterio justificador”. En este mismo sentido vid. MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código Penal de 1995», cit., pág. 143. A ello hay que añadir una crítica más, y es que la responsabilidad objetiva no puede establecerse sin más para el restablecimiento de cualquier tipo de daño. De ahí que nos sumemos de nuevo a la opinión de GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «Comentario a la Sentencia de 22 de enero de 1991», cit., pág. 234, cuando afirma que la objetivización realizada por el TS de la responsabilidad de los padres o tutores, es una interpretación favorecida o secundada “por una sociedad tan mercantilista e individualista como la actual, de manera que, bajo la apariencia de solidaridad social, hemos pasado del fatalismo medieval al extremo opuesto: la restitución a toda costa, no importa quien restituya. Sin embargo, parece que el mero hecho de existir conlleva unos riesgos: la posibilidad de dejar de existir o de sufrir daños en nuestra calidad de vida; esto es algo consustancial a nuestra existencia; y no siempre se puede encontrar quien repare el mal que hemos sufrido, porque, de lo contrario, trasladamos el daño artificialmente de una persona a otra”. De esta misma opinión se ha mostrado partidaria posteriormente MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código Penal de 1995», cit., pág. 143; quien erróneamente atribuye estas palabras a DE ÁNGEL YAGÜEZ, autor que en su obra *Tratado de responsabilidad civil*, cit., págs. 343-344, reproduce la opinión de García-Ripoll Montijano, no sabemos muy bien si para sumarse o no a la misma.

³⁸ Recordemos que la responsabilidad objetiva tiene su origen en la necesidad de afrontar y paliar los daños que generan actividades intrínsecamente peligrosas. Así en palabras de PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones*, t. I, vol. II, Barcelona, 1985, pág. 325, hemos llegado a un punto en el que en determinados ámbitos: “[...] la creciente interdependencia social y el progreso técnico, con el incremento de dispositivos tan útiles como peligrosos, ha obligado a comprender que el derecho a recibir indemnización por daños no puede depender ni estar ligado a la posible calificación de una actividad como culposos o dolosa”.

³⁹ Este problema ha sido puesto de relieve con gran acierto e ironía por GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «Comentario a la Sentencia de 22 de enero de 1991», cit., pág. 234, con estas palabras: “Así pues, es necesario explicar y justificar la evolución de la jurisprudencia hacia la responsabilidad objetivada de los padres por los hechos de sus hijos menores. No puede ser, desde luego la obtención de un beneficio por una actividad lucrativa; tampoco puede obedecer a «criterios de riesgo», como dice la sentencia que comentamos. ¿Qué riesgo crean los padres por tener un hijo?; ¿es que engendrar un hijo es una «actividad peligrosa» que tiene la correlativa carga de pechar indiscriminadamente con los actos del ser que se trae al mundo? Evidentemente, lo que sí tienen los padres es un deber de educar y velar por el hijo (art. 154 CC), y por ello, cuando no lo hacen es cuando responden por los actos ilícitos del menor. Por eso sigue siendo válida la explicación de la responsabilidad *in vigilando* o *in educando*”.

⁴⁰ ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, op. cit., pág. 508; MONTÉS PENADÉS, «Comentarios al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas...», supra. cit.,

que deba probar la actuación culposa o negligente de los padres o tutores, pues ésta no será presumible⁴¹.

No obstante, siguen existiendo opiniones que consideran que ha de aplicarse el criterio jurisprudencial de inversión de la carga de la prueba del mismo modo que sucede con lo dispuesto en el art. 1.903 del CC, de modo que correspondería al padre o tutor demostrar que actuó con la debida diligencia⁴². En nuestra opinión, esta interpretación no parece sostenible a la vista de lo expuesto hasta el momento.

Con todo, estamos de acuerdo en que, si bien el legislador penal fue prudente al sortear la inversión de la carga de la prueba para evitar, precisamente, que pudiese establecerse una responsabilidad objetiva de los padres o tutores —solución por todos rechazada—, no lo es menos que esta prudencia nos ha conducido a una solución en la práctica poco conciliable con la justicia material, puesto que cargamos al perjudicado con la prueba de la falta de diligencia del sujeto responsable del incapaz, prueba de hecho subjetivo y negativo de gran dificultad. Si la inversión de la carga de la prueba se produce en atención a circunstancias diversas, como son la superioridad técnica, la situación de prevalencia o la mejor aptitud probatoria de una de las partes, que se encuentra en mejores condiciones para producirla; por tanto, parece lógico pensar que la prueba de la diligencia será más sencilla de generar para aquél que tiene la patria potestad prorrogada o tutela de un incapaz encomendada, pues conoce los cuidados y atenciones que el mismo precisa y el ámbito en el que se ha requerido su tutela, único espacio en el que podrá exigírsele responsabilidad. Mucho más complicado resultará la producción de esta prueba para aquél que no conociendo ni el grado de incapacidad del sujeto ni el ámbito de actuación del padre o tutor, ha de probar un hecho negativo como es la falta de diligencia de este último. Por todo ello, nos parece que la solución más acorde a nuestro sistema probatorio hubiese sido el establecimiento de la inversión de la carga de la prueba en cuanto a la

pág. 639; SANTOS BRIZ, «La responsabilidad civil *ex delicto*», RRCCS, 1997, pág. 235; SERRANO BUTRAGUEÑO, «Comentarios al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos...», cit., pág. 1.166; SOTO NIETO (con GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 220; TORRES DULCE, *Código penal comentado*, Madrid, 1996, págs. 178-179 y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, «La responsabilidad civil derivada del delito», cit., pág. 100.

⁴¹ El TS en su Sentencia de 31 de enero de 1999 (RJA 2054), tras haber analizado lo dispuesto en el art. 1903 del CC, se muestra contundente al afirmar que: “Por el contrario, tanto el art. 118.1° como el 120.1° CP -«lex posterior» con respecto al Código civil- exigen que haya mediado culpa o negligencia en quienes hayan de responder civilmente, lo que sólo puede ser interpretado en el sentido de que la culpa o negligencia tiene que ser probada”. En este mismo sentido, y al rechazar uno de los motivos en que se fundamentaba un recurso de casación, al amparo del art. 849.1° de la LECRIM, en el que se denunciaba infracción de ley por inaplicación del art. 120.1 del CP, afirma el TS en su Sentencia de 31 de enero de 2001 (RJA 492), que: “Por otro lado, no figura en el «factum» de la sentencia —que debe ser escrupulosa y rigurosamente respetado según la vía casacional utilizada— ninguna imputación de que el padre hubiese actuado imprudente o negligentemente, siendo exigencia inexcusable que la culpa o negligencia en el ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad o tutela haya sido expresamente declarada probada por el Tribunal y no meramente presumida o sospechada”. Esta misma interpretación ha sido la acogida por la jurisprudencia menor, así pueden verse entre otras la SAP de Badajoz de 5 de abril de 2001 (ARP 180173) y la SAP de Sevilla de 18 de febrero (ARP 810).

⁴² Vid. por todos, ZUBIRI DE SALINAS, «Responsables civiles en el Código penal», cit., pág. 63.

responsabilidad de los padres o tutores⁴³, pues el problema que esta solución ha suscitado en materia civil no deriva de la previsión legal, sino de la interpretación que por parte de la jurisprudencia se ha hecho de la misma, que no viene sino a desvirtuar el concepto que todos tenemos de la inversión de la carga de la prueba para convertirlo en un supuesto de exoneración de prueba que, probablemente, nada tenía que ver con la voluntad del legislador cuando redactó el art. 1.903 del CC.

2. LAS PERSONAS TITULARES DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN

En el art. 120.2º del CP se dispone que las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o de televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, podrán ser declarados responsables civiles subsidiarios por los delitos cometidos en dichos medios. Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria que se prevé para los titulares de estos medios de comunicación en los delitos de injurias y calumnias del art. 212 del CP⁴⁴.

La sociedad de la información en la que vivimos ha favorecido que, con relativa frecuencia, se cometan determinados delitos y faltas a través de lo que comúnmente se conoce como «medios de comunicación o difusión», de ahí que el legislador haya considerado conveniente introducir esta regla de responsabilidad civil subsidiaria del titular del medio. La doctrina ha coincidido al señalar que la aplicación de esta disposición, basada en el tradicional principio de derecho civil *alterum non laedere*, deberá realizarse con especial celo dada la posible colisión en estos casos con algunos de los derechos previstos en el art. 20 de la CE⁴⁵. De ahí que se considere

⁴³ Esta solución era ya apuntada por MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil del Código penal de 1995», cit., pág. 144, quien en una acertada apreciación escribió que: «La solución al problema planteado no parece fácil; lo más apropiado sería hacer recaer la carga de la prueba de la diligencia sobre los padres, tutores o guardadores, ahora bien esta presunción de culpa no debe convertirse en una presunción *iuris et de iure*, como ha sucedido en materia civil [...]. De aquí que el legislador debiera recoger la inversión de la carga de la prueba en esta materia, pero dejando muy claro que el fundamento de la responsabilidad de los padres tutores o guardadores descansa sobre la culpa in vigilando y no sobre criterios objetivos». Llega esta autora a decir que: «De no conseguirse esto sería preferible mantener que la carga de la prueba sobre la falta de diligencia de los tutores o guardadores recaiga sobre el acusador, aún a costa de perpetuar una disparidad de criterios con el CC» (la cursiva es de la autora).

⁴⁴ De modo que, tal y como señala la SAP de Zaragoza de 1 de septiembre de 1999 (ARP 3266): «En el art. 120 núm. 2 del Código penal se establece una responsabilidad subsidiaria de las personas naturales o jurídicas titulares de medios de comunicación escrita, hablada o visual por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, aunque dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212 del Código penal, lo que supone que no siendo de aplicación el tenor del art. 212, limitado a los delitos de calumnias o injurias efectuadas con publicidad, debe exigírsele a la entidad recurrente la responsabilidad subsidiaria prevista en el artículo 120 núm. 2 del Código penal, que precisamente viene a recoger los supuestos que no sean enmarcables dentro del repetido art. 212».

⁴⁵ Vid. DE LAMO RUBIO, «Los sujetos de la responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 12.130; FEMENÍA LÓPEZ, «Comentario al art. 120.2º del Código penal», en *Comentarios al Código penal*, (dir. Cobo del Rosal), t. IV, Madrid, pág. 558; MONTÉS PENADÉS, «Comentarios al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas...», supra. cit., pág. 639 y

que la aplicación de este precepto deberá realizarse teniendo siempre presente los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información y, muy especialmente, las limitaciones de que han sido objeto por doctrina constante del TC⁴⁶.

2.1. NATURALEZA Y FUNDAMENTO

La responsabilidad civil prevista en este precepto es de carácter subsidiario y objetivo, lo que significa que para que el perjudicado pueda dirigirse contra el titular del medio no será necesario que se demuestre por su parte una actividad culposa o negligente, sino que bastará que el responsable civil directo haya sido declarado insolvente⁴⁷. La responsabilidad subsidiaria pero objetiva de los titulares de los medios de comunicación encuentra su fundamento en la teoría del riesgo-beneficio⁴⁸. Dos consideraciones pueden hacerse respecto de esta regla. La primera de ellas y pese a que pudiera parecer innecesaria, es la referida a la plena adecuación de la responsabilidad civil objetiva a nuestro ordenamiento, puesto que, pese a que este tipo de responsabilidad pueda ser declarada en un proceso penal, esta institución nada tiene que ver con las consecuencias punitivas del delito, no siéndole por tanto de aplicación el principio constitucional de presunción de inocencia, a pesar de que así se haya pretendido en la práctica forense en más de una y de dos ocasiones⁴⁹. En

SOTO NIETO (con GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 221.

- ⁴⁶ El contenido y extensión de estos derechos ha sido precisado por una doctrina en la actualidad plenamente consolidada del TC, que ha señalado entre sus límites la veracidad de la información, así como otros derechos fundamentales como el honor, la intimidad y la propia imagen con los que podrían colisionar y principios como la protección de la juventud y de la infancia. En relación con los límites de estos derechos pueden verse con detalle los trabajos de RODRÍGUEZ-ÁRANA, «Comunicación, información y derechos fundamentales», *PJ*, núms. 41-42, 1996, pág. 297; LORCA MARTÍN DE VILLODRES, «Reflexiones en torno a la tensión entre el derecho al honor y la libertad de expresión-información. Acotaciones jurisprudenciales recientes», *RVDPA*, núm. 3, 2001, págs. 509-538 y RUBIO LLORENTE (con la colaboración de Ahumado Ruiz; Gómez Montoro; López Castillo y Rodríguez Álvarez), *Derechos fundamentales y principios constitucionales. (Doctrina Constitucional)*, Barcelona, 1995, págs. 207-214.
- ⁴⁷ La doctrina se muestra unánime al considerar que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva. En este sentido pueden consultarse entre otros, DE LAMO RUBIO, «Los sujetos de la responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 12.130; FEMENÍA LÓPEZ, «Comentario al art. 120.2º del Código penal», op. cit., pág. 563; GARCÍA VICENTE, «La responsabilidad civil en el nuevo Código penal», cit., pág. 654; LÓPEZ GARRIDO Y GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., pág. 80; SERRANO BUTRAGUEÑO, «Comentarios al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos...», cit., pág. 1.166 y SOTO NIETO (con GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 221.
- ⁴⁸ SERRANO BUTRAGUEÑO, «Comentarios al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos...», op. cit., pág. 1.166.
- ⁴⁹ Así ha sido declarado en reiteradas ocasiones tanto por el TS —véanse entre otras las SSTs de 20 de octubre de 1997 (RJA 7272); de 8 de julio de 1997 (RJA 6013); de 23 de marzo de 1997 (RJA 2545)—, como por el TC que en su Sentencia núm. 367/1993, acopiando la doctrina ya sentada en las SSTC núms. 13/1982 y 36/1985, declaró que el derecho fundamental a la presunción de inocencia “actúa siempre que deba adoptarse una resolución judicial o administrativa que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado punitivo,

segundo lugar, recordar que quedará a salvo en todo caso el derecho de repetición del titular del medio contra el deudor principal⁵⁰.

Pese a que, en principio, existe un acuerdo unánime entre la doctrina al considerar que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva, cuando llega el momento de aplicar la norma surgen las primeras dudas acerca de su conveniencia. Aunque entraremos un poco más adelante en la problemática cuestión de la determinación de los delitos que se encuentran sujetos a esta disposición, baste apuntar ahora que en este momento existe un cierto recelo respecto de la oportunidad del establecimiento de este tipo de responsabilidad para los titulares de los medios de comunicación con carácter general. En este sentido, para algunos autores será inadmisibile la responsabilidad objetiva del titular del medio de comunicación cuando tratándose de casos extraordinarios y habiendo habido por parte del medio una extremada atención y diligencia, no haya podido evitarse que éste se haya utilizado para la comisión de un delito o falta con resultados perjudiciales⁵¹.

sancionador o limitativo de sus derechos, y por ello no es aplicable a los supuestos de mera imposición de la responsabilidad civil en los que sólo se dilucida la imputación al responsable de un hecho productor o fuente de una obligación patrimonial de resarcimiento de daños y perjuicios derivado de un ilícito civil (art. 1.089 CC)". A lo que el TS en su Sentencia de 12 de junio de 1998 (RJA 4683), ha añadido que: "El artículo 24 de la Constitución Española, establecedor de la presunción de inocencia, no es aplicable al caso de la culpa extracontractual, habiendo de referirse en todo caso, a normas represivas, punitivas o sancionadoras, cuyo carácter no tienen los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, pues la indemnización que contemplan es de significación reparadora o de compensación, para conseguir, que el patrimonio de la víctima quede, por efecto de la indemnización y a costa de los responsables del daño, en situación equivalente a la que tenía antes de sufrirlo". Vid. también las SSTs de 20 febrero 1989 (RJA 1215), 25 marzo 1991 (RJA 2443), 7 enero 1992 (RJA 149) y 23 marzo 1993 (RJA 2545), entre otras. No obstante lo expuesto en estas líneas, hemos considerado conveniente hacer esta precisión en materia de responsabilidad civil de los titulares de medios de comunicación ya que, como ha denunciado PANTALEÓN PRIETO, «La Constitución, el honor y unos abrigos», *RLJ*, 1996, t. 2, pág. 1.691, la práctica judicial del TC no resulta en todo caso satisfactoria cuando nos encontramos ante un conflicto entre libertad de información y derecho al honor, de ahí que afirme que: "En nuestro ordenamiento jurídico *no puede considerarse inconstitucional una responsabilidad civil objetiva o sin culpa por los daños causados por las informaciones objetivamente falsas, es decir, por aquellas informaciones que han resultado falsas, pese a haberse empleado la debida diligencia profesional para evitarlo*, al menos, si la carga de probar la falsedad pesa sobre el difamado demandante —obviando así todo el riesgo de consecuencias jurídicas negativas para informaciones veraces—, y sin perjuicio del intenso deber de colaboración del informador demandado a que antes nos hemos referido. O dicho aún de otra forma: *en ningún caso deberá estimarse un recurso de amparo contra la decisión judicial que se limite a imponer responsabilidad civil por los daños causados por una información objetiva y probadamente falsa* (en su caso, junto a su retractación o rectificación), haciendo abstracción plena de la culpa o no del informador".

⁵⁰ FEMENÍA LÓPEZ, «Comentario al art. 120.2º del Código penal», op. cit., pág. 563.

⁵¹ Así QUINTERO OLIVARES (con TAMARIT SUMALLA), «Comentario al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos o faltas...», cit., pág. 589, señala que: "[...] pueden darse situaciones en las que el titular del medio, aun obrando con la diligencia exigible, no haya podido evitar que alguien se aproveche del medio (por ejemplo: llamada directa a una emisora) para cometer un delito. En tal caso, estimamos que sería inadmisibile extender la responsabilidad subsidiaria a la empresa propietaria del medio, a pesar de que no haga mención expresa al

2.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

2.2.1. Sujetos responsables

La determinación de los sujetos llamados a responder conforme al art. 120.2 del CP pese a lo descriptivo de su enunciado —o tal vez precisamente por ello— ha planteado alguna duda interpretativa. Puede leerse en el mismo que responderán de forma subsidiaria «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 la responsabilidad derivada de los hechos delictivos cometidos a través de dichos medios, a excepción de lo dispuesto en el art. 212 del mismo Texto. La enumeración realizada por el mencionado precepto para precisar los sujetos llamados a responder civilmente —y que parece no tener otra finalidad que resultar ejemplificativa de lo que ha de entenderse por *mass media*—, no presentaría mayores dificultades sino fuese por la mención que se efectúa en último lugar a los “medios de difusión”. Esta referencia ha suscitado ciertas dudas interpretativas a la luz de la vigencia aún parcial de Ley 14/1966, 19 de marzo, de Prensa e Imprenta.

En el apartado 1º del art. 65 de la mencionada Ley se prevé que, en aquellos casos en que la responsabilidad civil derivada de un hecho constitutivo de delito o falta no pudiese hacerse efectiva contra alguno de los autores conforme al art. 15 del CP —referencia que hoy debe entenderse hecha al art. 30.2⁵²—, el perjudicado podrá dirigirse subsidiariamente contra la «empresa periodística, editora, impresora e importadora o distribuidora de impresos extranjeros». Esta disposición contempla un abanico mucho más amplio de responsables civiles subsidiarios, puesto que cabría dirigirse no sólo contra el titular del medio de difusión, sino también contra el de la imprenta y el de la empresa importadora o distribuidora tratándose de impresos extranjeros. Esta solución ha querido trasladarse al apartado 2º del art. 120 del CP para poder dirigir la pretensión indemnizatoria no sólo contra el titular del medio sino también contra la imprenta, entendiendo que el propietario de la misma podría entenderse comprendido en la mención que se hace al medio de difusión.

presupuesto condicionante de que haya habido culpa o negligencia, como se hace en el número anterior (*refiriéndose al supuesto del art. 120.1º CP*)” (la cursiva es nuestra). A esta opinión se ha sumado SOTO NIETO (con GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 222. Este mismo recelo se desprende de las palabras de GARCÍA VICENTE, «La responsabilidad civil en el nuevo Código penal», cit., pág. 658, cuando tras mantener que el legislador en este precepto ha ido demasiado lejos, afirma que: “Por ello es aconsejable modificar este artículo limitándolo; estableciendo alguna posibilidad de exoneración y limitando su ámbito. Entre tanto debe hacerse una interpretación razonable”.

- ⁵² Recordemos que en el art. 30.2 del CP se dispone que: “Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1º Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo. 2º Los directores de la publicación o programa en que se difunda. 3º Los directores de la empresa editora, emisora o difusora. 4º Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.”

Esta interpretación ha sido unánimemente rechazada, y para ello hasta tres tipos de argumentos han sido esgrimidos. El primero de ellos, y que podríamos calificar de carácter histórico, es que en el momento de redacción de la Ley de Prensa e Imprenta, lo habitual era que el medio de difusión contase dentro de la organización empresarial con su propia imprenta, por lo que no resultaba extraño la extensión de la responsabilidad a ésta. En la actualidad, la impresión de los medios de difusión escrita corre a cargo de empresas especializadas que acostumbran a trabajar para distintas editoriales, de ahí que la desvinculación del medio de comunicación, unido a la imposibilidad material de que las imprentas puedan hacer frente al coste de revisar el contenido de lo que imprimen, desaconsejen en la actualidad esta solución⁵³.

En segundo lugar, habría que recordar que en un Estado social y democrático de Derecho, en el que la propia Constitución en su art. 20.1 reconoce el derecho a la libertad de expresión e información, resulta excesivo entender que la responsabilidad civil, pese a que pudiera provenir de un hecho delictivo, pudiera alcanzar al mero impresor. Sobre todo si tenemos en cuenta que nos encontramos ante una responsabilidad de carácter objetivo, por lo que debieran rechazarse las interpretaciones extensivas más allá de lo previsto en la norma⁵⁴.

Luego la exigencia de responsabilidad civil de carácter objetivo prevista en el art. 120.2º del CP no puede interpretarse de forma extensiva para aprehender a sujetos distintos de los mencionados en la norma, pues resulta palmario que el legislador al referirse al propietario del medio informativo como responsable no pretendía alcanzar ni al impresor, ni al distribuidor, ni tampoco, como en alguna ocasión se ha pretendido, al director del medio⁵⁵.

No obstante, esto no significa que en todo caso se encuentren exentos de cualquier tipo de responsabilidad, pues se encontrarán obligados a reparar cuando conforme al art. 30.2 número 4º del CP sean hallados responsables criminalmente.

⁵³ Tal y como señala HERRERO TEJEDOR, *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1990, pág. 239: “[...] no puede exigirse la revisión del contenido de todo lo que imprimen, no sólo por razón de sus facultades jurídicas sino incluso por causas fácticas: resultaría imposible, dada la premura con que la prensa se mueve habitualmente, entrar a valorar la posible carga de antijuricidad de todos los textos que se les entregan para su impresión”.

⁵⁴ En este sentido, afirma FEMENÍA LÓPEZ, «Comentario al art. 120.2º del Código penal», op. cit., pág. 562, en nota a pie de página que: “No creemos que pueda adoptarse un concepto amplio de «medios de difusión» susceptible de abarcar a las empresas cuya actividad consiste en la impresión escrita. Aunque se trata de una materia en la que no rige la prohibición de analogía o «interpretación extensiva» [...] el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva haría inadmisibles una interpretación de este tipo sin una declaración expresa”.

⁵⁵ Pese a que el TS no se ha pronunciado sobre este extremo, lo que conocemos como jurisprudencia menor lo ha hecho de modo unánime en este sentido. Así, en relación con la imposibilidad de extender la responsabilidad al titular de la imprenta puede verse la SAP de Baleares de 4 de abril de 2000 (ARP 1501); y respecto a los directores del medio cfr. la SAP de Sevilla de 6 de marzo de 2000 (ARP 438). Cfr. FEMENÍA LÓPEZ, «Comentario al art. 120.2º del Código penal», op. cit., pág. 561; HERRERO TEJEDOR, *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1990, pág. 239; GÓMEZ TOMILLO, «La responsabilidad civil derivada de los delitos de injuria y calumnia en el Código Penal de 1995», *AP*, núm. 23, 1997, pág. 506.

Pero, en este caso, el fundamento de la obligación de reparar no se encontrará en el art. 120.2º sino en el 116 del CP, según el cual todo responsable criminalmente lo es también civilmente si el hecho hubiese originado algún daño.

2.2.2. La problemática determinación de los delitos sujetos a esta regla de responsabilidad civil

La concreción del ámbito de aplicación de esta disposición es una de las cuestiones que presenta mayores complicaciones. La formulación general del precepto pudiera hacernos pensar que nos encontramos ante la regla general de responsabilidad civil en caso de que el delito haya sido cometido a través de un medio de difusión. En cambio, como veremos detenidamente a continuación, su ámbito de aplicación resulta realmente reducido en la práctica forense.

En primer lugar, hay que señalar que ya la propia disposición excluye los delitos de calumnias e injurias previstos en el art. 212 del CP pues, para los mismos, el legislador ha establecido un régimen de responsabilidad solidaria, en lugar de subsidiaria, entre el autor del hecho y el propietario del medio informativo⁵⁶. No obstante, a este respecto hay que señalar que entre la doctrina se ha entendido que al apartarse el art. 212 del régimen de subsidiariedad previsto con carácter general en el art. 120.2 del CP estableciendo la solidaridad, el término delito debe entenderse empleado su sentido más técnico y estricto⁵⁷. De este modo, a los hechos que no alcancen la consideración de delito y sean calificados como falta de injurias de acuerdo con el art. 620.2º del CP, ya no será de aplicación lo dispuesto en el art. 212 del CP, sino que tendremos que acudir a lo dispuesto en el art. 120.2º del CP⁵⁸.

⁵⁶ A pesar de que en el art. 120.2 del CP se hace referencia a la responsabilidad de las “personas naturales o jurídicas titulares del medio”, y el art. 212 menciona a sus “propietarios” coincidimos con SERRANO BUTRAGUEÑO, «Comentarios al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos...», cit., pág. 1.166, cuando concluye a este respecto que “es una diferencia terminológica no sustancial en cuanto a sus efectos”.

⁵⁷ Entre otros, ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, cit., pág. 509 y SERRANO BUTRAGUEÑO, «Comentarios al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos...», cit., pág. 1.154.

⁵⁸ En la jurisprudencia menor no encontramos sin embargo una posición unánime acerca de la interpretación que debe darse al art. 120.2 del CP en relación con las faltas de injurias. Así, en la SAP de La Rioja, de 1 de septiembre de 1999 (ARP 3266), en mi opinión con buen criterio, se dispone que: “En el art. 120.2 del Código Penal se establece una responsabilidad subsidiaria de las personas naturales o jurídicas titulares de medios de comunicación escrita, hablada o visual por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, aunque dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212 del Código Penal, lo que supone que no siendo de aplicación el tenor del artículo 212, limitado a los delitos de calumnia o injurias efectuadas con publicidad, debe exigirse a la entidad recurrente la responsabilidad subsidiaria prevista en el artículo 120, número 2, del Código Penal, que precisamente viene a recoger los supuestos que no sean enmarcables dentro del repetido artículo 212”. Por el contrario, en la SAP de Madrid de 6 de julio de 1999 (ARP 5422), tras condenar por una falta de injurias de las previstas en el art. 620 del CP, fundamenta la responsabilidad civil en los siguientes términos: “De dicha indemnización deberá responder solidariamente el Ayuntamiento de Alcobendas, titular de la revista Siete días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 212 del Código Penal, dada la salvedad que hace el artículo 120.2, sin que se observen razones para excluir de la responsabilidad civil solidaria, la derivada de la falta de injurias”.

Por ello, pudiera pensarse que el ámbito de aplicación de esta regla de responsabilidad civil subsidiaria y objetiva será de aplicación a todos aquellos delitos o faltas que, no siendo constitutivos de injurias o calumnias, pudieran cometerse a través de los medios de comunicación y ocasionar un perjuicio indemnizable. Expuesto en estos términos el ámbito de aplicación de esta disposición, pudiera pensarse que en el art. 120.2º del CP se establece la regla general de responsabilidad civil cuando los hechos delictivos han sido cometidos a través de un medio de comunicación; convirtiéndose la regla de responsabilidad civil solidaria prevista en el art. 212 del CP en la excepción al régimen ordinario. Nada más lejos sin embargo de la realidad pues, de un lado, los delitos que con mayor frecuencia se cometen con empleo de los medios de comunicación son los de injurias y calumnias y, de otro, como ha puesto de relieve la doctrina, en la práctica es difícil señalar qué otros delitos distintos de los mencionados pueden cometerse a través de estos medios y ocasionar un daño⁵⁹. Entre los hechos delictivos a los que, a primera vista la doctrina ha considerado de aplicación este precepto, se encuentran la provocación y la apología, el descubrimiento y la revelación de secretos, los cometidos contra la propiedad intelectual y, finalmente, los delitos de publicidad engañosa⁶⁰. No obstante, y tras un análisis más pausado de cada uno de estos tipos delictivos no se han hecho esperar ni las precisiones que la exigencia de responsabilidad civil conlleva en algunos de ellos, dada la existencia de normas especiales al respecto; ni tampoco, las objeciones que presenta la aplicación a algunos otros de la norma de responsabilidad civil contenida en el art. 120.2º del CP.

Comenzando por estos últimos, la primera cuestión que se ha planteado ha sido si, realmente, el delito de provocación o apología por sí mismo puede ocasionar un daño indemnizable, puesto que lo normal es que el perjuicio se ocasione precisamente por la perpetración del delito⁶¹. De ahí que, siendo así, al sujeto ya no se le procesará por el delito de provocación o apología, sino por inducción al delito finalmente cometido, en cuyo caso responderá principalmente de los daños producidos conforme al art. 116 del CP, ya que a efectos penales será considerado

⁵⁹ Cfr. ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, cit., pág. 509; FEMENÍA LÓPEZ, «Comentario al art. 120.2º del Código penal», op. cit., págs. 567-571; MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 147 e YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., págs. 289-290.

⁶⁰ Para SOTO NIETO (CON GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 221: «Dada la amplitud en la redacción de la regla, podría cuestionarse si la misma rige en supuestos de instrumentación de los medios difusivos para la comisión de un delito común cualquiera —por ejemplo, una estafa, merced a un engaño publicitario—. No vemos inconveniente en ello, aunque siempre presididos por un criterio restrictivo, partiendo de una demostrada eficacia causal de la utilización de los medios».

⁶¹ De esta opinión se muestra partidaria MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 147, cuando a pie de página afirma que: «Ciertamente hay otros delitos que pueden ser cometidos a través de los medios audiovisuales, como la apología del terrorismo, pero en ellos no se da además el daño civil que es en definitiva lo que hace entrar en juego la norma del art. 120.2º».

autor (art. 28 párr. 2º del CP). Por consiguiente, ya no será exigible responsabilidad civil alguna al medio de comunicación⁶².

En relación con los delitos cometidos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y ss. del CP), a la hora de exigir la responsabilidad civil será preciso acudir como dispone el propio art. 272.1º del CP a lo preceptuado al respecto en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual⁶³. En esta Ley nada se dice acerca de la responsabilidad civil que pudiera derivarse del medio a través del cual se comete el hecho delictivo, de ahí que el régimen de aplicación sea el dispuesto en el art. 120.2º del CP. Si bien deberá acudirse a la LPI para determinar el régimen de aplicación tanto de las acciones de cesación de la actividad ilícita (art. 134), como para la adopción de medidas cautelares (arts. 136 y 138)⁶⁴.

Respecto de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, cuando se vulnera la intimidad⁶⁵, conforme a lo dispuesto en el art. 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen⁶⁶ podrá acudirse al procedimiento de tutela judicial dispuesto en su art. 9.1. Pero es que, además, en todo caso serán de aplicación los criterios previstos en la misma sobre presunción del daño y valoración del perjuicio moral (art. 9.3 y 4 LPDHPI)⁶⁷.

Finalmente, hay que señalar que, al menos en principio, no existe impedimento alguno a que el régimen de responsabilidad civil previsto en el art. 120.2º del CP sea de aplicación a los delitos de publicidad engañosa. No obstante, la doctrina se ha mostrado —a mi juicio con buen criterio— contraria a la aplicación de esta regla a este tipo delictivo⁶⁸. Varias son las objeciones que se han esgrimido en contra de dicha posibilidad. En primer lugar, hay que recordar que en el art. 19 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad⁶⁹ se prevé la obligación del medio de comunicación de permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio,

⁶² Así lo han considerado entre otros, FEMENÍA LÓPEZ, «Comentario al art. 120.2º del Código penal», op. cit., pág. 567 e YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., pág. 289.

⁶³ Modificado por la Ley 5/1998, de 6 de marzo. En adelante LPI.

⁶⁴ Cfr. FEMENÍA LÓPEZ, «Comentario al art. 120.2º del Código penal», op. cit., págs. 569-570 e YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., pág. 289.

⁶⁵ Recordemos que no siempre se produce esta vulneración, así puede tenerse presente como ejemplo el tipo delictivo previsto en el art. 278 del CP para los secretos de empresa.

⁶⁶ En adelante LPDHPI.

⁶⁷ Vid. FEMENÍA LÓPEZ, «Comentario al art. 120.2º del Código penal», op. cit., págs. 568-569, siguiendo en este sentido a YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., pág. 487, cuando trata las peculiaridades de la responsabilidad civil en los casos de delitos que suponen una intromisión al derecho al honor.

⁶⁸ Entre otros, FEMENÍA LÓPEZ, «Comentario al art. 120.2º del Código penal», op. cit., págs. 570-571; GARCÍA VICENTE, «La responsabilidad civil en el nuevo Código penal», cit., pág. 658; MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 147 e YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., pág. 289.

⁶⁹ En adelante LGP.

además de desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario. En cambio, nada se dice acerca de una posible responsabilidad del medio por los contenidos publicitarios difundidos. Si esto es así, se debe a que el establecimiento de algún tipo de responsabilidad civil al medio de difusión por los contenidos vertidos en la publicidad que en el mismo se emite, supondría la imposición al titular de un deber de vigilancia sobre dichos contenidos técnicamente imposible por su excesivo coste⁷⁰. Por último, hay incluso quien ha llegado a afirmar que dicha exigencia puede constituir una limitación a la libertad de expresión⁷¹. En cualquier caso, lo que resulta a todas luces evidente es que, a pesar de que pudiese ser técnicamente posible el control sobre el contenido de la publicidad —lo cual ya resulta bastante complicado de imaginar—, de exigírsele al medio de comunicación, dado su elevado coste, supondría una reducción considerable de los espacios publicitarios, y no hay que olvidar que la publicidad juega un papel fundamental en un sistema económico de libre mercado⁷². De hecho, parece lógico pensar que lo deseable habría sido que el legislador hubiera excluido la responsabilidad civil del medio de difusión, bien en el art. 120.2, bien en el propio art. 282 del CP.

Todas estas objeciones y especialidades que presenta la aplicación de esta norma de responsabilidad civil han hecho pensar a algunos autores en la conveniencia de su supresión⁷³. Esta conclusión nos parece excesiva pues, si bien es cierto que en algunos de los supuestos de aplicación hay que acudir también a

⁷⁰ Como acertadamente señala FEMENÍA LÓPEZ, «Comentario al art. 120.2º del Código penal», op. cit., pág. 571: “En efecto, imponer la responsabilidad subsidiaria del medio de difusión por los delitos de publicidad engañosa, supone la comprobación por parte de aquél del contenido de la publicidad que emite, lo cual, a tenor del artículo 5 de la Ley General de Publicidad, debe extenderse a los siguientes elementos: características de los bienes, actividades o servicios, tales como el origen o procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad y novedad, calidad, cantidad, categoría, especificaciones y denominación; modo y fecha de fabricación, suministro o prestación; resultados y características esenciales de los ensayos o controles de los bienes o servicios; nocividad o peligrosidad del producto; precio completo o presupuesto o modo de fijación del mismo; condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios; motivos de la oferta; y, por último, naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante, especialmente en lo relativo a su identidad, patrimonio, cualificaciones profesionales, derechos de propiedad industrial o intelectual y premios o distinciones recibidas”.

⁷¹ GARCÍA VICENTE, «La responsabilidad civil en el nuevo Código penal», cit., pág. 658.

⁷² En este sentido afirma MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 147, que: “Dado que la publicidad, en sí misma considerada, es conveniente para una economía libre de mercado, no parece eficiente que el legislador la grave con este coste”.

⁷³ En los siguientes términos se lo ha planteado YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., pág. 289: “En suma, nada se perdería si se derogase el apartado 2º del art. 120, dado que no sólo no añade nada al sistema, sino que enturbia notablemente su comprensión. Acaso el que la norma se haya dictado separadamente de las restantes del artículo se deba a que quien puede delinquir en el uso de los medios de comunicación no siempre será empleado, dependiente, representante o gestor del titular del mismo, y no se ha querido dejar de involucrar a éste por cuanto hagan sus colaboradores, tengan firmas habituales o no y cualquiera que sea su relación con la empresa. Pero el problema no se encuentra en el ámbito subjetivo, sino en que el precepto no resiste un somero repaso del elenco de posibles comportamientos delictivos”. En este mismo sentido puede verse MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 147.

normas especiales, no lo es menos que en dichas disposiciones no se especifica cuál sea el régimen de responsabilidad civil del titular del medio de comunicación. Además, con esta disposición se permite relajar el régimen previsto en el art. 212 del CP, transformando la responsabilidad civil solidaria en subsidiaria cuando los hechos injuriosos no alcanzan la consideración de delito y son calificados como falta.

3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS TITULARES DE ESTABLECIMIENTOS POR INFRACCIÓN DE REGLAMENTOS

En el art. 120.3° del CP se dispone que las personas naturales o jurídicas titulares del establecimiento donde se haya cometido un delito o falta, responderán subsidiariamente por los daños ocasionados cuando por parte de quienes los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad que se encuentren relacionadas con el hecho delictivo y siempre que éste no se hubiese producido sin dicha infracción⁷⁴. Este precepto tiene como precedente el párrafo primero del art. 21 del CP de 1973⁷⁵ y pese a que ha conseguido superar su terminología anacrónica, sigue presentando ciertas dudas interpretativas⁷⁶; no obstante lo cual, ha sido valorado positivamente en términos generales por la doctrina⁷⁷.

⁷⁴ El art. 120.3° ha supuesto una actualización positiva de la redacción del art. 21 del CP de 1973, pues ha eliminado las enumeraciones casuísticas y ha anudado la responsabilidad tanto a las personas naturales como jurídicas titulares de los establecimientos, y así lo ha puesto de relieve la jurisprudencia; véanse entre otras las SSTS de 28 de junio de 2000 (RJA 5649) y de 13 de diciembre de 1995 (RJA 8959).

⁷⁵ En cuanto a la desaparición de su párrafo segundo en el que se disponía que: “Son, además, responsables subsidiariamente los posaderos, de la restitución de los efectos robados o hurtados dentro de sus casas a los que se hospedaren en ellas, o de su indemnización, siempre que éstos hubiesen dado anticipadamente conocimiento al mismo posadero, o al que lo sustituya en el cargo, del depósito de aquellos efectos en la hospedería y, además hubiesen observado las prevenciones que los dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos. No tendrá lugar la responsabilidad en caso de robo con violencia o intimidación en las personas, a no ser ejecutado por los dependientes del posadero”; coincidimos plenamente con MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 148, cuando señala que “la desaparición en el CP de 1995 de una norma que reproduzca el contenido del actual artículo 21 en su párrafo segundo, resulta un acierto dado el solapamiento de esta norma con los artículos 1.783 y 1.784 del CC”.

⁷⁶ Así lo han puesto de manifiesto numerosos autores, entre otros, ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, cit., págs. 509-510; MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 148; SERRANO BUTRAGUEÑO, «Comentarios al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos...», cit., pág. 1.167. Un estudio pormenorizada de las relaciones y diferencias entre ambos preceptos puede verse en DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.3° del Código penal de 1995», en *Comentarios al Código penal*, (dir. Cobo del Rosal), t. IV, Madrid, págs. 574-582.

⁷⁷ En este sentido puede leerse en palabras de SOTO NIETO (con GARCÍA VICENTE; DE LAMO RÚBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., págs. 222-223, que: “Se corresponde el transcrito precepto y concuerda con el art. 21, párrafo primero, del Código derogado, velando, en definitiva, por la mejor guarda y observancia de los reglamentos de policía o disposiciones de autoridad formulados por el más seguro desenvolvimiento de las actividades empresariales desarrolladas en establecimientos abiertos al público. Las personas titulares de los mismos saben que la negligencia u oposición a tales prescripciones podrán acarrearles una eventual

Antes de entrar a analizar la naturaleza y fundamento de este tipo de responsabilidad, nos parece significativo reseñar que, si bien es cierto que el instituto de la responsabilidad civil subsidiaria cumple una función de garantía por ministerio de la ley, en este caso resulta más que curioso que esta función de avalista es cumplida por quien no tiene relación alguna con el autor del delito. Esta situación sólo se explica si se tiene presente que la actuación de dicho sujeto fue favorecida por una infracción de reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad, esta vez sí, cometidos por el titular del establecimiento o por alguno de sus subordinados⁷⁸.

3.1. NATURALEZA Y FUNDAMENTO

La determinación de la naturaleza de este tipo de responsabilidad es una de las cuestiones en las que la doctrina se muestra dividida. Mientras que para unos se trata de una obligación de reparar basada en la culpa, para otros no es sino un claro ejemplo de responsabilidad objetiva. Para los primeros, la obligación resarcitoria responde a la culpa o negligencia propia de la infracción de reglamentos o disposiciones de autoridad cuando ésta se ha producido por parte de los titulares; mientras que en los supuestos de incumplimiento por los empleados o dependientes encontrará su fundamento en la *culpa in vigilando* o *in eligendo*⁷⁹. En cambio, para la mayoría de autores nos hallamos ante un claro supuesto de responsabilidad

responsabilidad subsidiaria de incalculable alcance. El fortalecimiento de seguridad es beneficioso para visitantes y usuarios del establecimiento e, indudablemente, para sus dueños, eliminando en lo posible el riesgo de indemnizaciones a que pueden sentirse abocados por las consecuencias dañosas de las infracciones criminales que se perpetren en el seno de la empresa”.

⁷⁸ Al respecto afirma RAMÓN LÓPEZ-FANDO, «La responsabilidad de las personas naturales o jurídicas...», cit., pág. 139, que: “Es también avalista de terceros por los perjuicios que puedan sufrir como consecuencia de una determinada infracción que fue aprovechada por el autor —o autores— del delito o falta. [...] No es preciso señalar que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad civil subsidiaria por delito o falta cometido por persona que no tiene ningún tipo de relación con el declarado responsable. Aquí sí que funciona como un asegurador y garante de la observancia de esas normas la persona natural o jurídica afectada. Obvio resulta decir que si el delito es cometido por un empleado, su principal será responsable subsidiario pero no por este apartado del art. 120 CP sino por el siguiente” (la cursiva es del autor). De esta misma opinión se muestra partidario SALVADOR CODERCH, «Causalidad y responsabilidad», *Revista Electrónica InDret*, 01/2000, www.indret.com, pág. 8, cuando afirma que: “La regla convierte al empresario en garante de la seguridad de los terceros que frecuentan su establecimiento y establece el criterio del fin de protección de la norma como regla de imputación de los daños al titular.” En similares términos puede verse también DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.3º del Código penal de 1995», cit., pág. 582.

⁷⁹ Si bien de forma aislada, pueden encontrarse pronunciamientos de nuestro más Alto Tribunal en los que se consideraba que en el art. 21 del CP de 1973 se preceptuaba una responsabilidad basada en la culpa por la infracción de reglamentos generales o especiales de policía. Entre otras en las SSTs de 14 de febrero de 1997 (RJA 1176); de 20 de abril de 1996 (RJA 2889); de 13 de diciembre de 1995 (RJA 8959) y de 21 de julio de 1993 (RJA 6425). Cfr. LÓPEZ GARRIDO Y GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., pág. 80; MORILLAS CUEVA, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 159; QUINTERO OLIVARES (con TAMARIT SUMALLA), «Comentario al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos o faltas...», cit., pág. 589 y SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., «La responsabilidad civil derivada de delito (Comentario a la reforma del artículo 22 del Código penal efectuada por la Ley 1/1991, de 7 de enero)», en *Comentarios a la Legislación penal*, vol. XVI, Madrid, 1994, págs. 105-106.

objetiva⁸⁰. Dos son al menos las razones que me llevan a compartir la segunda de estas posiciones.

En primer término, y atendiendo a la literalidad del precepto, hay que señalar que en el mismo, ni se exige la prueba de la culpa o negligencia, ni tampoco se prevé la posibilidad de exoneración de probarse una actuación diligente⁸¹. De ahí que podamos pensar que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva, puesto que cuando el legislador ha querido establecer como criterio de imputación la culpa o negligencia lo ha hecho de forma expresa⁸².

En segundo lugar, habría que advertir que es cierto que en el establecimiento de este tipo de responsabilidad por hecho ajeno se introduce un elemento extraño o peculiar, como es la concurrencia de una infracción de reglamentos de policía o de disposiciones de la autoridad, que podría enturbiar el buen entendimiento de su naturaleza. Este extremo podría, en principio, hacernos pensar que nos encontramos ante una responsabilidad por culpa, proveniente precisamente del quebrantamiento de este tipo de disposiciones⁸³. Esta interpretación nos obligaría a concluir que, en aquellos supuestos en que la infracción de reglamentos no se haya debido a culpa o negligencia, el titular del establecimiento estaría exonerado de responsabilidad civil⁸⁴. Esta solución no parece acorde con la voluntad del legislador pues, como veremos unas líneas más adelante, lo que se pretende con este tipo de responsabilidad es prevenir determinados riesgos que pueden surgir en ciertos establecimientos de no observarse la legislación correspondiente. De ahí que baste con la prueba de la inobservancia de los reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad, sin

⁸⁰ Véanse, ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, cit., pág. 511; DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.3º del Código penal de 1995», en *Comentarios al Código penal*, (dir. Cobo del Rosal), t. IV, Madrid, págs. 609-610 y GARCÍA VICENTE, «La responsabilidad civil en el nuevo Código penal», cit., pág. 658.

⁸¹ En este sentido afirma DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.3º del Código penal de 1995», cit., pág. 610, que: “[...] el presupuesto de la responsabilidad del titular relativo a la infracción de normas o disposiciones deberá estimarse cumplido cuando pueda constatarse, con arreglo a los principios probatorios propios del proceso civil, la inobservancia objetiva de determinadas medidas de seguridad exigibles en virtud de las normas reguladoras de la actividad desarrollada en ciertos establecimientos, con independencia de cuál sea la causa de tal inobservancia o de quién haya sido el causante de la misma, siempre que pueda establecerse, asimismo, que el hecho punible no se hubiera cometido sin dicha inobservancia”.

⁸² Recordemos que así se ha hecho por ejemplo en los arts. 116.1.1º y 120.1º del CP.

⁸³ Así, en SALVADOR CODERCH Y GÓMEZ LIGÜERRE, «Respondeat Superior II», cit., pág. 13, podemos leer al estudiar la regla del art. 120.3 del CP que: “Se trata de una regla de negligencia *per se*: la infracción de la norma reglamentaria o de las disposiciones de la autoridad desencadena la autoridad (*entendemos que existe un error tipográfico y que pretendía hacerse referencia a la responsabilidad*) siempre que haya daño” (la cursiva es nuestra).

⁸⁴ A este respecto, y como muy bien señala DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.3º del Código penal de 1995», cit., pág. 610: “La lectura del precepto en clave culpabilística exigiría partir de una inexacta equiparación entre infracción y culpa del empresario —o de sus dependientes—: la prueba de la infracción implicaría la prueba de la culpa, del mismo modo que la prueba del cumplimiento de los reglamentos implicaría prueba de la diligencia”.

necesidad de tener a estos efectos presente la causa del quebrantamiento⁸⁵. Luego podemos concluir que nos encontramos ante una responsabilidad objetiva que encuentra su fundamento en la teoría del riesgo⁸⁶.

En el marco de un Estado social y democrático de Derecho, en el que cobran una especial importancia las políticas de protección a las víctimas —entendidas éstas en su concepción más amplia—, no resulta en modo alguno extraño que la responsabilidad civil subsidiaria se vincule a aquellas personas naturales o jurídicas que con su actividad obtienen un beneficio a costa de generar una situación de riesgo⁸⁷. Conviene advertir no obstante, que la carga de la prueba de la infracción de los reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad, así como que ésta favoreció la comisión de los hechos delictivos corresponderá al Ministerio fiscal y al perjudicado⁸⁸.

⁸⁵ En palabras de DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.3º del Código penal de 1995», págs. 610-611: “Habiendo infracción, en el sentido señalado, podrá considerarse responsable al titular con arreglo al art. 120.3º, sin que pueda éste alegar con éxito el hecho de haber desplegado, por su parte, toda la diligencia exigible a tenor de las circunstancias. Por el contrario, si las disposiciones aplicables han sido escrupulosamente observadas, aquél no podrá ser llamado a responder por la vía del artículo 120.3º, aun en el caso de que por su parte o la de sus auxiliares no se haya observado la diligencia exigible. En tal supuesto su posible responsabilidad habrá de articularse a través de otras vías [...]”.

⁸⁶ Peligro que en este concreto caso se cifra, como acertadamente señala DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.3º del Código penal de 1995», cit., pág. 611, en “el riesgo de mantener abierto un establecimiento dedicado a actividades especialmente vulnerables a la actividad delictiva sin dar cumplimiento a las disposiciones sobre seguridad correspondientes, creando así la ocasión y el marco propicios para la comisión de delitos o faltas en el mismo”. Sobre este particular y en aplicación del art. 120.3 del CP puede leerse en la STSJ de Asturias, de 18 de julio de 2001 (ARP 262624), que: “Esta situación particular de riesgo sobre la que pivota fundamentalmente la responsabilidad civil acordada, no es desconocida por la sentencia apelada que la señala expresamente, y responde en el ámbito penal a esa brecha que la jurisprudencia civil, sobre todo a partir de la década de los ochenta (SSTS 5-3-1984 y 25-8-1987) y que es de esperar que en igual sentido evolucione la jurisprudencia social en materia especialmente de riesgos laborales, se va abriendo y asentando cada vez más en *criterios objetivos de responsabilidad basados fundamentalmente en situaciones de riesgo*, con evidente debilitamiento del requisito de la culpa; brecha a la que no puede ser ajena la jurisprudencia penal que ya ha abandonado viejas posturas restrictivas ya superadas” (la cursiva es nuestra).

⁸⁷ Éste ha sido también el criterio seguido por nuestro más Alto Tribunal, así pueden verse entre otras las SSTS de 13 de junio de 2002 (RJA 7506); de 12 de abril de 2002 (RJA 4766); de 27 de marzo de 2002 (RJA 5663); de 15 de febrero de 2002 (RJA 3573); de 13 de diciembre de 2001 (RJA 1180); de 5 de junio de 2001 (RJA 7187); de 29 de mayo de 2000 (RJA 5230); de 10 de octubre de 1998 (RJA 8709); de 20 de abril de 1996 (RJA 2889) y de 13 de diciembre de 1995 (RJA 8959).

⁸⁸ ZUBIRI DE SALINAS, «Responsables civiles en el Código penal», cit., pág. 64, considera que esta referencia a los reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad constituye “una transposición al caso de la doctrina penalista de la imputación objetiva del resultado, y de los supuestos en que no cabe entender concurrente dicha imputación, cuando el resultado hubiere acaecido igualmente aun sin infracción de los concretos reglamentos de aplicación al caso”.

3.2. PRESUPUESTOS PARA SU EXIGENCIA

Tratándose de un supuesto de responsabilidad subsidiaria no parece preciso incidir demasiado en la necesidad de que la acción resarcitoria se dirija en primer lugar contra el responsable civil directo, es decir, contra el responsable criminal. No pudiendo hacerse efectiva contra el mismo, para que el perjudicado pueda dirigirse contra los titulares del establecimiento será preciso, en primer lugar, que el hecho delictivo se haya perpetrado en el mismo; en segundo término, que se haya producido una infracción de reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad, bien por los directores o administradores, bien por sus empleados o dependientes; y, finalmente, que dicha infracción guarde tal relación con el hecho delictivo que haya propiciado la comisión del mismo pues, de no haber ocurrido, el delito o falta no se hubiese producido.

El primero de los requisitos exigidos no parece precisar de especiales consideraciones. Baste apuntar que en la práctica forense ha sido interpretado de forma amplia, de modo que por establecimiento se ha entendido cualquier género de dependencia o lugar en el que se ejerce comercio, industria o profesión de manera habitual⁸⁹.

Tres consideraciones pueden hacerse respecto del segundo de los presupuestos. En primer lugar, habría que señalar que el legislador, al determinar las personas a las que cabe atribuirles la infracción de los reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad ha empleado una fórmula amplia —recordemos “los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados”— que permitirá que el surgimiento de este tipo de responsabilidad se produzca por la vulneración de las mencionadas disposiciones proveniente tanto de las personas que desempeñan funciones de dirección u organización, como de aquellas otras que cumplen labores subordinadas como dependientes o empleados⁹⁰. Hay que señalar que, además, la infracción se apreciará tanto si la misma se ha producido por una conducta activa como si lo ha sido por una omisiva⁹¹. En último lugar, respecto de este presupuesto habría que mencionar que, del mismo modo que ocurría con el art. 21 del CP de

⁸⁹ Cfr. la STS de 13 de junio de 2002 (RJA 7506).

⁹⁰ A este respecto, pone de relieve ALASTUEY DOBÓN, *Consecuencias jurídicas del delito...*, cit., pág. 510, que: “En efecto, el precepto se refiere, por una parte, a las «personas naturales o jurídicas» titulares de los establecimientos y, por otra, a la infracción de determinados reglamentos y disposiciones por parte de —los que lo dirijan o administren», con lo que puede plantearse la duda de si se refiere o no a las mismas personas, pues es obvio que el director o administrador de un establecimiento no tiene que ser necesariamente, además, su titular. El precepto debe interpretarse en el sentido de que al hablar de directores del establecimiento se está refiriendo a sus titulares para evitar las consecuencias a las que se llegaría de no entenderlo así, a saber, que cuando el titular y el director no coincidieran en la misma persona y fuera el mismo titular quien infringiera los reglamentos no se podría aplicar el precepto y quedaría exento de responsabilidad civil, y, sin embargo, sí incurriría en ella cuando la infracción proviniese de un empleado”.

⁹¹ Sobre este particular la STS de 20 de abril de 1996 (RJA 2889), afirma que: “La infracción puede ser imputada al titular del establecimiento a título de acción o comportamiento directamente causal del resultado o bien en forma de omisión por no haber realizado aquello a lo que se estaba obligado legal o reglamentariamente”.

1973, la referencia a los reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad debe interpretarse con criterios amplios y flexibles. Deben entenderse comprendidos en dichos términos tanto los deberes impuestos por ley como por cualquier norma positiva de rango inferior referidas esencialmente a deberes administrativos relativos a la seguridad, orden y buen gobierno de los establecimientos⁹²; así como por aquellas otras disposiciones más específicas adoptadas por quien sea autoridad de acuerdo con lo establecido en el art. 24 del CP⁹³. No obstante, conviene advertir a este respecto que, tal y como señala el propio precepto en cuestión, los reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad infringida deberán estar relacionados con el hecho delictivo cometido. Lo que significa que, si bien a efectos formales dichos términos podrán interpretarse de forma amplia, no podrá hacerse otro tanto de lo mismo en cuanto a su contenido o aspecto material, pues lo que el legislador ha pretendido es reducir dichas disposiciones a aquéllas que guarden una relación final con el acto punible⁹⁴. Ciertamente, la imputación objetiva de este tipo de responsabilidad al titular del establecimiento respondería al denominado por PANTALEÓN PRIETO «criterio del *fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad*»⁹⁵, lo que significa que «no cabe imputar objetivamente al posible responsable un resultado dañoso que caiga fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que pretenda fundamentarse su responsabilidad»⁹⁶.

Si, en relación con los dos primeros presupuestos exigidos para el surgimiento de este tipo de responsabilidad, hemos podido comprobar cómo su interpretación se realizaba de forma amplia y flexible, no podemos decir que suceda lo mismo en lo que respecta al último de ellos⁹⁷. La relación existente entre la infracción de los

⁹² Se trata de una interpretación constante y hace ya tiempo consolidada de nuestro más Alto Tribunal, así pueden consultarse entre otras las SSTS de 19 de noviembre de 2002 (RJA 2775); de 13 de julio de 2002 (RJA 7506); de 12 de abril de 2002 (RJA 4766); de 30 de junio de 2000 (RJA 6603); de 8 de octubre de 1999 (RJA 7605); de 13 de diciembre de 1995 (RJA 8959); de 20 de abril de 1996 (RJA 2889) y de 20 de marzo de 1993 (RJA 2422).

⁹³ A este respecto, como observa DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.3º del Código penal de 1995», cit., pág. 583: «La referencia diferenciada a los «reglamentos de policía» y a las «disposiciones de la autoridad» —que ha venido a sustituir a la antigua fórmula del art. 21 derogado, relativa a los «reglamentos generales o especiales de policía»—, ha venido a confirmar la relevancia que cabe atribuir, a efectos de lo dispuesto en el art. 120.3º, no sólo a la infracción de las normas jurídicas de carácter general dictadas por órganos administrativos en el ámbito de sus respectivas competencias («reglamentos», en sentido propio), sino también a las órdenes o mandatos de carácter singular emanados de la autoridad o de sus agentes, y carentes de una naturaleza propiamente normativa». Así, pone como ejemplo lo dispuesto en los arts. 14 a 22 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

⁹⁴ De ahí que pueda leerse en palabras de DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.3º del Código penal de 1995», op. cit., pág. 585, que: «En este momento conviene destacar el dato de que, con la nueva redacción del precepto, viene a concretarse en cierta medida el círculo de disposiciones cuya infracción puede abrir la vía para la aplicación de este régimen, apuntando a un dato de carácter teleológico relacionado con la prevención de hechos dañosos en ciertos establecimientos».

⁹⁵ La cursiva es del autor.

⁹⁶ «Comentario al artículo 1902», en *Comentarios del Código Civil*, t. II, Madrid, 1993, pág. 1986.

⁹⁷ Esta precisión y restricción del precepto se desprende ya del tenor literal del art. 120.3 del CP pues, si bien en el derogado art. 21 se preceptuaba este tipo de responsabilidad cuando se

reglamentos de policía y disposiciones de la autoridad y la comisión del hecho delictivo del que se han derivado los daños deberá ser tan estrecha que, de no haberse producido la primera, no se habría materializado la segunda. La concreción de cuál debe ser este tipo de relación no resulta, pese a lo que pudiera parecer, tarea sencilla. De un lado, tanto doctrina⁹⁸ como jurisprudencia⁹⁹ han coincidido al apuntar que la infracción de dichas disposiciones deberá haber generado una relación de causalidad adecuada o apropiada para la comisión del hecho delictivo. De esta forma, no será susceptible de generar este tipo de responsabilidad cualquier infracción de reglamentos o disposiciones, sino sólo aquellas que en relación con el acto punible, sean susceptibles de haber propiciado su producción¹⁰⁰. Esta adecuada relación entre la infracción de los reglamentos de policía o disposiciones y la actuación delictiva se manifestará de forma distinta según nos encontremos ante una inobservancia basada en una conducta activa u omisiva.

Por consiguiente, para que el órgano jurisdiccional pueda apreciar este tipo de responsabilidad será preciso que, si la infracción —haya sido cometida ésta por el titular o alguno de sus empleados— ha consistido en una acción, entonces la relación existente entre la inobservancia de la norma y el hecho punible deberá revelarse como una verdadera relación de causalidad en el sentido amplio que le otorgaría la fórmula de la *conditio sine qua nom* o teoría de la equivalencia de las condiciones. De forma que, de no haberse producido esta infracción, el hecho delictivo no se habría perpetrado, todo ello teniendo presente la forma concreta de su realización y no las probabilidades que en abstracto al respecto pudieran existir¹⁰¹.

produjese una “infracción de los reglamentos generales o de policía que esté *relacionada con el hecho punible cometido*”, en la redacción actual del precepto lo que se dispone es que dicha responsabilidad surgirá cuando “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*” (la cursiva es nuestra).

⁹⁸ Entre otros, ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, cit., pág. 511; DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.3º del Código penal de 1995», cit., pág. 589-593; MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 148; QUINTERO OLIVARES (con TAMARIT SUMALLA), «Comentario al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos o faltas...», cit., pág. 589; MORILLAS CUEVA, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 159 y RAMÓN LÓPEZ-FANDO, “La responsabilidad de las personas naturales o jurídicas...”, op. cit., pág. 139.

⁹⁹ Vid. las SSTs de 13 de junio de 2002 (RJA 7506); de 24 de junio de 2002 (RJA 531); de 12 de abril de 2002 (RJA 4766); de 31 de enero de 2001 (RJA 491); de 5 de junio de 2001 (RJA 7187); de 28 de junio de 2000 (RJA 5649); de 8 de octubre de 1999 (RJA 7605); de 20 de abril de 1996 (RJA 2889) y de 13 de diciembre de 1995 (RJA 8959).

¹⁰⁰ No cabe duda de que como apunta QUINTERO OLIVARES (con TAMARIT SUMALLA), «Comentario al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos o faltas...», cit., pág. 589, de este modo, se “introduce una regla que obliga a la comprobación de que el hecho razonablemente no se habría cometido de haber cumplido con esas obligaciones de prevención reglamentarias establecidas”.

¹⁰¹ Todo ello respondería a uno de los criterios delimitadores de la «causalidad jurídicamente suficiente» enunciados por PANTALEÓN PRIETO, «Comentario al artículo 1902», op. cit., pág. 1.986, en particular al denominado “incremento de del riesgo”. Así las cosas, habría que formular dicho presupuesto en los siguientes términos: en ningún caso el perjuicio podrá ser imputado al titular del establecimiento en el que se incumplieron determinadas disposiciones relativas a la

En cambio, si la infracción se hubiese producido por una conducta omisiva, ya no será posible deducir la relación entre ésta y el hecho delictivo de una relación de causalidad, ni tan siquiera entendida en el sentido amplio de la *conditio sine qua nom*, sino que se precisará la realización de un juicio hipotético, es decir, el tribunal deberá plantearse si la acción delictiva y dañosa no se habría producido de haberse observado el reglamento de policía o disposición de la autoridad en cuestión¹⁰².

Pese a que, en principio, esta restricción de los términos en el tenor literal del art. 120.3 del CP en relación con el antiguo art. 21 pudiera hacernos pensar que en la actualidad la relación exigida entre la inobservancia de la norma y el hecho punible adquiere una mayor intensidad¹⁰³; en la práctica no resulta del todo desconocida ni novedosa, pues nuestra jurisprudencia en la interpretación del derogado precepto evolucionó de una exégesis más amplia a una mucho más estricta en la que se exigía no sólo esa especial vinculación sino que, además, se constataba esa relación a través de las fórmulas anteriormente mencionadas¹⁰⁴. Por lo tanto, lo que en un primer momento hubiésemos podido calificar como un novedoso requisito para la exigencia de este tipo de responsabilidad —según hemos podido comprobar tras un somero

seguridad del mismo si puede evidenciarse que el hecho delictivo y dañoso se hubiese producido igualmente pese a haberse dado cumplimiento a la mencionada normativa

¹⁰² A este respecto señalaba DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.3º del Código penal de 1995», cit., pág. 591, que: “La precisión señalada viene a reconducir a unos términos más razonables el grado mínimo exigible de incidencia de la infracción cometida sobre el proceso causal que culmina en la realización del hecho punible, precluyendo la posibilidad de una responsabilización semiautomática del titular del establecimiento sobre la base de cualquier infracción de las normas aplicables en materia de seguridad”. Cfr. también MARCHENA GÓMEZ, *Código penal de 1995*, Granada, 1997, pág. 174.

¹⁰³ En los siguientes términos cifraba la diferencia entre ambos preceptos la SAP de Lleida, de 27 de abril de 2000 (ARP 262624): “La responsabilidad subsidiaria contenida en el art. 120.3º del Código Penal, a diferencia del anterior art. 21 del Código Penal de 1973, exige no sólo la infracción de reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad que estén relacionadas con el hecho punible cometido, sino que además es preciso que exista una íntima relación entre el hecho y las normas infringidas de modo que aquél razonablemente no se hubiera producido de haber cumplido con aquellas obligaciones de prevención reglamentariamente establecidas”.

¹⁰⁴ Esta interpretación estricta de la relación existente entre la inobservancia de los reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad y el hecho delictivo, así como la necesidad de realizar a estos efectos un juicio hipotético y retrospectivo, ya se venía efectuando en la práctica forense. Así, en la STS de 20 de febrero de 1993 (RJA 1516), se disponía que: “Si tal infracción imputable al titular del establecimiento o a alguno de sus empleados o subordinados consiste en una acción, esa relación *habrá de ser una verdadera y propia relación de causalidad en el amplio sentido de la conditio sine qua nom*, de modo que, *de no haberse producido esta infracción, el delito o falta no habría podido cometerse*, teniendo en cuenta la forma concreta en que el hecho criminal se produjo, y no las posibilidades que en abstracto al respecto pudieran existir. Pero si esa infracción consiste en una omisión (no hacer aquello a que se está obligado legal o reglamentariamente, lo que quizá sea el caso más frecuente), como en estos supuestos no cabe hablar propiamente de relación de causalidad, ya que de la nada nada puede salir (*ex nihilo nihil fit*), *la cuestión ha de plantearse de modo hipotético, esto es, preguntándose qué habría ocurrido si la omisión no se hubiera producido porque el infractor hubiera realizado la acción de él esperada*, para declarar la responsabilidad aquí examinada cuando sea posible afirmar con un alto grado de probabilidad que en tal hipótesis el delito o falta no se habría cometido (véanse las dos sentencias antes citadas de 23 de enero y 8 de mayo de 1990)” (la cursiva es nuestra). En este mismo sentido pueden verse, las SSTS de 20 de abril de 1996 (RJA 2889); de 13 de diciembre de 1995 (RJA 8959) y de 21 de julio de 1993 (RJA 6425).

análisis de la jurisprudencia—, se convierte en una mera plasmación de lo que ya eran pautas interpretativas consolidadas en nuestra jurisprudencia.

Llegados a este punto, aún debemos precisar que esta relación entre la inobservancia de la norma y la comisión del hecho delictivo en ningún caso podrá entenderse como una casualidad directa, pues en ese caso nos encontraríamos ante una conducta calificable como autoría y, por tanto, determinante de responsabilidad penal¹⁰⁵. De ser así, la responsabilidad civil ya no se exigirá conforme al art. 120.3 del Texto punitivo, sino que de haber sido la infracción fruto de la actuación del titular del establecimiento deberá deducirse de acuerdo con lo previsto en el art. 109 y 116 del CP, mientras que éste responderá según lo previsto en el art. 120.4 en caso de que la inobservancia de la norma se hubiese producido por la actuación u omisión de uno de sus dependientes o gestores¹⁰⁶.

4. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR LOS ACTOS DE SUS EMPLEADOS

Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio serán responsables civiles subsidiarios por los hechos delictivos que hubieren cometido sus empleados, dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios (art. 120.4° del CP). Este precepto tiene

¹⁰⁵ En los siguientes términos lo expresaba el TS en su Sentencia de 20 de octubre de 1989 (RJA 7727): “Resulta patente que los vacíos acusados en el atendimiento de las normas reseñadas guardan íntima y clara relación causal con el hecho punible cometido, tal y como refiere la Sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 1971 (RJA 5436). Tratándose no de la causalidad directa inherente a la autoría y determinante de responsabilidad penal, sino de comportamientos de especial significación e influencia en la vertebración causal de los hechos o acaeceres propiciadores de la realización de la infracción criminal, de los que puede derivarse una vinculación de responsabilidad civil, aun subsidiaria o de segundo grado. La aplicación del artículo 21 del Código Penal, declarando la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, cual ya efectuó esta Sala en Sentencia de 24 de febrero de 1989 (RJA 1658), es correcta y fundada”. En este mismo sentido pueden verse las SSTs de 21 de julio de 1993, (RJA 6425) y de 23 de enero de 1990 (RJA 474). De esta misma opinión se muestra partidario YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., págs. 287 y 288, cuando afirma que: “No creo que se pueda pensar en una exigencia rígida de que deba existir una relación causal directa entre la infracción de los reglamentos de policía o de las disposiciones de la autoridad y el hecho punible cometido, pues en tal caso la norma apenas tendría aplicación, ya que los posibles supuestos se reconducirían a los previstos por la regla 4ª que acabamos de examinar. [...] la infracción de los reglamentos ha de tener una relación simplemente *adecuada*, de manera que el resultado se vea propiciado por ella, pues si se entiende que el precepto exige que haya una directa relación de causa-efecto entre la infracción reglamentaria y la infracción penal, su campo de aplicación sería prácticamente inexistente”. De este mismo parecer se mostraba ya partidario CÓRDOBA RODA, «Comentario al art. 21 del Código penal», en *Comentarios al Código penal*, (con Rodríguez Mourullo y Casabó Ruiz), t. I, Barcelona, 1972; pág. 975; y más recientemente DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.3° del Código penal de 1995», cit., págs. 591-592.

¹⁰⁶ Vid. ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, cit., págs. 511-512; DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.3° del Código penal de 1995», cit., págs. 591-592; MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 148 y SOTO NIETO (CON GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 223.

su claro precedente en el art. 22 del Texto derogado¹⁰⁷. Pese a que en relación con su dicción se han operado ciertas reformas para la mejora técnica de algunos de sus extremos, en cuanto a su interpretación, como ha señalado el propio TS, la doctrina jurisprudencial sobre esta materia no ha sufrido alteración alguna¹⁰⁸.

En cuanto a los avances que se han operado en la redacción del mencionado precepto, la doctrina coincide al señalar la precisión que se ha realizado en la determinación de su ámbito de aplicación¹⁰⁹. A esta mayor concisión ha contribuido, de un lado, la regulación de determinados supuestos que, por no gozar de una regulación específica, eran subsumidos en el antiguo art. 22 del CP de 1973, que a estos efectos y junto al art. 21 se habían convertido en una suerte de cajón desastre de todos aquellos casos que, hasta ese momento, no habían encontrado acomodo en ninguna otra disposición legal¹¹⁰. Baste recordar a estos efectos como el art. 22 del Texto derogado era utilizado profusamente para exigir responsabilidad al Estado y a

¹⁰⁷ Si bien en el Texto aprobado definitivamente se plasmaba en términos casi idénticos la responsabilidad prevista en el art. 22 del CP de 1973, en el Proyecto de CP de 1992 podía leerse a este respecto en la regla 4ª del art. 121 que: “Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hubiesen cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios, siempre que sus conductas supongan la consumación imprudente de un riesgo típico de la actividad que se le encomendó o, de haber dolo en el delito o falta, exista cualquier negligencia por parte de aquéllas en la vigilancia de las actividades de éstos o de sus aptitudes o condiciones personales”.

Como pone de relieve MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 149: “El entendimiento de este artículo no resultaba a primera vista fácil, pero podía interpretarse en el sentido de considerar que si el delito cometido por el empleado en el desempeño de sus obligaciones o servicios era imprudente la persona natural o jurídica respondía en todo caso, es decir respondía objetivamente, mientras que si se trataba de un delito doloso, también en el ámbito de sus obligaciones sólo respondía si había existido negligencia por parte de la persona natural o jurídica en la vigilancia de esas actividades, es decir que el fundamento en este caso era la llamada *culpa in vigilando*”. Esta opción legislativa que parecía acercarse al postulado propio del liberalismo del art. 1.902 del CC, según el cual no hay responsabilidad sin culpa, fue desechada enseguida y sustituida ya en el art. 120.4º del Proyecto de 1994 por una responsabilidad objetiva, más acorde con la concepción, cada día más en auge, de que es preciso reparar todo daño sufrido sin justa causa, y que a todos parece más propia de un Estado social de Derecho como es el proclamado en el art. 1 de nuestra Constitución. Acerca de las vacilaciones del legislador a la hora de regular esta materia cfr. DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», en *Comentarios al Código penal*, (dir. Cobo del Rosal), t. IV, Madrid, pág. 652 e YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., pág. 272.

¹⁰⁸ Vid. la STS de 15 de febrero de 2002 (RJA 3573).

¹⁰⁹ Véanse, entre otros, GARCÍA VICENTE, «La responsabilidad civil en el nuevo Código Penal», cit., pág. 659 y SOTO NIETO (CON GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 225.

¹¹⁰ Dicha práctica, como pone de relieve DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., pág. 653, se realizaba “a costa, en ocasiones, de una evidente distorsión de los presupuestos exigidos por la norma”. Vid. también DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La responsabilidad civil*, cit., págs. 414-415; DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», op. cit., pág. 678-679; SIERRA PÉREZ, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, Madrid, 1997, págs. 119-120 e YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., pág. 265.

la Administración Pública por los hechos de sus dependientes¹¹¹, responsabilidad hoy contemplada expresamente en el art. 121 del CP¹¹². De otro lado, el hecho de que el nuevo precepto disponga que las personas dedicadas a cualquier género de industria o comercio podrán ser declaradas responsables, no sólo por los hechos delictivos cometidos por sus “empleados o dependientes”, sino también por sus “representantes o gestores”, ha contribuido también de forma decisiva a la aclaración de su ámbito subjetivo de aplicación¹¹³. Pues se especifica que el

¹¹¹ Las dificultades interpretativas a la hora de subsumir este tipo de responsabilidad en el tenor literal del art. 22 del CP de 1973, llevaron a la Sala 2ª del TS a afirmar el carácter no exhaustivo de la enumeración contenida en el mismo. Así podía leerse en la STS de 22 de noviembre de 1989 (RJA 8699), que: “La Administración del Estado está sometida en cuanto a la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 22 del Código Penal, sin ningún tipo de excepcionalidad, a los principios generales informadores de nuestro Ordenamiento que en la actualidad nacen de manera inmediata y directa de la Constitución (art. 106). La circunstancia de que el Estado aparezca expresamente citado en el artículo 1903 del Código Civil y no en el 22 del Código Penal no puede conducir a una interpretación que excluya dicha responsabilidad en todo caso, del Estado cuando de acto penal se trate. No hay ninguna razón para ello porque entre uno y otro supuesto existe un denominador común indiscutible y seguir tal orientación conduciría a una contradicción interna del propio sistema, dado que en materia de responsabilidad civil, aunque sea dentro del ámbito penal, es utilizable, con plena ortodoxia, la aplicación analógica de las normas así como un entendimiento del precepto a base de una integración lógica, coherente y armónica del sistema contemplado en su conjunto (art. 4.1 del Código Civil). Ciertamente que entre el soldado que presta el servicio militar en las Fuerzas Armadas y el Estado o la Administración Pública no se da una relación inscribible en el artículo 22, de acuerdo con su texto literal, pero en tal precepto se trata de una descripción ejemplificativa y no exhaustiva. También es indudable que el Estado no persigue, en estos casos, lucro, pero tampoco éste es dato indispensable para que nazca la responsabilidad civil subsidiaria del artículo citado, teniendo en cuenta que la circunstancia decisiva en este orden de cosas viene representada por la prestación de un servicio por cuenta de otro produzca o no lucro en el sentido estricto de la expresión y cuyo cumplimiento o con ocasión del mismo se produce un delito”.

¹¹² Era ya doctrina constante y reiterada desde la Sentencia de 18 marzo 1936 (RJA 594), que el término “persona” del art. 22 del CP de 1973, abarcaba tanto a las físicas como a las jurídicas, entre las cuales se encontraba la Administración pública. En este sentido pueden consultarse entre otras muchas las SSTS de 14 febrero 1997 (RJA1357); de 17 julio 1995 (RJA 5606); de 6 mayo 1994 (RJ 3618); de 7 de febrero de 1994 (RJA 1273); de 15 noviembre 1993 (RJA 8581); de 14 octubre 1991 (RJ 2790); 21 diciembre 1990 (RJA 9937); de 12 de enero de 1990 (RJA 302); de 23 diciembre 1989 (RJ 9770); de 22 noviembre 1989 (RJA 8699); de 14 junio de 1988 (RJA 4911); de 9 de marzo de 1979 (RJA 1089); de 5 de febrero de 1968 (RJA 781); de 29 de noviembre de 1965 (RJA 5238) y de 5 de marzo de 1963 (RJA 974). Otro ejemplo de esta práctica lo constituiría el supuesto de la responsabilidad de los titulares de vehículos, responsabilidad actualmente prevista en la regla 5ª del art. 120 del CP. En relación con la interpretación de art. 22 del CP de 1973 para dar cabida a estos supuestos cfr. las SSTS de 10 de julio de 1990 (RJA 6628); de 8 de marzo de 1990 (RJA 2430); de 20 de diciembre de 1989 (RJA 917); de 4 de diciembre de 1989 (RJA 9414), de 15 de junio de 1989 (RJA 5123) y de 16 de mayo de 1988 (RJA 3663).

¹¹³ Como pone de relieve DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., pág. 691-692: “La significativa referencia que la norma hace ahora a los representantes y gestores como sujetos cuyo hecho punible puede desencadenar la responsabilidad civil subsidiaria del titular permite, en este sentido, considerar que, en el ámbito del art. 120.4º C.p., no pueden ser llamados a responder subsidiariamente quienes, sin tener la condición de titulares de la actividad desarrollada, asumen funciones de dirección o gestión en relación con la misma. La cuestión tiene una indudable trascendencia práctica, si se considera el hecho de que el art. 1903.4 C.c. menciona como sujetos responsables por los hechos de los dependientes, no sólo a los dueños de los

empresario responderá no sólo por la actuación de sus subordinados, sino también por la de aquéllos que le representen o actúen bajo su mandato¹¹⁴. Todo ello ha contribuido a lograr una mayor precisión de los términos subjetivos del precepto¹¹⁵.

De forma casi testimonial, dada su menor envergadura, señalar que otra de las precisiones realizadas en la nueva redacción es la relativa al contenido de la actividad empresarial que ha de desarrollar la persona llamada a responder subsidiariamente. Si con anterioridad sólo se hacía mención a la actividad industrial, es decir, al «conjunto de operaciones materiales ejecutadas para la obtención, transformación o transporte de uno o varios productos naturales»¹¹⁶, en la actualidad el legislador en aras a actualizar la trasnochada terminología del Texto de 1973, consideró oportuno hacer referencia no sólo a la actividad industrial propiamente dicha, sino también a la comercial, que abarcaría toda «negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando género o mercancías»¹¹⁷. Se trata de una mera actualización de los términos empleados para designar el contenido de la actividad empresarial, que en la práctica nada nuevo añade al precepto pues en el ámbito forense este concepto era objeto de una interpretación *laxa*¹¹⁸.

establecimientos o empresas, sino también a los «directores», lo que ha suscitado importantes dudas a propósito de esta cuestión».

¹¹⁴ A este respecto señala SOTO NIETO (CON GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 225, que: «No es sólo el vínculo de dependencia —jerarquización de funciones— sino, a su vez, el hilo conductor de la representatividad o mandato —expansión o prolongación de funciones—, los que justifican y determinan la responsabilidad subsidiaria del empresario».

¹¹⁵ En cuanto a la delimitación de los sujetos llamados a responder no nos restaría sino recordar como lo hace DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., pág. 652, que: «Conviene señalar, igualmente, que a lo largo de la tramitación del Proyecto se cayó en la cuenta de la necesidad de suprimir el apartado que en el Proyecto de 1994, y siguiendo la línea marcada por la reforma de 1991, se refería a la responsabilidad subsidiaria de los Centro docentes por hechos delictivos de los alumnos menores de edad, habida cuenta que la elevación de la edad penal a los dieciocho años había que dejar sin sentido el mandamiento de dicho norma». En cambio, en opinión de SALVADOR CODERCH Y GÓMEZ LIGÜERRE, «Respondeat Superior II», op. cit., pág. 13: «El Código penal carece de una regla específica sobre la responsabilidad de titulares de centros docentes, pues el legislador de 1995 entendió que no hay diferencias entre el titular de un centro educativo que responde por las deficiencias de control de los maestros que contrató y el empresario que lo hace por los daños causados por los dependientes a su servicio: ambos son empresarios».

¹¹⁶ Véase la segunda de las acepciones que contiene el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia (Vigésimo segunda edición, 2001) sobre el término «industria».

¹¹⁷ Cfr. el primero de los significados que se atribuye al vocablo «comercio» en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia (Vigésimo segunda edición, 2001).

¹¹⁸ En este sentido afirmaba ya la Sentencia de 7 de diciembre de 1972 (RJA 5291): «Que en correlación con el anterior requisito, este otro sea amo, maestro, persona, entidad, organismo o empresa dedicados a cualquier género de industria, sin que la enumeración sea exhaustiva ni cerrada, debiendo interpretarse el término industria en el sentido amplio de cualquier actividad de tipo lucrativo, explotación o beneficio». La flexibilidad con la que se emplea este vocablo ha permitido al TS deducir responsabilidad civil de acuerdo con este precepto a una Congregación religiosa (así puede verse en la STS de 27 de marzo de 2002 [RJA 5663]) y a una Parroquia (STS de 11 de marzo de 2002 [RJA 6891]), que poco o nada tienen que ver con la industria y el comercio. En cualquier caso, como pone de relieve DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del

Finalmente, habría que señalar que la enumeración prácticamente casuística de los sujetos llamados a responder del derogado Texto —recordemos se hacía referencia a “personas, entidades, organismos y empresas”—, ha sido sustituida por la mención únicamente a las “personas naturales o jurídicas”¹¹⁹. Esta modificación que, en principio, parece tener como única finalidad la simplificación de los términos del precepto, ha servido de pretexto a algún autor para introducir la sugestiva cuestión de si los llamados patrimonios autónomos o sin personalidad jurídica podrían ser llamados al proceso en concepto de responsables civiles subsidiarios¹²⁰. En cualquier caso, señalar que en la SAP de Granada de 2 de noviembre de 1999 (ARP 3961), en la que se resolvía un recurso de apelación en el que se pretendía, entre otras cosas, la declaración de nulidad del juicio por condenar la sentencia a una

Código penal de 1995», cit., pág. 688: “la expresión «dedicadas a cualquier género de industria» — contenida en el antiguo art.22 y también en el actual 120.4º— parece implicar un cierto grado de estabilidad, cuando no de profesionalidad, en el ejercicio de una actividad, como factor subjetivo de delimitación de los sujetos responsables; lo cual no ha sido obstáculo para que la jurisprudencia haya aplicado el precepto sobre la base de relaciones puramente ocasionales y al margen de cualquier consideración sobre el tipo de actividad que desarrollada habitualmente por el responsable”. Partidarios de esta misma interpretación se manifiestan, entre otros, DOMÉNECH, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, 1995, pág. 255 e YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., pág. 265.

¹¹⁹ Como acertadamente señala DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., pág. 687: “El uso de la citada fórmula en nuestra literatura jurídica no suele asumir un valor delimitador del ámbito subjetivo de aplicación de tales normas, sino más bien un valor entendido, referido a un régimen de responsabilidad por hecho ajeno aplicable más allá de los límites del sector empresarial propiamente dicho”.

¹²⁰ Si bien esta cuestión desborda con creces el objeto de nuestra investigación, quisiéramos al menos dejar constancia de dicha problemática en los términos que lo realiza RAMÓN LÓPEZ-FANDO, «La responsabilidad de las personas naturales o jurídicas...», cit., págs. 142-144: “El tenor del nuevo precepto parece dar a entender que sólo pueden ser declaradas responsables civiles subsidiarios las personas naturales o jurídicas, es decir, aquellas que tengan personalidad jurídica, dejando fuera, por tanto, todos aquellos supuestos que existen en la vida real, como pueden ser, por ejemplo, *la herencia yacente, las comunidades de bienes y otras figuras como las uniones sin personalidad, etc.* Es lamentable que el Legislador, que, presumiblemente, debe conocer el derecho, no haya reparado en que la Hacienda Pública hace tiempo —concretamente desde 1973— que resolvió el problema mediante la Ley General Tributaria que precisamente en su art. 33 contempla el supuesto y lo resuelve [...]. Estas figuras jurídicas se han convertido en *centros de imputación de responsabilidades* y aunque evidentemente no tienen personalidad jurídica, podría decirse que en el tráfico jurídico funcionan como si la tuvieran, algo así como personas jurídicas de hecho [...]. Quizá tendríamos que cuestionar si para ser responsable civil subsidiario es necesario tener personalidad jurídica. El tenerla dota, como decía Garrigues, al ente complejo del requisito técnico unificador por excelencia que es la personalidad jurídica. Pero el no tenerla no debe dar lugar a la exención de responsabilidad, ya por la dificultad de identificación de los sujetos individuales, ya por la imposibilidad. ¿Se puede desde el punto de vista del Código Penal, hacer centro de imputación de responsabilidades a tales figuras? A mi modo de ver, todo va a depender del juez de instrucción, pues, sin desconocer lo que han de resolver en su día los órganos jurisdiccionales encargados del enjuiciamiento, resulta evidente que de no tomar aquél en su momento la determinación, no se planteará el supuesto [...]. Pienso que la literalidad del precepto impide hacer responsable a quien carece de personalidad jurídica, sin embargo, no creo que sea de una audacia lindante con la temeridad hacer a estas figuras centros de imputación de responsabilidades, sin perjuicio de lo que haya de resolverse en trámite de ejecución de sentencia en orden a la individualización de aquéllas”.

comunidad de bienes como responsable civil subsidiaria, se expresaba que dicho pronunciamiento “es jurídicamente intrascendente pues no tiene existencia y, desde luego no es identificable con las personas físicas de los copropietarios, por lo que ese débito no puede hacerse efectivo en su patrimonio [...]”.

Pese a que el art. 120.4 del CP ha mejorado técnicamente la redacción del art. 22 del Texto de 1973, sigue siendo merecedor del mismo reproche que lo era su predecesor. En él se consolidan las diferencias existentes entre el régimen de responsabilidad civil por hechos provenientes de los empleados previsto en el CC y en el Texto punitivo. Mientras que en el párrafo 4º del art. 1.903 del CC se prevé una responsabilidad directa y solidaria del empresario por los daños ocasionados por sus empleados en el ejercicio de sus funciones, responsabilidad basada en una presunción de culpa *in vigilando* o *in eligendo* por parte del primero, en la regla 4ª del art. 120 del Texto punitivo se establece, como veremos en las páginas sucesivas, una responsabilidad de carácter subsidiario y objetivo de los propietarios de las industrias por los daños producidos con ocasión de un hecho delictivo cometido por sus empleados.

En la práctica, estas diferencias existentes en el sistema de responsabilidad civil de los empresarios en nuestro ordenamiento se han visto paliadas debido a que, tanto la doctrina civilista más moderna¹²¹ como la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS¹²², han evolucionado hacia una interpretación objetiva de la responsabilidad contenida en el art. 1903 párr. 4º del CC basada en la teoría del beneficio-riesgo¹²³. Si

¹²¹ Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La responsabilidad civil*, cit., pág. 678; LACRUZ BERDEJO (ET ALII), *Elementos de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de las obligaciones*, vol. 1º, Barcelona, 1985, pág. 511; MORENO DE TORO, *La responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados*, Madrid, 1999, págs. 126-127; SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, vol. I, Madrid, 1991, pág. 484; SALVADOR CODERCH Y GÓMEZ LIGÜERRE, «Respondet Superior II», op. cit., págs. 7-8; SAGARDOY DE SIMÓN, «Recorrido jurisprudencial sobre la responsabilidad civil del empresario en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», *RECDT*, núm. 89, 1998, págs. 491-503 y ZELAYA ETCHEGARAY, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, Pamplona, 1995, págs. 158-168.

¹²² La evolución seguida por nuestra jurisprudencia, e iniciada a mediados del presente siglo, partía del principio culpabilístico en el que se encuentra inspirado nuestro CC para desembocar en una objetivización de la responsabilidad extracontractual, que tal y como señala CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, 1987, págs. 66-78, ha supuesto no sólo una presunción de culpa en contra del agente sino que además ha llegado incluso a convertirse en una auténtica carga para éste, pues en algunos casos se ha exigido al causante del daño la prueba de ausencia de culpa o dolo en su conducta en supuestos en los ni siquiera era posible determinar con exactitud el origen causal del daño. Véanse entre otras las SSTs de 5 de febrero de 1996 (RJA 1089); de 28 de septiembre de 1994 (RJA 7235); de 5 de julio de 1993 (RJA 5877); de 16 de septiembre de 1992 (RJA 7159); de 18 de noviembre de 1991 (RJA 9448); de 19 de diciembre de 1990 (RJA 9661); de 4 de julio de 1990 (6226); de 14 de mayo de 1990 (RJA 3918); de 22 de noviembre de 1989 (RJA 8699); de 22 de marzo de 1987 (RJA 2723) y de 17 de noviembre de 1980 (RJA 4206).

¹²³ Esta evolución en su interpretación no parece desacertada si tenemos presente que el art. 1.903.4 del CC, como pone de relieve CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, op. cit., págs. 88 y 89, es fruto de “una encrucijada de influencias: las históricas de POTHIER y DOMAT, una idea de garantía, latente debido a su excesiva *modernidad*, una idea de distribución de riesgos sobre la base del “*cuius commoda eius incommoda*”. Además, tal y como señala

bien es cierto que los regímenes parecen acercarse en cuanto al carácter objetivo de la responsabilidad, no sucede lo mismo en cuanto a su cobertura, pues resulta que el régimen previsto para una infracción civil resulta más garantista que el previsto para los daños derivados de una infracción penal, ya que en el primer caso el CC prevé que la responsabilidad sea directa mientras que en el segundo caso el CP la establece subsidiaria¹²⁴. No tiene sentido que, teniendo ambas responsabilidades un mismo fundamento, en un caso se responda de forma directa y en otro subsidiaria, más aun si, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, la responsabilidad prevista en el Texto punitivo es una responsabilidad de carácter vicario, entre cuyas notas esenciales no se encuentra precisamente la subsidiariedad¹²⁵.

La regulación de la responsabilidad del empresario en el art. 120.4 del CP como subsidiaria, a diferencia de lo que sucede en el párr. 4º del art. 1.903 del CC, no ha supuesto para nuestro TS un obstáculo insalvable, de ahí que en alguna ocasión se haya pronunciado a favor de la declaración del empresario como responsable civil directo en virtud del primero de dichos preceptos, pese a que el tenor literal del

RUBIO GARCÍA-MINA, *La responsabilidad civil del empresario*, Discurso de Recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1971, págs. 56-57, al poner de manifiesto la errónea concepción del principio culpabilístico como fundamento de la responsabilidad empresarial dados los términos del propio CC: “Esto resulta evidente en el art. 1.904, coincidente, por lo demás con la generalidad de las reglamentaciones complementarias sobre los distintos tipos de empresa, ya social, ya individual —como empresa naval—, previstos por la legislación vigente. El empresario responde en el tráfico de la culpa del auxiliar, pero pueden repetir sobre éste. Tal mecanismo es absolutamente incompatible con cualquier culpa real o presunta por parte del «director del establecimiento». A la vista del artículo 1.904, desaparece como fuente de responsabilidad del empresario la negligencia, ni por nombramiento ni por inspección, ni de ninguna otra clase. El empresario responde sencillamente por lo que es; porque la Ley remite a su patrimonio el daño causado en el desempeño del negocio”. Cfr. también JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utilizan en el cumplimiento*, Madrid, 1994, pág. 470 y MORENO DE TORO, *La responsabilidad civil del empresario...*, op. cit., pág. 121.

¹²⁴ A este respecto, tal y como señala YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., págs. 275-276: “No vale decir que debería ser al revés porque resulta un contrasentido que cuanto más grave es el acto (es decir, en el caso de haber delito) la responsabilidad del empresario es precisamente menor. No vale decirlo porque desde el punto de vista civil, el daño no es más grave por el hecho de existir delito, ni menos grave cuando no hay infracción penal del trabajador. Simplemente el régimen de la responsabilidad del empresario no puede ser diferente en ambos Códigos, cuando se está regulando idéntico problema civil”.

¹²⁵ Sobre este particular, en una acertada apreciación ha escrito ZELAYA ETCHEGARAY, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, Pamplona, 1995, pág. 181: “Esta última característica —la subsidiariedad— no es propia ni esencial del sistema de responsabilidad vicaria del empresario, sino una peculiaridad exclusiva de nuestro art. 22 CP. La subsidiariedad es una característica singular y propia del Código Penal Español y que se justifica al considerar la indemnización civil como una especie de «pena criminal» impuesta al personal y directamente culpable del delito y del daño consiguiente”. En este sentido cfr. DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., pág. 653; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C, *Efectos civiles del delito...*, op. cit., pág. 23 e YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., págs. 275-276. Recordemos que en el art. 27.5º del CP de 9 de julio de 1822 —el primero de los textos punitivos con el que contamos—, se preveía este tipo de responsabilidad como directa, y que es a partir de los arts. 17 y 18 del CP de 1848 cuando se preceptúa como una responsabilidad subsidiaria o de segundo grado, configuración que ha quedado perpetuada hasta el actual Texto punitivo.

mismo hace expresa referencia a la naturaleza subsidiaria de dicha responsabilidad¹²⁶. A nuestro parecer —y pese a que no hay razón alguna que justifique el distinto régimen para la responsabilidad civil del empresario dependiendo de que el daño provenga de un mero ilícito civil o de una infracción que pueda ser calificada como delito o falta—, el esfuerzo de nuestro más Alto Tribunal por equiparar ambas regulaciones nos parece innecesario¹²⁷. Si la ventaja que presenta la configuración de la responsabilidad civil del empresario como directa es que el perjudicado no se encuentra subordinado para su exigencia a la previa determinación e individualización de la responsabilidad del dependiente que efectivamente causó los perjuicios¹²⁸, puede decirse que ésta es prescindible cuando la pretensión resarcitoria se ejercita conjuntamente con la pretensión punitiva. En el marco del proceso penal la declaración de responsabilidad civil del empresario precisa de la previa declaración de existencia de un hecho delictivo cometido por un sujeto, en este caso el empleado, que será no sólo responsable penalmente sino también civilmente por los

¹²⁶ Así, puede leerse en el fundamento jurídico 8º de la STS de 14 de julio de 1999 (RJA 6180), que: “El séptimo motivo, con sede en el art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción del art. 120.4º del vigente Código Penal, «al condenar a... "Montajes Azudenses, SA" como responsable civil directo cuando de la literalidad del indicado precepto claramente establece tal responsabilidad con carácter subsidiario». Una interpretación literal del precepto cuya infracción se denuncia justificaría sobradamente la tesis de la parte recurrente. Mas, no cabe olvidar que la jurisprudencia de esta Sala, abandonando añejas posturas restrictivas hoy ya superadas en el ámbito doctrinal de la responsabilidad civil por el hecho de otro (v. S. de 5 de julio de 1993 (RJA 5877), y siguiendo las pautas de la jurisprudencia civil que, cuando hay varios responsables civiles, por aplicación de los artículos 1902 ó 1903 del Código Civil entiende que, si todos ellos han de responder por la totalidad de la deuda, debe apreciarse un vínculo de solidaridad entre los mismos (v. SS. Sala 1ª TS de 1 de julio de 1983 (RJA 4066), 27 de mayo de 1986 (RJA 2825) y 8 de julio de 1988 (RJA 5681), entre otras), va abriendo camino a una interpretación extensiva de la responsabilidad civil subsidiaria, en el sentido progresivo que el art. 3.1 del Código Civil señala a la hora de interpretar las normas, conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, y por razones también del principio de economía procesal, con la consecuencia de apreciar el vínculo de la solidaridad entre los deudores, sin perjuicio, lógicamente de las acciones que entre tales deudores solidarios puedan existir como consecuencia de sus relaciones internas (v. S. de 13 de octubre de 1993 (RJA 7377). Doctrina, ésta, que justificaría la tesis asumida en la sentencia recurrida y la consiguiente desestimación de este motivo”. En este mismo sentido puede verse la SAP de Valencia de 15 de octubre de 2002 (ARP 6573). Se ha entendido que el juego de los arts. 1.903.4º y 1.904 del CC dan lugar a una suerte de «fianza solidaria» que posibilita que el perjudicado pueda dirigir su pretensión indemnizatoria contra el empresario, sin necesidad de hacerlo conjuntamente con el empleado, por la totalidad del crédito, sin que dicha acción pueda enervarse a través de la excepción del beneficio de excusión. Se habla entre los autores de una responsabilidad solidaria impropia o *in solidium*, cfr. en este sentido ZELAYA ETCHEGARAY, *La responsabilidad civil del empresario...*, cit., pág. 154 y MORENO DE TORO, *La responsabilidad civil del empresario...*, cit., pág. 121.

¹²⁷ En relación con otras interpretaciones forzadas del art. 22 CP de 1973, ponía ya de manifiesto VILAR BADÍA, «Problemática en torno a la responsabilidad civil por hecho ilícito de otro», *Pretor*, núm. 81, 1974, pág. 369, que: “Constituye esta cuestión un ejemplar testimonio de que nuestro más Alto Tribunal, sin perjuicio de otorgar la importancia que merece la unidad de interpretación, y con ello la seguridad jurídica, no tiene inconveniente en soslayarla cuando su rígida aplicación supondría sacrificar el valor dinámico de la justicia”.

¹²⁸ Sobre las ventajas que reporta la configuración de la responsabilidad del empresario como directa en virtud del art. 1.903.4º del CC puede verse con mayor detenimiento la STS 1ª de 29 de octubre de 2002 (RJA 9314).

daños ocasionados¹²⁹. Por tanto, el menoscabo que supondría el tener que demandar al empleado en primer lugar para poder posteriormente dirigirse contra el empresario se diluye en el proceso penal, pues en el mismo habrá de ser parte necesaria el dependiente, en cuanto fue el sujeto que cometió los hechos enjuiciados penalmente. Entonces, la única consecuencia de la configuración de la responsabilidad del empresario como subsidiaria cuando la pretensión resarcitoria se ejercita en el proceso penal será que, para poder dirigirse contra el mismo, habrá de obtenerse previamente la declaración de insolvencia del dependiente¹³⁰.

Todas estas circunstancias han hecho que esta regulación haya sido objeto de reiteradas críticas por parte de la doctrina pues, del mismo modo que ocurría con la responsabilidad de los padres, se pone aquí de nuevo de manifiesto que la doble regulación de la institución resarcitoria conduce no sólo a generar inseguridad jurídica en cuanto a la determinación del régimen aplicable, sino también a situaciones de injusticia material dada la diversidad de criterios existentes para regular una misma figura¹³¹.

¹²⁹ Recordemos en este momento lo que anteriormente habíamos tratado acerca del ejercicio acumulado de acciones, y es que el conocimiento de la pretensión civil no precisa en todo caso de la declaración de responsabilidad penal previamente, sino que basta con que se haya declarado la comisión del hecho y su autoría, puesto que, aunque la sentencia contenga un pronunciamiento absolutorio, el órgano jurisdiccional deberá entrar a resolver sobre la pretensión civil.

¹³⁰ En cualquier caso, tal y como señala YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., pág. 276, tras analizar detenidamente las diferencias existentes entre la responsabilidad civil prevista en el apartado 4º del art. 1.903 del CC y la establecida en el art. 120.4º del CP: "Un sistema claro, ordenado y coherente sería el que pasase por un reconocimiento de que la responsabilidad civil del empresario, ya provenga de un hecho constitutivo de delito del trabajador, ya de un acto dañoso no delictivo: a) tiene carácter vicario, no siendo posible la exoneración por la demostración de la diligencia *in vigilando vel in eligendo*; b) es directa y no subsidiaria; c) requiere inicial declaración de culpa *in operando* del trabajador; y d) deja abierta la vía de reintegro o reintegro contra el autor material del daño. Y el caso es que el Código penal apunta a las notas a) y c), pero no a las b) y d), mientras que el Código civil hace justo lo contrario".

¹³¹ Dichas críticas pueden verse compendiadas en las palabras de DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., pág. 653, cuando afirma que: "Ciertamente, resulta criticable que el legislador, en ésta como en otras materias, no haya aprovechado la oportunidad que se le brindaba para suprimir de una vez por todas las normas especiales reguladoras de la responsabilidad civil *ex delicto* contenidas en el Código penal, modificando eventualmente el art. 1.903 C.c. para adecuarlo a la tendencia claramente objetivadora seguida por la propia jurisprudencia civil en materia de responsabilidad civil del empresario por hechos de sus dependientes. Tampoco resulta fácilmente explicable el hecho de que, a estas alturas, se siga configurando la responsabilidad del empresario por los hechos de sus dependientes como subsidiaria, teniendo en cuenta que tanto en el C.c. como en las diferentes leyes especiales que en los últimos años han venido incidiendo en la materia dicha responsabilidad es siempre directa". Vid. también, ALASTUEY DOBÓN, *Consecuencias jurídicas del delito...*, cit., pág. 513; MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 148 e YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., págs. 29-35.

4.1. NATURALEZA Y FUNDAMENTO

La determinación de la naturaleza de la responsabilidad civil del empresario prevista en el art. 120.4 del CP no presenta mayores dificultades, pues todos parecen coincidir al considerar que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad vicaria o por hecho ajeno, puesto que la responsabilidad recae en quienes, sin haber cometido el hecho delictivo, han de responder civilmente por los perjuicios que del mismo se deriven al tener el control o tutela sobre aquél o aquéllos que cometieron el ilícito¹³². Por consiguiente, el empresario o principal, pese a no haber cometido el delito o falta del que se han derivado los perjuicios, se encontrará obligado a responder al detentar las facultades de control o inspección sobre la actividad del dependiente o representante que perpetró el ilícito. Pese a que en el art. 120.4 del CP se configura la obligación de reparar del empresario conforme al modelo de responsabilidad vicaria vigente en otros ordenamientos de nuestro entorno cultural¹³³, existe entre los mismos y el nuestro alguna diferencia debida —a nuestro juicio— a la peculiar regulación existente en nuestro ordenamiento de esta institución de naturaleza civil en el Texto punitivo. Así, el sistema de responsabilidad vicaria previsto para el empresario presenta como singularidad su carácter subsidiario, lo que significa que el perjudicado sólo podrá deducir su pretensión contra el principal cuando, habiendo dirigido su reclamación al dependiente, éste haya resultado insolvente. Esta peculiaridad es una más de las consecuencias derivadas de la doble regulación existente en esta materia, pues no parece desacertado pensar que el legislador penal, al juzgar que nos encontramos ante unos daños “derivados de un hecho delictivo”, ha considerado que debería responder de modo principal el responsable criminal, haciéndolo sólo de modo subsidiario el empresario que nada tuvo que ver con la actuación ilícita¹³⁴. Como ya habíamos

¹³² Vid. DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», en *Comentarios al Código penal*, (dir. Cobo del Rosal), t. IV, Madrid, pág. 654; GARNICA MARTÍN, «La responsabilidad civil dimanante de hecho ajeno», en *Libro homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra*, Madrid, 2004, t. II, pág. 1.605; MONTÉS PENADÉS, «Comentarios al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas...», supra. cit., pág. 641; ZELAYA ETCHEGARAY, *La responsabilidad civil del empresario...*, cit., pág. 140 e YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., pág. 271.

¹³³ Así sucede no sólo en el sistema del *Common Law*, sino también en otros países del modelo continental. En este sentido pueden consultarse los arts. 2.049 del *Codice civile* italiano y 1.348.5 del *Code civil* francés.

¹³⁴ A este respecto puede leerse en la obra de MARTÍNEZ LUCAS, *La responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, Valencia, 1996, pág. 159, lo siguiente: “El legislador ha considerado que si el hecho reviste la condición de un delito o falta tiene por este motivo menor relación de conexión con el empresario, y de ahí su posición meramente subordinada al pago de la deuda principal”. Nada más lejos de la realidad, puesto que la obligación de reparar el daño nada tiene que ver con el grado de culpabilidad del sujeto infractor, sino más bien, como ya hemos tenido la oportunidad de señalar en reiteradas ocasiones, con el principio de que nadie ha de soportar un daño injustamente sufrido, es decir, no ha de haber un daño derivado de un riesgo previsto sin justa indemnización. En sentido parecido se pronuncia GONZÁLEZ CASSO, «La responsabilidad civil subsidiaria del propietario de un vehículo», cit., págs. 1-2; cuando afirma que: “Parece que se ha querido salvaguardar a las personas contempladas en el art. 120 del Código Penal y particularmente a los propietarios de los vehículos de que respondan directamente en un proceso penal en el que el fin primordial sigue siendo el

adelantado, esta argumentación pone de relieve que la regulación de la responsabilidad en el CP provoca serias distorsiones, ya que se está confundiendo la naturaleza de la institución resarcitoria y se está regulando como si de una sanción se tratase¹³⁵. Pese a la crítica en cuanto al tratamiento legislativo, debe observarse, como hace DÍEZ SOTO, que «no deja de ser una opción de política legislativa que, a nuestro juicio, no llega a desdibujar los contornos característicos de la responsabilidad vicaria, especialmente si se tiene en cuenta que, en la práctica, dicha subsidiariedad no será un obstáculo importante a la hora de exigir la responsabilidad al empresario; más aún si se tiene en cuenta que tratándose de un precepto llamado a ser aplicado sobre la base de una declaración judicial acerca de la existencia de un delito o falta imputable a un sujeto determinado, decae la posibilidad de considerar como dificultad añadida la eventual necesidad de demandar previamente al autor material del daño. Si acaso, cabría reconocer que, con esta solución, se acentúa el aspecto garantista de este criterio de responsabilidad, haciendo pasar a un segundo término la necesidad de localizar otros argumentos que pudieran justificar una responsabilidad directa del empresario y que, precisamente, asumirán toda su relevancia a la hora de examinar otras normas que, fuera del C.p., establecen esa responsabilidad directa»¹³⁶.

En la actualidad, puede decirse que en el art. 120.4 del CP se encuentra regulada una responsabilidad de carácter objetivo basada en la teoría del riesgo. Esta consideración es el fruto de una profunda evolución señalada unánimemente tanto por la jurisprudencia¹³⁷ como por la doctrina¹³⁸ en la interpretación del fundamento de la responsabilidad del empresario prevista en el derogado art. 22 del CP. Hasta tres etapas pueden distinguirse en esta progresión.

En un primer momento se consideró que la responsabilidad subsidiaria respondía al criterio de la *culpa in vigilando* o *in eligendo*, así el empresario debía responder cuando existía culpa en la elección del dependiente o empleado o en la

ejercicio del ius puniendi del Estado y la exigencia de responsabilidad civil al autor del hecho. Lo anterior choca con la naturaleza misma de la acción civil derivada de los actos y omisiones ilícitos en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia (arts. 1089, 1092 y 1093 del Código Civil), pues en el Código Civil se desconoce este tipo de responsabilidad civil”.

¹³⁵ En opinión de DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., pág. 656, esta peculiaridad “[...] probablemente, obedece a la incidencia que en esta materia tuvo desde el principio el modo de razonar propio del Derecho penal, inclinado a considerar la responsabilidad civil *ex delicto* como una forma de sanción que había de recaer, en primer término, sobre el autor del delito, y sólo de forma subsidiaria sobre otros sujetos”.

¹³⁶ «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., pág. 657.

¹³⁷ El propio TS en sus pronunciamientos se ha hecho eco de la evolución acaecida en cuanto a la interpretación de la naturaleza de este tipo de responsabilidad, pueden verse por todas las SSTs de 31 de octubre de 1985 (RJA 5079) y más detalladamente las de 13 de diciembre de 1995 (RJA 8958); de 24 de febrero de 1993 (RJA 1529) y de 6 de septiembre de 1992 (RJA 7159).

¹³⁸ Acerca de esta evolución cfr. ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, cit., págs. 512-513; GIL HERNÁNDEZ, «Sujetos de las piezas de responsabilidad civil en el proceso penal...», cit., pág. 444; MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 149; SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil...*, págs. 530-531 y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, «La responsabilidad civil derivada del delito», cit., pág. 100.

vigilancia de su actuación¹³⁹. Esta concepción respondía al postulado del art. 1.902 CC —característico de la época liberal en que fue redactado— de acuerdo con el cual no existe responsabilidad sin culpa. A nuestro juicio, a la superación de esta concepción contribuyeron de forma decisiva dos causas. La primera de ellas, la idea de que —como pone de relieve YZQUIERDO TOLSADA— «basar la responsabilidad en la culpa *in eligendo* o *in vigilando* es partir de la inicial afirmación de la posibilidad teórica de que el empresario puede escoger al hombre perfecto, y un imposible semejante no puede servir de base a una institución jurídica»¹⁴⁰. De hecho, la exigencia de culpa *in eligendo* o *in vigilando* no sólo constituía un punto de partida erróneo, sino que además en ocasiones en la propia práctica se ponían de relieve las serias dificultades con que se encontraba su apreciación¹⁴¹. En segundo lugar, se encontraría la progresiva demanda social de atención y protección a los perjudicados por las conductas causantes de daños, de modo que aquel postulado culpabilístico —

¹³⁹ En este sentido afirmaba VÁZQUEZ GONZÁLEZ, «La responsabilidad civil derivada del delito», cit., pág. 100, que “se venía fundamentando la responsabilidad civil subsidiaria en el principio de culpa in eligendo en virtud del cual se imputan las consecuencias indemnizatorias de la conducta de una persona a quien la eligió para la realización de un servicio o cometido, responsabilizándolo así del acierto en la elección y de las consecuencias de haber elegido un sujeto inepto o inidóneo, o en el principio de culpa in vigilando en virtud del cual se imputan las consecuencias indemnizatorias de la conducta de una persona a quien tiene la obligación de vigilar y no lo hace adecuadamente”. Cfr. las SSTs de 14 de junio de 1967; de 7 de abril de 1967 y de 22 de marzo de 1963.

¹⁴⁰ *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., pág. 275. Continúa el autor en esta línea preguntándose “¿qué culpa cabe imputar a quien contrata para trabajar en un hospital a un médico a quien su propia titulación nos permite suponer que se trata de alguien competente? ¿Hay culpa en un empresario social? ¿Y en un menor o incapacitado, a quien el propio Código de comercio permite continuar el comercio que ejercían sus causantes?”. En esta misma línea, SALVADOR CODERCH Y GÓMEZ LIGÜERRE, «Respondeat Superior II», cit., pág. 4, al analizar la crisis por la que atraviesa el postulado del art. 1.902 del CC, que atribuye no tanto al declive de la responsabilidad por culpa como al fracaso de la responsabilidad individual, afirma que: “No hay actividad humana individual que no deje abierto un resquicio al descuido, pues en el desarrollo de cualquier actividad profesional o personal, la eventualidad de la negligencia simple resulta, a largo plazo, ineliminable”. Por tanto, continúa diciendo: “Un sistema legal que descansara en la responsabilidad individual por negligencia simple no sería tanto un sistema que persigue la culpa como uno que se enfrentaría con la misma condición humana”. En este sentido vid también, ALDAR RIERA, «La responsabilidad civil del empresario en el accidente de trabajo del trabajador de la empresa», *RDPv*, 1980, pág. 249; RUBIO GARCÍA-MINA, *La responsabilidad civil del empresario*, op. cit., págs. 55-56.

¹⁴¹ Un claro ejemplo en el que pueden apreciarse con palmaria claridad las dificultades que entrañaría la apreciación en la práctica de estos criterios culpabilísticos es el referido a la responsabilidad del naviero por los actos del capitán, supuesto que analiza en los siguientes términos ALBA SÁNCHEZ, *Poder de representación y responsabilidad civil del capitán del buque*, Vitoria, 2000, págs. 117-118: “Los problemas tradicionalmente invocados para aplicar en el ámbito de la navegación comercial marítima, anteriormente apuntados, se basan en la dificultad de apreciar culpa *in eligendo* en el naviero, desde el momento en que éste pruebe haber seleccionado a su capitán entre las personas habilitadas por el Estado para el desempeño de tal oficio, y lo mismo sucedería con la culpa *in vigilando*, teniendo en cuenta, por una parte, el aislamiento físico en el cual el capitán desplegará su actividad, sustraída al control directo del naviero, y por otra, tratándose de las funciones técnicas de aquél, es decir, la dirección náutica del buque, sería la carencia de los conocimientos que dicha labor requiere la que impida al naviero prevenir la actividad dañosa del capitán”.

propio de un orden social y jurídico liberal— ha dado paso a la consideración de que no ha de haber daño derivado de un riesgo previsto sin justa indemnización, principio éste que parece más acorde con las exigencias de solidaridad inherentes a un Estado social de Derecho como es el proclamado en el art. 1 de nuestra Carta magna¹⁴².

En esta tendencia objetivizadora de la responsabilidad del empresario, el paso siguiente fue el de considerar que el criterio de imputación de la misma respondía a los principios *cuius est commoda, eius sit incommoda* y *ubi est emolumentum, ibi onus esse debet*, es decir, a las teorías del beneficio o utilidad. De hecho, si la actividad se desarrollaba en beneficio o utilidad del empresario, parecía lógico pensar que también habrían de afectarle los posibles perjuicios inherentes a dicha actividad que, potencialmente, habrían de producirle una ganancia o rendimiento¹⁴³.

A un último estadio se llega cuando se aprecia que la responsabilidad del empresario responde al criterio de creación del riesgo¹⁴⁴, más acorde como ya

¹⁴² Véanse, entre otras, las SSTS de 27 de marzo de 2002 (RJA 5663); de 29 de mayo de 2000 (RJA 5230); de 13 de diciembre de 1995 (RJA 8959); de 21 de diciembre de 1993 (RJA 9589) y de 15 de noviembre de 1993 (RJA 8581).

¹⁴³ Así, podía leerse ya en la STS de 23 de diciembre de 1965 (RJA 5864) que este tipo de responsabilidad era “la consecuencia obligada de la utilidad o beneficio de cualquier clase que sea que reporta al dueño el trabajo o encargo que realizaba el procesado por cuenta de aquél cuando se produjo el daño”. Y en la STS de 6 de marzo de 1975 (RJA 863), se disponía que “no es el acierto en la elección de la persona la que juega como entraña de la responsabilidad civil subsidiaria, sino la utilidad potencial en favor del *dominus* de la actividad del sujeto, que luego cometió el delito”. En este mismo sentido cfr. las SSTS de 4 de diciembre de 1993 (RJA 9385); de 22 de noviembre de 1993 (RJA 8654); de 24 de febrero de 1993 (RJA 1529); de 12 de marzo de 1992 (RJA 2442); de 25 de enero de 1991 (RJA 355); de 10 de febrero de 1972 (RJA 846) y de 23 de diciembre de 1965 (RJA 5864).

¹⁴⁴ En relación con la concepción de este tipo de responsabilidad conforme a la teoría del riesgo pueden verse las SSTS de 31 de octubre de 2002 (RJA 9912); de 12 de abril de 2002 (RJA 4766); de 27 de marzo de 2002 (RJA 5663); de 15 de febrero de 2002 (RJA 3573); de 14 de mayo de 2001 (RJA 302830); de 29 de mayo de 2000 (RJA 5230); de 22 de enero de 1999 (RJA 403); de 14 de febrero de 1997 (RJA 1176); de 23 de abril de 1996 (RJA 2922); de 20 de abril de 1996 (RJA 2889); de 13 de diciembre de 1995 (RJA 8959); de 17 de julio de 1995 (RJA 5606); de 28 de septiembre de 1994 (RJA 7235); de 5 de julio de 1993 (RJA 5877); de 2 de junio de 1992 (RJA 4759); de 16 de septiembre de 1992 (RJA 7159); de 18 de noviembre de 1991 (RJA 9448); de 19 de junio de 1991 (RJA 4751); de 19 de diciembre de 1990 (RJA 9661); de 4 de julio de 1990 (RJA 6226); de 28 de diciembre de 1990 (RJA 10102); de 18 de octubre de 1984 (RJA 4858); de 29 de noviembre de 1982 (RJA 7217); de 18 de diciembre de 1981 (RJA 5033); de 31 de enero de 1979 (RJA 281); de 1 de junio de 1979 (RJA 2294) y de 10 de febrero de 1972 (RJA 846). Entre la doctrina véanse, ALASTUEY DOBÓN, *Consecuencias jurídicas del delito...*, cit., págs. 512-513; GARCÍA VICENTE, «La responsabilidad civil en el nuevo Código Penal», cit., pág. 659; MAPELLI CAFARENA (Y TERRADILLOS BASOCO), *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 192; MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código Penal de 1995», cit., pág. 149; MONTÉS PENADÉS, «Comentarios al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas...», supra. cit., pág. 641; SERRANO BUTRAGUENO, «Comentarios al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos...», cit., pág. 1.169; RUIZ VADILLO, «La responsabilidad civil subsidiaria del artículo 22 del Código penal según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RJ*, octubre-diciembre, 1972, pág. 25; SALVADOR CODERCH Y GÓMEZ

expusimos con los postulados sociales de nuestra época, pese a que pudiera parecer que nos encontramos ante una mera actualización o modernización del aforismo latino *cuius est commoda, eius sit incommoda*. Sin embargo, esta nueva concepción constituye una superación de dicho principio en la medida en que, en la actualidad, para que el vínculo obligacional del empresario se despliegue no será preciso que la actividad hubiese resultado beneficiosa o potencialmente provechosa para el mismo, sino que simplemente se responde porque ha resultado una actividad de riesgo perjudicial¹⁴⁵. Se trata de que cada sujeto, en el desarrollo de su actividad económica, haya de asumir y afrontar los riesgos que con ello pueda implicar para terceros¹⁴⁶. Esta nueva pauta nos conduce a una mayor objetivización de la responsabilidad, que encuentra un mejor acomodo tanto con los postulados de protección de las víctimas como con las exigencias derivadas de un Estado social y democrático de derecho¹⁴⁷.

No cabe duda de que esta evolución jurisprudencial, en la que se tendía a objetivar la responsabilidad del empresario por los actos de sus dependientes, se encontraba auspiciada por un ánimo resarcitorio a favor del perjudicado, imbuido en un criterio de justicia que trataba de solventar los problemas que entrañaba la concepción culpabilística de este tipo de responsabilidad, atendiendo a las complejas

LIGÜERRE, «Respondeat Superior II», op. cit., págs. 19-20 e YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., pág. 271.

¹⁴⁵ Vid. por todas la STS de 29 de noviembre de 2002 (RJA 1986).

¹⁴⁶ Esta progresiva objetivización de la responsabilidad civil contenida en el derogado art. 22 del CP y actualmente prevista en la regla 4ª del art. 120 del CP de la democracia, ha sido plasmada incluso por el propio TS en su Sentencia de 16 de septiembre de 1992 (RJA 7159), en los siguientes términos: “Doctrina y jurisprudencia en una primera orientación, encontró dicho fundamento, afirmado en que el maestro, el amo, el jefe de cualquier establecimiento, deben conocer la capacidad de sus discípulos, dependientes o subordinados y no imponerles otra obligación, ni encargarles otro servicio de aquella o aquél que sepan y puedan desempeñar. Y que los deberes que nacen de la convivencia social exigen la vigilancia de las personas o cosas que les están subordinadas. A la culpa *in operando* del servidor o dependientes sumaba la culpa *in eligendo* o *in vigilando* del principal. Sin embargo, [...] la jurisprudencia de esta Sala se inclinó, desde hace años, por una configuración cada vez más objetiva, que encontró su fundamentación jurídica en el principio *cuius commoda eius incommoda*: si el servicio se ejercita en beneficio de los amos, es lógico que también les afecten los perjuicios inherentes al mismo. Más moderna es la concepción de la creación del riesgo, que muy de acuerdo con los postulados sociales de nuestra época, impone a las empresas la asunción de los daños que para terceros supone su actividad”.

¹⁴⁷ Son muchas las ventajas y justificaciones que se han esgrimido con carácter general en favor de este tipo de responsabilidad y que encontramos sintetizadas en SALVADOR CODERCH (con Gómez Ligüerre; Ruiz García; Rubí Puig y Piñeiro Salguero), «Respondeat Superior I», cit., pág. 6, en los siguientes términos:

“Permite encontrar a alguien solvente como responsable (*deep pocket approach*).

- Ante la alternativa de que una persona inocente —el empresario o la víctima— haya de soportar la pérdida, se prefiere que sea el empresario quien lo haga.
- El empresario se beneficia del trabajo de su empleado.
- La responsabilidad de empresa es eficiente.
- Lleva a contratar un seguro de responsabilidad civil a quien está en mejor condición de hacerlo.
- Los empleados son frecuentemente insolventes.
- Los riesgos característicos propios de una empresa deben formar parte de sus propios costes, pues aquélla es quien mejor los internaliza, al realizarse de modo organizado y sistemático una actividad; a diferencia de lo que acontece con los riesgos generados al azar por actos ocasionales de individuos, en los que la responsabilidad se fundamenta en la negligencia”.

estructuras de organización y funcionamiento de la empresa¹⁴⁸. De ahí que la interpretación progresiva y atemperada del fundamento de la responsabilidad del empresario sea el resultado de una exégesis del derogado art. 22 del CP conforme a la prescripción del art. 3.1 del CC, que pretende una armonización del texto de la norma con la realidad social en que debía ser aplicada, que no es otra que la demanda de que no ha de haber daño derivado de un riesgo previsto sin justa indemnización¹⁴⁹. No obstante, y pese a que en algunos pronunciamientos aislados de nuestro más alto Tribunal hayamos podido leerlo, no nos encontramos ante una responsabilidad *in re ipsa*, pues el surgimiento de la responsabilidad del empresario, aunque no requiera por su parte culpa o negligencia, sí que precisa la constatación de otros requisitos, como son la existencia de una relación de dependencia entre el autor de la infracción penal y la persona física o jurídica de la que depende; y que el sujeto de la actividad delictiva se encontrase actuando dentro de las funciones de su cargo¹⁵⁰.

Las consecuencias de la consideración de este tipo de responsabilidad como objetiva son, de un lado, la imposibilidad de que el empresario pueda exonerarse de la obligación de reparar probando su diligencia o cuidado en la prevención del daño, posibilidad que en cambio sí se encuentra prevista en el art. 1.903 *in fine* del CC¹⁵¹.

¹⁴⁸ Cfr. BARCELÓ DOMÉNECH, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, 1995, págs. 180-181; CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, cit., pág. 95 y DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La responsabilidad civil*, cit., pág. 129.

¹⁴⁹ En este sentido podía leerse en la STS de 13 de diciembre de 1995 (RJA 8959), que: “Los ejes cardinales sobre los que se asienta la responsabilidad civil subsidiaria ha experimentado una relajación o flexibilidad en su apreciación, sintonizando con la prescripción del artículo 3.1 del Código Civil y en correspondencia con la adecuada realidad social de nuestro tiempo. La interpretación atemperada y progresiva del art. 22 del Código Penal ha consistido para la jurisprudencia en ensanchar las bases esenciales sobre las que se levanta este tipo de responsabilidad, adaptando así los Tribunales el derecho al desarrollo de la vida social, eliminando su estatismo y dotándole del dinamismo necesario para que se impongan las soluciones adecuadas allí donde la ley ha querido llegar en su espíritu, ávida de resolver las realidades sociales con la mayor justicia y equidad, aunque la letra se muestra alicorta y aparentemente reticente. De ahí que se hable, a propósito de la interpretación del precepto con ponderado objetivismo (cfr. las Sentencias, entre otras, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 8 de febrero 1990 (RJA 1929), 1 de marzo 1990 (RJA 2316); de 6 de abril 1990 (RJA 3180); de 12 de mayo de 1992 (RJA 3869); de 2 de junio de 1992 (RJA 4759); de 16 de septiembre de 1992 (7159) y de 28 de septiembre de 1994 (RJA 7235)”.

¹⁵⁰ En este sentido pueden verse las SSTS de 14 de mayo de 2001 (RJA 3283); de 22 de enero de 1999 (RJA 403); de 13 de diciembre de 1995 (RJA 8958) y de 28 de septiembre de 1994 (RJA 7235). Aunque de forma aislada, el propio Tribunal Supremo ha emitido pronunciamientos en sentido contrario, cfr. las SSTS de 15 de febrero de 2002 (RJA 3573) y de 13 de diciembre de 2001 (RJA 1180).

¹⁵¹ A este respecto señalaba ya la STS de 15 de noviembre de 1978 (RJA 3444), que este tipo de responsabilidad “se concibe como responsabilidad de carácter objetivo, puesto que al patrono o empresa no se le admite prueba alguna tendente a demostrar su diligencia o cuidado”. Cfr. DIEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., pág. 655; LÓPEZ LÓPEZ, «Sobre la responsabilidad civil *ex delicto*...», cit., pág. 2; SOTO NIETO (con GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil*..., cit., págs. 225 y 227-228 e YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*..., cit., págs. 271 y 283-284.

Esto significa que las posibilidades de exoneración del empresario quedan limitadas a la prueba de la ausencia de una relación de dependencia o, en su caso, de la extralimitación en el ejercicio de las funciones del empleado, extremos ambos realmente complicados dada la interpretación flexible y aperturista que de estos presupuestos se lleva a cabo por la jurisprudencia¹⁵². Y de otro, el derecho que el empresario posee de repetir contra el dependiente o representante por el importe pagado en concepto de daños y perjuicios si éste deviene en mejor fortuna¹⁵³. Si bien en el art. 120.4º nada se dispone acerca de la posibilidad de ejercicio de la acción de reembolso, ésta puede deducirse de una interpretación analógica del párrafo 3º del art. 116.2 del CP¹⁵⁴ o bien del primer párrafo del art. 1.904 del CC, en el que se prevé la posibilidad de repetición del empresario contra el trabajador¹⁵⁵.

Baste recordar en este punto que la acción de reembolso del empresario contra el empleado no constituye un supuesto de responsabilidad extracontractual sino contractual, pese a lo que pudiera deducirse de la ubicación en dicha sede del art. 1.904 del CC, pues deriva de la relación laboral, civil o mercantil existente entre los mismos¹⁵⁶. Por tanto, el derecho de repetición será ejercitado ante la jurisdicción social cuando entre el empresario condenado civilmente y el empleado causante de los perjuicios medie una relación de naturaleza laboral de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.a) de la LPL. En cambio, cuando la relación que les una no sea de naturaleza laboral, sino civil o mercantil (así por ejemplo en los casos de representantes o gestores), será la jurisdicción civil la competente para su conocimiento¹⁵⁷. No hay que olvidar tampoco que el empresario también ostentará las correspondientes acciones de naturaleza contractual o extracontractual si, además de los daños ocasionados a terceros, la actuación de su dependiente le irrogó

¹⁵² Se trata de conciliar, como ha puesto de relieve ZELAYA ETCHEGARAY, *La responsabilidad civil del empresario...*, cit., pág. 440, dos propósitos contrapuestos: “[...] la necesidad de condenar civilmente al empresario que ha autorizado genéricamente a una persona o entidad para realizar una actividad que económicamente le reporta beneficio, lucro o utilidad, y el sentir común de que sería injusto hacerlo responsable de todos los actos realizados por sus dependientes y que causen daños a terceros”.

¹⁵³ De ahí que podamos leer en DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., pág. 655, que: “La actuación del dependiente, dolosa o culposa por definición, abre la puerta a la responsabilidad del empresario, con total abstracción de la posible culpa de éste; y justifica además la viabilidad de una repetición por parte del empresario contra el dependiente por el importe total satisfecho”. Con más detenimiento sobre el derecho de repetición puede consultarse en esta misma obra las págs. 705-707.

¹⁵⁴ Recordemos que en este precepto se dispone, si bien en relación con la responsabilidad civil de autores y cómplices, que: “Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno”.

¹⁵⁵ Cfr. RUBIO GARCÍA-MINA, *La responsabilidad civil del empresario*, op. cit., págs. 56-57.

¹⁵⁶ Sobre este particular vid. LUQUE PARRA, *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*, Madrid, 2002, pág. 146 y MORENO DE TORO, *La responsabilidad civil del empresario...*, cit., pág. 249.

¹⁵⁷ Cfr. BARCELÓ DOMÉNECH, *Responsabilidad extracontractual del empresario...*, cit., pág. 360 y MORENO DE TORO, *La responsabilidad civil del empresario...*, cit., págs. 250-251.

perjuicios propios¹⁵⁸, independientemente de la mayor o menor viabilidad en la práctica del ejercicio de estas acciones¹⁵⁹.

Pese a que conforme al sistema diseñado el empresario, al menos en teoría, podría repetir contra su empleado o representante por el importe satisfecho en concepto de daños y perjuicios; en la práctica, como ha puesto de relieve SALVADOR CODERCH¹⁶⁰, es difícil encontrar supuestos en que se haya ejercitado la acción de regreso por el principal. Esto se explicaría, según el mismo, «acaso porque el derecho de seguros actúa como correctivo del sistema y desincentiva este tipo de reclamaciones; acaso porque el derecho de contratos incluye ya las previsiones al respecto y permite a las partes ajustar el contenido del contrato a la responsabilidad que cada una de ellas asume»¹⁶¹.

Se ha producido un desplazamiento de este tipo de reclamaciones del marco estrictamente civil al laboral, resultando casi anecdótico encontrar supuestos en que se haya ejercitado la acción de reembolso¹⁶². Teniendo presente que los hechos

¹⁵⁸ Vid. DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., pág. 706 y SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 509.

¹⁵⁹ Sobre este particular BARCELÓ DOMÉNECH, *Responsabilidad extracontractual del empresario...*, cit., págs. 359-360, afirma que: «El poder disciplinario del empresario ha ido extendiendo su radio de acción, cubriendo supuestos que, en realidad, son reconducibles a un incumplimiento contractual del trabajador, ofreciendo la responsabilidad disciplinaria cauces de mayor economía dada la inmediata ejecutividad de la sanción disciplinaria [...]. De ahí que, se hable de abandono, decadencia o estancamiento de la responsabilidad contractual del trabajador». Además, tal y como señala MORENO DE TORO, *La responsabilidad civil del empresario...*, cit., pág. 249: «Las ventajas que ofrece esta vía, directamente ejercitable por el empleador y con una función intimidatoria o preventiva y también represiva, determinan la preferencia empresarial por la misma frente a la exigencia de la responsabilidad contractual».

¹⁶⁰ (Con GÓMEZ LIGÜERRE), «Respondeat Superior II», op. cit., pág. 18.

¹⁶¹ Continúa a este respecto SALVADOR CODERCH Y GÓMEZ LIGÜERRE, «Respondeat Superior II», op. cit., pág. 18, señalando que: «La acción de regreso ha sido expulsada del derecho de daños para ser resuelta en el derecho contractual o laboral. En la práctica, los empresarios nunca demandan por vía de regreso a sus empleados: en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos cinco años no hay ningún caso. De hecho, para un empresario no tiene sentido alguno demandar por la vía civil a su empleado si no le ha despedido antes y, normalmente, la amenaza de despido o de sanción disciplinaria bastarán. La práctica es sensata: las acciones de responsabilidad civil son muy caras de gestionar y la relación laboral no soportaría un pleito. Por su parte, los trabajadores prefieren normalmente distribuir en el tiempo los costes asociados a su propensión a causar accidentes; son, claramente, adversos al riesgo y, como ya hemos dicho, ninguna actividad individual reiterada en el tiempo excluye la eventualidad de la negligencia simple: un descuido individual resulta ineliminable en el largo plazo: la disminución significativa y, caso de resultar viable, la neutralización de un riesgo sólo resultan posibles en el marco de organizaciones complejas. De hecho, la causación de los accidentes de esta naturaleza no suele ser causalmente unilateral ni se considera normativamente imputable al causante inmediato del daño: el riesgo es, típicamente, un riesgo de empresa asociado a su actividad y no sólo al trabajador».

¹⁶² La excepcionalidad con la que se ha planteado el ejercicio de la acción de regreso contra el dependiente por el empresario podemos constatarla en la STS (Sala 1ª) de 26 de octubre 2002 (RJA 9183), en la que se resuelve un recurso de casación en el que se denunciaba un supuesto exceso de jurisdicción, por haberse apreciado el ejercicio de la acción de reembolso prevista en el art. 1.904 del CC en relación con el art. 1.158 párr. 2º del mismo Texto, dado que la empresa

constituirán necesariamente un quebranto del orden establecido por el empresario, para éste tendrá un menor coste social el ejercicio de la potestad disciplinaria —que le faculta no sólo para el despido, sino también para la imposición de multas de haber—; que el ejercicio del derecho de repetición, de ahí la excepcionalidad de su ejercicio¹⁶³.

4.2. PRESUPUESTOS PARA SU EXIGENCIA

Los presupuestos para el surgimiento de este tipo de responsabilidad han sido objeto de un abundante tratamiento, no sólo por parte de la jurisprudencia, sino también de la doctrina, pese a lo cual siguen presentando dificultades interpretativas y opiniones dispares e incluso contrapuestas. No obstante, es preciso realizar al menos una consideración de carácter general antes de entrar en el análisis pormenorizado de los mismos.

La interpretación de estos presupuestos a la luz del derogado art. 22 del CP era realizada de forma extensiva, pues en el mismo precepto se trataba de dar cabida a una serie de supuestos de hecho que no encontraban acomodo legal en ninguna otra disposición¹⁶⁴. En aquél momento, dicha exégesis, si bien no se hallaba exenta de críticas, al menos sí podía encontrar justificación en la necesidad de cubrir las lagunas legales existentes¹⁶⁵. En la actualidad, sin embargo, no podrá ser admitida una interpretación tan flexible de los presupuestos del art. 120.4 del CP, ya que, precisamente el legislador de la democracia ha dado sustento legal a muchos de estos supuestos¹⁶⁶. En cualquier caso, lo que no cabe es realizar interpretaciones que, si

actora había satisfecho en ejecución de una sentencia penal la indemnización a cuyo pago estaban obligados como deudores principales dos de sus empleados, los cuales habían sido condenados penalmente por la comisión de un delito de imprudencia con resultado de muerte, siendo la empresa declarada responsable civil subsidiaria. El recurso fue desestimado, pues se consideró que “no hay que olvidar, que la acción que se ejercita es una acción civil, la nacida de los artículos 1904 y párrafo segundo del 1158, ambos del Código Civil, que aunque tenga su fundamento prejudicial en una sentencia penal, y en el hecho del pago por la declarada responsable civil subsidiario; sin embargo, lo que se ejercita es una acción de repetición, en materia propia de la jurisdicción civil atribuida a los Tribunales y Juzgados de ese orden jurisdiccional (art. 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)”.

¹⁶³ En este sentido ZELAYA ETCHEGARAY, *La responsabilidad civil del empresario...*, cit., pág. 574, afirma que: “Por otro lado, es también poco frecuente que el empleador inicie esta acción de repetición porque ello puede significarle graves problemas laborales al interior de la empresa (por ejemplo, presión de los sindicatos, huelga, descontento e insatisfacción del personal, desincentiva en la realización de tareas arriesgadas, etc.), sobre todo cuando se trata de daños fortuitos o accidentales donde han concurrido máquinas o instrumentos proporcionados por el propio empresario”. Vid. también MORENO DE TORO, *La responsabilidad civil del empresario...*, cit., pág. 248.

¹⁶⁴ Véase el apartado D) *La responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus empleados*, en cuya introducción se trata el tema con mayor detenimiento.

¹⁶⁵ Cfr. DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., págs. 678-683.

¹⁶⁶ Recordamos, por ejemplo, la responsabilidad de los titulares de vehículos, que se encuentra prevista en la actualidad en el apartado 5º del art. 120; y que la responsabilidad de la Administración pública recibe un tratamiento singularizado en el art. 121 del CP, supuestos todos ellos anteriormente reconducidos al derogado art. 22 del Texto de 1973.

bien en aras a la protección del perjudicado, desconozcan absolutamente el tenor literal del precepto, pues el resultado serían situaciones de verdadera inseguridad jurídica¹⁶⁷.

Pese a todo ello, en la práctica, este precepto junto a su correlativo del CC se convierten en el sustento legal para encauzar la responsabilidad civil del tenedor o propietario de cosas, dada la ausencia de una previsión específica para estos supuestos en nuestro ordenamiento¹⁶⁸. Recientemente el TS ha recurrido también al apartado 5º del art. 120 del CP relativo a los titulares de vehículos para encauzar la responsabilidad por los daños causados como consecuencia del uso de cualesquiera objetos cuya utilización cree riesgos apreciables para terceros. Así lo ha hecho por ejemplo en la STS de 14 de octubre de 2002 (RJA 9289), para exigir la responsabilidad civil subsidiaria del titular de un arma de fuego disponiendo que: «El supuesto mencionado en el apartado quinto, es relativo a los titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquéllos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas. El tenor literal de este apartado es claro. En principio podría sostenerse que debe interpretarse en el sentido de excluir cualquier supuesto que no se refiera a los propietarios o titulares de vehículos. Pero tal interpretación conduce al absurdo si se valora la finalidad y el espíritu de la norma, pues carece de sentido establecer la responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de vehículos basándose en que su utilización puede crear riesgos para terceros y negarla para quienes lo son de otros instrumentos u objetos en cuya utilización puede crear riesgos incluso superiores. Una interpretación extensiva que atienda al sentido, finalidad y espíritu de la norma no sólo conduce a la responsabilidad civil de los titulares de los objetos por los daños causados cuando se trate de la utilización d vehículos, sino también de los

¹⁶⁷ De ahí la denuncia realizada por ZELAYA ETCHEGARAY, *La responsabilidad civil del empresario...*, cit., pág. 405, cuando puntualiza que: «Una cosa es que la jurisprudencia se haya visto forzada a «estirar» una institución —la responsabilidad vicaria y particularmente el vínculo de dependencia— para conseguir «loables» resultados de «justicia» material frente a una legislación claramente defectuosa (LUCVM), y otra, muy distinta, es creer que las características con que dicha doctrina ha revestido al vínculo de dependencia puedan aplicarse indiscriminadamente a otros supuestos de daños causados por un dependiente o auxiliar. Creemos que la responsabilidad vicaria o del empresario por el hecho o culpa del dependiente se debiera reservar únicamente para los supuestos donde efectivamente concurra —de un modo u otro— una actividad o titularidad empresarial y no para casos de actuación o titularidad particular o singular en donde sólo hay envueltas personas singulares que no desarrollan actividad empresarial alguna». En esta misma línea crítica afirma DIEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., pág. 681, que: «En algún caso, esta tendencia ha conducido a situaciones simplemente grotescas, en las que se ha procedido directamente a una «reforma jurisprudencial» del propio texto del art. 22, con objeto de dar solución a problemas planteados por el deficiente sistema legal».

¹⁶⁸ Existen algunas manifestaciones concretas, así en el art. 1.905 del CC se prevé la responsabilidad del dueño de un animal y en el 1.910 del mismo Texto la responsabilidad del propietario de una casa por los perjuicios que se irrogaren por arrojar cosas desde la misma, como señalan SALVADOR CODERCH Y GÓMEZ LIGÜERRE, «Respondeat Superior II», op. cit., pág. 19, refiriéndose al art. 120.5 del CP: «La regla es la *sedes materiae* más genérica de la doctrina del *gardien de la chose* en el derecho español vigente».

daños causados como consecuencia del uso de cualesquiera objetos cuya utilización cree riesgos apreciables para terceros».

No obstante lo dicho, la utilización tanto del apartado 4º como del 5º del art. 120 del CP resultan artificiosas y forzadas para asentar la responsabilidad civil subsidiaria del propietario de instrumentos o cosas susceptibles de crear riesgos, de modo que lo deseable sería que se procediese a la redacción de una norma de responsabilidad civil con carácter general y encuadrable en el CC, sede natural de este tipo de pretensiones, para la fundamentación de estos supuestos.

4.2.1. Relación de dependencia o representación entre el infractor y el empresario

El perjudicado, para poder dirigir su pretensión indemnizatoria contra el empresario, precisa una previa declaración de insolvencia del sujeto infractor; pero es que, además, tendrá que demostrar en primer término que entre el responsable civil directo y el subsidiario existe una relación de dependencia, servicio o representación.

La determinación de qué debe entenderse por «relación de dependencia», resulta una de las cuestiones más delicadas a la hora de apreciar la responsabilidad del empresario, puesto que si bien es cierto que tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestran de acuerdo en interpretar dichos términos de un modo amplio y flexible, no lo es menos que la imprecisión en su concepción puede generar cierta inseguridad jurídica pese a que favorezca al perjudicado a la hora de tratar de hallar un responsable civil subsidiario.

En esta compleja tarea que es determinar qué ha de entenderse por relación de dependencia, existen ciertas pautas y criterios interpretativos admitidos por todos. De este modo, ha de partirse del hecho de que al menos a estos efectos, relación de dependencia no puede ser equiparada a una relación de naturaleza laboral, pese a que lo más habitual sea que el dependiente se encuentre ligado al empresario por un contrato de trabajo¹⁶⁹. Se ha tratado de esta forma de facilitar la exigencia de responsabilidad frente a los empresarios no sólo por la actuación de sus trabajadores, entendidos éstos en su sentido más técnico, sino también por todos aquellos que

¹⁶⁹ Recordemos a estos efectos que en el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores (Texto refundido por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), se dispone que: “La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. Tal y como señalan SALVADOR CODERCH Y GÓMEZ LIGÜERRE, «Respondeat Superior II», cit., pág. 14: “El criterio legal español del Estatuto de los Trabajadores recuerda a los criterios de dependencia en la responsabilidad vicaria del empresario y de la organización del *Common Law*. El primero pregunta si el causante del daño actuaba por cuenta propia y asumía los riesgos y responsabilidades así como los beneficios de su empresa o actividad; y el segundo pregunta si el presunto agente formaba parte de la organización de su principal”.

pese a no estar unidos por un vínculo de naturaleza laboral de una u otra manera desempeñan funciones bajo la sujeción del principal¹⁷⁰.

Con este propósito, nuestro más Alto Tribunal ha llegado a considerar que es suficiente para la exigencia de responsabilidad civil subsidiaria 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 y permanente, o puramente circunstancial y esporádica, de su principal o, al menos, que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario»¹⁷¹. Esta interpretación tan generosa por parte del TS, que pretendía propiciar una mayor cobertura al perjudicado¹⁷², precisaba de una serie

¹⁷⁰ Para DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., págs. 693-694: «La terminología utilizada por el legislador de 1995 para designar a los autores materiales de los hechos delictivos dañosos («empleados o dependientes, representantes o gestores») sí permite apreciar una cierta tendencia a acoger la doctrina favorable a no condicionar la apreciación del vínculo de dependencia a la concurrencia de una relación jurídica de naturaleza definida; de este modo, cabe entender que el poder de control susceptible de justificar la responsabilidad subsidiaria establecida por el art. 120.4º podrá tener su origen en un contrato de trabajo (supuesto al que parece referirse específicamente la mención a los «empleados»), de mandato, de obra, de servicios, de sociedad, etc., o incluso en otras relaciones de carácter estable u ocasional, retribuido o no». Esta dirección interpretativa, según la cual la relación de dependencia o servicio puede ser tanto laboral como de otra naturaleza, puede verse sintetizada, entre otras muchas, en las SSTS de 14 de mayo de 1990 (RJA 3918) y de 30 de marzo de 1989 (RJA 2776).

¹⁷¹ STS de 4 de marzo de 1997 (RJA 1826). Este criterio amplio de interpretación a la hora de determinar qué debe entenderse por relación de dependencia puede verse no sólo en las SSTS (Sala 2ª) al interpretar el derogado art. 22 del CP de 1973, actualmente art. 120.4º del Texto punitivo de la democracia, sino también en la Sala 1ª al interpretar el art. 1.903.4º del CC. Entre las primeras pueden verse entre otras muchas las SSTS de 24 de junio de 2002 (RJA 7618); de 2 de octubre de 2000 (RJA 8480); de 29 de mayo de 2000 (RJA 5230); de 22 de enero de 1999 (RJA 403); de 26 de marzo de 1997 (RJA 2512); de 4 de marzo de 1997 (RJA 1826); de 23 de abril de 1996 (RJA 2922); de 29 de octubre de 1994 (RJA 8330); de 21 de febrero de 1991 (RJA 1309); de 28 de noviembre de 1990 (RJA 10102); de 14 de mayo de 1990 (RJA 3918); de 8 de febrero de 1990 (RJA 1929); de 29 de junio de 1987 (RJA 5018); de 30 de marzo de 1983 (RJA 2219); de 2 de marzo de 1979 (RJA 1028) y de 16 de octubre de 1958 (RJA 3316). Entre las segundas, ver por todas las SSTS de 29 de octubre de 2002 (RJA 9314); de 2 de julio de 1993 (RJA 5789) y de 11 de julio de 1980 (RJA 3149).

¹⁷² Fin confesado por el propio TS en numerosos de sus pronunciamientos; cfr. entre otras muchas, las SSTS de 27 de marzo de 2002 (RJA 5663); de 29 de mayo de 2000 (RJA 5230); de 13 de diciembre de 1995 (RJA 8959); de 28 de septiembre de 1994 (RJA 7235); de 21 de diciembre de 1993 (RJA 9589); de 15 de noviembre de 1993 (RJA 8581); de 22 de noviembre de 1989 (RJA 8699); de 23 de abril de 1990 (RJA 3300); de 12 de marzo de 1992 (RJA 2442); de 1 de abril de 1992 (RJA 2733); de 13 de octubre de 1993 (RJA 7377); de 3 de diciembre de 1993 (RJA 9379) y de 28 de septiembre de 1994 (RJA 7235). La consideración de que esta interpretación amplia trataba de conferir una mayor cobertura al perjudicado es también compartida por la doctrina y así puede verse por todos a DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., págs. 689-690, cuando al comentar los arts. 1.903.4º CC y 120.4º CP asevera que: «Ciertamente, las finalidades últimas que están en la base de los regímenes legales que estamos examinando sugieren la conveniencia de no restringir excesivamente el ámbito subjetivo de aplicación de los mismos. La existencia de una efectiva relación de dependencia o subordinación entre el sujeto que, en el desarrollo de la actividad encomendada, provoca culposamente daños a terceros, puede ser suficiente para justificar la asunción por el principal de esa función de garante

de indicios que le permitiesen llegar a afirmar la existencia de esa relación de dependencia entendida en ese sentido tan amplio. Sin ánimo de realizar en este momento un análisis detenido acerca de las distintas pautas interpretativas empleadas, sí quisiéramos al menos dejar constancia de una cierta evolución sufrida por las mismas.

En un primer momento se trató de equiparar la relación de dependencia a lo que podríamos denominar control efectivo o técnico. Luego el vínculo de conexión entre el empresario y el infractor se trataba de encauzar a través de la posibilidad o facultad de dirección, supervisión o intervención del primero respecto del trabajo o tarea desempeñada por el segundo. Si de este modo parecía lograrse salvar el inconveniente de la existencia de una relación jurídica en la que sustentar la dependencia —dado que la atención se centraba en un criterio ciertamente empírico y nada técnico—, seguía subsistiendo el problema de aquellas relaciones en las que el infractor desempeña labores de carácter técnico que imposibilitan apreciar función alguna de control o inspección por parte del principal¹⁷³. La existencia de un gran número de actividades que requieren de elevados conocimientos técnicos —profesiones liberales sujetas a su propia *lex artis*—, y que precisamente por ello imposibilitan el control por parte del empresario a la hora de ejecutar el trabajo pusieron de manifiesto la necesidad de elaborar un nuevo criterio para la exigencia de este tipo de responsabilidad¹⁷⁴.

Llegados a este punto, no podía entenderse la relación de dependencia en términos de control o dirección técnica, sino que se hacía preciso dar un paso más para que el desarrollo de esas actividades liberales que por su propia naturaleza han de gozar de independencia y autonomía en su ejecución —pero que en reiteradas ocasiones se desarrollan en el marco de una estructura empresarial—, no pudiesen eludir la exigencia de responsabilidad civil del empresario por los riesgos que la misma entraña. Este escollo ha sido salvado hasta el día de hoy entendiendo que el concepto de dependencia puede integrarse no sólo por un criterio de control o

que está en la base del sistema de responsabilidad vicaria al que, en último término, responden los preceptos que venimos examinando”.

¹⁷³ Esta limitación ha llegado a ser plasmada legalmente, así, y siguiendo con el ejemplo anteriormente expuesto, en el caso de la actividad desarrollada por el Capitán de Buque se establece en la Regla 10.1 del Capítulo V del Anexo del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS), hecho en Londres el 1 de noviembre de 1974, Instrumento de Ratificación de 16 de agosto de 1978, bajo la rúbrica *Atribución del Capitán en lo que respecta a la seguridad de la navegación* (Regla introducida por las Enmiendas efectuadas al SOLAS de 1995), que: “El Capitán no se verá obligado por el propietario del buque, el fletador, ni ninguna otra persona, a tomar decisiones que, a su juicio, menoscaben la seguridad de la navegación como particularmente con temporal o mar gruesa”.

¹⁷⁴ Las dificultades que entraña establecer el vínculo de conexión en determinados casos ha sido resuelto por la previsión por parte del legislador de una responsabilidad conjunta y solidaria. De este modo podemos leer en el art. 11.2 de la Ley 19/1988, de 12 julio, sobre Auditoría de Cuentas, modificado por la Ley 44/2002, de 22 noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema financiero, que: “Cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor que pertenezca a una sociedad de auditoría, responderán solidariamente tanto el auditor que haya firmado el informe de auditoría como la sociedad”. De esta forma se solventan los problemas de tratar de establecer el vínculo de dependencia.

dirección técnica, sino también por lo que se ha venido denominando “pertenencia a la organización económica”¹⁷⁵; es decir, que el agente infractor pese a desarrollar una actividad exenta de injerencias por parte del principal, se encuentre integrado en el marco organizativo de la empresa y que, por consiguiente, se halle sometido al poder organizativo de aquél en el ámbito de la misma¹⁷⁶. Por tanto, en palabras de RUBIO GARCÍA-MINA, «la empresa constituye justamente en su planteamiento económico la combinación de factores materiales —capital— y humanos —trabajo— con vistas a la producción de bienes para el mercado, lo que se traduce jurídicamente en un patrimonio del que es titular el dueño de la empresa, centro de imputación de las actividades realizadas por el personal adscrito a su servicio»¹⁷⁷.

4.2.2. La incardinación del hecho delictivo y dañoso en el marco de la actividad empresarial

Si el primero de los requisitos necesarios para la exigencia de responsabilidad civil al empresario presentaba ciertas dificultades interpretativas, el segundo no resulta más sencillo de precisar. El perjudicado, para poder dirigir su pretensión indemnizatoria contra el empresario por los daños ocasionados por sus empleados o representantes, deberá probar no sólo la relación de dependencia entre ambos, sino también que el sujeto infractor al ocasionar los perjuicios se encontraba actuando «en el desempeño de sus obligaciones o servicios». Pese a que, con carácter general, podíamos hablar de una mejora técnica en cuanto a la redacción del precepto, en concreto, en lo que respecta a este supuesto, su enunciación resulta mucho más insatisfactoria que la del párr. 4º del art. 1.903 del Cc. En el mencionado precepto se requiere que o bien los daños hayan sido ocasionados «en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados», es decir, en la esfera de la labor profesional desempeñada o bien «con ocasión de sus funciones». Por tanto, que los daños se hayan visto propiciados por el ejercicio de la actividad que se le tiene confiada.

¹⁷⁵ Cfr. las SSTs de 14 de mayo de 2001 (RJA 302830) y de 29 de octubre de 1994 (RJA 8330).

¹⁷⁶ A este respecto como pone de relieve BARCELÓ DOMÉNECH, *Responsabilidad extracontractual del empresario...*, op. cit., pág. 215: “En consecuencia lo que hoy se postula es la dependencia jurídica, entendida no ya como la necesaria sujeción a las órdenes técnicas, y menos aún como la subordinación económica del trabajador, sino como el aspecto pasivo de los poderes del empresario”, entendidos éstos —como hace el propio autor siguiendo a MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1993, pág. 359—, como “poderes destinados a la organización general de la empresa y a la ordenación de las prestaciones laborales (poder de dirección) y a la represión de las conductas laboralmente ilícitas del personal de la empresa (poder disciplinario). Esta suma de poderes constituye la contrapartida de la situación de sujeción o dependencia en que se encuentra sometida el trabajador”. Luego, como advierte ZELAYA ETCHEGARAY, *La responsabilidad civil del empresario...*, cit., pág. 301: “[...] actualmente el criterio de la subordinación jerárquica o dependencia estrictamente laboral viene siendo reemplazado —en muchos sectores de la moderna actividad empresarial— por el criterio de control empresarial o poder organizativo del empresario sobre la actividad de sus dependientes o auxiliares”. En este mismo sentido véanse, CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, cit., págs. 100-101; Díez SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., pág. 697 e YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., págs. 271-272.

¹⁷⁷ *La responsabilidad civil del empresario*, op. cit., pág. 56.

Ciertamente, su redacción resulta mucho más clarificadora que la empleada por el Texto punitivo a la hora de circunscribir el alcance de este segundo requisito¹⁷⁸.

La exigencia de una conexión entre los hechos perjudiciales y las tareas encomendadas al sujeto infractor para poder deducir la pretensión indemnizatoria contra el empresario, constituye en realidad una continuación del primero de los requisitos, es decir, de la relación de dependencia¹⁷⁹. Con ello, lo que se pretende es que, si ha de responder subsidiariamente el empresario, éste lo haga no sólo porque el causante de los daños mantuviese con el mismo una relación de dependencia, sino porque precisamente esa actuación perjudicial la ha desarrollado en el ámbito o con ocasión de las funciones que se le tienen encomendadas en su condición de empleado¹⁸⁰.

Tratándose en el caso que analizamos de daños derivados de un hecho delictivo, parece evidente que este presupuesto no podrá interpretarse de forma restrictiva o rígida, pues para todos es evidente que el empresario no habrá encomendado a su empleado la comisión de un hecho perjudicial para terceros y mucho menos delictivo, pues de ser así la responsabilidad que se le exigiría no sería en condición de responsable civil subsidiario sino como responsable penalmente de los hechos¹⁸¹. Por todo ello, la doctrina jurisprudencial ha considerado que el hecho delictivo que genere este tipo de responsabilidad deberá encontrarse dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones que se le tienen encomendadas en el seno de la actividad confiada o consentida por parte de su principal, pues difícilmente se generaría esta responsabilidad si se hubiesen cumplido

¹⁷⁸ Especialmente si tenemos presente, como hace DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., pág. 701, cuando apunta refiriéndose a la mejor técnica legislativa del mencionado precepto del CC, que: «De alguna manera, ambos criterios vendrían a apuntar a dos de los argumentos habitualmente utilizados para fundamentar la responsabilidad del empresario por los hechos de sus dependientes: el beneficio derivado de la utilización de los servicios de otro sujeto, y el riesgo inherente a la introducción de éste en la propia esfera de actividad».

¹⁷⁹ Vid. DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., pág. 700 y SIERRA PÉREZ, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, cit., págs. 196-197.

¹⁸⁰ Sobre este particular afirma DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., pág. 700, que: «La relación de dependencia que justifica la extensión de la responsabilidad al principal en este caso no se basa en una sujeción de carácter personal, como ocurre en el caso de los menores o incapaces respecto a los padres o tutores, sino en una subordinación de naturaleza exclusivamente funcional y limitada a determinados ámbitos de la actuación del dependiente; de ahí que la propia lógica del supuesto excluya de partida la posibilidad de atribuir al principal responsabilidad alguna por los daños que sus dependientes puedan causar en otros sectores de su actividad personal, ajenos por completo a la relación que le vincula con aquél».

¹⁸¹ Cfr. DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., pág. 700; GIL HERNÁNDEZ, «Sujetos de las piezas de responsabilidad civil en el proceso penal...», cit., pág. 444; GÓMEZ ARBÓS, «Responsabilidad civil derivada del delito de administración fraudulenta», en www.juridicas.com/areas/60-Derec...os/1999.12-administracionfraudulenta.htm, págs. 5-7 y ZELAYA ETCHEGARAY, *La responsabilidad civil del empresario...*, cit., pág. 443. Vid. por todas las SSTs de 31 de octubre de 2002 (RJA 9912) y de 29 de noviembre de 2002 (RJA 1986).

escrupulosamente todas sus tareas, pues no hay que olvidar que cuando se produce una actividad punible alguna anormalidad se ha producido¹⁸².

Sentada esta primera base, se comprenderá fácilmente que son dos las cuestiones que hay que resolver para poder apreciar la concurrencia de este requisito. De un lado, tendremos que averiguar cuándo puede entenderse que el perjuicio se ha producido en el marco de la actividad empresarial; y, de otro, qué grado ha de alcanzar la extralimitación o anormalidad en el desempeño de las obligaciones encomendadas para que ésta pueda exonerar de responsabilidad al empresario.

Respecto de la primera de las cuestiones planteadas, hay que señalar que la abundante jurisprudencia existente en esta materia ha permitido extraer una serie de indicadores que permitirán afirmar en la práctica que los hechos perjudiciales fueron ocasionados en el marco de las funciones que el empleado tenía encomendadas¹⁸³. De esta forma, lo que se pretende es acotar y definir el ámbito de actuación dentro del cual la actividad perjudicial del dependiente desencadenará la responsabilidad del principal, pues lo que no cabe es extenderla sin limitación alguna. Estas circunstancias permiten, sino afirmar de un modo concluyente en todo caso, sí al menos, suponer o presumir dada la apariencia que generan, que la infracción se ha desarrollado en la esfera de la actividad empresarial para la cual presta sus servicios. Así, en principio puede suponerse que la infracción se cometió en el desempeño de sus obligaciones o servicios si la misma se cometió en el tiempo destinado a la jornada laboral; o si tuvo lugar en el puesto de trabajo o de prestación de servicios; o si se perpetró con medios o instrumentos propios de su profesión; y también cuando el quehacer profesional se efectuó por cuenta o interés del empresario.

No obstante, hay que precisar que no pueden considerarse éstos criterios automáticos¹⁸⁴. De ser así, por ejemplo, la mera titularidad de los medios o instrumentos determinaría la responsabilidad del empresario, lo cual nos parece desacertado desde un punto de vista técnico, ya que se estaría dotando al presupuesto de la relación de dependencia de un significado artificioso y opuesto al

¹⁸² Entre otras, las SSTS de 31 de octubre de 2002 (RJA 9912); de 22 de octubre de 2002 (RJA 9704); de 3 de junio de 2002 (RJA 6457); de 11 de marzo de 2002 (RJA 6891); de 17 de octubre de 2000 (RJA 1574); de 22 de enero de 1999 (RJA 403); SSTS de 12 de abril de 1995 (RJA 3379); de 29 de octubre de 1994 (RJA 8330); de 1 de junio de 1994 (RJA 6409); de 22 de noviembre de 1993 (RJA 8654); de 26 de octubre de 1993 (RJA 7681); de 13 de octubre de 1993 (RJA 7377); de 24 de febrero de 1993 (RJA 1529); de 21 de diciembre de 1990 (RJA 9937); de 19 de diciembre de 1990 (RJA 9661); de 29 de junio de 1987 (RJA 5018) y de 15 de noviembre de 1978 (RJA 3444).

¹⁸³ Estos criterios han sido sistematizados y estudiados detenidamente por la doctrina científica, entre otras pueden verse las obras de BARCELÓ DOMÉNECH, *Responsabilidad extracontractual del empresario...*, cit., págs. 318-330; DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., págs. 702-705; SALVADOR CODERCH Y GÓMEZ LIGÜERRE, «Respondeat Superior II», op. cit., págs. 14-15 y SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil...*, págs. 524-528.

¹⁸⁴ Tal y como señala BARCELÓ DOMÉNECH, *Responsabilidad extracontractual del empresario...*, cit., pág. 314: «De la lectura de las sentencias de la Sala 2ª del TS puede extraerse, como primera conclusión, que no es necesario que todos estos elementos se den en un mismo caso para entender cumplido el requisito del daño causado por el empleado «en el desempeño de sus obligaciones o servicios». De esta misma opinión se muestra partidario DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., págs. 702-703.

que nos parece quiso otorgarle el legislador¹⁸⁵. Lo que tampoco cabría entender es que la ausencia de alguno de los mencionados requisitos pudiera, por sí misma, quebrar el principio de responsabilidad civil subsidiaria del empresario¹⁸⁶.

En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas, es preciso advertir que no cabe enunciarla de un modo unívoco, pues la apreciación de la magnitud de la extralimitación para poder alcanzar naturaleza exoneratoria dependerá de la valoración casuística que por parte de los órganos jurisdiccionales se realice atendiendo a las concretas circunstancias de cada supuesto, ya que no es posible hallar un grado de extralimitación con carácter general que permita determinar en que momento se quiebra la relación de garante que ostenta el empresario respecto del empleado a efectos indemnizatorios.

Si bien es cierto que la apreciación de esta circunstancia precisará de un análisis del caso concreto, no lo es menos que existen ciertas pautas interpretativas que nos pondrán sobre la pista de su existencia. Por una parte, y dado que las extralimitaciones en el ejercicio de sus funciones por sí mismas no exoneran de responsabilidad al empresario, lo primero que hay que tener presente es que la desobediencia a instrucciones u órdenes de carácter genérico no serán suficientes para que el principal no se encuentre obligado como responsable civil subsidiario por los actos de sus dependientes¹⁸⁷. Lo que tampoco sucederá de producirse un cumplimiento defectuoso de las instrucciones recibidas, ya que no cabe entender que la impericia en el desempeño de su labor pueda situar al trabajador al margen de sus

¹⁸⁵ Esta problemática resulta patente en el cuerpo jurisprudencial que ha analizado las consecuencias de los daños producidos con ocasión de la titularidad de vehículos de empresa y, particularmente, en el caso de delitos cometidos con las armas reglamentarias por parte de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de donde se deduce que la mera titularidad de dichos instrumentos, pese a los riesgos que en sí mismos conllevan, no puede ser por sí solo un argumento determinante para comprometer la responsabilidad del empresario, especialmente si los hechos tienen lugar absolutamente al margen de sus funciones. Un análisis pormenorizado acerca de la aplicación de algunos de estos indicios puede verse en BARCELÓ DOMÉNECH, *Responsabilidad extracontractual del empresario...*, cit., págs. 318-330, con abundantes referencias jurisprudenciales. Vid. también Díez Soto, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., pág. 690 y Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario...*, cit., págs. 444-445 y 474-475.

¹⁸⁶ Cfr. BARCELÓ DOMÉNECH, *Responsabilidad extracontractual del empresario...*, cit., págs. 314-315; Díez Soto, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., pág. 703 y Sierra Pérez, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, cit., pág. 200.

¹⁸⁷ Esta exclusión se encuentra plenamente justificada si tenemos presente que, pese a la posible existencia de unos parámetros establecidos por el empresario para el desempeño de la profesión, pueden existir otros incentivos en la empresa que resten valor a los mismos. Esta situación se muestra patente en el ejemplo analizado por Salvador Coderch y Gómez Ligüerre, «Respondeat Superior II», op. cit., pág. 16, en el que pone de relieve que en “el negocio pizzas que ajusta su política comercial, que garantiza la entrega a domicilio en un tiempo máximo (“Si en media hora no le entregamos su encargo, no tendrá que pagar nada por él”), con las instrucciones impartidas a los motoristas que las reparten (“Cumplid rigurosamente las reglas del código de la circulación”) y con la repercusión en su salario de las consecuencias de la demora de la entrega (“Si entregáis la pizza con retraso, os descontaremos el precio de vuestro sueldo”)”. Luego continúa el autor, “es obvio que no basta con prohibir un comportamiento ilegal que el resto de la política comercial y salarial de la empresa incentiva”.

obligaciones, pues de ser así, este precepto sería prácticamente inaplicable. De otra parte, señalar que, en principio, puede decirse que sólo aquellos excesos que supongan una contravención de órdenes precisas e imperativas, cuyo incumplimiento coloque al dependiente totalmente al margen de su actividad debido a una desobediencia cierta por su parte, serán susceptibles de exonerar de responsabilidad civil al empresario¹⁸⁸.

En principio, lo determinante es diferenciar los casos en que el dependiente se ha situado de forma previa a la comisión del ilícito al margen de sus atribuciones y, por tanto, no podría entenderse que actúa en el ejercicio de sus funciones o si, por el contrario, la propia extralimitación en el desempeño de sus obligaciones ha sido la causa del ilícito¹⁸⁹. Con todo, en la práctica, el ánimo resarcitorio con el que son interpretados estos presupuestos conduce a una flexibilización (y en algunos casos podríamos decir, desnaturalización) de los mismos. De ahí que podamos concluir que la ambigüedad con que se formula este precepto y la diversidad de opciones interpretativas que admite¹⁹⁰, ha permitido condicionar el propio régimen de

¹⁸⁸ Así, se ha entendido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Vid. ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, op. cit., pág. 514; ALONSO OLEA, *La responsabilidad del empresario frente a terceros por actos del trabajador a su servicio*, Madrid, 1990, pág. 23; CÓRDOBA RODA, «Comentario al art. 22 del Código penal», en *Comentarios al Código penal*, (con Rodríguez Mourullo y Casabó Ruiz), t. I, Barcelona, 1972; pág. 984; DIEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., pág. 703; SERRANO BUTRAGUEÑO, «Comentarios al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos...», cit., pág. 1.169; GARCÍA VICENTE, «La responsabilidad civil en el nuevo Código Penal», cit., pág. 659; GIL HERNÁNDEZ, «Sujetos de las piezas de responsabilidad civil en el proceso penal...», cit., pág. 445; SOTO NIETO (con GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., págs. 230-231; VILAR BADÍA, «Problemática en torno a la responsabilidad civil por hecho ilícito de otro», cit., págs. 375-376 e YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal...*, cit., págs. 284-285. Cfr. las SSTs de 26 de noviembre de 2003 (RJA 170); de 27 de septiembre de 2002 (RJA 8847); de 29 de noviembre de 2001 (RJA 1986); de 31 de mayo de 1993 (RJA 4304); de 11 de febrero de 1992 (RJA 1120); de 18 de septiembre de 1991 (RJA 644); de 6 de julio de 1990 (RJA 6245); de 1 de marzo de 1990 (RJA 2316); de 4 de marzo de 1988 (RJA 1561); de 26 de noviembre de 1984 (RJA 5992); de 18 de octubre de 1984 (RJA 4858); de 26 de enero de 1984 (RJA 412); de 17 de diciembre de 1983 (RJA 6578); de 29 de noviembre de 1982 (RJA 7217); de 8 de noviembre de 1992 (RJA 7087); de 4 de diciembre de 1980 (RJA 3124); de 25 de noviembre de 1965 (RJA 5238); de 11 de diciembre de 1964 (RJA 5286) y de 9 de octubre de 1959 (RJA 3872).

¹⁸⁹ A este respecto señalaba ya la Sentencia de 20 de noviembre de 1972 (RJA 5025) que: «El requisito del art. 22 del Código penal, consistente en que el dependiente actúe dentro de la esfera de su cometido o servicio, hay que aplicarlo con los debidos temperamentos y aclaraciones, pues entendido estrictamente, siempre que el subordinado realizara con ocasión del servicio una actuación delictiva, podría decirse que actuaría al margen del mismo y, por tanto, habría que considerarlo como extraño a la relación laboral, lo que llevaría consigo a la sistemática negativa de responsabilidad civil subsidiaria para su principal como no constara el consentimiento expreso de éste respecto de la actuación culposa del dependiente; para evitar una tal interpretación tan contraria al espíritu abierto que preside el art. 22 del Código Penal, se hace necesario distinguir el caso del dependiente que se coloca previamente al margen u obre como extraño a la relación laboral y en el curso de esta actuación cometa el delito, en cuya hipótesis puede afirmarse que falta el requisito de haber obrado en el desempeño de las obligaciones o servicios encomendados, de aquel otro en que la propia extralimitación constituye ya el delito».

¹⁹⁰ Sobre este particular, advierte DIEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., págs. 698-699, que: «Así, una interpretación excesivamente amplia, que apreciase la

responsabilidad del empresario atendiendo al alcance y significado que en cada caso ha pretendido dársele, siempre en aras a la consecución de un criterio material de justicia¹⁹¹. Para evitar estas interpretaciones oscilantes de nuestro más alto Tribunal entre la antigua dogmática y las nuevas concepciones que merman la seguridad jurídica, algunos autores consideran que la solución vendría dada por una previsión legislativa en la que se preceptuase la responsabilidad por riesgo sustentada por la exigencia de un seguro obligatorio¹⁹².

Finalmente apuntar que, como ponen de relieve DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, si «el daño debe haber sido causado por el dependiente en el servicio del ramo en que estuviese empleado, o con ocasión de sus funciones. Debe presumirse, en beneficio del perjudicado, que el dependiente se hallaba en aquella situación cuando se produjo el daño, salvo prueba en contrario que corresponderá al empresario demandado»¹⁹³.

5. LA RESPONSABILIDAD DE LOS TITULARES DE VEHÍCULOS

Los titulares, ya sean personas naturales o jurídicas, de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, serán responsables civiles subsidiarios por los hechos

concurriencia de este presupuesto siempre que la actuación del dependiente tuviese alguna conexión con su actividad en el seno de la empresa, terminaría por extender la responsabilidad del empresario más allá de los límites de su esfera de control, convirtiéndolo en garante respecto a la persona de su dependiente y en víctima de cualquier abuso que éste hubiera podido cometer. Por el contrario, una interpretación excesivamente restrictiva, en virtud de la cual se limitase la responsabilidad del empresario a aquellos supuestos en que el dependiente hubiese actuado en el estricto cumplimiento de las funciones asignadas por aquél, vendría a significar en la práctica la vanificación de este régimen de responsabilidad, ya que difícilmente se encontrarían supuestos en que el principal hubiera encomendado a su subordinado la comisión de hechos dañosos para terceros, y mucho menos delictivos”.

¹⁹¹ De ahí que concluya el análisis de este presupuesto DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., pág.704, observando que: “El examen de la de la jurisprudencia penal pone de manifiesto cómo, en mayor medida incluso que en lo referente a la relación de dependencia, la relativa indefinición y la ductilidad del presupuesto que analizamos ha sido frecuentemente aprovechado, mediante su ampliación y objetivización, con objeto de fundamentar la condena como responsable civil subsidiario del principal en supuestos que, fuera de los límites del C.p., hubieran permitido la aplicación de criterios parcialmente distintos de los contenidos en el art. 1.903.4 C.c.”. Cfr. ZELAYA ETCHEGARAY, *La responsabilidad civil del empresario...*, cit., págs. 441-442.

¹⁹² Entre otros, SALVADOR CODERCH Y GÓMEZ LIGÜERRE, «Respondeat Superior II», op. cit., pág. 5 y VILAR BADÍA, «Problemática en torno a la responsabilidad civil por hecho ilícito de otro», cit., pág. 391. En sentido parecido se pronuncia RUIZ VADILLO, «La responsabilidad civil subsidiaria del artículo 22 del Código penal...», págs. 28-29, quien demanda “de *lege ferenda*, la desaparición total de la responsabilidad subsidiaria por los actos de los dependientes, por carecer de razón de ser, pues si hay culpa en el principal, debería responder finalmente personalmente en la vía penal (arts. 565, 586,3º y 600), bien en la vía civil (artículo 1.902), y si no la hay, y por razones de solidaridad y de justicia social se entiende que la víctima del hecho—sea o no delito— debe recibir indemnización adecuada, la solución está en el seguro obligatorio, cuya extensión y organización rebasa los límites del Derecho privado”.

¹⁹³ *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1995, pág. 844. Esta opinión es compartida también por, DÍEZ SOTO, «Comentario al art. 120.4º del Código penal de 1995», cit., pág. 700.

delictivos cometidos en la utilización de los mismos por sus dependientes, representantes o sujetos autorizados, conforme a lo dispuesto en el art. 120.5° del CP¹⁹⁴. Esta disposición de nuevo cuño, que pudiera parecer aparentemente novedosa, trataba de dar cobertura legal a la exigencia de responsabilidad civil del titular del vehículo por los perjuicios que pudiera ocasionar su empleo¹⁹⁵. De este modo se pretendía poner fin a la artificiosa interpretación que se venía realizando del mencionado precepto para la exigencia de este tipo de responsabilidad, práctica que había sido denunciada tanto por la doctrina¹⁹⁶ como por la jurisprudencia¹⁹⁷.

¹⁹⁴ El art. 121.6° del PCP de 1992 exigía que la utilización fuera en beneficio del titular del vehículo, lo cual hubiera reducido enormemente el ámbito de aplicación de este precepto, de ahí que la modificación de sus términos sobre este extremo haya sido considerada como un acierto por parte de la doctrina. Véase MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 149.

¹⁹⁵ Hasta ese momento, esta responsabilidad había encontrado sustento legal en una interpretación amplia del párrafo 2° del art. 22 del CP de 1973, que progresivamente había ido ensanchando y flexibilizando no sólo la noción de dependencia sino también la de empresario, y todo ello justificado en el art. 3.1 del CC, en el que se prescribe la obligación de interpretar las normas en razón de la realidad del tiempo en el que han de ser aplicadas. Vid. las SSTS de 10 de octubre de 1991 (RJA 7061); de 21 de febrero de 1991 (RJA 1309); de 8 de marzo de 1990 (RJA 2430); de 20 de diciembre de 1989 (RJA 917); de 4 de diciembre de 1989 (RJA 9414); de 15 de noviembre de 1989 (RJA 8638); de 15 de junio de 1989 (RJA 5123); de 22 de mayo de 1989 (RJA 4238) y de 16 de mayo de 1988 (RJA 3663). Un estudio detallado sobre la interpretación del mencionado precepto a estos efectos puede verse en GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 120.5° del Código penal de 1995», en *Comentarios al Código penal*, (dir. Cobo del Rosal), t. IV, Madrid, págs. 715-725.

¹⁹⁶ La doctrina científica se mostraba unánime al considerar que la interpretación que se había llegado a consolidar en relación con el art. 22 del derogado CP de 1973 había llevado en algunos casos a construcciones no sólo forzadas, sino insostenibles desde una buena técnica jurídica. Pues como señaló COBO DEL ROSAL (Y VIVES ANTÓN), *Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 974: «En esta línea, la jurisprudencia, en el comprensible afán de llegar a los resultados más acordes con las exigencias de justicia material, ha incurrido, en ocasiones, en pronunciamientos manifiestamente ilegales. Y, si bien es cierto que la aplicación de normas de naturaleza civil no se halla sometida al mismo rigor que las de naturaleza penal, también lo es que una responsabilidad objetiva, declarada sin suficiente base legal, también lo es que una responsabilidad objetiva, declarada sin suficiente base legal, puede representar una vulneración al art. 24 de la CE. En la medida en que representa una condena arbitraria, que lesionaría el derecho a la tutela judicial». Así, puede leerse en YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad del propietario no conductor en el nuevo Código penal», *RRCCS*, junio, 1997, pág. 334, que: «Gracias al apartado 5°, se acabó el cómodo recurso al art. 22 para encontrar, en un precepto que regulaba la responsabilidad subsidiaria del empresario, un expediente que permitiera condenar a todo titular de un vehículo de motor por los daños causados por quien lo conducía, en una interpretación forzada que llevaba a los jueces a inventarse una pseudodependencia basada en relaciones ocasionales, gratuitas o de mera amistad». En este mismo sentido, vid. también DE LAMO RUBIO, «Los sujetos de la responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 12.131; GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 120.5° del Código penal de 1995», op. cit., págs. 714-715; GONZÁLEZ CASSO, «La responsabilidad civil subsidiaria del propietario del vehículo», *RJE La Ley*, núm. 4838, 1999, pág. 2; SOTO NIETO (con GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 232 e YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., pág. 290.

¹⁹⁷ El propio TS en algunas ocasiones llegó a poner de relieve las distorsiones que se venían produciendo, así en la STS de 28 de febrero de 1973 (RJA 888), se afirmaba que: «La corriente de visible apertura y progresivo sentido social registrada en la más moderna doctrina de casación, interpretativa del artículo 22 C.p. en sentido extensivo de la responsabilidad civil subsidiaria de los dueños o cedentes de vehículos automóviles por razón de los males sobrevenidos a terceros,

5.1. NATURALEZA Y FUNDAMENTO

Hecha esta pequeña introducción acerca de las razones de la inclusión de este precepto en el CP debemos plantearnos y esclarecer la naturaleza y el fundamento de esta responsabilidad.

En cuanto a la determinación de su naturaleza no existen mayores dificultades, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestran unánimes al considerar que nos encontramos ante una responsabilidad de carácter objetivo, dado que no es necesario que concurra culpa o negligencia por parte del titular del vehículo¹⁹⁸. La responsabilidad objetiva del art. 120.5º del CP resulta contradictoria con lo dispuesto en el art. 1.1 párr. 5º de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos a Motor¹⁹⁹, en el que se dispone la responsabilidad subjetiva del titular del vehículo por los daños ocasionados por el conductor. En el párr. 1º de dicho precepto se prevé que «el conductor de vehículos a motor es responsable, *en virtud del riesgo creado* por la conducción del mismo, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación»²⁰⁰. Si detuviésemos en este punto nuestra lectura, parecería que por fin se ha conseguido, aunque sólo fuese en parte, la

por efecto del reprochable manejo de tales máquinas llevado a cabo por cesionarios no puede, por ahora, llevar su bienintencionado esfuerzo más allá de lo que la normativa todavía vigente permita, hasta el extremo de consagrar una radical objetivización de este deber indemnizatorio, por justo y deseable que ello pudiera parecer en el terreno de los principios y aspiraciones legales[...] faltará el soporte imprescindible para servir de asiento a una atribución de responsabilidad civil subsidiaria, carente, aquí, de razón legal de ser”. En sentido parecido pueden verse, entre otras, las SSTs de 16 de diciembre de 1986 (RJA 7932) y de 30 de noviembre de 1981 (RJA 4460).

¹⁹⁸ Podía leerse ya en la STS de 1 de julio de 1978 (RJA 2769), que: “Las modernas corrientes sociológicas del Derecho, vienen introduciendo en la legislación y en la jurisprudencia de la mayor parte de los países europeos (Alemania, Francia, Italia, Dinamarca, etc.) pronunciados matices objetivistas en la reglamentación del principio de la utilidad, bien a través de la teoría de la creación del riesgo, o simplemente atribuyendo al guardián de las cosas inanimadas, entre las cuales se comprende el automóvil, el deber de reparar el daño causado [...] como un riesgo eventual en su puesta en circulación que debe ser soportado por el llamado *Halter* o guardián, entendiéndose por tal aquella persona que ostenta un poder jurídico autónomo sobre el vehículo, que se traduce en el ejercicio independiente de las facultades de disposición, dirección y control, de las que dimana la obligación de impedir la causación de un perjuicio a los demás”. Entre la doctrina pueden verse, ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, cit., pág. 516; GARCÍA VICENTE, «La responsabilidad civil en el nuevo Código penal», cit., pág. 660; GARNICA MARTÍN, «La responsabilidad civil dimanante de hecho ajeno», op. cit., pág. 1.602; GÓMEZ COLOMER, *Constitución y proceso penal...*, cit., pág. 267; GONZÁLEZ CASSO, «La responsabilidad civil subsidiaria del propietario de un vehículo», cit., pág. 3; SANTOS BRIZ, «La responsabilidad civil *ex delicto*», cit., pág. 216; SOTO NIETO (con GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 231 y ZUBIRI DE SALINAS, «Responsables civiles en el Código penal», cit., pág. 64.

¹⁹⁹ Antigua Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, actualmente Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, cuya Disposición Adicional Octava modifica el Texto Refundido aprobado por el Decreto de 21 de marzo de 1968, pasando a denominarse Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor; modificada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre (artículo 70) y por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre (artículo 71), en adelante LRCSVM.

²⁰⁰ La cursiva es nuestra.

unificación de criterios a la hora de regular una misma institución, pues nos encontraríamos ante la previsión de una responsabilidad de carácter objetivo tanto en la LRSCVM como en el CP. Sin embargo, si continuamos leyendo caeremos pronto en la cuenta de que se trata de un simple espejismo —probablemente producto del febril deseo de que los criterios se unifiquen— que se desvanece en cuanto avanzamos en la lectura y evidenciamos que «el propietario no conductor responderá de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por el conductor cuando esté vinculado con éste por alguna de las relaciones que regulan los artículos 1903 C.c. y 22 C.p». Pero, continúa disponiendo que «esta responsabilidad cesará cuando el mencionado propietario pruebe que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño». En cualquier caso, esta posibilidad no cabrá en aquellos casos en que los daños provengan de un hecho tipificado penalmente pues, como ya dijimos, en el art. 120.5° del CP se prevé una responsabilidad de naturaleza objetiva²⁰¹.

Este precepto que tenía como finalidad prever la responsabilidad del titular del vehículo en una norma de carácter civil —adelantándose a lo que sería la regulación del Texto punitivo—, no sólo constituyó un verdadero fracaso en cuanto perpetúa las diferencias existentes entre la regulación penal y la civil, sino que además tampoco logró su objetivo, pues la remisión que hace a los arts. 1.903 del CC y 22 del CP (actual art. 120), limita la exigencia de responsabilidad a la concurrencia de los requisitos previstos en los mismos. Por tanto, dicha norma nada nuevo añade ni aclara respecto del régimen ya existente, de ahí que algunos autores hayan considerado que se trata de una disposición tácitamente derogada²⁰².

El fundamento de este tipo de responsabilidad resulta una tarea más complicada, pues a nuestro juicio esta disposición obedece a una doble consideración, de un lado de carácter sociológico y de otro de naturaleza económica. En cuanto a la primera de ellas, hay que señalar que el vehículo ha sido considerado tradicionalmente un instrumento de riesgo, de ahí que su introducción en la sociedad conllevara la responsabilidad de aquél, normalmente el propietario, que lo introducía en la circulación. En un primer momento, la mera propiedad de un vehículo denotaba la pertenencia a una clase privilegiada, lo cual parecía suficiente para

²⁰¹ Tal y como señala GARCÍA VICENTE, «La responsabilidad civil en el nuevo Código penal», cit., pág. 660: «Esta posibilidad de exoneración creo que ahora no es posible cuando el hecho sea constitutivo de delito o falta. Porque al ser norma posterior deroga la anterior y porque frente al principio de especialidad puede aducirse la aplicación extensiva que hace el TS de la responsabilidad civil cuando se trate de proteger a la víctima. De no ser así el NCP no sería aplicable a la mayoría de los supuestos». Opinión que es compartida entre otros por DE LAMO RUBIO, «Los sujetos de la responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 12.131; GONZÁLEZ CASSO, «La responsabilidad civil subsidiaria del propietario del vehículo», op. cit., pág. 3; SANTOS BRIZ, «La responsabilidad civil *ex delicto*», cit., pág. 216 y SOTO NIETO (con GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 235.

²⁰² Vid. ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, cit., pág. 516; DE LAMO RUBIO, «Los sujetos de la responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 12.131; GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 120.5° del Código penal de 1995», cit., págs. 728-729; GARCÍA VICENTE, «La responsabilidad civil en el nuevo Código penal», cit., pág. 660 y SOTO NIETO (con GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., págs. 235-236.

fundamentar la responsabilidad por la mera titularidad²⁰³. Posteriormente, la proliferación y popularización del mismo supuso un aumento proporcional, no sólo de la circulación sino consiguientemente de la siniestralidad, momento en el cual ya no era la mera propiedad la que justificaba la responsabilidad sino más bien el hecho de la titularidad del factor de riesgo en que se convirtió el vehículo²⁰⁴. De otro lado, se encontraría el factor de carácter económico, que permitiría hallar responsable civil a un nuevo sujeto —distinto del conductor y de la compañía aseguradora—, que pudiese paliar los efectos de una posible insolvencia del primero o hacer frente a los daños cuando la segunda no se encuentre obligada a ello²⁰⁵. En cualquier caso, no hay que olvidar que en la práctica forense sólo el cúmulo de una serie de circunstancias conducirá a que el titular del vehículo deba responder de los daños ocasionados. A diferencia de lo que sucede en el proceso civil, en el que se produce un supuesto de litisconsorcio voluntario, debido a que se regula como responsabilidad principal y no subsidiaria —lo cual, en principio, podría aumentar las posibilidades de que el titular hubiese de responder, dado que el perjudicado no se encuentra obligado a dirigirse previamente contra el conductor y la aseguradora—; en el proceso penal, la necesidad de que todos ellos se encuentren personados, unido al hecho de que en el Texto punitivo la responsabilidad se configura como subsidiaria, hace que sólo en aquellos anecdóticos supuestos en los que el causante de los daños resulte insolvente y la compañía aseguradora no se encuentre obligada a reparar, el titular deba hacer frente efectivamente a los daños originados²⁰⁶.

²⁰³ Tal y como recuerda GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 120.5º del Código penal de 1995», cit., pág. 712: “El propietario debía ser, por tanto, objeto de persecución judicial inherente al resarcimiento del daño. Él era responsable por el hecho de la propiedad y se justificaba porque se entendía que se trataba de un sujeto «socialmente fuerte» y, por tanto, perennemente sujeto como exponente de la clase privilegiada”.

²⁰⁴ Resulta interesante a estos efectos lo dispuesto en la STS de 20 de diciembre de 1991 (RJA 9577), en la que se señala que: “El constante proceso tecnológico, con maquinaria cada día más compleja, exige que se haga compatible su protección en cuanto constituye un instrumento evidente de progreso y mejora social, con una obligación de reparar económicamente las consecuencias de su funcionamiento cuando se producen daños y perjuicios, especialmente cuando éstos afectan a la vida e integridad corporal de las personas físicas. Y en este sentido, el art. 22 del Código Penal busca el eficaz restablecimiento del equilibrio roto con el delito, restablecimiento siempre insatisfactorio cuando se trata de daños corporales, cuando con carácter subsidiario para el supuesto de insolvencia del responsable penal o directo, con otra responsabilidad a la que tienen que hacer frente a aquellas personas de las que el autor del hecho penal dependía”. Se trata en última instancia de buscar la mejor protección indemnizatoria para el perjudicado. Para VÁZQUEZ GONZÁLEZ, «La responsabilidad civil derivada del delito», cit., pág. 102: “Esta norma es también una consecuencia de la atribución de la responsabilidad por criterios de riesgo, que responde a la función social de la propiedad del vehículo” y que, como continúa diciendo “debe ponerse en contacto con la obligación del propietario de concertar el seguro obligatorio, de acuerdo con el art. 2 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de la Circulación de vehículos a motor”.

²⁰⁵ Nos referimos a lo que algunos autores llaman teoría de la garantía. Vid. SERRANO BUTRAGUENO, «Comentarios al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos...», cit., pág. 1.170.

²⁰⁶ Si la insolvencia del causante de los daños no suele ser infrecuente, el que las compañías aseguradoras no se encuentre obligadas a reparar sí que suele ser más inusual, lo cual como pone de relieve GONZÁLEZ CASSO, «La responsabilidad civil subsidiaria del propietario de un

5.2. PRESUPUESTOS PARA SU EXIGENCIA

La exigencia de la responsabilidad prevista en el apartado 5º del art. 120 del CP requiere, en primer término, la determinación de qué ha de entenderse por titular así como por vehículo, para a continuación delimitar en qué consiste la cesión voluntaria, puesto que pese a hallarnos ante una responsabilidad de carácter objetivo, esto no significa que surja de forma automática, sino por la concurrencia de ciertos presupuestos.

5.2.1. La determinación de la titularidad del vehículo

En primer lugar, y pese a que no presenta mayores dificultades, hay que señalar que no cabe a estos efectos entenderla referida a la titularidad administrativa derivada de los datos inscritos en el Registro de vehículos de la correspondiente Jefatura de Tráfico²⁰⁷. Esto es así de acuerdo con el párrafo 3º del art. 2.1 del RD 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos, según el cual dicha titularidad tiene efectos únicamente administrativos y no prejuzga en ningún caso las cuestiones relativas a la propiedad, que deberán dirimirse conforme a las normas sobre titularidad previstas con carácter general en el CC²⁰⁸.

La segunda de las consideraciones que a este respecto es necesario realizar — ésta de mayor trascendencia—, es la relativa a las diferencias terminológicas existentes entre el art. 120.5º del CP y el art. 1 de la LRCSVM. Mientras que en el primero de los mencionados preceptos se hace referencia a la responsabilidad del titular del vehículo, en el segundo de ellos se declara la del propietario. Cabe preguntarse entonces a qué obedece este cambio de criterio, máxime cuando como ha puesto de relieve algún autor, esta última disposición no pretendía otra cosa que adelantarse a lo que sería la regulación del CP²⁰⁹. Podría pensarse que se trata de un cambio aleatorio en el uso del léxico, sin embargo, a nuestro juicio, la mención a la titularidad obedece a un claro designio del legislador, como es el de no atribuir sin más la responsabilidad civil al propietario por el riesgo generado por el vehículo²¹⁰.

vehículo», cit., pág. 3, puede suceder cuando la cobertura no alcance el pago total de los daños, por ejemplo, en el caso de la franquicia del Consorcio de Compensación de Seguros en los daños materiales.

²⁰⁷ Recordemos que en el apartado 3 del Anexo del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, se entiende por Titular de vehículo aquella «persona a cuyo nombre figura inscrito el vehículo en el registro oficial correspondiente».

²⁰⁸ Sobre este particular pueden consultarse las sentencias recaídas en este sentido de nuestro más Alto Tribunal, entre otras, cfr. las SSTs de 4 de diciembre de 1989 (RJA 9414); de 29 de noviembre de 1989 (RJA 9345); de 18 de mayo de 1988 (RJA 4094) y de 28 de mayo de 1982 (RJA 2729).

²⁰⁹ Vid. GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 120.5º del Código penal de 1995», cit., pág. 727.

²¹⁰ Tal y como señala YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad del propietario no conductor...», cit., pág. 334: «[...] lo importante no es la propiedad sino la *detentación*: hay casos en que el control del riesgo no lo ejerce el propietario, sino el usufructuario, el adquirente con pacto de reserva de dominio o el adquirente mediante sistema de *leasing*».

Cuando nos referíamos anteriormente a la naturaleza y fundamento de este tipo de responsabilidad hacíamos especial hincapié en el hecho de que la simple propiedad del vehículo no es lo determinante, pues la creación del riesgo se produce con la puesta del mismo en el hecho de la circulación²¹¹. Con ello se pone de manifiesto que el legislador, al tratar de depurar esta responsabilidad, pretendía encauzar no sólo la del propietario, sino también la de aquellos otros sujetos que, sin ser detentadores de la propiedad del vehículo, son los que poseen la facultad de uso y, por tanto, el poder de control o dirección del mismo²¹².

El legislador penal, a la vista de la interpretación que se había venido realizando del art. 22 del CP derogado para la exigencia de este tipo responsabilidad, advirtió la necesidad de no circunscribir en términos de exclusividad la responsabilidad al propietario, pues en la práctica ya se había puesto de manifiesto la conveniencia de deducir la acción resarcitoria contra sujetos distintos del mismo, por ser éstos quienes ostentaban o detentan el vehículo de forma asidua y, por consiguiente, quienes en realidad se encontraban en condiciones reales para introducirlo en la circulación, que es en definitiva lo que genera el riesgo²¹³.

Luego el término «titular» permite al aplicador del Derecho discernir entre aquellos supuestos en que el propietario mantiene todas las facultades de uso y disfrute del vehículo, de aquellos otros en que dichos poderes recaen en personas distintas al propietario formal y, por consiguiente, requieren de un análisis casuístico para determinar en cada caso quién es el que ostenta el poder de disposición del

²¹¹ Prueba de ello es que, en el art. 3.1 RD 7/2001, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre la Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, se dispone que: “A los efectos de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y del seguro de suscripción obligatoria regulado en este Reglamento, se entienden por hechos de la circulación los derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor a que se refiere el artículo anterior, tanto por garajes y aparcamientos, como por vías o terrenos públicos y privados aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común”. Además continúa preceptuando el mencionado artículo en su apartado 3º que: “En todo caso, será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico, incluido el supuesto previsto en el art. 383 de dicho Código penal”.

²¹² En este sentido afirma DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil*, t. II, Madrid, 1993, pág. 2.040, que: “La responsabilidad por el hecho de la propiedad no puede llevarse tan lejos que alcance hipótesis en que no es legal o racionalmente exigible del dueño una constante supervisión del estado de la cosa cedida o del uso que de ella haga el cesionario [...]. La denominada responsabilidad de la propiedad decae en aquellos casos en los que el dueño tiene cedido el uso de la cosa y el daño es consecuencia de estados de hecho que el dueño no pudo razonablemente controlar”.

²¹³ Cfr. las SSTs de 30 de mayo de 1992 (RJA 4963); de 20 de diciembre de 1991 (RJA 9577); de 29 de noviembre de 1989 (RJA 9345); de 28 de octubre de 1982 (RJA 5704) y de 18 de mayo de 1981 (RJA 2233). Entre la doctrina científica son partidarios de esta opinión, GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 120.5º del Código penal de 1995», op. cit., pág. 736; REGLERO CAMPOS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1988», CCJC, núm. 18, 1988, pág. 858 e YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad del propietario no conductor en el nuevo Código penal», cit., pág. 334, también en su obra *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., págs. 296-297.

vehículo a efectos de su introducción en la circulación. Existen determinados supuestos en los que se ha llegado a un consenso en cuanto a las personas llamadas a responder. Sin ánimo de exhaustividad y a los solos efectos de ilustrar lo hasta ahora expuesto, pasaremos a continuación a analizar algunos de ellos.

En primer lugar, trataremos el supuesto del usufructo, que por ser considerado por la doctrina el paradigma de los derechos reales limitativos de la propiedad²¹⁴ nos permite apreciar con claridad las consecuencias que, en cuanto a la imputación de la responsabilidad por la titularidad de la cosa peligrosa, se producen dado el desfragmentamiento de las facultades complejas que supone el dominio. El usufructuario, conforme a lo dispuesto en el art. 467 del CC, es aquél que tiene derecho a disponer de las cosas ajenas. Esta facultad le permite poder usar y disfrutar de la cosa, lo cual implica el derecho a ostentar su posesión directa e inmediata. Parece lógico que, puesto que es el usufructuario el que posee en este caso el vehículo, y en la medida en que dirige y controla su utilización sin injerencia alguna por parte del nudo propietario, sea también responsable de los riesgos derivados de su introducción en el hecho de la circulación²¹⁵.

En el caso de arrendamiento financiero o *leasing* ocurre algo parecido, pues pese a lo discutido de su naturaleza dado su carácter atípico, para todos resulta evidente que el arrendador cede la posesión del vehículo al arrendatario para que éste, sin control ni dirección por parte del arrendador-propietario, disponga de él para su uso y disfrute. Como consecuencia de ello, también se encontraría plenamente justificada la atribución de responsabilidad conforme al art. 120.5º del CP al arrendatario, que es el que en última instancia puede controlar el riesgo²¹⁶.

Finalmente, y entre los supuestos más tratados por la doctrina nos encontraríamos con el adquirente con pacto de reserva de dominio. Se discute en estos casos si la reserva de dominio constituye una garantía real en favor del comprador o si, por el contrario, conlleva la efectiva propiedad en el vendedor. Sea cual fuere la postura en favor de la cual nos pronunciásemos, el caso es que el detentador del vehículo con pleno uso y disfrute del mismo es el comprador, que además no sufrirá intromisiones en el ejercicio de estas facultades por parte del vendedor. Por consiguiente, será al comprador al que quepa dirigirse por los daños ocasionados como consecuencia de los riesgos derivados de la circulación del vehículo²¹⁷.

²¹⁴ Vid. por todos Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de las cosas y derecho inmobiliario y registral*, vol. III, Madrid, 1990, pág. 391.

²¹⁵ Cfr. GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 120.5º del Código penal de 1995», op. cit., pág. 736; REGLERO CAMPOS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1988», cit., 1988, pág. 858 e YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad del propietario no conductor en el nuevo Código penal», cit., pág. 334.

²¹⁶ Vid. GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 120.5º del Código penal de 1995», op. cit., págs. 738-739 y GONZÁLEZ CASSO, «La responsabilidad civil subsidiaria del propietario del vehículo», op. cit., pág. 3.

²¹⁷ Cfr. GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 120.5º del Código penal de 1995», op. cit., págs. 737-738; REGLERO CAMPOS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre

No nos resta sobre este particular sino precisar que existen supuestos en los que, pese a que el derecho de propiedad queda desmembrado en sus distintas facultades, sigue existiendo por parte del propietario la detentación del vehículo, lo cual le convierte en responsable conforme al art. 120.5° del CP. Entre estos supuestos se encontraría el arrendamiento²¹⁸ y el comodato o préstamo de uso²¹⁹. Ambos contratos permiten el uso de la cosa por el arrendatario y el comodatario correspondientemente, sin embargo, ni el arrendador ni el comodante pierden la posesión mediata y, por consiguiente, la disponibilidad del vehículo, pues los anteriores son sólo poseedores mediatos de una forma temporal y limitada²²⁰. Todo ello permite hacer responsable tanto al arrendador como al comodante de acuerdo con lo dispuesto en el Texto punitivo²²¹. Llegados a este punto, hay que señalar que en la práctica forense el desglose de las facultades que implica el derecho de propiedad ha llegado a entenderse en el sentido de que tanto el propietario como aquél que detenta el uso y disfrute del vehículo pueden ser hallados responsables civiles de forma conjunta²²². Por consiguiente cabría concluir que en el análisis casuístico que precisan estos supuestos son dos los elementos esenciales: en primer lugar, la facultad de uso y disfrute del vehículo; y, en segundo término, que dicha licencia de control y dirección se ejerza de un modo estable y duradero frente a los posibles usos esporádicos que no restan dominio al propietario.

En relación con este último elemento hay que señalar que por todos es admitido que cuando se produce lo que se conoce como «virtual renuncia abdicativa», el propietario quedará exonerado de responsabilidad, ya que desaparece su potencial facultad de control²²³. Ésta es apreciada por los tribunales cuando por

de 1988», cit., 1988, pág. 858 e YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad del propietario no conductor en el nuevo Código penal», cit., pág. 334.

²¹⁸ Según lo dispuesto en el art. 1.543 del CC, «en el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto», lo cual implica, conforme al 1.554.1°, que el arrendador estará obligado a entregar al arrendatario la cosa objeto del contrato».

²¹⁹ Recordemos que en el art. 1741 del CC se dispone que «el comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella [...]»; y en el 1.749 que «el comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para que la prestó».

²²⁰ Así se pone de relieve entre otros por GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 120.5° del Código penal de 1995», cit., págs. 740-741 e YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad del propietario no conductor...», cit., págs. 344-345.

²²¹ No obstante, conviene advertir que, tal y como señala GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 120.5° del Código penal de 1995», cit., págs. 741-742: «De igual forma habría que plantearse esta posibilidad en otro tipo de relaciones contractuales tales como el depósito, arrendamiento de obra, mandato para vender, compraventa a prueba, etc., en los que sigue todavía apareciendo como responsable el propietario. También en estos supuestos sería preciso resolver el desplazamiento o no de responsabilidad del propietario caso por caso, por cuanto en alguno de los contratos mencionados es inherente, salvo pacto contrario, la imposibilidad de utilizar el vehículo, mientras que en otros lo que precisamente prevé el propietario es la posibilidad de su uso».

²²² Entre otras, vid. por ejemplo las SSTS de 20 de diciembre de 1991 (RJA 9577) y de 18 de mayo de 1981 (RJA 2233).

²²³ Cfr., entre otros, GONZÁLEZ CASSO, «La responsabilidad civil subsidiaria del propietario de un vehículo», cit., pág. 2; SERRANO BUTRAGUEÑO, «Comentarios al Título V De la responsabilidad

parte del titular del vehículo se produce un abandono de la libre disponibilidad del mismo en favor de quien lo recibe, pues la autorización para su uso se realiza de forma ilimitada en el tiempo. De ahí que pueda entenderse que la persona autorizada en realidad dispone del vehículo como si fuera suyo sin injerencia alguna por parte del titular²²⁴.

Esta interpretación del concepto de titular pudiera, en un primer momento, hacernos pensar que cercena una de las finalidades perseguidas por esta disposición como es la de que la responsabilidad pueda exigirse no sólo al conductor causante de los daños, sino también al propietario en la medida en que en principio es el obligado a concertar el seguro²²⁵. Desde esta perspectiva, parecería que el permitir que el término titular sea interpretado de forma diversa al de propietario podría resultar desfavorable para la protección de los perjudicados por la circulación de vehículos. No obstante, y pese a que con carácter general la obligación de asegurar recae sobre el propietario, esto no siempre es así²²⁶. En nuestro ordenamiento jurídico se prevé el supuesto de que el seguro sea concertado por personas distintas al propietario, posibilidad que atiende precisamente a los supuestos en que el uso y disfrute del vehículo se encuentra en manos de sujetos que no ostentan el título de propietarios²²⁷. Esta posibilidad ha sido interpretada por la doctrina en el sentido de que es aquél que posee de forma habitual el control sobre el vehículo, independientemente del título con lo que lo haga, el que en términos legales se encuentra “interesado” en el aseguramiento²²⁸.

civil derivada de los delitos...», cit., pág. 1.171; SOTO NIETO (con GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 233 e YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., pág. 296; este mismo autor en «La responsabilidad del propietario no conductor...», cit., pág. 346.

²²⁴ Vid. las SSTs de 30 de mayo de 1992 (RJA 4963); de 20 de diciembre de 1991 (RJA 9577); de 10 de octubre de 1991 (RJA 7061); de 10 de julio de 1990 (RJA 6628); de 4 de diciembre de 1989 (RJA 9414); de 9 de febrero de 1989 (RJA 1527); de 16 de mayo de 1988 (RJA 3663); de 16 de diciembre de 1986 (RJA 7932); de 10 de abril de 1985 (RJA 2083); de 26 de enero de 1984 (RJA 412); de 21 de junio de 1983 (RJA 3564); de 28 de mayo de 1982 (RJA 2729) y el ATS de 4 de marzo de 1991 (RJA 1576).

²²⁵ Así lo pone de relieve GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 120.5º del Código penal de 1995», op. cit., págs. 746-749, quien a este respecto señala la primera de las páginas referenciadas, que el hecho de que “se añada a la responsabilidad del conductor frecuentemente la del propietario, encuentra su razón de ser en la conexión que entre ésta y el seguro obligatorio y ahora también el voluntario existe”.

²²⁶ Se dispone en el art. 2.1 de la LRCSVM que: “Todo propietario de vehículos a motor que tenga su estacionamiento habitual en España vendrá obligado a suscribir un contrato de seguro por cada vehículo de que sea titular que cubra, hasta la cuantía de los límites del aseguramiento obligatorio, la responsabilidad civil a que se refiere el artículo 1 anterior”.

²²⁷ Continúa señalando el art. 2.1 de la LRCSVM que: “No obstante, el propietario quedará relevado de tal obligación cuando el seguro sea concertado por cualquier persona que tenga interés en el aseguramiento, quien deberá expresar el concepto en que contrata”.

²²⁸ En este sentido afirma SOTO NIETO, *La responsabilidad civil en el accidente automovilístico*, Madrid, 1972, pág. 271, que: “En el concepto de «interesados» se dan cita, dado el criterio impregnado de subjetividad que define a aquéllos, cualesquiera personas que, por la razón que fuere, se sientan movidas a la suplencia de ese deber del titular, cualquier usuario del vehículo [...] ello aparte de la posible concurrencia de determinadas situaciones —arrendamiento, préstamo, usufructo, venta

Por tanto, y a modo de conclusión, puede decirse que el término titular permite la consecución de dos finalidades, ambas loables. La primera de ellas, la de no hacer responsable al propietario en todo caso para evitar injusticias cuando no es éste el que efectivamente posee el control y dirección del vehículo. Y, de otro, ofrece la posibilidad al perjudicado por los hechos de dirigirse contra sujetos distintos al propietario que tengan concertado el seguro en atención a la efectiva disponibilidad que del vehículo ostentan²²⁹.

Una vez determinado qué ha de entenderse por titular, no nos resta sino precisar cuál es el concepto de vehículo que a estos efectos debe operar. Si bien el legislador en este precepto se refiere al vehículo sin mayores adjetivaciones, lo cual pudiera hacernos pensar en un concepto amplio²³⁰, a continuación señala que los mismos deben ser susceptibles de crear riesgos para terceros. De ello parece deducirse que dicha situación apta para generar contingencias no es otra que la

con pacto de reserva de dominio, etc.— en las que no cabe duda que el verdadero interés en la contratación del seguro se halla fuera del eje personal de la propiedad”. De igual modo, y siguiendo los pasos del anterior, considera GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 120.5° del Código penal de 1995», op. cit., págs. 748-749, que: “El interés creemos nosotros que no es otro que el de su propio aseguramiento necesario para que el vehículo pueda circular (arts. 3 de la Ley y 8 del Reglamento), en tanto en cuanto será a un mismo tiempo la persona que habitualmente utilizará el vehículo. Siguiendo esta idea, tendrá interés en suscribir el contrato de seguro obligatorio, el usufructuario, el comprador con pacto de reserva de dominio a favor del vendedor y, en general, toda aquella persona que habitualmente utilice un vehículo del cual no es propietario, sin embargo, no tendrá este interés y no exonerará al propietario de esta obligación con carácter general, el arrendatario, comodatario, depositario, etc., cuando su facultad de uso tenga carácter transitorio, pero sin embargo podrán estar interesados cuando aquélla sea permanente o prolongada”. En sentido parecido pueden verse otros autores como HERNÁNDEZ GIL, «La responsabilidad civil en la Ley 24 de diciembre de 1962», *Pretor*, núm. 19, 1964, pág. 93.

²²⁹ Cfr. GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 120.5° del Código penal de 1995», cit., págs. 748-749 y SANTOS BRIZ, *Responsabilidad civil en los accidentes de circulación*, Madrid, 1996, pág. 55.

²³⁰ Interpretación que ha de rechazarse para evitar que en dicho régimen puedan entenderse incluidos los vehículos de tracción animal y las bicicletas. En este sentido vid. GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 120.5° del Código penal de 1995», cit., pág. 758 e YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad del propietario no conductor...», cit., pág. 335, quien llega a comentar que, “no ha faltado quien dice que resulta también aplicable a los patines y a los monopatines lo cual parece algo excesivo”. En sentido contrario, afirma ZUBIRI DE SALINAS, «Responsables civiles en el Código penal», cit., pág. 64, que: “En cuanto a la naturaleza de los vehículos, habrá que entender por tales no sólo a los considerados como vehículos en el Texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por Real Decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, sino también a cualesquiera que respondan al concepto gramatical de tales, sea cual sea el sistema de tracción y el lugar por el que puedan circular”. También SOTO NIETO (con GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., págs. 234-235, se decanta por un concepto amplio y considera que: “Se hallan comprendidos en la previsión legal toda suerte de «vehículos» —medio de transporte de personas o cosas—, no pudiendo circunscribirse aquélla en exclusividad a los «vehículos de moto». Automóviles, carruajes, motocicletas, bicicletas, estarán comprendidos en la referencia preceptual, siempre, naturalmente, que sean susceptibles de originar riesgos”. En sentido parecido, vid. también GONZÁLEZ CASSO, «La responsabilidad civil subsidiaria del propietario de un vehículo», cit., pág. 2.

introducción del vehículo en el hecho de la circulación²³¹, lo cual nos conduce a pensar que sólo aquellos que son aptos para dicha actividad podrán determinar este tipo de responsabilidad. Un segundo argumento que podría esgrimirse en favor de esta interpretación es que la responsabilidad del titular del vehículo conforme a lo dispuesto en el art. 120.5 del CP lo es únicamente respecto de los delitos o faltas «cometidos con la utilización de los mismos». Esto significa que sólo se responderá bien cuando de los hechos delictivos se deriven perjuicios como consecuencia directa de la utilización del vehículo²³², bien cuando los mismos provengan de delitos contra la seguridad del tráfico²³³.

Por tanto, parece lógico pensar que susceptible de crear riesgos para terceros con motivo de la circulación no es otro que el vehículo a motor, de ahí que su significado deba buscarse en la legislación especial. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.1 RRCSVM «tienen la consideración de vehículo a motor, a los efectos de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y de la obligación de estar asegurados, todo vehículo, especial o no, idóneo para circular por la superficie terrestre e impulsado por motor, incluidos los ciclomotores, así como los remolques y semirremolques, estén o no enganchados, con exclusión de los ferrocarriles, tranvías y otros que circulen por las vías que les son propias»²³⁴. Por ello, se entenderá por vehículo todo aquél que cuente con un motor para su propulsión —independientemente de que se trate de un vehículo especial²³⁵—,

²³¹ Recordemos que, como en páginas anteriores ya habíamos expuesto, el hecho de la circulación viene definido en el art. 3 RD 7/2001, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en adelante RRCSVM; que sustituyó al RD 2641/1986, de 30 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de Seguro de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor de suscripción obligatoria.

²³² Lo cual se producirá cuando los perjuicios deriven de hechos tipificados como falta de homicidio de lesiones con vehículo a motor (art. 621.4 del CP); homicidio imprudente utilizando el vehículo (art. 142.2 del CP) y en los casos de lesiones imprudentes utilizando el mismo (art. 152.2 del CP).

²³³ Por tanto, cuando se aprecie alguno de los tipos delictivos previstos en los arts. 379 a 385 del CP: conducción bajo la influencia de drogas o bebidas alcohólicas (art. 379); conducción con desprecio por la vida de los demás (art. 384) y conducción con temeridad manifiesta (art. 381).

²³⁴ El término vehículo es, por consiguiente, comprensivo de muchos conceptos diversos, para la determinación de las distintas definiciones y categorías habrá de estarse a lo dispuesto en el Anexo II del RD 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos, modificado por la orden de 15 de septiembre de 2000 y por el RD 3485/2000, de 29 de diciembre. En el mismo se definen conceptos como los de ciclomotor, motocicleta, cuatriciclos, turismo, autobús, camión, vehículo articulado, caravana, autocaravana, vehículo mixto, vehículos todo terreno, tractor agrícola, motocultor, tractocarro y portador, entre otros muchos.

²³⁵ De acuerdo con el art. 2.3 del RRCSVM, “a los efectos de este Reglamento, se aplicarán los conceptos recogidos en el anexo del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, en su redacción dada por el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos”. Luego conforme a lo dispuesto en el apartado 10 del Anexo se entenderá por vehículo especial, todo “vehículo, autopropulsado o remolcado, concebido y construido para realizar obras o servicios determinados y que, por sus características, está exceptuado de cumplir alguna de las condiciones técnicas exigidas en este

quedando excluidos únicamente aquéllos que, como los ferrocarriles y tranvías, circulen por sus propias vías²³⁶.

5.2.2. La cesión voluntaria

El segundo de los presupuestos exigibles para la exigencia de esta responsabilidad es el relativo a la existencia de cesión voluntaria del titular a quien causó el daño.

El titular del vehículo sólo responderá en aquellos casos en que se haya producido una cesión voluntaria a favor de aquél que conducía el vehículo cuando se produjeron los daños. Esto significa que desde un primer momento debe rechazarse la posibilidad de dirigirse contra el titular cuando el vehículo ha sido sustraído, pues no existe autorización alguna para su uso; por consiguiente, el titular quedará exonerado de responsabilidad tanto en los casos en que el vehículo haya sido robado o hurtado para su uso (art. 244 del CP)²³⁷, como cuando lo haya sido con ánimo de lucro (arts. 234 y 237 del CP)²³⁸. No obstante, existirán supuestos en los que, pese a no constituir los hechos ninguno de los tipos delictivos relativos a la sustracción de vehículos, se entenderán igualmente usados sin autorización, dado que entender lo contrario supondría que el titular sólo podría quedar exonerado cuando hubiese denunciado previamente su robo o hurto²³⁹.

La autorización sólo se entenderá producida en aquellos casos en que medie un acto de voluntad propio, es decir, tendrá que ser el titular el que directamente autorice la puesta en circulación del vehículo. Esta voluntad podrá manifestarse de

código o sobrepasa permanentemente los límites establecidos en el mismo para pesos o dimensiones, así como la maquinaria agrícola y sus remolques”.

²³⁶ Vid. por todos GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 120.5º del Código penal de 1995», cit., pág. 761. Quedarán también excluidos de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.2 del RD 7/2001, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, “los vehículos a motor eléctricos que por concepción, destino o finalidad tengan la consideración de juguetes, en los términos definidos y con los requisitos establecidos en el art. 1.1 del Real Decreto 880/1990, de 29 de junio, sobre normas de seguridad de los juguetes, y normativa concordante y de desarrollo”.

²³⁷ Señalar en este punto que en el CP de 1995 se abandona definitivamente la antigua terminología de “utilización ilegítima del vehículo a motor”, que tantas dudas interpretativas había ocasionado en relación con la obligación de reparar del Consorcio de Compensación de Seguros en cuanto Fondo de Garantía. Pues éste trataba de ampararse en la dicción literal del art. 8.1.c) LRCSVM para no hacer frente al pago de las indemnizaciones en estos supuestos, dado que en dicho precepto se prevé la obligación de indemnizar en relación con los vehículos que hubiesen sido “robados”, pero nada se dispone en los casos de utilización ilegítima de los mismos.

²³⁸ En relación con la reparación de los daños en supuestos de sustracción de vehículos, pueden verse los trabajos de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Análisis de la responsabilidad civil en los supuestos de daños causados por vehículos sustraídos. Especial referencia a la función del consorcio de compensación de seguros», *RRCCS*, noviembre, 1998, págs. 584-588; MARCO COS, «El seguro obligatorio y los daños causados con vehículo robado o hurtado», *Ar.C*, núm. 15, vol. III, 1997, págs. 27-47, artículo también publicado en *RRCCS*, julio-agosto, 1997, págs. 404-414.

²³⁹ Cfr. GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 120.5º del Código penal de 1995», cit., pág. 758 y GONZÁLEZ CASSO, «La responsabilidad civil subsidiaria del propietario del vehículo», op. cit., pág. 3.

un modo expreso o de forma tácita²⁴⁰, pero los actos positivos u omisivos en que se traduzca dicha voluntad no podrán contradecirse con otros actos del propio titular que supongan la efectiva puesta a disposición del tercero del vehículo, pues como tiene declarado el TS, de nada sirve una prohibición expresa de uso cuando de la actuación del titular puede inferirse inequívocamente lo contrario²⁴¹. Por tanto, la ausencia de autorización tendrá que ir acompañada de un comportamiento diligente y suficiente por parte del titular para evitar la puesta en circulación del vehículo²⁴². Y, en cualquier caso, la cesión habrá de entenderse por tiempo limitado o para la realización de determinada actividad; de no ser así —como ya dijimos unas líneas antes—, se produciría lo que se conoce como una renuncia abdicativa, que eximiría al titular del vehículo de toda responsabilidad²⁴³.

Finalmente, señalar que corresponde al titular probar la ausencia de autorización²⁴⁴. De hecho, es admitido por todos que cabe presumirla y, si bien esta presunción sólo actuaba en un primer momento en relación con la existencia de

²⁴⁰ Ciertamente, como pone de relieve GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 120.5° del Código penal de 1995», cit., pág. 754: “Podría entonces argumentarse que se produce una cesión voluntaria en orden a la circulación del vehículo originando responsabilidad en el propietario (que es titular) cuando en virtud de un negocio de carácter real u obligatorio pone en manos de otro sujeto el automóvil, y éste a su vez, porque también es titular, es responsable cuando cede voluntariamente el uso del mismo a un tercero, tendríamos, en consecuencia, dos posibles sujetos responsables”. Al igual que este autor, mostramos nuestro rechazo a esta interpretación, ya que, si el fundamento de este tipo de responsabilidad lo encontramos en el riesgo de la introducción del vehículo por aquél que efectivamente posee el control y dirección del mismo, no tiene sentido volver a involucrar al propietario, en cuanto titular de las facultades dominicales, en aquellos casos en que no mantiene la facultad de uso y disfrute.

²⁴¹ En este sentido, podemos leer en la STS de 1 de abril de 2002 (RJA 6758), en la que se desestimó el motivo de casación que al amparo del art. 849.1 de la LECRIM, denunciaba la indebida aplicación del art. 120.5 del CP, “al haber sido declarada en la Sentencia recurrida responsable civil subsidiaria del hecho cometido por el acusado su madre la recurrente. No pudiendo ser impugnada, por las razones a que nos hemos referido en el fundamento jurídico anterior, la afirmación contenida en el primer hecho probado según la cual el acusado conducía, al perpetrar el hecho enjuiciado, un automóvil propiedad de su madre que lo había autorizado al efecto, es claro que carece de fundamento la pretensión de que la recurrente ha sido declarada responsable civil subsidiaria sin cobertura legal. El Tribunal de instancia ha declarado probado que la madre del acusado le financió los gastos para la obtención el permiso de conducir y que dejaba las llaves del vehículo encima de la mesa del salón donde ambos convivían, de donde el acusado las cogió sin necesidad de solicitar su expresa autorización, deduciendo el Tribunal de estos datos y de otros a que se refiere en el fundamento jurídico quinto de su resolución- la existencia de un permiso permanente para que el hijo utilizase el automóvil de la madre. Ello es suficiente para que consideremos irreprochable la aplicación del art. 120.5 CP y la declaración de responsabilidad civil subsidiaria que se impugna”.

²⁴² Afirma GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 120.5° del Código penal de 1995», cit., pág. 757, que: “[...] no habrá autorización cuando la voluntad contraria se materialice en el prudente y diligente obrar de todo lo que constituye el hecho, comprobando no sólo la predisposición de querer impedirlo, sino la jurídica disposición de evitar que el vehículo vaya a ser usado”.

²⁴³ Cfr. GONZÁLEZ CASSO, «La responsabilidad civil subsidiaria del propietario de un vehículo», cit., pág. 2.

²⁴⁴ Vid. GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 120.5° del Código penal de 1995», cit., págs. 757-758. También puede verse la STS de 26 de enero de 1984 (RJA 412).

ciertas relaciones como las de parentesco²⁴⁵, en la actualidad se admite dicha práctica con carácter general²⁴⁶.

5.3. RELACIONES E INTERFERENCIAS ENTRE LAS REGLAS 4º Y 5º DEL ART. 120 DEL CP

Una de las cuestiones que mayores dificultades interpretativas presenta el apartado 5º del art. 120 del CP es la relativa a la relación que el mismo guarda con el apartado 4º de dicho precepto. En el apartado 5º se hace referencia a la responsabilidad del titular del vehículo susceptible de crear riesgos por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquéllos por las personas autorizadas, pero es que, además, se hace mención también a sus representantes o dependientes. Esta última referencia pudiera parecer una reiteración de lo dispuesto en el art. 120.4º del CP si no fuese porque en el mismo la responsabilidad del empresario se encuentra condicionada no sólo a la existencia de una relación de dependencia, sino también a que el delito o falta haya sido cometido con ocasión de las funciones encomendadas.

Ante la existencia de una norma de carácter general, que establece la responsabilidad civil de los empresarios por los daños ocasionados por sus empleados en el desempeño de sus funciones y de una norma especial, relativa a los perjuicios causados con ocasión de la utilización de un vehículo —en la que no sólo se hace mención a las personas autorizadas para su uso, sino también a los empleados y dependientes del titular del mismo—, hay quien ha tratado de buscar un ámbito propio y diferenciado para cada uno de estos supuestos cuando los daños se han producido como consecuencia del empleo del vehículo del empresario por uno de sus dependientes.

Con este propósito, se ha considerado que si la exigencia de responsabilidad conforme a lo dispuesto en el aptdo. 4º del art. 120 del CP precisa que exista tanto una relación de dependencia como que los daños se hayan producido en el marco de la actividad empresarial, de acuerdo con el aptdo. 5º y, precisamente por el hecho de haberse ocasionado los perjuicios con un vehículo, los presupuestos para la exigencia

²⁴⁵ Por todas, vid. las SSTs de 10 de julio de 1990 (RJA 7377) y de 20 de diciembre de 1989 (RJA 917).

²⁴⁶ Puede leerse en el Auto del TS de 14 de julio de 2000 (RJA 7511) que: “Existe una presunción de autorización siempre que alguien conduzca un vehículo de titularidad ajena, trasladándose al propietario la carga de acreditar la inexistencia de tal autorización -por ejemplo, porque el vehículo fue indebidamente sustraído por el conductor, o porque fue previamente transmitido a éste-, y ello porque no es dable pensar, con carácter general, que un propietario desconozca que el vehículo de su pertenencia es conducido por un tercero, pues el titular del vehículo, en cuanto éste es un elemento de riesgo susceptible de causar daños a las personas o en los bienes, ha de tener en todo momento el control del mismo, sin que pueda imaginarse, salvo supuestos marginales y cuya prueba le incumbe, una conducción no autorizada por él”. En este mismo sentido puede verse la STS de 23 de septiembre de 2002 (RJA 9026). Entre la doctrina pueden consultarse, GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 120.5º del Código penal de 1995», cit., págs. 757-758; REGLERO CAMPOS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1988», cit., págs. 858-859 y SERRANO BUTRAGUENO, «Comentarios al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos...», cit., pág. 1.171.

de responsabilidad al titular-empresario se flexibilizan. Así pues, se entiende que para la deducción de la responsabilidad civil contra el titular del vehículo conforme a lo dispuesto en el art. 120.5° del CP, tratándose del titular empresario o principal, y siendo el causante de los perjuicios un dependiente o representante, no será preciso que los perjuicios se hayan producido con ocasión de las funciones encomendadas. Ni tampoco se requerirá la cesión autorizada, la cual parece presumirse de la relación de dependencia, pues del tenor literal del precepto sólo parece precisarse respecto de terceras personas²⁴⁷.

Esta interpretación cuya plausible intención era la de evitar la concurrencia de normas reguladoras de un mismo supuesto de hecho, presenta a nuestro juicio dos serias objeciones. En primer lugar que, pese a que sea cierto que en principio parece comprender aquellos casos en que los daños se originen al margen de las actividades propiamente empresariales y que por consiguiente escaparían a la aplicación del apartado 4° del art. 120 del CP²⁴⁸, ésta es una contingencia que ha sido interpretada y tratada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina como una extralimitación que no impide la exigencia de responsabilidad al principal conforme a dicho apartado, de ahí que resultase innecesaria la inclusión de los términos empleados y representantes en su apartado 5°, al menos a estos efectos.

La segunda de las observaciones es la relativa a la presunción de la autorización del uso del vehículo cuando entre el titular del mismo y el causante de los daños media una relación de dependencia o representación. Esta solución, que permitiría dirigirse contra el empresario titular del vehículo una vez probada la relación de dependencia sin la necesidad de la concurrencia ni de los presupuestos del apartado 4° ni del consentimiento del 5°, nos conduciría necesariamente a situaciones injustas²⁴⁹. Además, debe observarse —como hace YZQUIERDO TOLSADA— que en muchas ocasiones «el vehículo es puesto a disposición del empleado precisamente por ser empleado y como una forma de remuneración en especie (con frecuencia en los contratos de alta dirección), con licencia total y absoluta para hacer del mismo el uso privado que le convenga: es una cesión por razón de la dependencia y por completo independiente de las funciones, obligaciones o servicios puestos a cargo

²⁴⁷ De esta opinión parece mostrarse partidaria GARCÍA PÉREZ, «Comentario al art. 120.5° del Código penal de 1995», cit., pág. 774, cuando al comentar la relación existente entre el apartado 4° y 5° del art. 120 del CP afirma que: «En consecuencia, si fuese complicado establecer la relación de dependencia la mera autorización acarrearía esta responsabilidad, mientras que la existencia del vínculo de dependencia suplirá a aquélla cuando el hecho dañoso haya tenido lugar, incluso, fuera de lo que son estrictamente funciones encomendadas, por cuanto el consentimiento genérico del titular al uso del vehículo por parte de sus empleados, puede también entenderse respecto de la utilización del vehículo con una finalidad particular».

²⁴⁸ Vid. apartado 4.2.2) *La incardinación del hecho delictivo y dañoso en el marco de la actividad empresarial*.

²⁴⁹ Tal y como advierte YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., pág. 290: «Una interpretación aislada de la regla llevaría a que el titular del vehículo deba responder subsidiariamente de todo cuanto con él haga el representante o dependiente que lo conduzca, cuando no cabe la menor duda de que también para este apartado 5° han de jugar los mismos requisitos que se establecen en el 4° y señaladamente, el que la conducción se haya verificado dentro del desempeño de las obligaciones o servicios».

del beneficiado por la cesión»²⁵⁰. En este caso resulta evidente que, pese a existir una relación de dependencia, el principal o empresario ha perdido todo poder de control o dirección del vehículo, que es precisamente el fundamento de este apartado 5º del art. 120 del CP.

Por tanto, el empresario responderá de los daños ocasionados por el empleado o representante en la utilización del vehículo sólo cuando concurren los presupuestos del art. 120 4º del CP y, en otro caso, podrá igualmente responder por el uso del vehículo por el dependiente si ha mediado una cesión voluntaria por parte del titular y por tanto, puede entenderse comprendido dentro de la categoría más genérica de “personas autorizadas”²⁵¹. De ahí que nos sumemos a la opinión mayoritaria que considera que sería conveniente la desaparición de la mención de los «representantes» y «dependientes» contenida en la regla 5º del art. 120 del CP²⁵².

6. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Finalmente, en el art. 121 del CP el legislador declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia, la Isla, el Municipio —es decir, la Administración Local— y demás Entes públicos por los daños producidos por delitos dolosos o imprudentes²⁵³, cuando quienes los hubieren cometido sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren encomendados.

Este precepto es una de las disposiciones más novedosas introducidas por el CP del 95 en materia de responsabilidad civil, y a su vez más problemática en cuanto a su redacción. La novedad de esta previsión se debe a que, en la larga tradición de Textos punitivos que se han sucedido en nuestro ordenamiento jurídico, por vez

²⁵⁰ *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., pág. 291.

²⁵¹ Como acertadamente señala SOTO NIETO (con GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 233, sobre este particular: “Desde el momento que se cumple la previsión del precepto con la utilización del vehículo por «persona autorizada» sobran cualesquiera otras exigencias”; y como continúa diciendo en la pág. 234: “Podría aceptarse como conclusión lógica la de que el legislador ha querido flexibilizar al máximo la movilización del titular del vehículo para cubrir el espacio de la responsabilidad subsidiaria”.

²⁵² Cfr. entre otros, MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 150 e YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., pág. 290, de este mismo autor puede verse también «La responsabilidad del propietario no conductor...», op. cit., pág. 334. En esta misma línea, concluye ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, cit., pág. 515, que: “[...] la regla no constituye únicamente una «prolongación» de la anterior sino que permite incluir en ella otros muchos casos que no cumplen los requisitos de «empresa propietaria de un vehículo-dependiente que conduce un vehículo en el desempeño de sus funciones». Opinión a la que se suma SOTO NIETO (con GARCÍA VICENTE; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., págs. 232-233.

²⁵³ El tenor literal del art. 121 CP hace mención a los “delitos dolosos o culposos”, pero como pone de relieve GÓMEZ COLOMER, *Constitución y proceso penal...*, cit., pág. 268, el legislador se está refiriendo en realidad a los delitos imprudentes.

primera el CP prevé la posibilidad de que la Administración responda de las consecuencias civiles derivadas de los hechos delictivos cometidos por sus agentes²⁵⁴. No obstante, desde hacía ya tiempo, y basándose en una interpretación extensiva del art. 22 del derogado CP de 1973²⁵⁵, entendiéndose que los supuestos en él mencionados no constituían una enumeración exhaustiva y que dentro de las personas jurídicas podían encontrarse tanto las privadas como las públicas, se venía declarando la responsabilidad de la Administración pública por los hechos delictivos cometidos por sus autoridades o sus contratados²⁵⁶.

Esta interpretación extensiva del art. 22 del CP de 1973 para deducir la responsabilidad de la Administración resultaba a todas luces insatisfactoria²⁵⁷. Si bien es cierto que los órganos judiciales no trataban sino de paliar un vacío legislativo que podía ocasionar situaciones de verdadera desigualdad entre los perjudicados por meros ilícitos civiles cometidos por los funcionarios y empleados de la Administración y los que lo fueran por actos delictivos de esos mismos sujetos, no lo es menos que la ausencia de una disposición delimitadora de esta responsabilidad conducía en ocasiones a interpretaciones realmente forzadas y artificiosas, que en última instancia no trataban tanto de establecer el fundamento de la responsabilidad de la Administración como de reparar en todo caso el perjuicio sufrido, olvidando que en nuestro ordenamiento jurídico se ofrecen otras vías que permiten indemnizar sin forzar ni desdibujar instituciones como la de la responsabilidad civil²⁵⁸. En

²⁵⁴ Tal y como señala ROCA GUILLAMÓN, «Comentario al artículo 121 del Código penal de 1995», en *Comentarios al Código penal*, (dir. Cobo del Rosal), t. IV, Madrid, 1999, págs. 822-823: “Se trataba en definitiva de progresar sobre la mezquina interpretación que los Tribunales, como regla general, no desde luego sin excepción, venían haciendo del ámbito de aplicación de los artículos 21 y 22 C.p., coincidente con la antigua concepción de la irresponsabilidad de la corona, lo que llevaba a una exclusión de la Administración del Estado y Municipal, por no ser específicamente mencionadas en los sucesivos Códigos penales”. Cfr. también CÓRDOBA RODA, «Comentario al art. 22 del Código penal», cit., pág. 991.

²⁵⁵ En el art. 22.I del CP de 1973, podía leerse que: “La responsabilidad subsidiaria que se establece en el art. anterior será también extensiva a las personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicio”.

²⁵⁶ Entre otras muchas, cfr. las SSTs de 22 de marzo de 2001 (RJA 1357); de 10 de julio de 1995 (RJA 5606); de 7 de febrero de 1994 (RJA 1273); de 4 de mayo de 1994 (RJA 3655); de 4 de diciembre de 1993 (RJA 9385); de 15 de noviembre de 1993 (RJA 8581); de 31 de enero de 1992 (RJA 615); de 12 de marzo de 1992 (RJA 2442); de 28 de diciembre de 1992 (RJA 10120); de 22 de noviembre de 1989 (RJA 8699); de 20 de octubre de 1989 (RJA 7727) y de 7 de marzo de 1989 (RJA 2506).

²⁵⁷ Cfr. ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, cit., págs. 516-517; QUINTERO OLIVARES (con CAVANILLAS MÚGICA y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA), *La responsabilidad civil «ex delicto»*, cit., pág. 169; este mismo autor (con TAMARIT SUMALLA) en «Comentario al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas...», cit., pág. 590; MONTÉS PENADÉS, «Comentarios al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas...», cit., pág. 644 y ROCA GUILLAMÓN, «Comentario al artículo 121 del Código penal de 1995», pág. 816.

²⁵⁸ Entre los distintos casos que a todos se nos vienen a la mente cabría destacar el «Caso de la Colza» (STS de 26 de septiembre de 1997 [RJA 6366]); el «Caso de la Presa de Tous» (STS de 15 de abril de 1997 [RJA 2989]) e, incluso, el «Caso de la Discoteca Alcalá 20» (STS de 17 de julio de 1995 [RJA 6827]). Acontecimientos todos ellos que, como ha puesto de relieve la doctrina, han debido de tenerse presentes por el legislador al redactar el art. 121 del CP. Cfr. GÓMEZ

cualquier caso, no se puede olvidar que esa línea jurisprudencial pretendía dar satisfacción a dos de los nuevos valores en alza, como son los de que no hay daño sin justa causa que no deba ser indemnizado y la aspiración de que los daños ocasionados como consecuencia de un delito o falta reciban una pronta y eficaz reparación de acuerdo con los principios asistenciales y de solidaridad que proclama un Estado social de Derecho²⁵⁹.

Pese a que para todos era indispensable que el legislador penal abordase esta materia, pocos preceptos relativos a la responsabilidad civil conllevaron un debate tan arduo hasta llegar a un consenso en su redacción²⁶⁰. La regulación que finalmente se impuso en el CP fue el resultado de una pugna entre los sistemas que se habían propuesto en los arts. 122 del APC de 1992 y 121 del PCP de 1994, que finalmente no parece haber satisfecho completamente a nadie.

En el art. 122 del ACP de 1992 se establecía la responsabilidad civil directa de la Administración pública²⁶¹, opción legislativa que resultaba coherente con el

COLOMER, *Constitución y proceso penal...*, cit., pág. 267; QUINTERO OLIVARES (con CAVANILLAS MÚGICA y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA), *La responsabilidad civil «ex delicto»*, supra cit., pág. 168 y ROCA GUILLAMÓN, «Comentario al artículo 121 del Código penal de 1995», cit., pág. 816.

²⁵⁹ Esta aspiración es aun más palmaria cuando quien interviene es autoridad o agente de la Administración, de ahí que ROCA GUILLAMÓN, «Comentario al artículo 121 del Código penal de 1995», cit., pág. 816, afirme que: “El precepto que integra el art. 121 del Código penal de 1995 aborda una de esas materias proclives a estimular la sensibilidad colectiva ante la producción de un daño, al proceder éste de un agente que, por su singular vinculación con el Estado o algún Ente Público, o bien cuando el daño se produce en situaciones de especial dramatismo, a toda costa se trata de buscar un culpable que traslade a aquellos la responsabilidad última por su actuación, en la búsqueda de una indemnización”. Pero, tal y como pone de relieve QUINTERO OLIVARES, *La responsabilidad civil «ex delicto»*, op. cit., pág. 168: “Como inspiración, por supuesto, es inobjetable. Pero el problema aparece cuando se confunden los planos de los deberes sociales que el Estado debe cumplir en coherencia con el espíritu de la Constitución —lo cual tiene su mejor expresión en las diferentes normas reguladoras de la ayuda a víctimas de delitos— con los razonamientos jurídicos que se invocan para arrastrar esa responsabilidad”. En cualquier caso, los abusos e interpretaciones extensivas cuando la Administración puede resultar responsable han surgido también en la jurisdicción contencioso-administrativa, donde existe una jurisprudencia consolidada en la que se establece que la prestación por parte de la Administración de un determinado servicio público no implica —pese al sistema vigente de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas— que ésta se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados. Sobre este particular pueden verse, entre otras muchas, las SSTS (Sala 3ª) de 13 de septiembre de 2002 (RJA 8649); de 26 de febrero de 2002 (RJA 1718); de 17 de mayo de 2001 (RJA 7972); de 3 de diciembre de 1999 (RJA 9349); de 4 de mayo de 1998 (RJA 4593) y de 13 de noviembre de 1997 (RJA 7952).

²⁶⁰ Sobre los avatares de la tramitación parlamentaria de este precepto puede verse GARCÍA FERNÁNDEZ, *Crónica de la tramitación parlamentaria*, Madrid, 1996, págs. 388-398; PAZ RUBIO, «Responsabilidad civil subsidiaria del Estado», *CDJ*, mayo, 1994, págs. 286-287; SOTO NIETO, «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás Entes públicos en general...», cit., pág. 1.658-1.660 y ZUBIRI DE SALINAS, «Responsables civiles en el Código penal», cit., págs. 64-65.

²⁶¹ Disponía así su tenor literal: “1. El Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio y demás Entes Públicos, según los casos, responden patrimonial y directamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos o faltas, cuando éstos sean autoridades,

sistema de responsabilidad patrimonial proclamado en el art. 106.2 de la CE y en los arts. 139 y ss. de la LRJ-PAC²⁶². Sin embargo, no resultaba del mismo modo aceptable el hecho de que en dicha disposición se remitiese al perjudicado a la jurisdicción contencioso-administrativa²⁶³, pues no sólo se regresaba a lo que se había

agentes de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones y en el cumplimiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados.

2. La responsabilidad a que se refiere el párrafo anterior habrá de exigirse directamente de la Administración responsable por el procedimiento establecido en su legislación propia. Si se exigiera en el proceso penal, la sentencia se limitará a pronunciarse sobre la misma sin entrar, en ningún caso, a decidir sobre la relación entre la conducta del culpable y el servicio público de que se trate, ni sobre la eventual responsabilidad de la Administración, que habrá de exigirse directamente ante ésta y ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que, en ningún caso pueda darse duplicidad de indemnizaciones”.

²⁶² Tal y como señalaba SOTO NIETO, «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás Entes públicos en general...», cit., pág. 1.659: “En la elaboración del Proyecto de 1992, en el particular que nos ocupa (*la previsión de la responsabilidad civil de la Administración como directa*) se trató de sintonizar al máximo con la ordenación instaurada en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de toda lesión sufrida por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos que es proclamada en el art. 139 de meritada norma” (la cursiva es nuestra). En el mismo sentido, dicho autor en GARCÍA VICENTE (con SOTO NIETO; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 237 y también ROCA GUILLAMÓN, «Comentario al artículo 121 del Código penal de 1995», cit., pág. 832.

²⁶³ Para SOTO NIETO, «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y Ente públicos en general...», cit., pág. 1.659, precisamente esa aspiración de unificar el régimen de la responsabilidad civil del Texto punitivo con el previsto en la LRJAP, fue lo que llevó también al legislador a establecer la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. En sentido parecido cfr. CASINO RUBIO, *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Madrid, 1998, pág. 173; GARCÍA LARAÑA, «La responsabilidad civil ex delicto en el anteproyecto de Código Penal de 1995», *RJE La Ley*, 1992, t. 3, pág. 1.052 y GARCÍA VICENTE, «La responsabilidad civil en el nuevo Código penal», cit., pág. 660.

No obstante, señalaba el primero de los mencionados autores que: “Semejante escisión entre el pronunciamiento penal y el estrictamente reparatorio rompía con la tradición secular de nuestros textos penales, de eficacia reconocida por lo que supone de economía procesal, simplicidad de trámites y más fácil fundabilidad. La resolución conjunta e *in integrum* de las pretensiones penal y civil representa un alivio para la víctima o perjudicado. A la satisfacción de sus demandas se une la agilidad y mejor reconocimiento en la respuesta”; concluyendo que: [...] en el orden que nos ocupa tal propósito puede ser perturbador, incidiendo negativamente sobre los afectados por delitos atribuibles a autoridades, agentes o funcionarios públicos. El perjudicado quedaría obligado, tras la terminación de la causa penal, a emprender un «peregrinaje» jurisdiccional cifrando sus esperanzas resarcitorias en el agotamiento de las vías administrativa y contencioso-administrativa. La Administración Pública quedaría en situación de privilegio frente a otras personas, entidades, empresas que ostentasen la condición de responsables subsidiarios” (pág. 1.659 de la mencionada obra). Mucho menos crédulos acerca de cuáles eran las intenciones del legislador a la hora de elaborar esta disposición se mostraban algunos otros autores, especialmente aquellos que tuvieron presente los acontecimientos sociales que acaecían de forma contemporánea a la promulgación del Proyecto. A juicio de REIG REIG, «La responsabilidad civil dimanante del delito en el Proyecto de Ley orgánica del Código Penal de 1992», *CDJ*, núm. XVIII, 1993, pág. 489: “La primera secuela de esta singular imposición es que el perjudicado deberá recorrer un triple camino para tratar de conseguir la reparación que le corresponde, pues deberá dirigirse contra el autor material del daño y, a continuación, acudir a la vía administrativa primero, y a la contencioso administrativa después, ya que resulta lógico que el Estado quiera agotar todas las alternativas posibles antes de proceder a la satisfacción indemnizatoria. Si a estas afirmaciones innegables se adiciona que la lentitud de la marcha de la Justicia española es

denominado «peregrinaje jurisdiccional» — dado que el perjudicado tendría que acudir al proceso penal y después a la vía administrativa y en su caso a la jurisdicción contencioso-administrativa para verse plenamente resarcido—, sino que, además, de este modo se otorgaba un privilegio injustificado e injustificable a la Administración frente al resto de los responsables civiles, extrayendo de la jurisdicción penal la competencia para conocer de forma acumulada de las consecuencias civiles derivadas de los hechos delictivos cometidos por sus funcionarios, autoridades o contratados. Dicha previsión fue objeto de duras críticas tanto por parte de la doctrina²⁶⁴ como por parte de las propias asociaciones profesionales²⁶⁵. Este sistema

clamorosa, no es difícil deducir de todo lo expuesto que muy pocas veces se verá demandada, con éxito para el perjudicado: unas veces, estas dificultades desanimarán al actor sin comenzar siquiera el procedimiento; otras, desistirá a la vista del tiempo perdido, de los gastos originados y de la ausencia de resultados efectivos a corto plazo, con todo lo cual la absolución a favor de la Administración será, como se ha dicho, generalizada y por ello, hablar expresamente de «responsabilidad patrimonial directa» debe tomarse como una broma de mal gusto de los legisladores, aunque acorde con la actual situación económica de España”. Mucho más provocadoras resultan las palabras de PANTALEÓN PRIETO, «Perseverare diabolicum» (¿Otra vez la responsabilidad civil en el código Penal?), *JD*, núm. 19, 1993, pág. 7, para quien: “Proponer ahora una norma como la del art. 122.II del proyecto de Código penal es como pedir a gritos esta dura pregunta: ¿a qué concretos funcionarios se pretende proteger de un modo indirecto, pero patente, desincentivando su persecución penal, pues en ella no podría conseguirse la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado; a los miembros del Ministerio del Interior?”. Cfr. también BAJO FERNÁNDEZ, «Virgencita, que me dejen como estoy», *Diario El Mundo*, Sección de Sociedad, Diario de 28 de octubre de 1994, pág. 27 y ROCA GUILLAMÓN, «Comentario al artículo 121 del Código penal de 1995», cit., pág. 833.

²⁶⁴ La doctrina era prácticamente unánime al señalar las objeciones que este sistema presentaba. Así para MANZANARES SAMANIEGO, «Comentarios al Anteproyecto del Código Penal de 1992...», cit., pág. 241: “Este desafortunado artículo rompe con el ejercicio de la acción civil junto a la penal, precisamente cuando de las Administraciones Públicas se trata. No se comprende una excepción a favor de quien por evidentes razones —la propia existencia de servicios jurídicos estables, entre ellas— se sitúa ya en mejores condiciones que la mayoría de las personas. De otro lado, este privilegio odioso significa que la víctima del delito habrá de seguir una triple vía, penal, administrativa y contencioso-administrativa para obtener la condena civil de dichas Administraciones. Eso, con la lentitud de la Justicia y de las Administraciones Públicas en España, se aproxima a una absolución generalizada. Suena a escarnio que se hable entonces de que se responde «patrimonial y directamente». Para YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad civil en los últimos proyectos de Código Penal. (En especial, el de 1994): Más de lo mismo», *Iniuria*, núm. 6, 1995, pág. 74: “La regulación era de muy dudosa constitucionalidad, poco sensible con los derechos del perjudicado e incongruente con el evidente esfuerzo que en los diferentes Proyectos de los últimos años se ha venido produciendo en los casos de responsabilidad por el hecho de otro que en el Derecho de daños se ha venido produciendo en los últimos decenios, especialmente en los casos de responsabilidad por hecho de otro”. Y a juicio de QUINTERO OLIVARES, *La responsabilidad civil «ex delicto»*, op. cit., pág. 170, se trataba de una “escandalosa huida del sometimiento democrático a la jurisdicción penal”, que como señalaba GARCÍA LARAÑA, «La responsabilidad civil ex delicto en el anteproyecto de Código Penal de 1995», op. cit., pág. 1.052, hubiese constituido “un sistema reparatorio contrario a la deseable economía procesal”. Por todo ello, como apuntaba RUIZ VADILLO, «La responsabilidad subsidia del Estado», *DJ*, núm. 81, 1995, pág. 22, nos encontrábamos ante “uno de los preceptos más desafortunados, regresivos y hasta injustos del Proyecto”. Cfr. RODA GARCÍA Y GALÁN CORTÉS, «Cauce procesal adecuado en reclamaciones simultáneas contra la Administración y el personal sanitario», *RJE La Ley*, 1996, t. 2, págs. 1374-1.375; SOTO NIETO, «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y Ente públicos en general...», cit., pág.1.659; ROCA GUILLAMÓN, «Comentario al artículo 121 del

fue informado de forma desfavorable también por el CGPJ, quien llegó incluso a considerar que la remisión a la jurisdicción contencioso-administrativa resultaba difícilmente conciliable con el derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas²⁶⁶.

Fue en el Proyecto de 1994 cuando, sirviéndose del ensayo que había supuesto el Anteproyecto de 1992, el legislador penal optó por disponer que la competencia para conocer de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración correspondería a la jurisdicción penal cuando los daños derivasen de un hecho delictivo cometido por autoridad, funcionario o contratado por la misma²⁶⁷. Si en este sentido la nueva redacción suponía un avance importante, en esta ocasión fueron tres los aspectos duramente criticados, pues la responsabilidad quedaba limitada a los supuestos únicamente de delitos o faltas dolosas; se establecía como

Código penal de 1995», cit., págs. 832-833 e YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., pág. 313.

²⁶⁵ El descontento ante esta disposición fue mostrado por prácticamente la totalidad de Asociaciones Profesionales. Así, por ejemplo, puede leerse en el Informe elaborado por la Asociación profesional Jueces para la Democracia, «Observaciones críticas al Proyecto de Código penal», *AP*, t. I, IX, 1993, pág. 123, que: “El párrafo segundo del art. 122 debería ser suprimido, pues no existe causa alguna que lo justifique —y podría violar el principio de igualdad la exención de la Administración Pública del régimen de responsabilidad subsidiaria—, y no parece compatible con el respeto al derecho de tutela judicial efectiva de los perjudicados, obligarles en estos casos, una vez terminado el proceso penal, a iniciar nuevamente el camino reparador mediante una reclamación en vía administrativa, y un posterior proceso ante los Tribunales Contencioso-Administrativo. O bien la Administración Pública desconfía de la jurisdicción Penal, o bien se provoca innecesariamente una reiteración de procesos, con el subsiguiente retraso, en perjuicio de la víctima del delito”. Igualmente críticos resultan el Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992, elaborado por la Asociación Profesional de la Magistratura, *CPC*, núm. 47, págs. 310-311 y el Informe que emite el Consejo General de la Abogacía Española, *CPC*, núm. 49, pág. 24.

²⁶⁶ En el Informe preceptivo del CGPJ que puede consultarse en *CPC*, núm. 48, 1992, pág. 740, puede leerse que: “[...] al propio tiempo presupone dificultar de manera extraordinaria el camino hacia la indemnización, haciéndola pasar en buen número de casos por un doble proceso por cuyo resultado sería difícilmente compatible con la debida observancia del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas, condenando al perjudicado al lamentable «peregrinaje de jurisdicciones» que siempre se ha tratado de evitar en materia de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, peregrinaje que podría verse agravado en la práctica por la aplicación, allí donde dogmáticamente es discutible, de la prejudicialidad penal que impone el art. 10.2 de la LOPJ, con la consiguiente paralización del expediente administrativo durante la pendencia de la causa criminal”.

²⁶⁷ Rezaba así el mencionado precepto: “El Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia, la Isla o el Municipio y demás Entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de delitos o faltas dolosas, cuando éstos sean autoridad, agentes de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones y en el cumplimiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, si resulta probada la relación directa y exclusiva entre su conducta y el servicio público de que se trate, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios, exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria. Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agente de la misma o funcionario público, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o Ente Público presuntamente responsable civil subsidiario”.

subsidiaria y no directa la responsabilidad; y, además, se exigía que la relación entre el servicio público y el daño causado fuese no sólo directa sino también exclusiva. Todos estos extremos hicieron pensar a muchos que lo que se pretendía era eludir y dificultar la exigencia de responsabilidad civil a la Administración pública²⁶⁸.

La redacción que finalmente se consolidó en el art. 121 del CP vigente consiguió superar algunas de las mencionadas trabas y limitaciones al perjudicado para dirigirse contra la Administración²⁶⁹; en cambio, unas no han podido superarse y otras tan sólo por vía jurisprudencial han sido paliadas.

6.1. NATURALEZA Y FUNDAMENTO

La responsabilidad civil de la Administración pública por los daños ocasionados por una conducta delictiva por parte de alguno de sus empleados finalmente se estableció como subsidiaria, lo que significa que para interponer la pretensión indemnizatoria contra la Administración previamente habrá que dirigirse contra el funcionario, autoridad o contratado de la misma habiendo resultado éste

²⁶⁸ Realmente duras e ilustrativas del descontento que dicha regulación produjo fueron las palabras de YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., págs. 314-315, para quien: “El Proyecto de 1994 rectificaba los graves problemas procedimentales que planteaba el de 1992, pero introducía unos condicionamientos sustantivos realmente singulares. Constituía una verdadera desfachatez que sólo se estableciese la responsabilidad cuando el hecho del agente, autoridad o funcionario sea constitutivo de delito *doloso*. Ello reducía a bien poco la responsabilidad del Estado, y en un Código llamado a perdurar y a ser considerado como auténtico *Código de la democracia* [...]. La sociedad española no se encuentra precisamente en disposición de admitir una impunidad semejante, que nos haría retornar al imperio de la exoneración del Estado y del brocardo medieval inglés «*the king can do no wrong*» [...]. Todo parece indicar que un Gobierno que, también en este punto, resultó ser muy poco *socialista*, estaba pensando, al redactar tan pernicioso artículo, en la conveniencia «pro Fisco» de dejar desasistidas a tantísimas víctimas”. A lo que continuaba añadiendo que: “Más no terminaban ahí las limitaciones: el precepto exigía que resulte probada una relación, no sólo directa, sino *exclusiva*, entre la conducta del autor del daño y el servicio público de que se trate. Ello había de conducir, en la práctica, a una ampliación exagerada de lo que la responsabilidad del empresario privado se denomina «extralimitación excluyente», dejando inmune al Estado en numerosos casos” (la cursiva es del autor). Vid. también, ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, cit., pág. 518; MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., págs. 151-152; GARCÍA VICENTE (con SOTO NIETO; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 237 y afirma ZUBIRI DE SALINAS, «Responsables civiles en el Código penal», cit., pág. 65. En cambio, para otros se trataba únicamente de evitar que el proceso penal fuese instrumentalizado con el único propósito de obtener indemnizaciones civiles por una vía más rápida y económica que la contencioso-administrativa. Vid. MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», *DA*, núm. 237-238, 1994, pág. 101.

²⁶⁹ Sobre este particular, comenta ROCA GUILLAMÓN, «Comentario al artículo 121 del Código penal de 1995», cit., págs. 835-836, que: “El debate parlamentario permitió corregir algunos de los que hay que entender como *mecanismos de defensa* de la Administración que el Proyecto del Gobierno contenía, algunos de los cuales rozaban probablemente el *límite de la constitucionalidad*” (la cursiva es nuestra).

total o parcialmente insolvente. Esta regulación ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina²⁷⁰.

No se alcanza a comprender por qué el legislador penal finalmente perseveró en esta solución pese a las objeciones que ya había recibido. Para algunos el establecimiento de la responsabilidad subsidiaria, unido a la exclusión del conocimiento por parte del juez penal de la responsabilidad civil en los casos de delitos y faltas imprudentes, denotaban la intención del legislador de dilatar y paliar en la medida de lo posible la responsabilidad de la Administración²⁷¹. En cambio, para otros, pesaron más las razones de carácter ideológico que económico, que pretendían poner fin a los excesos interpretativos que se habían cometido, puesto que en cuanto al factor económico no es extraño que ante cuantías indemnizatorias elevadas se declare la insolvencia del responsable civil directo, para así hacer cargo de la indemnización a la Administración, que en cualquier caso podrá repetir posteriormente contra su funcionario o empleado²⁷². Este último extremo no es incontestable pues, de un lado, consideran algunos autores que precisamente la subsidiariedad provoca un efecto perverso para los perjudicados en estos supuestos concretos, ya que será complicado que al funcionario —que es el obligado principalmente a la reparación—, se le declare insolvente y pueda entonces dirigir la pretensión indemnizatoria contra la Administración o Ente público correspondiente²⁷³. De otro, y lo que a nuestro juicio resulta más reprobable, es que el abuso de una institución lleve al legislador a suprimirla. Pese a que resulte más complicado, habrá que buscar fórmulas que garanticen un uso conforme a Derecho y para ello habrá de comenzar por exigir a los tribunales que apliquen las disposiciones en sus justos términos, sin desdibujar ni la naturaleza ni las funciones de las instituciones jurídicas²⁷⁴. Tal vez debieran revisarse los supuestos en que deben

²⁷⁰ Entre otros, GARCÍA VICENTE, «La responsabilidad civil en el nuevo Código penal», cit., pág. 661; MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 151; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, «La responsabilidad civil derivada del delito», cit., pág. 104; ZUBIRI DE SALINAS, «Responsables civiles en el Código penal», cit., pág. 65 e YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., pág. 284.

²⁷¹ ROCA GUILLAMÓN, «Comentario al artículo 121 del Código penal de 1995», cit., pág. 836, al comentar dichas modificaciones aprecia que: “[...] consideradas en abstracto, pueden tener una justificación presupuestaria de corto o medio plazo; pero no es de recibo que a la consecución de los sin duda estimables objetivos de control del déficit público, hayan de contribuir también a las víctimas de tantos daños por la vía de dilatar su indemnización en el tiempo, que es lo que, a la postre, cabe deducir *grasso modo* como previsible resultado del planteamiento que hacía el Proyecto de 1994”. Vid. también YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., págs. 314-315.

²⁷² Cfr. QUINTERO OLIVARES, *La responsabilidad civil «ex delicto»*, op. cit., pág. 171.

²⁷³ Sobre este particular, afirma MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 151, que: “Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el establecimiento de una responsabilidad subsidiaria para la Administración perjudica los intereses de la víctima del daño, por cuanto al ser un funcionario público el responsable directo no se va a poder obtener, en la mayor parte de los casos, una declaración de insolvencia si éste cuenta con algún género de ingresos o bienes, por modestos que sean, por lo que no va a entrar en juego la responsabilidad subsidiaria”. Esta misma autora en *La aplicación de la pena...*, cit., pág. 106.

²⁷⁴ Prueba de que no se trata de una exigencia desorbitada es la STS de 18 de junio de 2002 (RJA 9944), en la que puede leerse que: “Es cierto que los preceptos sustantivos precitados (entre otros

ofrecerse ayudas públicas y dejar de condicionar las consecuencias desfavorables de determinados servicios públicos al establecimiento de una forzada y en ocasiones artificiosa relación de causalidad, solución que además resultaría más acorde con el Convenio Europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos de 1983 y con la Resolución 40/32 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 29 de noviembre de 1985²⁷⁵.

Probablemente, la explicación última a estas oscilaciones no se halle tanto en razones de índole económica o ideológica como en el gran reto que para el legislador penal suponía afrontar una reforma que abordase la naturaleza de lo que conocemos como responsabilidad civil derivada de delito, prueba de ello es que finalmente se mantuvo la doble regulación de la institución resarcitoria en lugar de la norma de remisión a la regulación civil y administrativa. Así las cosas, los devaneos entre responsabilidad directa o subsidiaria, así como los problemas de determinación de la jurisdicción competente, son sólo el reflejo de un problema de mayor envergadura: determinar si nos encontramos ante una responsabilidad de carácter puro y, siendo así, si se trata de la misma institución resarcitoria que la que subyace en la responsabilidad patrimonial²⁷⁶.

el art. 121 Cp), permiten una interpretación extensiva e, incluso, analógica, inadmisibles respecto a una norma puramente penal, mas ni los principios de «culpa in vigilando» o «in eligendo» ni la teoría de la creación del riesgo, permiten extender a la Administración, por vía de subsidiariedad, la responsabilidad civil cuestionada. Como señala la sentencia de 26-3-1999 (RJA 2054), naturalmente la Administración debe responder, por expreso mandato del art. 106.2 CE, de los daños y perjuicios derivados del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, no sólo cuando en el curso de ese funcionamiento se haya producido una conducta delictiva de uno de sus empleados, sino en cualquier caso que no fuese de fuerza mayor, pero del art. 121 CP se desprende con toda claridad que cuando el daño sobrevenido con motivo del funcionamiento de un servicio público no es consecuencia de un hecho del que deba responder criminalmente una autoridad, funcionario, agente o contratado de la Administración, la responsabilidad patrimonial de ésta habrá de ser exigida de acuerdo con las normas de procedimiento administrativo, esto es conforme a las disposiciones del Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

²⁷⁵ Asamblea General de NU, Cuadragésimo periodo de sesiones, cuyo texto puede consultarse en <http://www.un.org/spanish/documents/resga.htm>.

²⁷⁶ En relación con este extremo puede verse la obra de CASINO RUBIO, *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, cit., en particular las págs. 212-234, en la que partiendo del análisis de la responsabilidad civil *ex delicto* en relación con la responsabilidad extracontractual y trasladando las consecuencias de dicho estudio al ámbito de la responsabilidad patrimonial, concluye que nos encontramos en todos estos casos ante una responsabilidad de carácter puro, cuyo dispar tratamiento no es sino consecuencia de la desidia del legislador por acometer la reforma de una institución como es la de la responsabilidad que requiere de un profundo replanteamiento de algunos de los pilares de nuestro sistema. De ahí la crítica que vierte sobre aquellos autores que centran la problemática única y exclusivamente entorno a la subsidiariedad y que advierte encarecidamente que: “[...] la discusión dogmática no puede situarse (como hasta ahora se ha venido haciendo) en punto sólo a la extensión del carácter directo de la responsabilidad administrativa al campo penal. Pues como ha quedado dicho, eliminar la regla de la subsidiariedad no es tarea que pueda abordarse de forma aislada ni es cuestión, por tanto, que pueda ventilarse de un plumazo, sino que muy por el contrario, y por razón del porte de las consecuencias que comporta —en cuanto demandantes del retoque simultáneo del resto de las piezas del sistema—, debe afrontarse a la vista del sistema penal de responsabilidad civil en su conjunto”.

Prueba de que no se afrontó el problema último de la regulación de la responsabilidad civil en el CP es el párrafo segundo del art. 121, en donde, debido al mantenimiento de la doble regulación de la institución resarcitoria, el legislador penal considera conveniente hacer referencia a la regulación administrativa. En el mencionado párrafo se dispone que la responsabilidad prevista en él debe entenderse sin perjuicio de la patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios, exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo —arts. 139 y ss. de la LRJ-PAC— y que, en cualquier caso, no podrá conllevar una duplicidad indemnizatoria²⁷⁷. Con ello, lo que se pretende es dejar patente que, cuando el daño ocasionado por la actuación de un funcionario, autoridad, agente o contratado con ocasión de un servicio público no sea merecedor de reproche criminal, la responsabilidad patrimonial de la Administración podrá exigirse de acuerdo con las normas de procedimiento administrativo, es decir, de conformidad con las disposiciones del Título X de la Ley 30/1992.

Sobre este particular hay que señalar que en el art. 146.2 de la LRJ-PAC no sólo se prevé la posibilidad de que la vía administrativa discurra de forma paralela a la penal, sino que, además, a estos efectos se establece que no se interrumpirá la prescripción salvo que la determinación de los hechos en el proceso penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial. Esta disposición no se entiende sino en relación con la regulación de la responsabilidad de la Administración prevista en el art. 122 del Proyecto de CP de 1992 en el que se disponía que su responsabilidad era directa y deducible ante la jurisdicción contencioso-administrativa²⁷⁸, lo cual pone de manifiesto que la integración de la regulación de la Ley 30/1992 con el sistema de responsabilidad civil de la Administración previsto en el Texto punitivo no será una tarea sencilla, puesto que las previsiones de la primera estaban pensadas para un sistema totalmente distinto al que finalmente se consagró²⁷⁹.

²⁷⁷ Tal y como señala ROCA GUILLAMÓN, «Comentario al artículo 121 del Código penal de 1995», cit., págs. 839- 840: “En suma, el legislador de 1995, a pesar de haber tenido que rectificar respecto del Proyecto de 1992 y reconocer a los tribunales penales su capacidad de resolver las cuestiones de responsabilidad civil coetáneamente a la depuración de las responsabilidades penales, no ha querido dejar de incluir también en el texto criminal la referencia a la posibilidad de la exigencia ante la Administración correspondiente de su propia y directa responsabilidad patrimonial a que hubiere lugar por el funcionamiento de los servicios públicos”. En sentido parecido, vid. MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., págs. 151-152.

²⁷⁸ No obstante, como advierte PANTALEÓN PRIETO, «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente», REDA, núm. 91, 1996, pág. 406, ante esta situación: “[...] no faltará quien discrepe de dicha opinión, arguyendo que la responsabilidad civil subsidiaria que regula el art. 121 CP tiene una naturaleza diferente a la responsabilidad patrimonial de la Administración regulada en los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992: consecuencia del grave error que ha supuesto continuar regulando diferenciadamente la responsabilidad civil en el Código penal”. Sobre este particular véanse también CASINO RUBIO, *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, cit., pág. 304 y MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España...», op. cit., págs. 98-99.

²⁷⁹ Esta circunstancia es ciertamente alarmante, pues supone un desfase difícilmente solventable entre ambas regulaciones; de ahí las palabras de CASINO RUBIO, *Responsabilidad civil de la*

El hecho de que la responsabilidad de la Administración se deduzca finalmente de forma conjunta con la de la autoridad, funcionario o contratado en el proceso penal complica el entendimiento de la mencionada disposición. De un lado, y dado que el plazo de prescripción no quedará interrumpido por la pendencia del proceso penal, el perjudicado deberá plantear de forma simultánea la pretensión indemnizatoria ante la vía penal y la administrativa, pues de no hacerlo así corre el grave riesgo de que su acción haya prescrito si es que no obtiene la satisfacción en la vía penal²⁸⁰. De otro, resulta complicado imaginar los supuestos en que no operará la prejudicialidad penal a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración, sobre todo cuando el propio precepto al proscribir la duplicidad indemnizatoria pone de relieve que nos encontramos ante una misma y única institución resarcitoria, pese a la duplicidad de regulaciones.

De todo lo expuesto se deduce que el establecimiento de la responsabilidad civil de la Administración como subsidiaria constituye una lamentable excepción al régimen general de responsabilidad patrimonial establecido en los arts. 106.2º de la CE y 139 y ss. de la LRJ-PAC²⁸¹, especialmente si se tiene presente que la institución resarcitoria es única pese a que se insista en esa reprochable opción legislativa de dispersar y alterar su regulación²⁸². Ciertamente no tiene ningún sentido ni lógica que,

Administración y delito, cit., pág. 304, cuando afirma que: “[...] la tesis que vengo comentando pone paladinamente al descubierto la miseria en la que ha quedado abandonado el citado art. 146.2 LRJPAC como consecuencia del decaimiento del proyecto de Código Penal de 1992. Y todo ello porque aceptar la apuntada interpretación obliga a admitir que el referido art. 122 del proyecto no sólo funge como criterio interpretativo del referido art. 146.2, sino que lo hace también como pieza necesaria del «rompecabezas» (y nunca quizá mejor dicho) en el que el legislador proyectaba descomponer el sistema del procedimiento de reclamación de daños contra la Administración. Y claro, aquí está el problema. Porque evidentemente al faltar una de las piezas todo el sistema se hace por definición inviable o, lo que es peor, se convierte en fuente inagotable de problemas. Por decirlo en una palabra, el paso adelante se ha vuelto hacia atrás y la regla del art. 146.2 LRJPAP ha quedado atorada en su propia dependencia frustrada, de la que no le resultará fácil salir. O si se prefiere, el proyecto de Código Penal servía para explicar el pasado, pero anuncia un futuro realmente incierto”.

²⁸⁰ Esta situación de inseguridad jurídica para el perjudicado ha sido denunciada por la doctrina, así puede leerse en GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «¿Interrumpe el ejercicio de acciones penales el plazo de prescripción para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración? Sobre el alcance del art. 146.2 de la Ley 30/1992», *RAP*, núm. 141, 1996, pág. 265, que: “En efecto, es fácil observar cómo las Administraciones van poco a poco «descubriendo» el contenido del art. 146.2 de la Ley 30/1992, precepto cuya interpretación literal está convirtiéndose en un instrumento útil para, en muchas ocasiones, declarar extemporáneas las declaraciones dirigidas contra ellas”. En este mismo sentido y siguiendo a este autor vid. también CASINO RUBIO, *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, cit., pág. 302.

²⁸¹ Entre otros, vid. LEGUINA VILLA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común*, Madrid, 1993, pág. 404; MOLINA VARES BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 151; QUINTERO OLIVARES (con TAMARIT SUMALLA), «Comentario al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas...», cit., pág. 591; ROCA GUILLAMÓN, «Comentario al artículo 121 del Código penal de 1995», cit., pág. 821; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, «La responsabilidad civil derivada del delito», cit., pág. 104; YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., págs. 311-312 y ZUBIRI DE SALINAS, «Responsables civiles en el Código penal», cit., pág. 65.

²⁸² Vid por todos CASINO RUBIO, *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, cit., págs. 232-233.

tratándose en ambos casos de procurar al perjudicado una satisfacción por los daños ocasionados de forma directa por la prestación de un servicio público, la Administración responda directamente cuando nos encontremos ante ilícitos civiles y lo haga sólo de forma subsidiaria tratándose de hechos constitutivos de delito²⁸³.

Además, esta opción es aún más desafortunada si tenemos presente que la consideración de esta responsabilidad como directa era compartida por el Consejo de Estado, y así se había puesto de manifiesto en el Dictamen de 11 de abril de 1962²⁸⁴, emitido en relación con el art. 22 del Código de 1944, en el que se consideraba que esta solución era la más acorde con la evolución que la responsabilidad patrimonial del Estado había experimentado a través de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y la Ley de 26 de julio de 1957, de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Esta solución construida por el Consejo a través del «simple recurso a la mecánica de que “ley posterior (Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) deroga a ley anterior (Código penal)”», tal y como señala YZQUIERDO TOLSADA, nos habría servido en la actualidad para llegar a la misma conclusión, si no fuese porque «por la misma razón, prevalece ahora el art. 121 del nuevo Código penal, y la responsabilidad que éste establece es subsidiaria, en defecto de solvencia del delincuente, lo que convierte la tesis de la responsabilidad directa en un mero *desideratum* o apunte de *lege ferenda*»²⁸⁵.

No nos resta sino recordar que la responsabilidad prevista en el art. 121 es de carácter objetivo, de ahí que no deba probarse culpa o negligencia por parte de la Administración, sino la actuación dolosa o imprudente constitutiva de la autoridad,

²⁸³ Como acertadamente puede leerse en LEGUINA VILLA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a sus servicios», *CDJ, La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, 1993, pág. 404: «[...] sería absurdo que la Administración estuviera obligada a indemnizar directamente por los hechos graves y no, en cambio, por hechos igualmente graves que le son igualmente imputables si se han producido dentro del círculo de funciones públicas encomendadas al agente declarado culpable». En sentido parecido afirmaba MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad civil patrimonial de las Administraciones públicas en España...», cit., pág. 97, que: «La razón para auspiciar la responsabilidad directa de la Administración en vía penal era simple: si la Administración responde de forma directa por la actividad, cualquiera que sea, del funcionario, no hay motivo alguno que justifique el cambio de ese régimen cuando la responsabilidad no se exige en vía administrativa, sino que la determina el juez penal por una cuestión de economía procesal tras una actividad tipificada como delito o falta». Cfr. también BARCELONA LLOP, «Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales» *DA*, núms. 237-238, 1994, pág. 97 y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, «La responsabilidad civil derivada del delito», cit., pág. 104.

²⁸⁴ Dictamen que puede consultarse en el Expediente núm. 28.574 de la Recopilación de Doctrina Legal, Madrid, 1963, pág. 68. Citado por MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España...», cit., pág. 97.

²⁸⁵ *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., pág. 312. Pese a todo, nos consuela el autor diciendo que: «De todas maneras, si se comprueba el tortuoso itinerario que ha seguido la norma hasta su definitiva aprobación, el sufrido administrativo español puede felicitarse de que, por lo menos, se haya logrado el reconocimiento expreso de la responsabilidad subsidiaria, y no solamente en caso de delitos dolosos, como preveía inicialmente el Proyecto del Gobierno».

agente, contratado de la misma o funcionario en el desempeño del servicio público²⁸⁶.

6.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

6.2.1. La Administración Pública como responsable y el funcionario, autoridad o contratado como desencadenante de la responsabilidad

La determinación de los sujetos llamados a responder como Administraciones Públicas no es una tarea sencilla. Ni en la legislación encontramos un concepto único de Administración pública²⁸⁷, ni existe una tipología dogmática unánime que comprenda todos los tipos de entes y organismos públicos existentes²⁸⁸.

El legislador penal trató de emplear una fórmula lo más técnica y precisa posible, aunque su intento resultó baldío; de un lado, llevó a cabo una descripción de las Administraciones territoriales que pretendía ser exhaustiva y que, finalmente, resultó ser incompleta, pues la enumeración que efectúa no alcanza a comprender a todas las estructuras subjetivas que forman parte de la Administración General del Estado, la Autonómica y la Local²⁸⁹. De otro lado, la necesidad de mencionar esa otra serie de sujetos que adoptan una estructura pública, privada o mixta —que en ocasiones desarrollan funciones de naturaleza administrativa— y que, debido

²⁸⁶ En el caso de la Administración, a diferencia de lo que veíamos cuando analizamos la responsabilidad del empresario, la determinación de la relación de dependencia no planteaba problemas ni tampoco si el hecho se cometió como consecuencia de un funcionamiento normal o anormal del servicio público, pues en ambos casos la Administración se encontrará obligada a indemnizar, e incluso es más, también lo hará de acuerdo con lo dispuesto en el art. 106.2 de la CE en los casos de culpa exclusiva del perjudicado y caso fortuito, excluyendo su cobertura sólo en el caso de fuerza mayor. Cfr. ROCA GUILLAMÓN, «Comentario al artículo 121 del Código penal de 1995», cit., pág. 840.

²⁸⁷ En este sentido pueden verse las definiciones que de Administración pública realizan el art. 1.2 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en adelante LJCA, el art. 2 LRJ-PAC y el art. 1.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante TRLCAP.

²⁸⁸ Sobre este particular pueden verse COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, 2002, págs. 281-314; GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, t. I, págs. 365-432; GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, *Parte General*, Madrid, 2002, págs. 418-489; PARADA, *Derecho Administrativo*, vol. II, *Organización y empleo público*, Madrid, 2002, págs. 240-278 y SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 2001, págs. 617-664.

²⁸⁹ En el art. 121 del CP se hace mención al Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia, la Isla y el Municipio. Sin embargo, la Administración Local está integrada no sólo por las tres últimas entidades indicadas, que son las que poseen reconocimiento constitucional (arts. 137 y 141 de la CE), sino también las que según el art. 3.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Jurídico Local (en adelante LRBRL) gozan de dicha condición: “a) las entidades de ámbito territorial inferior al municipal instituidas o reconocidas por las Comunidades Autónomas conforme al artículo 45 de esta Ley. b) Las comarcas u otras entidades que agrupen varios Municipios instituidas por las Comunidades Autónomas de conformidad por esta Ley y los correspondientes Estatutos de Autonomía. c) Las Áreas Metropolitanas. d) Las Mancomunidades de Municipios”. Habría bastado por tanto hacer referencia a Administración Local sin más.

precisamente a su multiplicidad y falta de caracteres comunes no se pueden englobar bajo una única categoría, obligó al legislador a finalizar dicha fórmula con una cláusula de cierre tan amplia y ambigua como es la referencia a “los demás entes públicos”; en esta última mención, deben entenderse comprendidos los Entes públicos vinculados o dependientes de las Administraciones citadas²⁹⁰, así como el resto de sujetos de naturaleza pública o privada cuando ejerzan funciones públicas y, en su caso, los órganos constitucionales cuando realizan actuaciones administrativas²⁹¹. Tal vez para el legislador penal —dadas las dificultades que esta materia entraña y puesto que el CP no es el mejor lugar para ensayar nuevas fórmulas— hubiese resultado más sencillo adoptar alguna de las ya existentes o simplemente remitirse a ellas; así por ejemplo, estableciendo que, a estos efectos, el concepto de Administración pública debería entenderse conforme a lo dispuesto en el art. 1 de la LJCA que es, de las distintas Leyes «administrativas» existentes, una de las que ofrece un concepto más sistemático²⁹².

²⁹⁰ En cualquier caso y en relación con estos sujetos, habrá de tenerse en cuenta que según lo dispuesto en el art. 2.2 de la LRJ-PAC, los Entes públicos que cuenten con personalidad jurídica propia —pese a que se encuentren vinculados o sean dependientes de alguna de las Administraciones territoriales— sólo responderán “cuando ejerzan potestades administrativas”, pero no lo harán al menos por este precepto, en relación con el resto de su actividad, que se registrará por lo dispuesto en sus normas de creación.

²⁹¹ En principio, podríamos aventurarnos a decir que dicha mención comprende: 1) Los distintos tipos de organismos de naturaleza jurídica pública vinculados o dependientes de las Administraciones territoriales —en el caso de la Administración General del Estado, los Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales y resto de Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia dependientes de ellos (LOFAGE)—; 2) El resto de sujetos de naturaleza pública que tienen un estatuto singularizado, como es el caso de las Universidades y 3) Los órganos constitucionales como el Defensor del Pueblo, el CGPJ, o el Tribunal de Cuentas.

²⁹² Puede leerse en el art. 121 de la LJCA que: “2. Se entenderá a estos efectos por Administraciones públicas:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración local.
- d) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales.

3. Conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con:

- a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo.
- b) Los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de Gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- c) La actuación de la Administración electoral, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General”.

Afirma PEMÁN GAVÍN (ET ALII), «Comentario al art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *REDA*, núm. 100, 1998, págs. 53 y 54 refiriéndose a esta disposición: “Fórmula esta última que pretende abarcar a toda la variada tipología de Administraciones no territoriales existentes en el panorama administrativo actual, las cuales quedan por tanto englobadas en la órbita de competencia de la JCA cualquiera que sea su naturaleza y denominación”.

En relación con la individualización de este tipo de responsabilidad, dos son las circunstancias que habrán de tenerse en cuenta para determinar la concreta Administración que se halla obligada a indemnizar. El criterio primordial será la relación de dependencia del sujeto responsable criminalmente de los hechos con la Administración o Ente público²⁹³, aunque éste no es el único parámetro utilizado a dichos efectos, pues también se refiere a la deducción de la responsabilidad en función del servicio público prestado. Si bien esta mención no entorpece el buen entendimiento del precepto, dicho criterio es propiamente el que debe utilizarse para exigir la responsabilidad conforme a la LRJ-PAC²⁹⁴, pero no será por sí solo determinante de la responsabilidad prevista en el art. 121 del CP, ya que en esta norma ha de partirse, necesariamente, de una actuación delictiva de un funcionario, autoridad o contratado de la Administración.

En el párrafo segundo del art. 121 del CP se dispone que la Administración, como responsable civil subsidiaria, deberá ser demandada junto al responsable principal. Se trata de una disposición innecesaria, dado que es doctrina consolidada ya desde la STC 243/1991 que, para poder ser condenado, el responsable civil subsidiario deberá haber sido parte en el correspondiente proceso penal de conformidad con lo dispuesto en los arts. 615 y ss. de la LECRIM, pues de no ser así se estarían vulnerando los principios de audiencia y contradicción²⁹⁵. La llamada al

²⁹³ En principio, esta exigencia permitirá sortear los problemas que entraña la concurrencia de responsabilidades que en el orden administrativo pueden producirse de conformidad con el art. 140 de la LRJ-PAC, en el que se prevé la posibilidad de declarar la responsabilidad solidaria de varias Administraciones públicas en atención a las fórmulas conjuntas de gestión del servicio público. De ahí que, por ejemplo, el criterio de la dependencia se haya considerado preeminente frente al del servicio público en el caso de delitos cometidos por los miembros de las FCSE. Si, en principio, en el art. 1 LOFCSE se afirma que la seguridad del Estado es competencia exclusiva del Estado, inmediatamente se contempla la posibilidad de que en dicha labor intervengan las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales. Por ello, para depurar las correspondientes responsabilidades deberá atenderse a la relación de dependencia y no al criterio de la titularidad de la prestación del servicio. Sobre este particular, cfr. GARCÍA GONZALO, «Actuaciones policiales», *CDJ*, XIV, 1996, pág. 134.

²⁹⁴ ROCA GUILLAMÓN, «Comentario al artículo 121 del Código penal de 1995», cit., pág. 839.

²⁹⁵ Sobre este particular, señalaba acertadamente MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 153, que: «Esta norma de procedimiento, recogida en el párrafo segundo del artículo 122 [*se trata de una errata pues se encuentra comentando el art. 121*] queda, sin embargo diseñada de una manera cuanto menos enigmática, ya que obliga al perjudicado por el delito, caso de no hacer reserva de acciones civiles, lo que no veta esta disposición, a dirigirse de manera simultánea contra la autoridad o sus agentes o contratados y la administración pública. Ante lo cual cabría preguntarse si es que el perjudicado tiene otra opción distinta a ésta, es decir, si existe la posibilidad de ejercitar la acción civil contra el responsable penal principal en el proceso penal, y reservarse la acción, también civil puesto que hablamos de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, no de una administrativa al amparo de los arts. 106 y 121 de la CE y 142 y 143 de la LRJAE, para ejercitarla en sede civil. Puesto que esta alternativa no existe en el ordenamiento jurídico español, lo único que se consigue con este párrafo es impedir que el perjudicado por el delito renuncie a exigir en el procedimiento penal la responsabilidad subsidiaria de la Administración, y se reserve, para entablar en un procedimiento administrativo, la acción derivada de los arts. 106 y 121 de la CE y 142 y 143 [*vuelve a haber una errata aquí, pues se refiriere al art. 143*] de la LRJAP solicitando la indemnización de los daños y perjuicios» (la cursiva es nuestra). Siguiendo a esta autora, ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, cit.,

proceso penal al responsable civil por hecho ajeno —ya sea directo o subsidiario— es preceptivo en todo caso; de ahí que no se alcance a comprender esa previsión únicamente en relación con la Administración pública, de modo que para muchos resulta una previsión superflua y en todo caso desubicada de su sede natural²⁹⁶.

En cuanto a la determinación de la condición del responsable criminal que hace nacer la responsabilidad de la Administración pública, la enumeración efectuada en el art. 121 debe entenderse como meramente ejemplificativa²⁹⁷. El criterio seguido a estos efectos es el mismo al que se había llegado tras una larga evolución jurisprudencial para la exigencia de responsabilidad al empresario por sus dependientes: la «pertenencia a la organización»²⁹⁸. Este criterio permitirá, de un lado deducir la responsabilidad civil de la Administración no sólo por la actuación de aquellos que responden a la condición de funcionario, interino o contratado de la misma, sino también contra otras personas que, no perteneciendo a ninguna de las categorías anteriormente enunciadas, desarrollen algún tipo de actividad por cuenta de la propia Administración²⁹⁹. De otro lado, permite igualmente excluir de entrada determinados supuestos en los que las funciones públicas son desempeñadas de forma privada, como sucederá por ejemplo en los casos de concesionarios,

pág. 521, concluye que: “Tal y como está redactado el precepto, no se le da una *opción* al perjudicado de ejercitar la acción contra el ente público en el proceso penal sino que se establece para él una *obligación* de hacerlo así. Si el perjudicado desea dirigirse contra la Administración por el procedimiento de los arts. 139 y ss. LRJAP deberá, previamente, hacer reserva de la acción civil contra el responsable civil principal para ejercitarla ante los Tribunales civiles, esto es, o ejercita ambas acciones en el proceso penal o ninguna de las dos”.

²⁹⁶ A este respecto afirma ZUBIRI DE SALINAS, «Responsables civiles en el Código penal», cit., pág. 65, que: “Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 121 es una disposición de naturaleza procesal que exige un litisconsorcio pasivo necesario, y que posiblemente se ha dictado para recoger expresamente el principio de audiencia y defensa en este ámbito, ya ordenado de modo general en las leyes procesales y exigido por la doctrina emanada del Tribunal Constitucional —STC núm. 243/1991, de 16 de diciembre, entre otras—; pero constituye una norma superflua e innecesaria que, de instaurarse, debía haberse situado como disposición general dentro de la regulación de la responsabilidad civil de terceros y no, exclusivamente, como apéndice procesal de la responsabilidad de los entes públicos”. En sentido parecido, véase GARCÍA VICENTE, «La responsabilidad civil en el nuevo Código penal», cit., pág. 662.

²⁹⁷ Recordemos que el precepto hace mención a los sujetos que “sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos”. El concepto de autoridad podrá extraerse del propio Texto punitivo, en cuyo art. 24 se prevé que: “1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”. Más complicado resultará la determinación de algunas de las otras categorías, para lo cual se tendrá que acudir a la “legislación administrativa” correspondiente.

²⁹⁸ Vid. el apartado 4.2.1. *Relación de dependencia o representación entre el infractor y el empresario.*

²⁹⁹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 388 y GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Madrid, 1995, pág. 175.

contratistas administrativos y determinados profesionales que desempeñan privadamente funciones públicas.

El criterio de la pertenencia a la organización no permite dar una solución unívoca, sino que requiere de un análisis casuístico —como ya vimos al analizar la regla del art. 120.4—, lo que en el caso de la responsabilidad del Estado se complica aún más por la complejidad de las estructuras subjetivas a través de las cuales actúa. Existe una multiplicidad de sujetos pertenecientes a entidades de carácter público, semipúblico o mixto que plantearán problemas interpretativos a la hora de determinar su relación con la Administración; en estos casos habrá de prestarse especialmente atención a la naturaleza jurídica de la función desarrollada, que ha de constituir en todo caso un servicio o prestación pública³⁰⁰.

6.2.2. La determinación de los hechos delictivos desencadenantes de este tipo de responsabilidad

En cuanto al ámbito de aplicación de la norma de responsabilidad subsidiaria de la Administración, hay que mencionar que el legislador penal en su art. 121 hace referencia únicamente a los «delitos dolosos o culposos», de ahí que se haya discutido mucho acerca de la posibilidad de que el Estado puede exonerarse de la obligación de indemnizar cuando los hechos no merecen la calificación técnico-jurídica de delito sino de falta.

Para algunos, no cabe duda de que el hecho de que la ley se refiera tan sólo a los hechos constitutivos de delitos y no a las faltas, teniendo en cuenta que en otros extremos del precepto se desciende al detalle, no deja lugar a dudas de que su intención era excluir la obligación resarcitoria cuando los hechos enjuiciados no alcanzan la calificación de delito³⁰¹. Para otros, en cambio, se trata de un olvido del legislador que no puede entenderse como una exclusión deliberada de la responsabilidad de la Administración en estos supuestos³⁰². Si bien compartimos plenamente la intención de esta última interpretación, no podemos sin embargo

³⁰⁰ Véanse MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 153; ROCA GUILLAMÓN, «Comentario al artículo 121 del Código penal de 1995», cit., pág. 839 y SOTO NIETO, «Responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Inexistencia», *RJE. La ley*, núm. 5841, 2003, pág. 2 (en la segunda de las obras mencionadas podemos encontrar una análisis de algunos de los casos más paradigmáticos, vid. págs. 840-851).

³⁰¹ Afirma, ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, cit., pág. 518, que: «Difícilmente puede argumentarse en favor de una interpretación en sentido amplio del término «delitos», que comprenda delitos y faltas, cuando en todo el Título V del Libro I y, en particular, en los preceptos que regulan la responsabilidad civil subsidiaria, se mencionan expresamente las faltas junto a los delitos, al igual que en los preceptos de los PLOCP de 1992 y 1994 dedicados a la responsabilidad que tratamos». Vid. también DE LAMO RUBIO, «Los sujetos de la responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 12.132; SANTOS BRIZ, «La responsabilidad civil *ex delicto*», cit., pág. 216 y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, «La responsabilidad civil derivada del delito», cit., pág. 104 (en nota a pie de página).

³⁰² Cfr. SOTO NIETO, «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y entes públicos en general...», op. cit., pág. 1.660; MONTÉS PENADÉS, «Comentarios al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas...», cit., pág. 645 y TORRES-DULCE LIFANTE, «Comentario al art. 121 del Código Penal», en *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Madrid, 1996, pág. 184.

compartir su argumentación, ya que si se realiza un pequeño repaso a la tramitación parlamentaria desecharemos inmediatamente la idea de que nos encontramos ante «un olvido legislativo», puesto que tanto el Grupo Parlamentario Nacionalista Vasco como el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria pusieron de manifiesto dicha omisión en sendas enmiendas en el Senado; de modo que pudo habersele puesto remedio si así se hubiese querido³⁰³.

No cabe duda entonces de que la voluntad del legislador era la de excluir de la cobertura de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración los hechos que fuesen calificados como meras faltas. Probablemente su intención era paliar o evitar los abusos que en esta materia se han producido calificando hechos de muy dudosa tipicidad para alcanzar así una pronta y eficaz reparación³⁰⁴. Pese a ello, no se puede de un plumazo poner fin a toda una corriente jurisprudencial más que consolidada. En primer término, porque de ser así se estaría introduciendo un trato desigual e injustificado para los casos en que responden subsidiariamente sujetos privados —que lo harán tanto en los casos de delitos como en los de faltas—, respecto de los supuestos en que la Administración pública se encuentra igualmente obligada³⁰⁵. De otro, porque si es cierto que se han producido excesos interpretativos por parte de los tribunales para conceder indemnizaciones con cargo al Estado, lo que habrá que hacer es buscar otras vías de reparación que sean igualmente rápidas y eficaces y que no se encuentren supeditadas a una previa declaración de responsabilidad penal³⁰⁶.

La literalidad del precepto no ha sido un gran escollo para que, en la práctica, se haya dado cobertura no sólo a los hechos constitutivos de delito, sino también a las faltas³⁰⁷. En primer lugar, porque el CP sigue empleando el término delito en

³⁰³ Cfr. GARCÍA VICENTE, «La responsabilidad civil en el nuevo Código penal», cit., pág. 661; LÓPEZ GARRIDO Y GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., pág. 81 y SOTO NIETO, «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y entes públicos en general...», op. cit., págs. 1.660.

³⁰⁴ Para ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, cit., pág. 518, con esta regulación: «Parece, por tanto, que el legislador ha querido excluir las faltas, sin poderse encontrar más explicación a esa voluntad que el deseo de que las responsabilidades patrimoniales del Estado sean exigidas, en el mayor número posible de los casos, por vía administrativa, sin acudir al proceso penal».

³⁰⁵ En relación con este extremo afirma SOTO NIETO, «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y entes públicos en general...», op. cit., pág. 1.660, que: «Tan ilógica nos parece tal exclusión, en absoluto contraste con las previsiones del art. 120, que nos inclinamos por pensar en un lapsus legislativo. Concluir que no cabe dictado sobre la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas en caso de daños causados por Autoridades y funcionarios penalmente responsables de faltas, supone una discriminación inaceptable». En sentido parecido, ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, cit., pág. 518 y GARCÍA VICENTE (con SOTO NIETO; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 244.

³⁰⁶ Cfr. GARCÍA VICENTE, «La responsabilidad civil en el nuevo Código penal», cit., pág. 661 y LÓPEZ GARRIDO Y GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., pág. 80. Además, como acertadamente señala SOTO NIETO, «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y entes públicos en general...», op. cit., pág. 1.660, la exclusión de las faltas «en supuestos de dudosa calificación podría acarrear una invitación a la opción por la conceptualización más dura».

³⁰⁷ Así lo entiende también buena parte de la doctrina, DE URQUÍA GÓMEZ, «La responsabilidad civil en el juicio de faltas», en *Estudios jurídicos del Ministerio fiscal*, t. V, Madrid, 1997, págs. 56 y 57;

reiteradas ocasiones como sinónimo de «infracción penal»³⁰⁸. En segundo lugar, porque si se responde por delitos imprudentes, no existe razón alguna para entender que no debe hacerlo en el caso de faltas dolosas, que pueden generar muchos más perjuicios que aquéllos³⁰⁹. Y, finalmente, porque nos encontramos ante una norma de carácter civil, y como tal puede ser interpretada de modo extensivo³¹⁰.

GARCÍA VICENTE, «La responsabilidad civil en el nuevo Código penal», cit., pág. 661; este mismo autor (con SOTO NIETO; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 244; SERRANO BUTRAGUEÑO, «Comentarios al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos...», cit., pág. 1.175; SOTO NIETO, «La Responsabilidad civil subsidiaria del Estado y entes públicos en general...», cit., pág. 1.660. En contra, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, «La responsabilidad civil derivada del delitos», cit., pág. 104, señala que «[...] las faltas no se han incluido en este precepto por deseo expreso del legislador».

³⁰⁸ Véanse los arts. 130.4º y 5º en relación con el 639; 80.4º y 86 en los que se emplea la expresión “delito” como sinónimo de infracción penal y por tanto comprensiva tanto de los hechos constitutivos de delitos como de las faltas.

³⁰⁹ Basta, por ejemplo, con recordar que entre las faltas se encuentran tipificadas conductas calificadas como imprudencia leve pero que pueden ser determinantes de la muerte, vid. v.gr. el art. 631 del CP. Además, tal y como pone de relieve QUINTERO OLIVARES (con TAMARIT SUMALLA), «Comentario al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas...», cit., pág. 592: “La exclusión de las faltas es pues muy criticable además de incomprensible si se atiende al fundamento de la reparación a cargo de las Administraciones Públicas, fundada en razones objetivables y que, por eso mismo, no hay motivo para limitar en función de la mayor o menor gravedad cuantitativa del injusto cometido por el autor”. Sobre este particular señalaba en la STS de 26 de septiembre de 1997 (RJA 6366), dictada en el conocido como «Caso de la Colza», al reproducir los argumentos de la STS de 11 de enero de ese mismo año (RJA 1128): “Además (continúa la sentencia) «se puede aducir el argumento de que si ahora se incluyen de modo expreso los delitos culposos, con más razón deben incluirse a estos efectos de responsabilidad las faltas dolosas» y, añadimos nosotros, también las simplemente culposas en cuanto pueden provocar, y de hecho provocan (véase la sentencia recurrida), gravísimos daños y perjuicios a terceras personas”.

³¹⁰ Particularmente ilustrativa resulta la STS de 11 de enero de 1997 (RJA 1128), en la que no sólo se emplean todos los argumentos anteriormente expuestos, sino que realiza un minucioso seguimiento del surgimiento de este precepto a estos efectos. Así puede leerse en la misma: “Puede ser de interés, sin embargo, hacer algunas consideraciones sobre ese nuevo artículo 121 cuyo texto sólo recoge en su tenor literal la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y otros entes públicos a partir de personas penalmente responsables de «dos delitos dolosos o culposos». El precepto corona los zigzagueantes trabajos prelegislativos desde el Proyecto de 1980. Los artículos 21 y 22 del Código Penal de 1944 -sin cambios en el texto de 1973- se refirieron explícitamente tanto a los delitos como a las faltas, pero el Proyecto de 1980 lo hizo en su artículo 118 sólo a los delitos, llegándose más tarde a señalar en el artículo 105 del Borrador de 1990 que «la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta origina la obligación de reparar los daños y perjuicios por él causados en los términos previstos en el Código Civil», formulación ésta que se apartaba de nuestros antecedentes históricos. Algún tiempo después, el artículo 121 del Anteproyecto de 1992 volvió a aproximarse, aunque con algunas modificaciones procesales, a nuestra línea tradicional y ratificó la mención de los delitos y faltas, tal y como sucedió también en el artículo 122 del Proyecto de ese mismo año. Con el artículo 119 del Anteproyecto de 1994 se cerró el semicírculo de regreso al criterio de exigencia generalizada de la responsabilidad civil subsidiaria en el propio proceso penal, y se conservó la referencia expresa a los delitos y las faltas. El artículo 121 del Proyecto de 1994 mantuvo esa dualidad, si bien acompañando al delito y a la falta con la calificación de dolosos, algo que, desconocido hasta entonces en nuestro ordenamiento, fue objeto de múltiples críticas, ya que dificultaba la exigencia de las responsabilidades civiles de los entes públicos en los supuestos penales excluidos. Por último, en una nueva pirueta, el artículo 121 del Código de 1995 optó por anudar aquella responsabilidad a

En otro orden de cosas, convendría puntualizar que la responsabilidad de la Administración sólo se desencadenará cuando el hecho delictivo se haya producido como consecuencia directa de la actividad o servicio público que tenga encomendado el funcionario, autoridad o contratado de la misma³¹¹. Por consiguiente, no se encontrará obligada a responder en aquellos casos en que la infracción penal se haya cometido al margen y sin vinculación alguna con los servicios públicos confiados al causante del perjuicio³¹². Además, este presupuesto, a través del cual se establece la relación entre la responsabilidad de la Administración y la actuación del infractor —del mismo modo que sucedía en la hipótesis del art. 120.3 de la responsabilidad del empresario—, debe interpretarse con cierta amplitud y flexibilidad, dado que, como ha señalado en reiteradas ocasiones la jurisprudencia, los hechos constitutivos de delito o falta no pueden formar nunca parte de los fines del Estado³¹³.

los «delitos dolosos o culposos», acogiendo de esa forma una alternativa adjetiva perfectamente suprimible, tanto por su gratuidad intrínseca (donde la ley no distingue no es procedente distinguir), como por avenirse mal con la corriente representada por la aceptación del sistema de «*numerus clausus*» en las infracciones imprudentes. De otro lado, suprimió la referencia a las faltas, con lo que, más que progresar, se retrocedió, al menos formalmente, hasta los textos de 1848-1850 (artículo 17), 1870 (artículo 20) y 1932 (artículo 21). Ocurre, no obstante, que el silencio de este artículo 121.1 sobre las faltas no implica necesariamente su exclusión a efectos de la responsabilidad civil subsidiaria por tales infracciones criminales leves. El nuevo Código, al igual que los anteriores, ofrece numerosas muestras de utilización del vocablo «delito» como sinónimo de infracción criminal. Véanse, por todos, el párrafo primero del número 4.º del artículo 130, en relación con el artículo 639 y el número 5.º del repetido artículo 130, o los artículos 80.4 y 86. En igual dirección cabe aducir el argumento de que, si ahora se incluyen de modo expreso los delitos culposos, con más razón deben incluirse también —desde la perspectiva de la responsabilidad civil subsidiaria— las faltas dolosas que pueden ocasionar mayores daños y perjuicios. La exégesis deberá practicarse precepto por precepto, acudiendo no sólo al criterio gramatical, sino también al lógico y al sistemático, y sin olvidar dos directrices básicas: de un lado, el valor que el artículo 3.1 del Código Civil atribuye a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, con atención fundamental al espíritu y finalidad de aquéllas; y de otro, que no se está en presencia de disposiciones penales (aunque se ubiquen en el Código Penal), sino de un artículo de naturaleza civil, lo que permite una interpretación extensiva, conforme a la línea seguida por el Tribunal Supremo para objetivar al máximo esa misma responsabilidad civil subsidiaria en el marco del artículo 22 del Código Penal de 1973. No sería por tanto incorrecta la exégesis favorable al entendimiento amplio del vocablo «delito» en el artículo 121 del Código de 1995”. Esta misma posición fue compartida por otras muchas sentencias, así sucedió en el conocido fallo emitido en el «Caso de la Colza», STS de 26 de septiembre de 1997 (RJA 6366) y en otras muchas; vid. también las SSTS de 24 de octubre 1997 (RJA 7290) y de 11 de enero de 1997 (RJA 1128).

³¹¹ Sobre la concurrencia de este presupuesto resultan igualmente aplicables las observaciones realizadas en el caso de la responsabilidad de los empresarios por la actuación de sus dependientes en el apartado 4.2.2. *La incardinación del hecho delictivo y dañoso en el marco de la actividad empresarial*, de este mismo Capítulo.

³¹² Cfr. MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», cit., pág. 152; GARCÍA VICENTE (con SOTO NIETO; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 239 y ZUBIRI DE SALINAS, «Responsables civiles en el Código penal», cit., pág. 65.

³¹³ Cfr. las SSTS de 17 de julio de 1992 (RJA 6681), de 28 de mayo de 1992 (RJA 4398) y de 23 de abril de 1990 (RJA 3300).

6.3. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS COMETIDOS POR LOS MIEMBROS DE LAS FCSE

Pese a que no pretendemos hacer aquí un análisis exhaustivo de estos supuestos, el tema de la responsabilidad civil de la Administración pública precisaba de una especial mención del caso de los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para mostrar al menos las líneas generales que definen la responsabilidad en estos casos.

Dos son las circunstancias que singularizan estos supuestos. De un lado, el hecho de que se trate de un servicio realmente proclive a la causación de daños, a lo que contribuye el hecho de que porten armas de fuego. Y, de otro, el hecho de que, a diferencia de lo que sucede con otros sujetos que prestan servicios públicos, los miembros pertenecientes a estos cuerpos de acuerdo con lo dispuesto en el aptdo. 4º del art. 5 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se encuentran en lo que se conoce como «servicio permanente», lo que significa que tienen la obligación de intervenir en defensa de la Ley y para el mantenimiento de la seguridad ciudadana aunque en el momento de producirse su quebranto se hallen en horas y días francos de servicio.

Esta última circunstancia evidencia que una de las cuestiones que resultará más complicada de determinar será si la actuación del miembro de las FCSE se efectuó en el desempeño de las obligaciones que tiene encomendadas. En un principio se exigía que la actuación delictiva se hubiese cometido en todo caso «con ocasión del servicio público», entendiéndose que esto no sucedía cuando éstos se encontraban fuera de servicio, pues en estos casos se consideraba «rota la relación funcional». Esta interpretación, que suscitó numerosas críticas, se encuentra en la actualidad plenamente superada por una doctrina jurisprudencial consolidada, según la cual podrá entenderse que el funcionario actuaba en el desempeño de las obligaciones que se le tienen encomendadas pese a encontrarse «libre de servicio» si su actuación, no obstante devenir delictiva, se desarrolló para el mantenimiento o restauración del orden público o la seguridad ciudadana³¹⁴.

Si, en general, puede decirse que nuestro más Alto Tribunal ha llevado a cabo una interpretación bastante progresiva de la responsabilidad del Estado cuando nos encontramos ante hechos que revisten la calificación de ilícitos penales, tratándose de delitos o faltas cometidos por los integrantes de las FCSE, dicha exégesis no sólo se realizaba de forma extensiva, sino más que generosa, hasta el punto que el propio TS a través de un Acuerdo no jurisdiccional ha tratado de poner en claro las pautas interpretativas que han de seguirse en estos casos tan particulares para evitar los abusos interpretativos que se habían venido produciendo.

³¹⁴ Cfr. las SSTs de 14 de febrero de 1998 (RJA 1050); de 17 de julio de 1995 (RJA 5606); de 15 de noviembre de 1993 (RJA 8581); de 28 de mayo de 1992 (RJA 4398); de 23 de diciembre de 1989 (RJA 9770); de 22 de diciembre de 1989 (RJA 9763); de 14 de diciembre de 1989 (RJA 9770); de 14 de junio de 1988 (RJA 4908); de 4 de marzo de 1988 (RJA 1651) y de 30 de mayo de 1988 (RJA 4105).

En un primer momento, la pauta era que, si el delito era perpetrado por un miembro de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos e la Seguridad del Estado, la Administración respondía por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, en la medida en que el beneficiario de la licencia de armas no había resultado apto para portarla³¹⁵, o la custodia y vigilancia de las mismas no había sido efectiva³¹⁶. La responsabilidad del Estado a partir de estos criterios se mostraba insuficiente en algunas ocasiones, por lo que, para evitar interpretaciones artificiosas, de forma paulatina estos criterios comenzaron a dar paso al más moderno principio de creación del riesgo³¹⁷. Desde esta perspectiva se ha considerado que la oferta pública de seguridad que conlleva, de un lado, el servicio permanente de algunos de los miembros de las FCSE y, de otro, el que porten armas de fuego para el desempeño de este cometido, comporta como consecuencia necesaria la responsabilidad de la Administración de forma subsidiaria, dado que, si en condiciones generales el servicio de seguridad pública resulta beneficioso para la sociedad, en ocasiones conlleva un riesgo y produce un daño³¹⁸.

A veces, la pretensión de que el perjudicado no se encuentre en una situación de desamparo por los perjuicios sufridos como consecuencia de una actividad delictiva ha llevado a los órganos judiciales a realizar interpretaciones realmente extensivas de la responsabilidad subsidiaria del Estado en estos supuestos, declarando la responsabilidad casi de forma automática cuando los hechos se habían producido por la utilización del arma reglamentaria³¹⁹.

Ante este panorama, la Sala 2ª del TS dictó un Acuerdo no jurisdiccional el 12 de julio, en el que se precisaba que la responsabilidad subsidiaria del Estado por los

³¹⁵ Así sucedía, por ejemplo, en los supuestos en que se admitía la concurrencia de alguna anomalía o alteración psíquica en el sujeto, aunque de forma anecdótica todavía pueden encontrarse pronunciamientos del TS que hacen referencia a este criterio de imputación. Vid. por ejemplo las SSTS de 17 de septiembre de 2001 (RJA 7729) y de 14 de febrero de 1998 (RJA 1050).

³¹⁶ Esto era lo que ocurría en los casos en que, v.gr. el arma no quedaba en depósito a la finalización del servicio, lo que se exige en los casos de miembros de los Cuerpos de Policía de Ayuntamientos y Comunidades Autónomas, según lo dispuesto en el art. 6 del RD 7681981, de 10 de abril, en el que se regula la concesión de licencias y medidas de seguridad de armas que hayan de utilizar dichos sujetos. Véanse las SSTS de 2 de octubre de 1997 (RJA 7598) y de 29 de febrero de 1996 (RJA 925).

³¹⁷ Tal y como se señala en la STS de 10 de julio de 1995 (RJA 5430): “Se ha pasado así de la estrechez de fundar la responsabilidad civil subsidiaria tan sólo en casos de culpa «in eligendo» o «in vigilando» para ponerse el acento en el gravamen que sufren quienes soportan daños materiales como consecuencia de la actuación de ciertas personas que crean riesgos aún en cumplimiento de funciones indispensables para la sociedad y legítimos como son los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad”.

³¹⁸ Entre otras, cfr. las SSTS de 5 de julio de 2002 (RJA 7936); de 19 de octubre de 2001 (RJA 9424); de 29 de mayo de 2001 (RJA 4575); de 21 de octubre de 1997 (RJA 6985); de 3 diciembre 1993 (RJA 9379); de 21 de octubre de 1993 (RJA 9592); de 16 de septiembre de 1992 (RJA 7159); de 12 de marzo de 1992 (RJA 2442), de 18 de diciembre de 1991 (RJA 9448); de 8 de noviembre de 1991 (RJA 7985) y de 6 de abril de 1990 (RJA 3180).

³¹⁹ Cfr. el estudio jurisprudencial llevado a cabo por LLOVERAS I FERRER, «Policías que disparan. Los daños causados por armas de fuego utilizadas por la policía», *Revista Electrónica InDret*, www.indret.com, 1/2000, págs. 1-13.

perjuicios ocasionados por la conducta de los miembros de las FCSE como consecuencia del empleo del arma reglamentaria, responde al riesgo que implica portarla si es consecuencia directa de la forma de organización del servicio de seguridad, lo que no significa que, en todo caso, la utilización del arma reglamentaria comporte la responsabilidad del Estado³²⁰. De ahí que la Administración se encontrará exenta de responsabilidad cuando los daños, pese a haber derivado de la utilización del arma de fuego, no constituyen una concreción del riesgo que genera el sistema de organización del servicio de seguridad pública, excluyendo del mismo, a modo de ejemplo, los casos en que los delitos son cometidos en el seno del ámbito familiar. En última instancia, lo que se pretende es evitar pronunciamientos en los que la responsabilidad de la Administración sea apreciada casi de forma automática al encontrarnos ante un delito perpetrado por un funcionario de las FCSE.

Con anterioridad a este Acuerdo no jurisdiccional, entre la doctrina ya eran muchos los que entendían que cuando se acredita que la conducta delictiva nada tuvo que ver con el cumplimiento de los deberes propios de su función el Estado no se encontraría obligado a responder³²¹.

Por tanto, de lo que se trata es de que la responsabilidad del Estado se deduzca sobre la base del servicio público que se presta; es decir, única y exclusivamente cuando los daños son consecuencia directa bien de la prestación del servicio de seguridad, bien del peculiar modo de organización del mismo, no encontrándose obligada a responder cuando la actuación se realizó con total independencia del servicio público que estos sujetos prestan a la sociedad y por el cual ha de responder aquél³²².

³²⁰ No obstante, al hilo del comentario a la STS de 27 de mayo de 1987, en la que pese a partir del hecho de que la responsabilidad del Estado no puede generarse cuando los hechos cometidos por el funcionario permanecen totalmente al margen del servicio, finalmente le condena por el riesgo generado por la prestación del mismo, puede leerse en MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España...», cit., pág. 37, que: «La conclusión, a partir de este planteamiento (*el que realiza la mencionada sentencia*), es que la Administración debe indemnizar siempre los daños causados por armas de fuego de sus agentes, aunque éstos estén fuera de servicio o actúen con absoluta desvinculación de él. La responsabilidad es por el riesgo creado. Pues bien, de prosperar y afianzarse este enfoque, la única manera que tendría la Administración para exonerarse sería cambiando el modo de gestionar el servicio, es decir, impidiendo que sus agentes francos de servicio portaran el arma reglamentaria”.

³²¹ Entre otros, ALONSO OLEA, *La responsabilidad del empresario frente a terceros por actos del trabajador a su servicio*, Madrid, 1990, págs. 24-25; GÓMEZ DE MERCADO, «El nuevo sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración», *RJE La Ley*, 1993, t. IV, pág. 957 y GARCÍA VICENTE (con SOTO NIETO; DE LAMO RUBIO y GUILLÉN SORIA), *Responsabilidad civil...*, cit., págs. 240-241.

³²² Vid. las SSTS de 5 de julio de 2002 (RJA 7936); de 29 de mayo de 2001 (RJA 4575); de 21 de octubre de 1997 (RJA 6985); de 2 de octubre de 1997 (RJA 598); de 10 de julio de 1995 (RJA 5430); de 19 de mayo de 1994 (RJA 3936); de 7 de febrero de 1994 (RJA 1273); de 15 de noviembre de 1993 (RJA 8581); de 2 de noviembre de 1992 (RJA 8869); de 19 de octubre de 1992 (RJA 8341); de 28 de mayo de 1992 (RJA 4398); de 14 de diciembre de 1989 (RJA 9603) y de 30 de mayo de 1988 (RJA 4105).

6.4. RELACIONES E INTERFERENCIAS ENTRE EL ART. 120.3 Y EL ART. 121 DEL CP

En el derogado CP de 1973 no existía disposición alguna relativa a la responsabilidad civil que pudiera corresponder a la Administración pública por daños derivados de hechos punibles. En la práctica, este vacío legislativo era resuelto mediante la aplicación de los arts. 21 y 22, pues si bien ambos contemplaban casos de responsabilidad civil subsidiaria, cada uno de ellos lo hacía basándose en supuestos de hecho diversos³²³. Así las cosas, la responsabilidad de la Administración era deducida conforme al art. 21 del CP cuando ésta se fundamentaba en el lugar o establecimiento de la comisión del hecho delictivo, entendiendo que la referencia a los titulares de establecimientos podía comprenderse hecha tanto a personas de naturaleza privada como pública³²⁴. Por el contrario, la obligación de reparar subsidiariamente se basaba en el art. 22 en aquellos casos en que, con independencia de toda consideración espacial o territorial en torno al lugar de la comisión de la actuación delictiva, el resultado dañoso fuese la consecuencia del comportamiento de un sujeto que era autoridad, agente, contratado o funcionario público en el ejercicio de sus funciones. En este caso, el acento ya no se pone en el lugar de la comisión del hecho ilícito, sino en la idea de dependencia del sujeto que con su conducta activa u omisiva ha generado un perjuicio.

³²³ Vid. las SSTs de 20 de abril de 1996 (RJA 2889); de 13 de diciembre de 1995 (RJA 8959); de 20 de septiembre de 1994 (RJA 7003); de 6 de julio de 1994 (RJA 3655); de 18 de mayo de 1994 (RJA 4403); de 4 de mayo de 1994 (RJA 3655); de 4 de diciembre de 1993 (RJA 9385); de 24 de noviembre de 1993 (RJA 8720); de 17 de julio de 1992 (RJA 6681); de 10 de julio de 1992 (RJA 6663); de 12 de marzo de 1992 (RJA 2442); de 15 de abril de 1991 (RJA 2789); de 25 de enero de 1991 (RJA 355); de 23 de enero de 1990 (RJA 474); de 23 de diciembre de 1989 (RJA 9770); de 14 de diciembre de 1989 (RJA 9603) y de 20 de octubre de 1989 (RJA 7727).

³²⁴ A este respecto se afirmaba en la STS de 13 de diciembre de 1995 (RJA 8959), que: "Las personas jurídicas tanto pueden ser de índole privada como de naturaleza pública, figurando entre éstas el Estado como una de las más caracterizadas. Cual se ha resaltado por las Sentencias de 23 de enero, de 8 mayo de 1990 y 20 de febrero de 1993, si la razón de ser del precepto del art. 21 del CP se encuentra en la autoridad que tiene el titular sobre el establecimiento donde el delito se comete, tal autoridad es mayor aún cuando quien la ejerce es una entidad pública, particularmente cuando se trata del Estado". La exigencia de este tipo de responsabilidad a la Administración del Estado fue muy prolifera en cuanto a los delitos cometidos por parte de los reclusos en los centros penitenciarios. Así pueden consultarse, entre otras, las SSTs de 20 de abril de 1996 (RJA 2889); de 12 de julio de 1993 (RJA 6425); de 12 de marzo de 1992 (RJA 2442) y de 29 de abril de 1991 (RJA 2986). En cualquier caso, hay que señalar que este precepto no sólo es utilizado para depurar la responsabilidad de la Administración del Estado por los delitos cometidos en los Centros penitenciarios, sino también en todos aquellos supuestos en que el delito se cometa en un centro de titularidad pública y administrado por un organismo público. Así, puede recordarse por todos la responsabilidad civil subsidiaria exigida a la Administración autonómica por la falta de infraestructura de protección del edificio y de la Administración central por la falta de celeridad en la intervención de los funcionarios de la Guardia Civil, encargados de la vigilancia del mismo, cuando la víctima de un delito de agresiones sexuales cometido por su progenitor, fue agredida por su madre que derramó ácido sobre el cuerpo y la cara de la misma cuando se encontraba en el edificio de la AP a la espera de la celebración del juicio oral (SAP de Pontevedra de 24 de junio de 2002 [ARP 531]).

La promulgación del CP de 1995 vino a enturbiar esta práctica forense al establecer (art. 121) por primera vez *expressis verbis* la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás entes públicos por los daños causados por los responsables penales cuando éstos fuesen autoridad, agentes, contratados o funcionarios públicos y concudiesen las condiciones previstas. La aparición de este nuevo precepto hizo surgir ciertas dudas interpretativas acerca de la aplicabilidad del art. 120.3 del CP para exigir responsabilidad civil subsidiaria al Estado, pues se especuló sobre la posibilidad de que el nuevo precepto fuese una norma de carácter especial que debía prevalecer sobre el régimen general de responsabilidad civil subsidiaria previsto en el art. 120 del CP³²⁵.

Esta interpretación fue rechazada de inmediato por el TS, quien consideró que en ningún caso la relación existente entre los arts. 120.3 y 121 del CP podía entenderse en términos de especialidad³²⁶; este principio solamente rige en aquellos casos en que las normas contemplan supuestos de hecho idénticos, cosa que no ocurre entre los mencionados preceptos, pues el art. 120.3 del CP (del mismo modo que ocurría con el art. 21 del Texto derogado), declara la responsabilidad civil atendiendo principalmente al lugar de la comisión del hecho delictivo y no a la condición del sujeto que lo perpetró como sucede en el art. 121 del CP³²⁷. Así las cosas, también podrá deducirse responsabilidad civil frente a la Administración conforme al art. 120.3 del CP, pues al establecer la responsabilidad civil de los titulares de establecimientos está avalando la interpretación del TS cuando ha considerado que los titulares de establecimientos podrían ser tanto de naturaleza privada como pública y que, en consecuencia, el Estado y demás entes públicos

³²⁵ Sobre este particular pueden verse las SSTS de 13 de diciembre de 1995 (RJA 8959) y de 20 de abril de 1996 (RJA 2889), dictadas ambas en periodo de *vacatio legis* del nuevo CP, en las cuales se rechazan sendos recursos planteados por la Abogacía del Estado contra las SSAP de Vitoria de 13 de diciembre de 1995 y de Almería de 2 de mayo de 1996 respectivamente, en las cuales se condenaba al Estado como responsable civil subsidiario en su condición de titular de establecimientos. Así como la STS de 28 de junio de 2000 (RJA 5649), en la que se plantea la relación existente entre los arts. 120.3 y 121 del CP de la Democracia.

³²⁶ Entre otras, pueden verse las SSTS de 13 de julio de 2002 (RJA 7506); de 31 de enero de 2001 (RJA 491); de 30 de junio de 2000 (RJA 6603) y de 28 de junio de 2000 (RJA 5649). También pueden consultarse sobre este particular las SSAP de Madrid de 21 de enero de 2002 (ARP 97437) y de Sevilla de 4 de junio de 2001 (RJA 674).

³²⁷ A este respecto se señala en la STS de 28 de junio de 2000 (RJA 5649) que: “Esta interpretación es acomodada a los principios constitucionales de justicia e igualdad y sensible con la víctima, a la que evita el llamado peregrinaje de jurisdicciones, y con las crecientes exigencias de la victimología actual; es acorde con nuestro sistema tradicional, elogiado por la doctrina española y extranjera, de ejercicio conjunto de la acción penal y de la civil, que en el Ministerio Fiscal se erige en deber institucional (art. 108 de la LECrim) y constituye una «característica de signo progresivo conectada al sentido social del Estado de Derecho proclamado en el art. 1 CE que beneficia directamente a los sectores de la población menos dotados económicamente, a quienes facilita la defensa de su derecho, para conseguir con esa actuación tutiva la igualdad efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el art. 9 CE y, con ella, la justicia» (STC 98/1993, de 22 de marzo [RTC 1993\98], F. 3)”. Vid. también la STS de 31 de enero de 2001 (RJA 491). Partidaria de esta interpretación se ha mostrado también la doctrina, cfr. SERRANO BUTRAGUENO, «Comentarios al Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos...», cit., págs. 1.167-1.168.

podrían ser declarados responsables civiles subsidiarios en cuanto titulares indiscutibles de determinados establecimientos³²⁸.

Por tanto, los arts. 120.3 y 121 del CP no pueden ser considerados ni incompatibles ni excluyentes, puesto que se refieren a situaciones de hecho dispares³²⁹. Se trata entonces de dos disposiciones autónomas y ambas susceptibles de generar, dentro de sus respectivos ámbitos, responsabilidad civil subsidiaria del Estado³³⁰.

³²⁸ Así, puede leerse en la STS de 20 de abril de 1996 (RJA 2889), dictada en tiempo de *vacatio legis* del nuevo CP que: “El nuevo Código Penal en el artículo 120.3.º, extiende la responsabilidad civil subsidiaria a las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas 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 relacionadas con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción. No se trata de aplicar anticipadamente el precepto legal mencionado sino de poner de relieve que la interpretación jurisprudencial ha recibido, en cierto modo, el respaldo del nuevo Texto Legal. La titularidad de los establecimientos a los que se refiere el actual art. 21 del Código penal, puede corresponder innegablemente a las personas jurídicas, que tanto pueden ser de índole privada como de naturaleza pública, figurando entre estas últimas el Estado en sus diversos organismos, como titular indiscutible de los establecimientos penitenciarios”.

³²⁹ En este sentido, se afirma en la mencionada STS de 28 de junio de 2000 (RJA 5649), que: “Los arts. 120.3 y 121 del CP no son incompatibles entre sí y permiten una interpretación armónica. No existe antinomia entre ellos porque se refieren a situaciones distintas y conductas diferentes. En el art. 121 lo determinante es la dependencia funcional del autor del hecho punible con el Estado por cualquier título, administrativo o laboral, con independencia de cualquier consideración local o territorial. En el art. 120.3, por el contrario, lo decisivo es el lugar donde el hecho punible se comete. Las tipicidades descritas en ambos preceptos son autónomas y bien diferenciadas y pueden generar, cada una en su ámbito, la correspondiente responsabilidad civil subsidiaria del Estado”.

³³⁰ A este respecto, y con la finalidad de unificar criterios, de acuerdo con lo previsto en el art. 264 de la LOPJ, el Pleno de la Sala 2ª del TS aprobó el 26 de mayo de 2000, un Acuerdo según el cual: “El art. 121 del nuevo CP no altera la jurisprudencia de esta Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en establecimientos sometidos a su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del art. 120.3º del CP”. Si bien es cierto que los acuerdos plenarios no tienen naturaleza jurisdiccional, como muy bien recuerda la mencionada STS de 28 de junio de 2000 (RJA 5649), “no son jurisdiccionales ni crean jurisprudencia pero constituyen su normal y lógico antecedente y sus criterios se van convirtiendo, sucesivamente, en doctrina jurisprudencial”.