

## LA ACTUACIÓN DEL AUXILIAR «EN EL DESEMPEÑO DE SUS OBLIGACIONES O SERVICIOS»

### Un análisis jurisprudencial del artículo 120.4 CP

*Alfons Surroca Costa*

Profesor Lector de Derecho Civil  
Instituto de Derecho privado europeo y comparado  
Universidad de Girona

---

TITLE: *The action of the auxiliary «within the scope of their functions». A case law analysis on art. 120.4 CP.*

RESUMEN: La cuestión referente a cuál debe ser la relación existente entre un acto ilícito delictivo cometido por un auxiliar y las funciones que el principal le ha encomendado es uno de los temas más difíciles de determinar que se plantean en el ámbito de la responsabilidad civil del empresario establecida en el Código Penal. Y ello es así porque detrás de esta cuestión se encuentra escondido el fundamento o criterio de atribución de la responsabilidad civil del principal. Tradicionalmente, la doctrina civilista ha afirmado el carácter objetivo de la responsabilidad civil subsidiaria del empresario. Sin embargo, de un análisis de la jurisprudencia reciente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, puede sostenerse que la culpa del empresario sigue siendo, todavía hoy, un criterio relevante a tener en cuenta. En el presente trabajo se analizan también los distintos criterios jurisprudenciales que sirven para ayudar a determinar cuándo un delito cometido por un auxiliar se ha producido o no en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

ABSTRACT: *One of the most difficult issues when it comes to liability for auxiliaries under art. 120.4 of the Penal Code is the relationship between the crime and the functions that were entrusted to them by the principal. The employer may be held liable depending on whether the liability is considered strict or based on fault. Traditionally the liability of the employer has been considered strict by the scholarship. However, recent case law of the Criminal Chamber of the Spanish Supreme Court shows that the employer's fault still plays a role in determining liability. This paper analyses the criteria used by case law to determine whether or not a crime committed by an auxiliary occurred within the scope of their functions*

PALABRAS CLAVE: empresario, auxiliar, responsabilidad por culpa, responsabilidad objetiva, responsabilidad civil subsidiaria, Código Penal.

KEY WORDS: *employer, auxiliary, fault liability, strict liability, subsidiary liability, Penal Code.*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA CUESTIÓN. 2. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL PRINCIPAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 120.4 CP. 2.1 *Introducción.* 2.2 *La interpretación doctrinal del artículo 120.4 CP.* 2.3 *El confuso criterio de atribución de la responsabilidad civil del principal de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. ¿Una responsabilidad por culpa, objetiva o cuasiobjetiva?* 3. LA ACTUACIÓN DEL AUXILIAR «EN EL DESEMPEÑO DE SUS OBLIGACIONES O SERVICIOS». CRITERIOS JURISPRUDENCIALES. 3.1 *La regla general.* 3.2 *La actuación del auxiliar en el ámbito espacial y temporal (o fuera de él) de la empresa.* 3.3 *La actuación del auxiliar con los propios instrumentos de trabajo.* 3.4 *La actuación del auxiliar cuando la tarea encomendada facilita la probabilidad de la comisión del delito.* 3.5 *La actuación del auxiliar cuando existe un específico deber de custodia, protección o conservación del principal sobre los bienes jurídicos lesionados.* 3.6 *La actuación del auxiliar cuando su conducta es constitutiva de un delito contra la libertad sexual.* 3.7 *La actuación del auxiliar cuando «aparenta» actuar dentro del ámbito de las funciones encomendadas.* 4. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. JURISPRUDENCIA.

---

## 1. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA CUESTIÓN

El régimen de la responsabilidad civil del principal por hechos delictivos cometidos por sus auxiliares goza de una larga tradición en nuestro ordenamiento jurídico.<sup>1</sup> En la actualidad, el artículo 120.4 del Código Penal (en adelante, CP) afirma que son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente «las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometidos sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios».

En cambio, conviene resaltar, aunque no es objeto de análisis en la presente investigación, que el artículo 1903.4 del Código Civil (en adelante, CC) utiliza una terminología similar, pero ligeramente distinta ya que, al regular la responsabilidad civil del empresario por mero ilícito civil, estipula que el empresario responde de los daños causados por sus dependientes siempre y cuando éstos se hallaren «en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados o con ocasión de sus funciones».<sup>2</sup>

Se ha considerado que la redacción contemplada en el artículo 1903.4 CC tiene mayor expresividad y acierto que la prevista en el artículo 120.4 CP puesto que, por un lado, aquélla contempla que el hecho causante del daño tenga lugar, no ya en el cumplimiento de las funciones, sino en la esfera de la actividad asignada al dependiente y, por otro, contempla también el hecho de que la causación del daño por parte del empleado se haya visto favorecida por la actividad que tiene encomendada. Se afirma, en cambio, que la redacción del artículo 120.4 CP, interpretada literalmente, podría dar lugar a entender que el precepto exige que la comisión del delito por parte del dependiente debe obedecer al cumplimiento de las funciones encomendadas, lo que obviamente daría lugar a una aplicación residual del mismo.<sup>3</sup> No obstante, no debe olvidarse que estamos en sede de responsabilidad civil derivada de delito y que lo que se cuestiona es la responsabilidad civil subsidiaria que puede tener un empresario por los hechos delictivos cometidos por un dependiente suyo. El legislador era consciente de la redacción del artículo 1903.4 CC, pero optó por formularla, en sede penal, de forma distinta. No es irracional pensar que ello pueda obedecer a su voluntad de hacer responsable civil subsidiario al empresario en los estrictos supuestos de daños causados por sus dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios, es decir, en hechos que sean consecuencia inmediata de su trabajo.

---

<sup>1</sup> Así, DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, «Comentario al artículo 120.4 del Código Penal», en COBO DEL ROSAL, Manuel, *Comentarios al Código penal*, Edersa, Madrid, 1999, p. 648.

<sup>2</sup> Sobre esta cuestión véase MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, «Comentario al Art. 1903 del Código Civil», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (Coord.), *Comentarios del Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 2058-2061.

<sup>3</sup> En este sentido, DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, «Comentario al artículo 120.4 del Código Penal», *op. cit.*, pp. 698-699.

Lo que sí resulta evidente es que el principal no debe responder de todos los daños que cometan sus auxiliares, puesto que puede darse la circunstancia de que éstos hubieran incurrido en una clara extralimitación en el momento del hecho ilícito causante del daño.<sup>4</sup> En este sentido, y tal como dispone el artículo 120.4 CP, para el nacimiento de la responsabilidad civil del principal es necesario que los daños causados por el auxiliar sean «en el desempeño de sus obligaciones o servicios».

En consecuencia, parece razonable que el principal no responda por todos los actos dañosos que realiza el auxiliar y que no se encuentren en el círculo de actividades que él pueda controlar. El artículo 120.4 CP no extiende la protección que dispensa la norma a hechos ilícitos dañosos derivados de actos personales del empleado.<sup>5</sup> Cuando éste actúa fuera de sus competencias, el principal no puede controlar su actuación y, por tanto, imponerle responsabilidad no le generaría ningún incentivo para adoptar medidas de prevención del riesgo.<sup>6</sup> Sólo en el supuesto en que el acto del auxiliar pueda relacionarse de alguna forma con el desempeño de sus obligaciones, es decir, tenga que ver con las actividades que deba realizar, podrá nacer la responsabilidad civil de su principal.

En este sentido, es imprescindible fijar cuando la comisión de un hecho delictivo por parte de un auxiliar se comete «en el desempeño de sus obligaciones o servicios» y lo cierto es que no se trata precisamente de una tarea fácil. Parece obvio que una interpretación excesivamente amplia de este concepto terminaría por extender la responsabilidad civil del empresario más allá de los límites de su esfera de control. Ciertamente, no parece razonable apreciar una responsabilidad civil del principal por el solo hecho de que la actuación del auxiliar tenga alguna conexión con la actividad que realiza en la empresa. Sin embargo, tampoco parece acertada una interpretación excesivamente restrictiva que limitara la responsabilidad civil del empresario a los casos en que el dependiente hubiese actuado en el estricto cumplimiento de las funciones asignadas por aquél.<sup>7</sup> Esta última interpretación comportaría, de aplicarse en la práctica, la supresión del régimen de la responsabilidad civil subsidiaria del empresario por actos de sus dependientes, puesto que difícilmente se encontrarían supuestos en los cuales el principal haya encomendado a sus subordinados la comisión de hechos delictivos.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> La STS (2ª) 6 febrero 2008 [RJ 2008\1850] afirma que «debe descartarse que el empresario deba responder de todos los actos del empleado, sin atender a que los mismos tengan relación con su trabajo». En los mismos términos, más recientemente, véase también la STS (2ª) 23 febrero 2023 [RJ 2023\1245].

<sup>5</sup> Al respecto, BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, *La responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 310-311.

<sup>6</sup> Véase en relación con esta cuestión, SOLÉ FELIU, Josep, «Criteris per a una regulació de la responsabilitat de l'empresari al Llibre VIè del CCCat», en ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA, *Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya (Materials de les Setzenes Jornades de Dret català a Tossa)*, Documenta Universitaria, Girona, 2012, p. 325.

<sup>7</sup> Al respecto, Díez Soto, Carlos Manuel, «Comentario al artículo 120.4 del Código Penal», *op. cit.*, pp. 698-699.

<sup>8</sup> Si este fuera el caso, entraría en juego la responsabilidad civil e incluso criminal del empresario. Así, ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 443.

Por ello y como puede verse, la determinación de cuándo el auxiliar actuará «en el desempeño de sus obligaciones o servicios» es una tarea ciertamente polémica, ya que fluctúa entre dos vertientes. Por una parte, parece razonable que deba declararse la responsabilidad civil del principal que ha autorizado genéricamente a una persona para realizar una actividad que le reporta un lucro. Sin embargo, por otra, puede resultar injusto —y de hecho lo es— que el principal deba responder de todos los actos dañosos realizados por sus auxiliares.<sup>9</sup> En este contexto, y para no facilitar excesivamente la exoneración del principal, se ha planteado la conveniencia de presumir *iuris tantum*, en beneficio del perjudicado, que el auxiliar se encontraba en el ejercicio de sus funciones o servicios.<sup>10</sup>

De ahí que la finalidad del presente trabajo consista en analizar cuál debe ser la relación existente entre un acto ilícito delictivo cometido por un auxiliar y las funciones que el principal le ha encomendado para que pueda nacer la responsabilidad civil de este último y cómo todo ello se aborda desde la jurisprudencia de nuestros tribunales. El apartado 2 examina el fundamento o criterio de atribución de la responsabilidad civil subsidiaria del principal y tantea con la posibilidad de afirmar que, aunque se declare reiteradamente por parte de la doctrina que la responsabilidad civil del empresario prevista en el artículo 120.4 CP es objetiva, la culpa del principal sigue siendo un factor relevante a tener en cuenta por parte de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo para determinar su responsabilidad. El apartado 3 analiza, desde una perspectiva práctica, cuáles son los criterios jurisprudenciales más relevantes, principalmente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, pero también de las Audiencias, para determinar cuándo un delito cometido por un auxiliar se ha producido o no en el desempeño de sus obligaciones o servicios. Finalmente, el apartado 4 contiene unas conclusiones.

Antes de entrar en el análisis de todo ello, debe comentarse que, aunque es habitual referirse a la materia que nos ocupa como responsabilidad del «empresario» por hechos de sus «dependientes» o «trabajadores», parece más acertado utilizar la terminología de «principal» y «auxiliar» al considerar que el sistema previsto en el artículo 120.4 CP va más allá del estricto ámbito de los contratos de trabajo o de servicios.

## 2. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL PRINCIPAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 120.4CP

### 2.1 Introducción

La cuestión referente a cuál debe ser la relación existente entre un acto ilícito cometido por un auxiliar y las funciones que el principal le ha encomendado es uno de los temas más

---

<sup>9</sup> En este sentido, ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, op. cit., pp. 439-440.

<sup>10</sup> Así, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Instituciones de Derecho civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1998, p. 465.

difíciles de determinar que se plantean en el ámbito de la responsabilidad civil del empresario.<sup>11</sup> Y ello es así porque detrás de esta cuestión se encuentra escondido el fundamento o criterio de atribución de la responsabilidad civil del principal. Para determinar con cierta precisión los límites de cuándo la actuación del auxiliar se encuentra dentro del ámbito de sus funciones es imprescindible conocer antes cuál es el criterio de atribución o imputación del daño que debe aplicarse a la actividad desplegada por el auxiliar en favor del principal.<sup>12</sup>

Si se piensa que el régimen de responsabilidad del principal establecido en el artículo 120.4 CP se asienta sobre la culpa propia de éste, entonces parecería lógico negar su responsabilidad civil cuando existan determinadas extralimitaciones del auxiliar en el cumplimiento de su tarea por cuanto éstas se efectuarían al margen de la potestad de control o dirección del principal. En cambio, si se considera que la responsabilidad del principal se fundamenta en un régimen de responsabilidad objetiva con base en el criterio del riesgo es fácil inferir que determinadas extralimitaciones que podían ser exonerativas en un sistema culposo no lo serían en uno de objetivo, ya que formarían parte de los riesgos típicos de la actividad empresarial. Así, por ejemplo, si el empleado de una empresa, de manera súbita, inopinada y repentina, acuchilla a un compañero de trabajo la respuesta a una eventual responsabilidad del empresario dependerá sustancialmente del criterio de atribución que se otorgue al artículo 120.4 CP. Si se funda exclusivamente en el criterio de la culpa parece más difícil atribuirle responsabilidad civil por cuanto la actuación del auxiliar, al ser imprevisible para el principal, puede excluir su responsabilidad. Por el contrario, si la responsabilidad del principal se fundamenta en un sistema objetivo entonces puede parecer razonable considerar que el hecho dañoso es una consecuencia dentro del funcionamiento de la empresa y ello puede implicar su declaración como responsable civil.

## 2.2 La interpretación doctrinal del artículo 120.4 CP

La realización por parte de un auxiliar de un hecho ilícito delictivo, siempre que sea en el ejercicio de sus funciones, permite a la víctima dirigir su acción no sólo contra el propio auxiliar, sino también contra el principal. Con todo, tratándose de una actuación delictiva, la víctima habrá de demandar al causante del daño como responsable civil directo y sólo subsidiariamente al empresario.<sup>13</sup> Éste, en todo caso, carece de la posibilidad de exonerarse

---

<sup>11</sup> Véase MARTÍN CASALS, Miquel, «La modernización del Derecho de la Responsabilidad Extracontractual», en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Editum, Murcia, 2011, pp. 76-77.

<sup>12</sup> Al respecto, ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, *op. cit.*, pp. 441-445.

<sup>13</sup> Sobre el carácter subsidiario de la responsabilidad civil del empresario prevista en el artículo 120.4 CP véanse, entre otros muchos autores, Díez SOTO, Carlos Manuel, «Comentario al artículo 120.4 del Código Penal», *op. cit.*, p. 705, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Comentario al artículo 120 del Código Penal», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios al Código Penal Español, tomo I*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor,

de responsabilidad mediante la prueba de su propia diligencia en la prevención o evitación del daño.<sup>14</sup> La actuación del auxiliar, dolosa o culposa por definición al tratarse de una conducta delictiva, determina la responsabilidad civil subsidiaria del empresario, con total independencia de que en la actuación de este último haya existido o no culpa.<sup>15</sup> En el artículo 120.4 CP la culpa o negligencia del empresario no aparece mencionada ni como exigencia ni como presunción.<sup>16</sup> Por ello, el carácter objetivo de la responsabilidad civil del empresario prevista en el artículo 120.4 CP ha sido declarado por la mayor parte de la doctrina.<sup>17</sup> El responsable penal actúa al cometer el delito en beneficio de su principal y, en consecuencia, es lógico que asuma las consecuencias civiles desfavorables del acto realizado en su favor conforme al aforismo *cuius commoda eius incommoda*.<sup>18</sup>

No está de más destacar, en este punto, la profunda transformación que ha sufrido la estructura organizativa empresarial. La relación entre empresario y dependiente ha experimentado un cambio radical en las últimas décadas. Hasta mediados del siglo XX, el empresario seleccionaba a sus empleados y los conocía e instruía.<sup>19</sup> En la actualidad, y en líneas generales, esta relación se ha diluido y ha perdido el carácter directo y personal de

---

2016, p. 807, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago, *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 286.

<sup>14</sup> Así, LÓPEZ LÓPEZ, «Sobre la responsabilidad civil ex delicto y el responsable civil subsidiario», *La Ley*, núm. 4404, de 28 de octubre de 1997, p. 2.

<sup>15</sup> Véase, Díez Soto, Carlos Manuel, «Comentario al artículo 120.4 del Código Penal», *op. cit.*, pp. 654 y 655.

<sup>16</sup> Al respecto, GARCÍA VICENTE, F., SOTO NIETO, F., DE LAMO RUBIO, J., GUILLÉN SORIA, J.M., *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 225.

<sup>17</sup> Al respecto, defienden el carácter objetivo de la responsabilidad civil subsidiaria del empresario, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 272; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1987, p. 91, en nota 2; BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, *op. cit.*, p. 181; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por sus dependientes (comentario a la STS de 29 de marzo de 1996)», *ADC*, 2003, p. 917; MONTÉS PENADÉS, Vicente L. «Comentario al artículo 120 del Código Penal», en VIVES ANTÓN, Tomás S., *Comentarios al Código penal de 1995, vol. I*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pp. 640-641; SALVADOR CODERCH, Pablo y GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos «Respondeat Superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización», *InDret 3/2002*, p. 12; GARCÍA VICENTE, F., SOTO NIETO, F., DE LAMO RUBIO, J., GUILLÉN SORIA, J.M., *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, *op. cit.*, pp. 225-231 y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago, *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, p. 286.

<sup>18</sup> Al respecto pueden verse, entre muchas otras, las SSTS (2ª) 16 septiembre 1992 [RJ 1992\7159], 18 octubre 2007 [RJ 2008\254] y 16 julio 2009 [RJ 2009\6991].

<sup>19</sup> Así lo pone de manifiesto la STS (2ª) 16 septiembre 1992 [RJ 1992\7159] al afirmar que «la mayor o menor extensión de la responsabilidad civil subsidiaria estará en función del fundamento que se utilice para determinar los criterios en virtud de los cuales responden civilmente de un hecho delictivo personas o entidades extrañas a su realización, en caso de insolvencia del sujeto directamente responsable. Doctrina y jurisprudencia, en una primera orientación, encontró dicho fundamento, afirmando 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, no encargarles otro servicio de aquella o aquel 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 dependiente se sumaba la culpa *in eligendo* o *in vigilando* del principal».

antaño. Asimismo, y como es sabido, se han incrementado el nombre de actividades creadoras de riesgos, siendo normalmente un empresario quien las realiza y quien se beneficia de ellas.

Teniendo en cuenta lo comentado, el modelo de la responsabilidad vicaria encaja perfectamente en el marco del artículo 120.4 CP.<sup>20</sup> Se trata de un régimen de responsabilidad objetiva del principal por los daños causados negligentemente por sus auxiliares. Dicho modelo se aplica en los supuestos en que una persona resulta civilmente responsable del daño causado por otra, sin que sea necesario que aquélla haya actuado negligentemente.<sup>21</sup> Como puede observarse, éste es justamente el sistema que se utiliza en el marco de la responsabilidad civil del empresario por actos delictivos cometidos por sus empleados o dependientes. El empresario responde por los daños causados por éstos, siempre que se den los demás requisitos del artículo 120.4 CP, aunque no haya por su parte culpa o negligencia. Una particularidad que presenta la responsabilidad civil del empresario regulada en el artículo 120.4 CP, en comparación con otros ordenamientos jurídicos que la contemplan<sup>22</sup>, es que el empresario sólo responde por los daños causados por sus empleados ante la insolvencia de éstos. Sin embargo, esta cuestión no desvirtúa para nada el carácter vicario de la responsabilidad civil del empresario establecida en el Código Penal.<sup>23</sup>

La responsabilidad vicaria es seguramente el régimen más coherente con la idea de gravar a quienes se benefician de una actividad que, en numerosas ocasiones, es generadora de riesgos, puesto que son quienes se encuentran en una mejor posición para hacer frente a estos riesgos y controlarlos. Desde una perspectiva técnica, no puede negarse que es el empresario quien conoce mejor los riesgos que derivan de la actuación de sus auxiliares y, por tanto, puede adoptar los mecanismos precisos para prevenirlos. Desde una perspectiva económica, el principal, en comparación con sus auxiliares, suele tener una mayor capacidad para afrontar las consecuencias indemnizatorias de su actividad y repercutir su coste sobre el

---

<sup>20</sup> Así lo destaca, DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, «Comentario al artículo 120.4 del Código Penal», *op. cit.*, pp. 654 y 655. Se aboga también por el carácter vicario de la responsabilidad civil del empresario en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, *op. cit.*, p. 286.

<sup>21</sup> Así, MORÉTEAU, Olivier, «Comentarios al Capítulo 6 PETL. Responsabilidad por otros», en MARTÍN CASALS, Miquel (Coord.), *European Group on Tort Law, Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil. Traducción a cargo de la «Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado»* (REDPEC), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 157. Como afirma el autor, el modelo de la responsabilidad vicaria es el previsto para los empresarios quienes, en la mayoría de ordenamientos de nuestro entorno, son objetivamente responsables de los daños causados por sus dependientes cuando éstos han incurrido en culpa o negligencia.

<sup>22</sup> El régimen de la responsabilidad vicaria del principal es el dominante en el contexto europeo actual. Sobre esta cuestión, véase SOLÉ FELIU, Josep, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, Editorial Reus, Madrid, 2012, p. 31.

<sup>23</sup> En la mayoría de los ordenamientos donde se establece la responsabilidad vicaria, el empresario responde directamente de los daños causados por sus empleados o dependientes. Con todo, y como se ha afirmado con acierto, el hecho de que en el sistema previsto en el artículo 120.4 CP se prevea una responsabilidad civil subsidiaria del empresario no anula el carácter vicario de dicha responsabilidad. En este sentido, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 264-265.

precio final de los productos. Por último, el principal es también de manera habitual quien se encuentra en una mejor posición para cubrir los costes globales de su negocio y proteger a sus auxiliares a través de la contratación de una única póliza aseguradora.<sup>24</sup>

Ocurre, en consecuencia, que al ser la responsabilidad civil subsidiaria establecida en el artículo 120.4 CP de carácter objetiva ello determina que la cuestión verdaderamente importante a tratar se traslade al análisis de los dos presupuestos básicos para que concurra dicha responsabilidad, esto es, la relación de dependencia y la comisión del hecho por el auxiliar en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

La relación de dependencia no plantea problemas ni dificultades excesivas toda vez que se ha realizado una interpretación muy expansiva de este requisito por parte de nuestra jurisprudencia. El régimen de responsabilidad del principal por hechos de sus auxiliares debe poder aplicarse siempre que entre ellos exista una relación de dependencia o subordinación en virtud de la cual el auxiliar desarrolle una actividad en beneficio del principal. No es necesario que esta relación tenga su fundamento jurídico en un contrato de trabajo o de servicios ni que la relación tenga carácter temporal o permanente. Tampoco resulta necesario que el auxiliar perciba una remuneración. Lo determinante es que el servicio beneficie al principal y que el auxiliar actúe sujeto al control y a las instrucciones de aquél.<sup>25</sup>

Por todo lo comentado en el párrafo anterior, el hecho de que la actuación del auxiliar se haya cometido o no en el desempeño de sus obligaciones o servicios se convierte casi en la única vía para permitir al principal su exoneración.

### *2.3 El confuso criterio de atribución de la responsabilidad civil del principal de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. ¿Una responsabilidad por culpa, objetiva o cuasiobjetiva?*

Una vez analizada cuál es la posición de una gran parte de la doctrina en relación con el criterio de atribución de la responsabilidad civil del empresario con base en el artículo 120.4 CP, sería interesante comprobar si esta postura concuerda con los pronunciamientos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. De hecho, se encuentran hasta tres criterios jurisprudenciales diferentes respecto de cuál es el carácter de la responsabilidad civil del empresario establecida en nuestro Código penal.

---

<sup>24</sup> Así, SOLÉ FELIU, Josep, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, op. cit., pp. 38-39.

<sup>25</sup> La STS (2ª) 22 noviembre 2022 [RJ 2023\153] admite que en la configuración del requisito de la dependencia únicamente es necesario que «entre el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallan 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». En parecidos términos, véase también la STS (2ª) 24 noviembre 2022 [RJ 2022\5562].

Una primera postura jurisprudencial considera que la responsabilidad civil del empresario es una responsabilidad basada únicamente en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*. En realidad, dicha postura se encuentra hoy en día superada, aunque era claramente la posición dominante hasta mediados del siglo XX. Con todo, no se puede minusvalorar la importancia que esta doctrina jurisprudencial sentó y que, como se verá más adelante, sigue sobrevolando actualmente en muchas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo cuando entran a analizar el presupuesto de que la actuación del auxiliar se encuentre en el ámbito de sus funciones.

Incluso, en fechas relativamente recientes, aún pueden encontrarse pronunciamientos totalmente coherentes con dicha jurisprudencia. Una muestra de ello, por ejemplo, puede verse en el supuesto contemplado en la STS (2ª) 6 abril 1990 [RJ 1990\3180] donde se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Compañía Telefónica Nacional de España (CTNE) por un delito cometido por un empleado al interceptar las comunicaciones telefónicas entre los abonados. El Tribunal Supremo consideró que, puesto que dicho empleado tenía antecedentes penales, existió una clara culpa *in eligendo*.<sup>26</sup> Más recientemente, aunque de forma aislada, puede verse otro exponente de esta postura que fundamenta la responsabilidad civil del empresario únicamente en su culpa. En la STS (2ª) 30 abril 2007 [RJ 2007\4661] se declara la responsabilidad civil subsidiaria de una entidad bancaria por los delitos de apropiación indebida cometidos por un interventor de la entidad, al considerar que

«la entidad financiera actuó pasiva y negligentemente al no controlar las actividades de su interventor lo que nunca puede dar lugar a la exclusiva responsabilidad penal del sujeto delictivo sino que debe compartirse por los mecanismos de la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, que aparece, con meridiana claridad, en los hechos probados».

El fundamento de la culpa es el único manejado en esta sentencia. Por ello, no deja de sorprender que una resolución relativamente reciente se base, para declarar la responsabilidad civil subsidiaria del empresario, sólo en la culpa ya que, como se verá cuando se analice la tercera corriente jurisprudencial, el Tribunal Supremo suele barajar distintos fundamentos para afirmar la responsabilidad subsidiaria de aquél.

Una segunda postura jurisprudencial es la que afirma que la responsabilidad civil subsidiaria del empresario sujeta a las normas del Código penal es una responsabilidad objetiva, incluso vicaria, sin ulteriores consideraciones y sin mencionar en absoluto el requisito de la culpa. Con todo, hay que resaltar que se trata de una postura que, aunque actual, es totalmente minoritaria, incluso anecdótica, dentro de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Un exponente puede verse en la STS (2ª) 23 noviembre 2022 [RJ 2022\5695] donde se afirma categóricamente que

---

<sup>26</sup> Asimismo, pueden verse también las SSTs (2ª) 9 marzo 1979 [RJ 1979\1089] y 12 mayo 1992 [RJ 1992\3869].

«en la responsabilidad objetiva, hay un fundamento multiforme, una distinta perspectiva del hecho dañoso. El análisis propio de la responsabilidad subjetiva es microscópico y consiste en aislar el hecho dañoso para examinar si, en ese caso y concretas circunstancias, el responsable pudo prevenir los daños y hacer algo para evitarlos. Si en relación al delito o falta cometidos ciertos sujetos han incurrido en algún error en la dirección, preparación o control del responsable penal. La perspectiva de la responsabilidad objetiva, en cambio, se dice que es panorámica, en cuanto que no mira al suceso concreto y lo que pudo hacerse para evitarlo [...]. Es el caso de la responsabilidad de la empresa por el hecho de los empleados del art 120.4 CP, siendo vicaria y de carácter objetivo, pues no admite, como hace el CC, ninguna prueba liberatoria del empresario fundada en su comportamiento diligente».<sup>27</sup>

Por último, una tercera postura jurisprudencial, que sería claramente la mayoritaria en los últimos años, asocia el régimen de responsabilidad civil del artículo 120.4 CP a regímenes de responsabilidad «cuasiobjetiva» u «objetiva» con el argumento del riesgo creado por la empresa. En este sentido, la STS (2ª) 17 marzo 2010 [RJ 2010\4499] relata que, si bien inicialmente la responsabilidad civil del empresario se fundamentaba en una clara culpa *in vigilando* o *in eligendo*, en la actualidad es general y pacífica la tesis de que la responsabilidad de aquél se encuentra en la teoría de la creación del riesgo, añadiendo que dicha teoría «no es sino una adaptación del viejo principio romano *qui sentit commodum, debet sentire incommodum*». En la misma línea, la STS (2ª) 5 noviembre 2018 [RJ 2018\5001] afirma que «cuando hablamos de la responsabilidad de la empresa no estamos ante una responsabilidad subjetiva sino sustancialmente objetiva o cuasi-objetiva» aunque la STS (2ª) de 27 de octubre de 2017 [RJ 2017\4798] matice, olvidándose de la responsabilidad cuasiobjetiva, que «no estamos ante una responsabilidad subjetiva sino sustancialmente objetiva».<sup>28</sup>

Ahora bien, en una gran mayoría de ocasiones, estos pronunciamientos que declaran que la responsabilidad civil prevista en el artículo 120.4 CP es «cuasiobjetiva u objetiva» se realizan con argumentaciones muy confusas en las que también se mezclan alusiones a las tradicionales culpas *in eligendo* o *in vigilando*. Ello puede verse igualmente en la reciente STS (2ª) 23 febrero 2023 [RJ 2023\1245] donde se afirma que la responsabilidad civil subsidiaria del principal

«ha de estar anclada en los principios de culpa *in vigilando* y culpa *in eligendo*, que se exigen en fundamentos jurídicos como base de tal responsabilidad, haciendo notar que esos criterios han derivado a formas más objetivas encaminadas a la protección de las víctimas, vinculando la responsabilidad civil subsidiaria a aquellas personas o entidades que con la actividad del infractor obtienen un beneficio a costa de crear una situación de riesgo (teoría del riesgo) conforme al principio de «*qui sentit commodum, debet sentire incommodum*». Por tanto, tratándose de una responsabilidad objetiva en clara línea aperturista habrá que analizar si la

<sup>27</sup> En el mismo sentido, véase la STS (2ª) 15 septiembre 2008 [RJ 2008\4392].

<sup>28</sup> La STS (2ª) 5 febrero 2019 [RJ 2019\395] declara que la responsabilidad civil subsidiaria del empresario «hoy día se estima más próxima a una responsabilidad objetiva».

organización de los medios personales y materiales de la empresa tiene o no alguna influencia en el hecho delictivo o lo favorece».<sup>29</sup>

Como puede observarse, no parece muy coherente la afirmación que realiza la sentencia de que la responsabilidad civil del empresario sea objetiva para, a continuación, afirmar que es necesario analizar si la organización de los medios personales y materiales de la empresa ha tenido o no influencia en la comisión del hecho delictivo, toda vez que este análisis sería más propio de un régimen de responsabilidad civil por culpa.

Dicha confusión aparece también en la STS (2ª) 15 septiembre 2022 [RJ 2022\4379] al declarar que la responsabilidad civil subsidiaria del empresario se apoya «no solo en los pilares tradicionales de la culpa *in eligendo* y la culpa *in vigilando*, sino también sobre todo en la teoría del riesgo».<sup>30</sup> Nótese que, si bien la sentencia menciona la teoría del riesgo, no abandona totalmente la idea de la culpa, puesto que afirma que la responsabilidad del empresario no descansa «solo en los pilares tradicionales de la culpa», lo que da a entender que también se basa con ellos, aunque no con exclusividad.

Como puede observarse, y aunque la actual jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo afirme reiteradamente que la responsabilidad civil subsidiaria del empresario regulada en el artículo 120.4 CP es de carácter cuasiobjetiva u objetiva, lo cierto es que sigue aplicando unas pautas que, en muchos casos, y a pesar del razonamiento teórico que contienen, convierten *de facto* a la responsabilidad civil del empresario en un sistema donde la culpa tiene una importancia relevante. Por ello, se analizará cómo esta mezcla jurisprudencial existente entre la culpa y la responsabilidad objetiva tiene también su reflejo en el análisis del concreto presupuesto que es objeto de este artículo.

Previamente, sí es necesario decir que la casuística en esta materia es enorme y es absolutamente imposible fijar un criterio único que determine de manera mecánica cuando un hecho ilícito delictivo de un auxiliar puede determinar o no la responsabilidad civil subsidiaria de su principal. Incluso en algunas ocasiones puede afirmarse que, más que buscar un criterio jurídico para determinar la imputación del principal, de lo que se trata es de conseguir que la víctima del daño que, recordemos, ha sufrido un delito, se vea resarcida efectivamente en lo referente a la cuantía indemnizatoria al declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa y de esta manera, en muchas ocasiones, conseguir con ello también la responsabilidad civil directa de la compañía aseguradora.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> En los mismos términos, véase la STS (2ª) 27 mayo 2022 [RJ 2022\2972].

<sup>30</sup> Véanse también las SSTs (2ª) 14 octubre 2019 [RJ 2019\4553] y 24 noviembre 2022 [RJ 2022\5562].

<sup>31</sup> En contra de aplicar como un automatismo la responsabilidad civil subsidiaria del empresario véase, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier y ALMODÓVAR PUIG, Borja, «La desobjetivación de la responsabilidad civil ex delicto: los programas de cumplimiento», *InDret* 3/2022, pp. 117 y ss.

A continuación, se analizarán los supuestos problemáticos más comunes resueltos por nuestro Tribunal Supremo para, a partir de ellos, intentar buscar una posible línea de solución a la hora de determinar cuándo un hecho delictivo cometido por un auxiliar debe comportar la responsabilidad civil subsidiaria de su principal por ser su actuación «en el desempeño de sus obligaciones o servicios».

### 3. LA ACTUACIÓN DEL AUXILIAR «EN EL DESEMPEÑO DE SUS OBLIGACIONES O SERVICIOS»: CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

#### 3.1 *La regla general*

La doctrina jurisprudencial, ya desde finales del siglo pasado, se muestra muy taxativa a la hora de determinar que debe descartarse una interpretación estricta del artículo 120.4 CP de tal manera que cualquier extralimitación o desobediencia de un empleado pueda considerarse que ya rompe la conexión con su principal. La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha establecido en ininidad de ocasiones que aparte del vínculo entre el empresario y el dependiente, el hecho ilícito delictivo de este último debe encontrarse dentro del ejercicio *normal o anormal* de las funciones encomendadas en el seno de la actividad confiada al infractor.<sup>32</sup> Como afirma recientemente la STS (2ª) 24 noviembre 2022 [RJ 2022\5562], son muy frecuentes «las resoluciones jurisprudenciales que contemplan casos en los que la actuación del condenado penal se ha producido excediéndose de los mandatos expresos o tácitos del titular de la empresa acusada como responsable civil subsidiaria».

Ahora bien, con la misma contundencia —y con todo el acierto— se descarta también que el empresario deba responder de todos los actos de sus auxiliares, sin atender al hecho de que éstos tengan alguna relación con su ocupación. Para valorar estos factores se barajan distintos elementos que sin duda suponen un buen punto de partida para enfocar esta cuestión.

Así, la STS (2ª) 14 octubre 2019 [RJ 2019\4553] afirma que

«debe excluirse que el empresario responda de todos los actos del empleado, sin atender a que los mismos tengan alguna relación con su trabajo. Relación que según los casos habría que atender al dato espacial (el hecho delictivo tiene lugar en las instalaciones de la empresa); temporal (en el horario o tiempo de trabajo); instrumental (con medios de la empresa); formal (con el uniforme de la empresa) o final».<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> En este sentido, se pronuncian, entre otras, las SSTs (2ª) 26 enero 1984 [RJ 1984\412], 29 octubre 1994 [RJ 1994\8330], 12 abril 1995 [RJ 1995\3379], 4 marzo 1997 [RJ 1997\1826], 26 marzo 1997 [RJ 1997\2512], 19 abril 2000 [RJ 2000\3732], 24 junio 2002 [RJ 2002\7618], 31 octubre 2002 [RJ 2002\9912], 22 julio 2003 [RJ 2003\6054], 30 octubre 2003 [RJ 2003\7523], 28 abril 2004 [RJ 2004\3462], 27 junio 2012 [RJ 2012\11231], 6 abril 2017 [RJ 2017\1491], 27 octubre 2017 [RJ 2017\4798], 10 diciembre 2021 [RJ 2021\5512] y 15 septiembre 2022 [RJ 2022\4379].

<sup>33</sup> Véanse también en el mismo sentido, las SSTs (2ª) 10 junio 2019 [RJ 2019\4038], 24 noviembre 2022 [RJ 2022\5562] y 23 febrero 2023 [RJ 2023\1245].

Cada uno de ellos, aisladamente, no tienen por qué determinar la responsabilidad civil subsidiaria del empresario, pero es obvio que, a mayor concurrencia de estos elementos, las posibilidades de exoneración del principal disminuyen. Aunque tampoco debe descartarse que exista uno solo de estos elementos que sea determinante para declarar una eventual responsabilidad del empresario.<sup>34</sup>

### *3.2 La actuación del auxiliar en el ámbito espacial y temporal (o fuera de él) de la empresa*

Se trata de una circunstancia relevante a tener en cuenta y a ponderar adecuadamente con otros factores que el delito se haya cometido en las instalaciones de la empresa o en el lugar de trabajo y durante el horario laboral.<sup>35</sup>

Por cumplirse con estos elementos el ATS (2ª) 5 marzo 2015 [JUR 2015\106930] declaró no haber lugar a la admisión de un recurso de casación interpuesto por una sociedad mercantil que gestionaba un centro psiquiátrico y que resultó condenada por la Audiencia correspondiente como responsable civil subsidiaria por la agresión sexual cometida por un celador a una interna que se encontraba ingresada en dicho centro. De forma acertada, el Tribunal Supremo declaró que

«el acusado era celador del centro en que se encontraba ingresada la víctima, cometiéndose el hecho en el interior de dicho centro durante el desempeño por el acusado de sus tareas en aquél. Es evidente que la conducta delictiva está alejada de las funciones propias de un celador, que es, en definitiva el único argumento atendible del motivo a la hora de cuestionar la aplicación del artículo 120.4 CP [...], pero esta extralimitación no rompe la dependencia respecto de la recurrente en el ámbito de las funciones cuyo desempeño, en definitiva, permitió, precisamente la comisión de los hechos».

A igual conclusión llega la STS (2ª) 4 junio 2007 [RJ 2007\3890] que condenó como responsable civil subsidiaria a una empresa naviera por el homicidio cometido por un marinero de un buque de su propiedad contra el conremaestre del mismo. Los hechos se produjeron a raíz de una discusión sobre dónde debían hacerse las labores de guardia en el buque, siendo conocido por los superiores de ambos que, en los últimos tiempos, las relaciones entre los dos empleados eran muy tensas. La Audiencia condenó penalmente al acusado, pero absolvió a la empresa naviera como responsable civil subsidiaria al considerar que la actuación del marinero se situó fuera del ámbito de sus funciones a pesar de que el delito se cometiera en el interior del buque. Interpuesto recurso de casación por parte de los herederos del fallecido, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo y condenó a la

---

<sup>34</sup> Sobre esta cuestión, Díez SOTO, Carlos Manuel, «Comentario al artículo 120.4 del Código Penal», *op. cit.*, pp. 702-703.

<sup>35</sup> Así, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de Responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, *op. cit.*, pp. 271-272.

empresa como responsable civil subsidiaria basándose, precisamente, en la circunstancia de que el delito se cometió en el mismo buque, en clara conexión con las funciones, ya que se produjo en el servicio de guardia y también en que las diferencias profesionales entre la víctima y el acusado eran conocidas por sus superiores, sin que éstos tomaran medidas para evitar los enfrentamientos. En este sentido, debe destacarse que, con carácter general, puede sostenerse que la Sala Segunda del Tribunal Supremo es muy reacia a atribuir relevancia exoneratoria a las extralimitaciones delictivas del auxiliar cuando puede apreciarse, como en este supuesto, una clara culpa del principal.<sup>36</sup>

Aparentemente, se trata de un caso muy parecido al anterior. Sin embargo, existen diferencias sustanciales. En el supuesto de la agresión sexual el elemento determinante para considerar que el celador actúa en el desempeño de sus obligaciones o servicios es que el delito se comete dentro del horario laboral y en el propio centro psiquiátrico, lugar donde cabe apreciar también un deber de protección del titular del establecimiento en relación con las personas internas. Por el contrario, en el caso del buque la circunstancia de que el homicidio se perpetrara en el propio barco es un factor importante, pero no es esencial. Lo determinante es que los hechos que terminaron en un homicidio se iniciaron por una discusión entre dos marineros, cuya incompatibilidad era conocida por la empresa, en torno a quién debía realizar las labores de guardia y son estos elementos y no otros los que, juntamente con el criterio espacial y temporal, conectan la actuación del auxiliar dentro del ámbito de sus funciones.

En cambio, y en un supuesto muy parecido al anterior, la actuación fuera del ámbito de las funciones puede explicar el resultado a que llegó la STS (2ª) 1 abril 2014 [RJ 2014\2044] en relación con los graves daños causados por la tentativa de asesinato de un marinero a un compañero suyo de tripulación. Éste se encontraba en el interior del buque realizando tareas de preparación de la faena para el día siguiente momento en el que el acusado, sin mediar palabra, por la espalda y de forma inopinada apuñaló con un cuchillo a la víctima con el propósito de darle muerte. En este caso, el Tribunal Supremo exonera, de manera acertada, de responsabilidad civil subsidiaria al empresario-armador por estimar que su responsabilidad no puede extenderse a casos en los que la acción origen del perjuicio sea por completo ajena al objeto de la relación en cuyo marco se produjo, ya que

«hay que reparar en que el precepto del artículo 120.4 CP se refiere a las consecuencias perjudiciales de los delitos o faltas cometidos por las personas a las que alude en el desempeño de sus obligaciones o servicios. Por tanto, no a cualesquiera acciones realizadas con ocasión de éste, sino, más precisamente, a las que le son propias».

---

<sup>36</sup> Así la afirma con acierto, DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, «Comentario al artículo 120.4 del Código Penal», *op. cit.*, p. 704. *Vid.* también ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, *op. cit.*, p. 225.

La sentencia no profundiza mucho más sobre este punto, pero en cualquier caso acierta con la exoneración del empresario de su responsabilidad civil subsidiaria. Efectivamente, los hechos suceden en el interior del buque y se cumple de esta forma con el criterio espacial, pero ello no implica que el auxiliar se encuentre en el momento de la tentativa de asesinato en el desempeño de sus obligaciones o servicios. Nótese que en la anterior sentencia el homicidio se produce en el interior del buque a raíz de una discusión sobre las labores de guardia. Éste era el elemento fundamental juntamente con la culpa del principal por no adoptar ninguna medida conducente a paliar las diferencias profesionales entre sus auxiliares. En cambio, en el presente caso, la agresión se produce también en el buque, pero de forma totalmente inopinada y, al menos aparentemente, sin ninguna relación con las tareas que debe tener un marinero.<sup>37</sup>

No puede compartirse, por el contrario, el resultado a que llegó la STS (2ª) 14 octubre 2019 [RJ 2019\4553] que exoneró de responsabilidad civil subsidiaria a una empresa de envases farmacéuticos por la agresión de un auxiliar suyo contra otro empleado ocasionada en el mismo lugar de trabajo y dentro del horario laboral. La víctima, en un momento determinado, indicó a su compañero que se equivocaba en el envasado de un producto, advirtiéndole del error, instante en que el acusado se dio la vuelta y le propinó un puñetazo en la cara llevando unos anillos en los dedos que le ocasionaron la pérdida de visión binocular del ojo derecho. La Audiencia condenó penalmente al acusado y declaró la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa al considerar que el daño ocasionado por aquél fue en el desempeño de sus obligaciones o servicios.<sup>38</sup> Interpuesto recurso de casación por la empresa, el Tribunal Supremo, sorprendentemente, declaró haber lugar al mismo con base en el argumento de que

«en este caso, hay una absoluta desconexión en la agresión de un empleado a otro y la causación de un resultado dañoso, por cuanto en la redacción del hecho probado no existe un vínculo entre empresa y empleados por el hecho de que uno agrede a otro en el mismo centro empresarial, y aunque lo haga en horario comercial, por cuanto no puede llevar a maximizar

---

<sup>37</sup> En relación con un delito de homicidio cometido por un albañil contra un compañero suyo en la obra en la cual ambos estaban trabajando, véase la STS (2ª) 23 septiembre 2005 [RJ 2005\7372]. En este caso, se exonera también de responsabilidad civil subsidiaria al empresario con el argumento de que el empleado no se encontraba en el desempeño de sus funciones, ya que su actuación podía calificarse de privada y ajena por completo al servicio que debía prestar. Según el Tribunal Supremo: «en el presente caso no se aprecia la más mínima relación de causalidad entre lo acaecido y el cometido o función laboral que desempeñaba y tenía que desempeñar el agente comisor, por muy amplia, abierta o flexible que queramos interpretar el precepto penal aplicable. Es decir, hay una total disfunción entre las acciones realizadas por el acusado y su cometido dentro de la empresa, y ello aunque aquéllas se produjeran dentro del lugar de trabajo».

<sup>38</sup> De forma muy acertada y con unos argumentos que deben compartirse, la Audiencia declara que: «el puñetazo es dado por el peón-acusado ante el hecho de ponerle de manifiesto otro peón-perjudicado que no ponía bien los envases y es realizado en el puesto de trabajo y durante el horario del mismo. Por tanto, el acusado se encontraba bajo la dependencia onerosa de la empresa y el delito que genera la responsabilidad se produce ante una extralimitación en el ejercicio de las funciones encomendadas, puesto que extralimitaciones siempre hay cuando se cometen acciones penales».

la responsabilidad objetiva o por riesgo, llevando a la empresa a responder por todo lo que ocurra en su seno civilmente, por cuanto este hecho de agresión queda desconectado de las funciones encargadas al agresor y en nada se vincula algún tipo de beneficio por esa conducta, o relacionado con el ilícito penal. Los presupuestos antes citados en relación con la aplicación del artículo 120.4 CP por delitos cometidos en el seno de una persona jurídica no pueden darse en un caso como el que consta en los hechos probados en los que de forma inopinada un trabajador agrede a otro en el centro de trabajo y le causa lesiones graves».

Lo cierto es que si la actuación del acusado hubiese sido realmente inopinada y de repente o incluso fruto de un comentario extra laboral, entonces el criterio jurisprudencial sostenido en la sentencia podría compartirse pero el caso es que, en los hechos probados, se declara de forma expresa que la agresión fue una consecuencia inmediata de indicarle la víctima que se equivocaba en las tareas de envasado que realizaba el acusado lo que, en mi opinión, conecta nuevamente con las funciones encomendadas. Esta relevante circunstancia, omitida en el razonamiento de la sentencia de casación, unida a que el daño se produjo durante el horario laboral y dentro del recinto empresarial, sí debería haber supuesto la responsabilidad civil subsidiaria del principal como ya estableció la Audiencia de instancia.

De todo lo anterior puede deducirse que la mera circunstancia de que el hecho ilícito delictivo se haya producido en el ámbito espacial y temporal de la empresa no implica que ello deba desencadenar automáticamente una responsabilidad civil del principal.<sup>39</sup> Para que ello ocurra es imprescindible que la conducta del auxiliar tenga algún tipo de conexión con las funciones asignadas.

En mi opinión, puede sostenerse que cuando la actuación delictiva del auxiliar en el propio centro de trabajo y durante el horario laboral es inopinada, súbita o repentina, es decir, no previsible por el principal y, además, no pueda relacionarse de ninguna forma con el desempeño de las funciones atribuidas al auxiliar ello debe determinar la exoneración de responsabilidad del principal con la única excepción de que pueda considerarse que la actuación (u omisión) de éste ha favorecido o incrementado de manera clara la causación del daño.<sup>40</sup> Ahora bien, lo anterior no significa ni mucho menos que pueda minusvalorarse el

---

<sup>39</sup> YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de Responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, op. cit., pp. 271-272.

<sup>40</sup> En este sentido, véase la STS (2ª) 5 noviembre 2018 [RJ 2018\5001] que declaró la responsabilidad civil subsidiaria del principal por tres delitos de asesinato (uno consumado en las inmediaciones del recinto empresarial y otros dos en grado de tentativa acaecidos en el mismo interior de la empresa) cometidos por un empleado con un grave trastorno esquizo-afectivo. El acusado se incorporó a la empresa por mediación de su hermano que era administrador y copropietario de la sociedad y que conocía su situación personal, ya que le proporcionaba, administraba y controlaba la medicación. Según el Alto Tribunal: «es cierto que al acusado no se le encomendó por el administrador de la empresa como trabajo atentar contra la vida de los otros trabajadores; sin embargo, también lo es que al incorporarlo como trabajador a sabiendas de que concurría un riesgo más o menos notable de que tuviera una reacción agresiva contra sus compañeros debido a su enfermedad, estaba generando de facto como administrador de la entidad un riesgo dentro de la empresa del que ésta tenía que responder [...]. Conviene reseñar que el acusado cometió la acción homicida cuando, por hallarse en horario laboral, se encontraba dentro del lugar de trabajo. Ahí fue donde sufrió el brote esquizofrénico que le hizo

elemento temporal y espacial puesto que, como se ha visto, en muchos casos reviste de una importancia determinante.

Sin embargo, hay que destacar también que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no excluye la responsabilidad civil del principal cuando la actuación del auxiliar se produce fuera del horario de trabajo o del ámbito espacial de las instalaciones de la empresa.<sup>41</sup> Es posible que existan daños causados como consecuencia de actos realizados por el auxiliar fuera de la jornada o del lugar de trabajo, pero que puedan relacionarse de manera directa con las funciones encomendadas. En este sentido, puede verse la STS (2ª) 27 octubre 2017 [RJ 2017\4798] donde se condenó al acusado, que era empleado de una agencia inmobiliaria, como autor de un delito de asesinato perpetrado contra una arrendataria de una vivienda alquilada. En concreto, el acusado conoció a la víctima cuando le mostró el apartamento y le hizo entrega de las llaves de acceso al mismo, circunstancia que le permitió saber no sólo el domicilio exacto de la víctima sino también la relevante circunstancia de que vivía sola. Todo ello le permitió anticipar y prever que ésta sería la misma situación que encontraría unos días después, en la madrugada en la que decidió acceder, subrepticamente y con una copia de las llaves depositada en la propia agencia inmobiliaria, en la vivienda arrendada sin el consentimiento de la víctima para cometer el asesinato. El acusado, que presentaba unos rasgos de personalidad psicopáticos que conformaban un trastorno disocial de la personalidad, mantenía una relación sentimental con la coordinadora de su empresa y ésta conocía además su abuso de ingesta de alcohol y su consumo de drogas tóxicas. La Audiencia de instancia condenó al acusado a las penas correspondientes y declaró la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa por la cual aquél trabajaba al considerar que la conducta delictiva de su auxiliar se realizó en el ámbito de sus funciones a pesar de que la actuación delictiva se cometió fuera del horario de trabajo y más allá de los límites espaciales de las instalaciones de la empresa. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo al considerar que

«lo relevante es que la persona elegida para desempeñar una determinada función actúe delictivamente precisamente en el ejercicio de dichas funciones (culpa in eligendo), y las desarrolle con infracción de las normas penales sin que los sistemas ordinarios de control interno de la empresa los detecte (culpa in vigilando). Por ello, la interpretación de aquellos requisitos debe efectuarse con amplitud, apoyándose la fundamentación de tal responsabilidad civil subsidiaria no solo «en los pilares tradicionales de la culpa in eligendo y

---

perder totalmente el control dentro de la empresa y salir a la vía pública –después de haber acuchillado a sus compañeros de trabajo- al encuentro de otro sujeto a quien agredir, momento en que se encontró de inmediato con la nueva víctima, que estaba situada a dos metros del recinto empresarial, matándolo en el acto de una cuchillada. Las circunstancias que se acaban de describir no permiten desvincular la conducta del acusado del control que estaba ejerciendo el administrador de la empresa con respecto al trabajador, del que además es hermano».

<sup>41</sup> Al respecto SOLÉ FELIU, Josep, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, op. cit., pp. 101-102.

la culpa in vigilando, sino también y sobre todo en la teoría del riesgo» [...]. La coordinadora de la empresa en la oficina de Madrid tenía la obligación de seleccionar correctamente el personal y en caso de que observara anomalías en su personalidad adoptar medidas para que no repercutieran en el trabajo profesional del empleado y en el contacto con los clientes en el interior de las viviendas. El conjunto de datos que se acaban de exponer revela que la entidad recurrente, al contratar a ese empleado, generaba unos riesgos para los arrendatarios de las viviendas, al facilitarle unos medios empresariales y unos contactos personales que podían acabar repercutiendo en los inquilinos de los inmuebles a tenor de las circunstancias que se daban en su personalidad».

Del razonamiento de la sentencia parece inferirse que el Alto Tribunal tiene también en cuenta, una vez más, la culpa del principal para fundamentar su condena. Sin embargo, y como exponente de la mezcla de la responsabilidad objetiva con típicas manifestaciones propias de la culpa, también declara que

«es cierto que es muy probable que la coordinadora no pudiera prever que el riesgo que generaba la personalidad del acusado llegara hasta el punto de que acabara matando a una de las inquilinas de la vivienda, sin embargo, a ello ha de replicarse que no estamos ante una responsabilidad subjetiva sino sustancialmente objetiva».

### *3.3 La actuación del auxiliar con los propios instrumentos de trabajo*

Otro posible factor a valorar para atribuir responsabilidad al empresario puede ser el criterio instrumental, es decir, cuando el auxiliar se ha valido de un medio perteneciente a la propia empresa para cometer el delito.<sup>42</sup> Se trata de un factor seguramente menos relevante que las consideraciones ya explicadas de tiempo y espacio, pero a tener en cuenta cuando concurre también con otros indicios circunstanciales a ponderar.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha recurrido en diversas ocasiones a este criterio para declarar la responsabilidad civil subsidiaria del principal como, por ejemplo, recientemente, en el caso resuelto por la STS (2ª) 10 diciembre 2021 [RJ 2021\5512]. Esta sentencia se refiere a los daños causados por un cocinero que comenzó a discutir con un camarero del mismo restaurante y que, con ánimo de atentar contra su integridad física, le golpeó con un plato en la cabeza que en el momento del impacto se fracturó y le ocasionó un traumatismo craneoencefálico y distintas heridas en la nariz y en la frente. Aunque no consta el motivo de la discusión, lo que sin duda sería también una circunstancia a tener en cuenta, el Alto Tribunal confirma la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa, puesto que

«el empleado en su relación con otro empleado, cuyo cometido natural es el enlace entre cocina y comedor, entre cocinero y comensales, en anormal interrelación, le golpea con el

---

<sup>42</sup> Así, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, Dykinson, Madrid, 2023, p. 378.

utensilio que sirve precisamente de vínculo habitual común entre cocinero y camarero en la actividad propia del restaurante, pues emplatada la comida por el cocinero, es así portada por el camarero a la mesa. Lógicamente, es una relación anormal, la que genera las lesiones, pero se originan por el cocinero en el desarrollo y función propia de su actividad dentro del restaurante».<sup>43</sup>

Como ya se ha indicado, el criterio instrumental puede ser de utilidad, pero de un análisis de nuestra jurisprudencia penal parece que no puede operar de manera aislada sino que necesita de otros factores que conecten el hecho ilícito delictivo con el ámbito de las funciones desempeñadas por el auxiliar.<sup>44</sup> Por esta razón, la STS (2ª) 26 marzo 1997 [RJ 1997\2512] exonera de responsabilidad civil subsidiaria a una empresa de seguridad por el asesinato cometido por un vigilante contra la que había sido su pareja sentimental. El Alto Tribunal tiene en cuenta, precisamente, que el único factor que concurría en este supuesto era el criterio instrumental que consideró insuficiente para determinar la responsabilidad civil del principal. En concreto, la única relación existente entre el acusado y la entidad para la que trabajaba era el uso indebido de una pistola con la que cometió el asesinato. El vigilante, cuando los hechos acontecieron, ni estaba prestando su servicio laboral ni aquéllos se desarrollaron en el espacio físico que debía controlar, ni tampoco el problema origen del delito guardaba relación directa o indirecta con el servicio encomendado. Al entrar la sentencia en el análisis de la cuestión declara que

«si la conducta del acusado y la prestación de servicios para la empresa hubieran tenido alguna relación entre sí, esto es, si la acción penal se desarrolla en el recinto que vigilaba, aunque hubiera habido extralimitaciones respecto de las órdenes recibidas y aun cuando la acción misma estuviera separada del servicio, cabría hablar de responsabilidad civil subsidiaria. Más no cuando la actuación queda fuera por completo del ámbito del trabajo en la empresa para la que prestaba sus servicios».<sup>45</sup>

Sin embargo, el resultado al que llegó la sentencia no parece el más acorde con una correcta interpretación de la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa. Ésta, en contra de lo dispuesto en el por aquel entonces vigente Real Decreto 629/1978, de 10 de marzo, por el que se regula la función de los vigilantes jurados de seguridad,<sup>46</sup> carecía de armero o caja de

---

<sup>43</sup> Un supuesto parecido puede verse en la SAP Girona 19 enero 2011 [JUR 2011\149123] que también declaró la responsabilidad civil subsidiaria de un empresario por la agresión de un empleado a otro trabajador del mismo centro con base en que el delito se produjo «en el lugar donde ambos trabajaban, en horario laboral y como consecuencia de una discusión que ambos mantuvieron al negarse la víctima a realizar una tarea que el acusado, en su condición de encargado, le ordenó, utilizándose incluso como medio lesivo un instrumento de trabajo».

<sup>44</sup> Al respecto, DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, «Comentario al artículo 120.4 del Código Penal», *op. cit.*, pp. 702-703, en particular nota 128.

<sup>45</sup> Sobre un caso muy similar y prácticamente en los mismos términos véase la STS (2ª) 1 julio 1994 [RJ 1994\6409].

<sup>46</sup> BOE núm. 80 de 4.04.1978. En concreto, en su artículo 10.4 se afirmaba que: «Las armas se adquirirán por las Entidades o Empresas y serán de su propiedad, siendo entregadas y recogidas a los Vigilantes Jurados al principio y fin del servicio, estando, en tanto no se usen, en cajas fuertes o armeros que reúnan las suficientes condiciones de seguridad, a juicio de la Guardia Civil, que, en todo caso, podrá fijar las condiciones mínimas. En ningún caso

seguridad para el depósito de las armas y había autorizado a sus empleados a que mantuvieran la tenencia de las mismas con posterioridad al fin del servicio. Esta grave negligencia de la empresa, de acuerdo con los criterios de fin de protección de la norma e incremento del riesgo, fue la que posibilitó también la causación del daño y debería haber comportado su condena como responsable civil subsidiaria. Con todo, conviene reseñar que con posterioridad al proceso penal, las perjudicadas interpusieron demanda civil contra la empresa de seguridad con base en el artículo 1902 CC al considerar a aquélla como responsable civil directa por omisión de un deber de cuidado propio. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y condenó a la empresa a indemnizar a las perjudicadas. La sentencia fue confirmada por la Audiencia. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo (STS (1ª) 17 mayo 2007 [RJ 2007\3542]).<sup>47</sup>

En cambio, sí parece muy claro que cuando el daño cometido por un vigilante de seguridad con el arma se ocasiona estando éste de servicio y en relación con una función propia de su actividad de control, aunque concurra una extralimitación, entonces la consecuencia obvia de todo ello es que nazca la responsabilidad civil subsidiaria del empresario.<sup>48</sup>

### *3.4 La actuación del auxiliar cuando la tarea encomendada facilita la probabilidad de la comisión del delito*

Puede ser también otra circunstancia relevante analizar si las instrucciones o incluso las propias tareas encomendadas por parte del principal han facilitado o incrementado la posibilidad de que el auxiliar haya causado el daño o cometido el delito.<sup>49</sup> Así, si la tarea encomendada al auxiliar no le ha facilitado la comisión del delito ni ha incrementado la probabilidad de que lo cometiera es posible deducir, según este concreto criterio, que el delito no es una consecuencia de la tarea encomendada lo que impediría imputar al principal el daño que de él derive y al revés.<sup>50</sup>

---

el Vigilante Jurado podrá ser portador del arma que tenga asignada, fuera de las horas de prestación de su servicio, siendo responsables del cumplimiento de esta obligación las Empresas o Entidades de las que dependan».

<sup>47</sup> Véase un comentario de esta sentencia en SALVADOR CODERCH, Pablo y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia (Coord.), MIRAMBELL FARGAS, Miquel S., MORALES MARTÍNEZ, Sergi, MORENO ALCALDE, Marta, ALLUEVA AZNAR, Laura y TERRA IBÁÑEZ, Antoni, «150 casos de Derecho de daños (2004-2014)», *InDret* 4/2015, pp. 143 y ss.

Sobre la problemática procesal de este tema, véase DEL MORAL MARTÍN, Antonio y DEL MORAL GARCÍA, Antonio, *Interferencias entre el proceso civil y el proceso penal. Estudio jurisprudencial*, Comares, Granada, 2002, pp. 433 y ss.

<sup>48</sup> En este sentido, véase la STS (2ª) 27 mayo 2002 [RJ 2002\7756] que declara la responsabilidad civil subsidiaria de una empresa de seguridad por la muerte causada por un empleado suyo en el interior de una discoteca con un arma de fuego.

<sup>49</sup> Así, von BAR, Christian y CLIVE, Eric (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full edition*, Sellier, Munich, 2009, Com. Art. VI 3:201, pp. 3457 y ss.

<sup>50</sup> Al respecto, MARTÍN CASALS, Miquel, «La responsabilidad por hecho ajeno en los PETL», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 511-512.

Una muestra de ello lo ilustra la SAP La Coruña 15 mayo 2002 [ARP 2002\489] donde un empleado de la empresa «El Cobrador del Frac» recibió el encargo de cobrar unas determinadas deudas. El empleado, tras haber realizado las oportunas averiguaciones, se personó, juntamente con otra persona no identificada, en el piso de una amiga del deudor moroso y, al llamar a la puerta, se encontró con la hija de la dueña del piso que se preparaba para ir hacia el Instituto. Ésta, al verlos, trató de cerrar la puerta de la vivienda, lo que le fue impedido por uno de sus visitantes al poner éste el pie en el hueco existente. Después de entrar por la fuerza en la vivienda y de interrogar a la hija de forma violenta, ésta intentó marchar y llegar a la calle, pero fue interceptada por el acusado y su acompañante que la introdujeron en el ascensor. Allí la siguieron amenazando e insultando, además de tocarle los pechos hasta que llegó una compañera de la chica, momento en que la soltaron. La Audiencia condenó al acusado a las penas correspondientes y determinó la responsabilidad civil directa del empleado y subsidiaria de la empresa al considerar que

«de estas sumas responderá subsidiariamente la empresa Tratamientos del Cobro de Galicia, SL, a tenor de lo establecido en el artículo 120.4 CP, toda vez que el acusado actuó con intención de cumplir la gestión que le habían encomendado sus empleadores, si bien se extralimitó en ellas. Sólo hubiera sido posible su absolución si se hubiera extralimitado de un modo extraordinario en el ejercicio de las funciones encomendadas o si hubiera desobedecido de forma clara y terminante las órdenes recibidas. En este caso, no hay que olvidar que se trata de una empresa encargada de la gestión del cobro de morosos cuyos empleados usan tácticas intimidatorias o coactivas de distinto grado e índole, por lo que, aunque en este caso se hubiera sobrepasado en su actuar normal, no podemos considerarlo como extraordinario o contrario a órdenes expresas recibidas, ya que no existe ninguna prueba al respecto».

Puede afirmarse pues que si la conexión entre la actuación del auxiliar y las tareas asignadas es demasiado distante, de manera que entre una y otra solo existió, por ejemplo, una simple coincidencia en el tiempo o en el espacio, entonces es posible inferir que el empleado actuó fuera del «desempeño de sus obligaciones o servicios» y, consecuentemente, se excluye la responsabilidad civil del principal.

En cambio, si los daños son una manifestación típica de riesgos inherentes a la propia actividad del empresario, aunque el auxiliar se hubiera extralimitado en sus funciones, ello determina la responsabilidad del principal. Precisamente, por cumplirse este elemento la STS (2ª) 15 septiembre 2022 [RJ 2022\4379] determina la responsabilidad civil subsidiaria de una empresa titular de una discoteca por las gravísimas lesiones causadas por un miembro de su servicio de seguridad a un cliente de la misma.<sup>51</sup> En este caso resultó acreditado que la víctima

---

<sup>51</sup> Sobre daños causados por el personal de seguridad de una discoteca véase también la SAP Girona 8 marzo 2017 [JUR 2017\266541] y la STS (2ª) 26 enero 2006 [RJ 2006\614]. En esta última, el Alto Tribunal afirma que «desde luego, siempre que hay una persona que ejercita una actividad peligrosa y en el desarrollo de tal actividad alguien, que obra en interés o beneficio de dicha persona, comete una infracción penal, es claro que cabe imponer la responsabilidad civil subsidiaria contemplada en esta norma».

tuvo un altercado con dos empleados de la discoteca y que en el momento en que éstos lo acompañaban hacia el exterior del local el acusado, por la espalda y de manera sorpresiva, le dio un fuerte puñetazo en el lateral izquierdo de su cara que le ocasionó una importante hemorragia quedando como secuela un estado vegetativo permanente. Como puede deducirse, es obvio que entre las funciones del personal de seguridad de un establecimiento no se encuentra la de golpear arbitrariamente a los clientes, pero también es igualmente evidente que en estos supuestos existe una relación de proximidad suficientemente relevante entre la conducta del vigilante y las funciones que le habían sido asignadas. Por ello, el Alto Tribunal determina que en el ámbito del artículo 120.4 CP «se incluyen las extralimitaciones en el servicio, pues difícilmente se generaría responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente todas las tareas siempre que éste no extraviase el ámbito o esfera de actuación que constituye entre el responsable penal y el civil subsidiario».

### *3.5 La actuación del auxiliar cuando existe un específico deber de custodia, protección o conservación del principal sobre los bienes jurídicos lesionados*

Otro posible factor relevante a tener en cuenta para apreciar la responsabilidad civil subsidiaria del principal se refiere a la existencia de un especial deber de custodia, protección o conservación de aquél sobre los bienes dañados. En estos casos, parece razonable apreciar la responsabilidad civil del principal aunque el auxiliar haya desobedecido sus órdenes, incumplido sus prohibiciones o se haya aprovechado de sus funciones para cometer la infracción criminal.<sup>52</sup>

De hecho, y aunque de manera genérica, los comentarios al Art. 6:102 PETL<sup>53</sup> precisan que «el mal uso del puesto de trabajo no es de por sí razón para que una actuación quede fuera del ejercicio de sus funciones, por mucho que en algunos casos ello pueda llegar incluso a constituir una actuación penalmente relevante».<sup>54</sup> Y si ello es así, con mucha más razón lo será cuando el principal es contratado con unas especiales obligaciones, expresas o tácitas, en relación con los bienes jurídicos lesionados, puesto que ello debe implicar que la diligencia exigible en estos supuestos ha de contemplar la especial protección de aquellos bienes o intereses que se encuentren bajo su custodia.

Sobre esta cuestión piénsese, por ejemplo, en el clásico supuesto en que una empresa de limpieza es contratada para prestar sus servicios en una joyería. Las tareas son asignadas a un auxiliar que, mientras las desempeña, hurta diversos objetos del local comercial. En este caso,

---

<sup>52</sup> Al respecto SOLÉ FELIU, Josep, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, *op. cit.*, pp. 119-120.

<sup>53</sup> Art. 6:102 Responsabilidad por los auxiliares:

(1) Una persona responde por el daño causado por sus auxiliares en el ejercicio de sus funciones siempre que éstos hayan violado el estándar de conducta exigible.

(2) El contratista independiente no se considera auxiliar a los efectos de este artículo.

<sup>54</sup> Así, MORÉTEAU, Olivier, «Comentarios al Capítulo 6 PETL. Responsabilidad por otros», *op. cit.*, p. 162.

es de suponer que el dependiente habrá incumplido las instrucciones del principal como mínimo en el sentido de no apropiarse de los objetos del local en el cual trabaja.

Sin embargo, en mi opinión, debe considerarse igualmente que no actúa fuera del desempeño de sus obligaciones o servicios el auxiliar de una empresa de limpieza que comete un hurto en el local de una joyería que la empresa ha recibido el encargo de limpiar, puesto que ha actuado en el lugar donde realizaba su trabajo, durante su horario laboral y en una conexión suficientemente razonable entre el abuso de sus funciones y las tareas que tenía encomendadas.<sup>55</sup>

En realidad incluso puede considerarse que, en este supuesto u otros análogos, lo que realmente existe también es una responsabilidad contractual del empresario por el hecho o culpa del dependiente en el cumplimiento de las obligaciones o deberes que emanan de un contrato. Es evidente que, en una gran mayoría de estos casos, existirá una previa relación jurídica entre la empresa —que actúa a través de sus auxiliares— y la víctima del daño, lo que sin duda ayuda a intensificar este vínculo entre ambas partes al crear un especial deber de cuidado y garantía del cual no puede ser ajeno el principal.<sup>56</sup> Siguiendo con el ejemplo, cuando se contrata a una empresa para que realice labores de limpieza en una joyería no únicamente se parte de la premisa que sus auxiliares deben limpiar el local con la diligencia adecuada sino que también deben abstenerse de realizar acciones o comportamientos, como por ejemplo un hurto, que sean contrarios a la buena fe contractual. En caso contrario, y de ser la actuación del empleado constitutiva de delito, debe nacer la responsabilidad civil subsidiaria del principal prevista en el artículo 120.4 CP.

La jurisprudencia de los tribunales españoles es coherente con esta posición en casos muy parecidos al ejemplo citado aunque sin entrar con excesivo detalle jurídico en la cuestión. Muy recientemente, la SAP Madrid 13 enero 2023 [JUR 2023\73703] resuelve sobre la responsabilidad subsidiaria de una empresa por un delito de hurto cometido por una empleada que realizaba tareas de limpieza en una residencia sacerdotal. La acusada, aprovechando su condición de limpiadora de este centro, acudió al despacho de la administración de la residencia, que siempre permanecía abierto y donde había las llaves de todas las habitaciones, para sustraer la que pertenecía a la estancia de un concreto sacerdote que se encontraba transitoriamente fuera del establecimiento. Una vez dentro de su habitación se apropió indebidamente de una caja metálica que contenía más de 13.000 euros procedentes de los donativos de la parroquia. La Audiencia condenó a la empresa como responsable civil subsidiaria al considerar que

---

<sup>55</sup> A idéntica solución llega el Derecho francés. Sobre el mismo ejemplo comentado véase GALAND-CARVAL, Suzanne, «Liability for Damage Caused by Others under French Law», en SPIER, Jack (ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2003, p. 102.

<sup>56</sup> Así, ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, op. cit., pp. 544-545.

«la comisión del delito siempre supone, por sí misma, una cierta extralimitación de la actividad laboral del empleado sucediendo que, haciendo propia la cita que se contiene en el recurso, habría de existir, por parte de la acusada, un ejercicio anormal de la función desarrollada en el seno de su actividad y, desde otro punto de vista, cuando menos, el dato espacial, de haberse producido el delito en las instalaciones del lugar donde tenía que desempeñar su actividad, y temporal, en el horario de trabajo, con más rigor, con motivo del desempeño de su relación laboral».<sup>57</sup>

En realidad, como se ha afirmado con anterioridad, en este caso puede sostenerse que al existir una relación comercial previa entre la empresa responsable y la víctima del delito es necesario inferir que ello crea un especial deber de cuidado y de garantía por parte del principal y, por ello, éste no puede ser inmune a las actuaciones de sus auxiliares aunque éstos se extralimiten en sus funciones. Aunque es obvio que entre las tareas del personal de limpieza de un local no está la de vigilar los objetos del mismo sino limpiarlos, sí puede deducirse que existe una obligación implícita de abstenerse de realizar acciones o comportamientos, por ejemplo delitos contra el patrimonio, con respecto a los bienes que son objeto de la obligación. Si a ello se le añade que el delito se comete durante el horario laboral y en el lugar donde se presta la actividad no hay duda de que en estos casos la infracción criminal del auxiliar se comete «en el desempeño de sus obligaciones o servicios».<sup>58</sup>

De acuerdo con todo ello, más clara es aún la responsabilidad civil subsidiaria del principal cuando la conexión entre el delito realizado por el auxiliar y las funciones que tiene encomendadas es incluso mucho más estrecha. Precisamente por cumplirse con dicho parámetro la SAP Salamanca 9 mayo 2023 [JUR 2023\292619] declaró la responsabilidad civil subsidiaria de una Fundación que regentaba una residencia de la tercera edad por un delito continuado de hurto de más de 8.000 euros en metálico, joyas, medallas u otros objetos análogos cometido por una de sus empleadas a diversos ancianos del centro. De forma acertada, la Audiencia condenó a la Fundación titular de la residencia como responsable civil, puesto que la acusada

---

<sup>57</sup> Véase también, en la misma línea, la SAP Asturias 19 diciembre 2022 [JUR 2023\48228].

<sup>58</sup> En cambio, a la solución opuesta para este concreto caso llega el Derecho alemán. Se considera que el daño se ha causado solo «con ocasión de las funciones» y, por tanto, cae fuera de la ejecución de la actividad. Se afirma que la solución sería otra si, por ejemplo, el delito de hurto fuese cometido por el vigilante de seguridad del local porque en este supuesto sí se apreciaría una conexión entre el delito y las funciones encomendadas al auxiliar. Sobre todo ello véase FEDTKE, Jörg y MAGNUS, Ulrich, «Liability for Damage Caused by Others under German Law», en SPIER, Jack (ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2003, p. 129.

A la misma conclusión llega el Derecho inglés. Así lo sugiere HORTON ROGERS, W.V., «Liability for Damage Caused by Others under English Law», en SPIER, Jack (ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2003, pp. 81-82.

«prevaliéndose de dicha condición de trabajadora de la misma y de la disponibilidad de la llave de acceso a las habitaciones que ocupan los residentes, sustrajo las joyas y dinero, a sabiendas de la casi impunidad que le proporcionaba la especial vulnerabilidad de los residentes, todo ello en un contexto de medidas restrictivas por COVID que impedía a los familiares directos que acudían a ver a los perjudicados, acceder a sus habitaciones [...]».

Aunque, como es obvio, la conducta delictiva se realizó de forma continuada en el mismo centro de trabajo donde la acusada prestaba sus servicios y durante su horario laboral, criterios que naturalmente también hay que valorar, el argumento más relevante, en mi opinión, para hacer responder al principal debe basarse en la idea de que, al confiar a la trabajadora el cuidado y atención de unas personas mayores y, en muchos casos, con graves problemas físicos y/o psíquicos, el principal la coloca en una posición que le permite influir y aprovecharse de ellos. En este caso, el específico deber de cuidado y garantía del principal respecto de los residentes del centro determina que, aunque el delito vaya en interés directo y personal del auxiliar, ello no lo exima de su responsabilidad civil subsidiaria.

La actuación dentro del ámbito de las funciones puede explicar también el resultado a que llegó la SAP Murcia 20 julio 2021 [JUR 2021\312338] en relación con un delito continuado de hurto cometido por un empleado de una empresa que ejercía labores de vigilancia y de seguridad en unas instalaciones agrícolas. El vigilante, actuando de común acuerdo con otros dos acusados y aprovechándose que realizaba su tarea laboral de madrugada, se apoderó ilícitamente de productos tales como tomates, lechugas y otras hortalizas por un importe superior a 125.000 euros.<sup>59</sup> La Audiencia declaró la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa de vigilancia sin entrar a analizar la cuestión con mucha profundidad jurídica, más allá de afirmar que concurrían los requisitos previstos en el artículo 120.4 CP, pero es evidente que, en este caso, cabe apreciar también una conexión muy estrecha entre el delito cometido por el auxiliar y las funciones que tenía encomendadas.<sup>60</sup>

### *3.6 La actuación del auxiliar cuando su conducta es constitutiva de un delito contra la libertad sexual*

Cuando la conducta del dependiente es constitutiva de un delito contra la libertad sexual parece razonable admitir que el análisis del contexto en que se produce la actividad delictiva

---

<sup>59</sup> Muy ilustrativa es también la SAP Madrid 7 octubre 2022 [JUR 2022\366669]. En este caso se declaró la responsabilidad civil subsidiaria de una empresa dedicada a la subasta de pinturas por un delito continuado de hurto y estafa cometido por un empleado que sustrajo ilícitamente obras de arte por un importe superior a los 400.000 euros.

<sup>60</sup> En relación con la responsabilidad civil del empresario cuando el auxiliar tiene encomendadas tareas de custodia sobre el bien jurídico lesionado, véase von BAR, Christian y CLIVE, Eric (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full edition, Com. Art. VI 3:201, op. cit.*, pp. 3458-3459.

es fundamental.<sup>61</sup> Una vez más la principal dificultad en estos casos se encuentra en el grado de conexión que debe existir entre la conducta del auxiliar que causó el daño y las tareas que le fueron asignadas. Por ello, la cuestión debe enfocarse desde mi punto de vista a partir de una doble perspectiva.

La primera de ellas, muy relacionada con lo comentado en el epígrafe anterior, parte de la premisa que hay que declarar la responsabilidad civil subsidiaria del principal cuando el delito contra la libertad sexual se ha cometido en un centro de protección de menores, educativo, de internamiento u otro de naturaleza análoga a los anteriores por parte de sus trabajadores o, en cualquier caso, pueda sostenerse la existencia de un especial deber de custodia, protección o conservación del principal sobre los bienes dañados.<sup>62</sup> En este caso, el argumento para hacer responder al principal se basa en que, al confiar al empleado el cuidado de los menores o personas con discapacidad, el principal le coloca en una situación que le permite influir y abusar de ellos.<sup>63</sup> Esta circunstancia debe permitir apreciar una suficiente conexión entre los actos del auxiliar y el ámbito de las funciones encomendadas.<sup>64</sup>

Aunque tampoco se menciona de forma explícita, sí puede sostenerse que este criterio encaja con la posición mayoritaria sostenida por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y, en consecuencia, se reintroduce nuevamente el argumento de la culpa del principal como fundamento de su responsabilidad. Así, por ejemplo, en la muy reciente STS (2ª) 24 noviembre 2023 [JUR 2023\434270] se declaró la responsabilidad civil subsidiaria de una entidad contratada por un Ayuntamiento para realizar tareas educativas. En este caso, el acusado que desempeñaba funciones de animador socio-cultural, aprovechándose de la situación de ascendencia que le proporcionaba su trabajo de monitor, abusó sexualmente de forma continuada de una alumna que asistía en el centro. El Alto Tribunal enmarca la infracción criminal en el ámbito de sus funciones al precisar que

---

<sup>61</sup> Así lo afirma con acierto, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, op. cit., p. 380.

<sup>62</sup> Con carácter general el artículo 4:103 PETL afirma que «puede existir el deber de actuar positivamente para proteger a los demás de daños si así se establece legalmente, si quien actúa crea y controla una situación de peligro, si existe una especial relación entre las partes o si la gravedad del daño para una parte y la facilidad de evitarlo para la otra indican la existencia de tal deber». Aunque el precepto se refiere al deber de diligencia en general bien podría tenerse en cuenta igualmente como referencia para reforzar el argumento objeto de comentario en este epígrafe.

<sup>63</sup> Ahora bien, no cabe apreciar responsabilidad civil subsidiaria de un centro docente privado por un delito continuado de agresiones sexuales cometido por un ayudante del profesor de educación física cuando la conducta delictiva se realizaba sistemáticamente fuera del centro escolar. Así lo afirma con acierto la STS (2ª) 6 febrero 2008 [RJ 2008\1850].

<sup>64</sup> Con respecto a los delitos contra la libertad sexual cometidos en el ámbito de congregaciones, colegios o cualquier otra institución religiosa conviene tener en cuenta que en la Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial 2023 por el Fiscal General del Estado (página 122) se considera «la necesidad de revisar la posible solicitud de responsabilidad civil subsidiaria de la Institución religiosa donde han tenido lugar los hechos constitutivos de delitos contra la libertad sexual a menores, conforme a lo dispuesto en el artículo 120.4 CP».

«los abusos sexuales se producen siempre en el desarrollo de las actividades del acusado como animador socio cultural en un específico centro, respecto de una alumna, o bien con ocasión de las mismas, hasta el extremo de haber sido apreciada una agravante específica por prevalerse de su condición de monitor o animador, cumplimenta sobradamente el nexo de causalidad. La alegación de que la conducta delictiva carece de relación con su trabajo resulta extravagante ante el contenido del relato probado, incluso sin necesidad de acudir a la autorizada interpretación extensiva sobre el referido nexo de ocasionalidad que vincule el trabajo del empleado con la responsabilidad de la empresa».

En la misma línea, la STS (2ª) 10 julio 2019 [RJ 2019\4038] declara la responsabilidad civil subsidiaria de una Fundación por tres delitos continuados de abusos sexuales cometidos por un auxiliar técnico educativo contra varias internas de una residencia de personas con discapacidad. En este caso, considera también el Tribunal Supremo que «el acusado actuaba en el marco de las funciones propias del cargo o empleo, aun cuando lo hubiera hecho con extralimitación».

Incluso la jurisprudencia ha determinado que es posible que el delito contra la libertad sexual no se cometa en el estricto cometido de las funciones desempeñadas por el auxiliar y, no obstante, pueda declararse igualmente la responsabilidad civil subsidiaria del principal. A esta conclusión llegó la STS (2ª) 6 octubre 2011 [RJ 2011\6867] en relación con tres delitos de abusos sexuales cometidos por un empleado contratado por una parroquia para participar en unas colonias como cocinero.<sup>65</sup> De forma acertada, la sentencia establece que si bien es cierto que «el acusado actuó fuera de su condición de cocinero de las colonias, también lo es que fue, justamente, tal calidad la que le permitió moverse, fuera de control, en el ámbito de los menores y acceder a sus habitaciones de la forma que consta. Algo impropio de su función y que su principal tendría que haber evitado».<sup>66</sup> En este caso, y como puede inferirse del propio razonamiento de la sentencia, la responsabilidad civil subsidiaria del principal se fundamenta claramente en la culpa por no haber adoptado las medidas necesarias para prevenir el daño causado.

Aunque la jurisprudencia dominante va en la dirección apuntada con anterioridad, debe resaltarse que también existe alguna sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que

---

<sup>65</sup> Sobre un delito de abusos sexuales cometido por un monitor en unas colonias véase también la SAP Lleida 19 abril 2022 [JUR 2022\241772].

<sup>66</sup> Asimismo, es interesante resaltar que en la propia sentencia también se considera que no existe ningún inconveniente en declarar la responsabilidad civil subsidiaria de una parroquia a pesar de que el tenor literal del artículo 120.4 CP establece la responsabilidad de las personas naturales o jurídicas dedicadas a «cualquier género de industria o comercio». En relación con esta cuestión, el Alto Tribunal establece que: «es de toda obviedad que en esta materia, que no es penal sino civil, rige un criterio interpretativo de sabida amplitud. Esto hace que los términos industria o comercio que constituyen el marco de referencias del género de actividades en los que la responsabilidad de que se trata sería exigible, puedan, mejor, deban entenderse en el también amplio sentido de su uso habitual, que en absoluto es el mercantil estricto y que abarca un número potencialmente ilimitado de formas de relación, que pudieran tener como contenido las más diversas finalidades».

se aparta notoriamente de ella. Por ello, resulta sorprendente y no puede compartirse el criterio mantenido en la STS (2ª) 18 octubre 2007 [RJ 2008\254] donde se condenó al acusado como autor, entre otros, de un delito de asesinato con la circunstancia agravante de aprovechamiento de las circunstancias de tiempo y lugar. En concreto, el acusado fue contratado por una empresa a fin de desempeñar tareas de control en un aparcamiento público y gratuito sito junto al campus de la Universidad de Lleida. Su función consistía en controlar la entrada y salida de vehículos, el mantenimiento, así como abrir y cerrar las puertas de acceso y salida del garaje. El día de los hechos, el acusado tenía horario de trabajo desde las 15 hasta las 24 horas. Pues bien, sobre las 22.30 horas, al ver que una estudiante se disponía a retirar su vehículo del aparcamiento, el acusado la abordó con una excusa que no pudo ser acreditada en el proceso. Tras ello, y para evitar ser descubierto por los gritos de la víctima, le tapó fuertemente la boca y la trasladó a la fuerza a la planta sótano del aparcamiento para allí desnudarla, agredirla sexualmente y matarla por asfixia. La Audiencia de Lleida condenó al acusado a las penas correspondientes y declaró la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa por la cual aquél trabajaba al considerar que la actuación delictiva del auxiliar se realizó en el ámbito de sus funciones. Sin embargo, interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo y exoneró a la empresa, sorprendentemente, de cualquier tipo de responsabilidad civil al considerar que

«esa necesidad de que la infracción haya de cometerse en el desempeño de la ocupación que vincula al autor del ilícito con su empleador, ha de interpretarse en el sentido de que no es suficiente con que el delito o la falta se haya producido en meras circunstancias de tiempo o espacio coincidentes con los propios de la actividad laboral, sino que, además, se requiere que la conducta objeto de sanción guarde alguna relación con el cometido concreto de la actividad laboral [...]. El condenado era, tan sólo, el encargado del control de las instalaciones, en funciones tales como las de abrir y cerrar el local, habiendo llevado a cabo, por tanto, un delito contra la libertad sexual de su víctima, comportamiento totalmente ajeno al contenido de su relación laboral con la recurrente, no puede, en consecuencia, afirmarse que el delito guardase relación alguna, al margen de las ya referidas coincidencias de tiempo y lugar, con el desempeño de sus obligaciones o servicios, con respecto a la relación laboral que le vinculaba a la recurrente».<sup>67</sup>

Desde una segunda perspectiva, en relación con los delitos contra la libertad sexual, cabe preguntarse si es posible declarar la responsabilidad civil subsidiaria del principal cuando la

---

<sup>67</sup> Dicha sentencia cuenta con un muy fundado Voto Particular en el que precisamente se discrepa del parecer mayoritario de la Sala sobre la exoneración del empresario de su responsabilidad civil subsidiaria. En él se afirma que: «dados los hechos probados no es posible desvincular las actividades y servicios prestados por el acusado para la empresa, de su posibilidad de acceso y su presencia en el lugar de los hechos en el momento en que éstos ocurren. La responsabilidad civil subsidiaria no procedería solo en el caso de que los actos delictivos estén desconectados del ámbito de las citadas actividades y servicios, lo cual aquí no acontece, pues el acusado actuó en la comisión de los hechos delictivos, dentro de su horario laboral, en el lugar de trabajo cuyo control tenía encomendado y valiéndose de estas circunstancias en la forma de realización de los delitos».

La argumentación sostenida por el magistrado discrepante parece mucho más acorde con una correcta interpretación del artículo 120.4 CP.

infracción criminal se comete en un ámbito ajeno a los anteriormente comentados, por ejemplo, en un ámbito estrictamente laboral y entre compañeros de trabajo. En realidad, la dificultad en estos casos se encuentra nuevamente en el grado de conexión entre la conducta del dependiente que causó el daño y las tareas que le fueron asignadas para evaluar si su actuación cae o no dentro del ámbito de sus funciones.

Entre los factores que, en este campo, pueden ser relevantes para atribuir responsabilidad o no al principal se encontrarían si el delito se comete en el propio ámbito empresarial, si existe un abuso de la posición jerárquica sobre la víctima y, por último, si la actuación delictiva se produce de forma prolongada en el tiempo. Este razonamiento explica la solución a la que llegó la STS (2ª) 4 julio 2018 [RJ 2018\3123] que condenó a una empresa de seguridad como responsable civil subsidiaria por un delito de agresión sexual y otro de abusos sexuales cometidos por un empleado con categoría de jefe de equipo contra otra trabajadora de la misma empresa que desempeñaba funciones de vigilante de seguridad bajo la supervisión jerárquica del acusado. De forma acertada, el Tribunal Supremo declaró que el acusado

«se aprovechó de su superioridad jerárquica y funcional sobre la víctima, quien trabajaba como vigilante de seguridad. No cabe duda aquél se extralimitó en el desempeño de sus funciones.

Sin embargo, sobre este punto la doctrina de esta Sala ha mantenido de manera reiterada y constante que lo determinante es que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno de la actividad, cometido o tareas confiadas al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de sus actuaciones, admitiéndose las extralimitaciones en el servicio, pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente sus tareas, siempre que no exceda el ámbito o esfera de actuación que constituye su relación con el responsable civil subsidiario».<sup>68</sup>

No obstante, a pesar de este planteamiento de entrada amplio, la jurisprudencia ha venido admitiendo alguna excepción. Cuando se trata de un hecho puntual y no pueda determinarse que la organización de los medios personales y materiales del principal ha tenido alguna influencia sobre la actuación delictiva entonces no procede su declaración como responsable civil subsidiario. La actuación fuera del ámbito de las funciones puede explicar el resultado a

---

<sup>68</sup> En parecidos términos véase la STS (2ª) 28 noviembre 2014 [RJ 2014\6231] que declaró la responsabilidad civil subsidiaria de una cadena de supermercados por dos delitos de acoso sexual y otro de agresión sexual a una trabajadora cometidos por su encargado. La sentencia entiende que lo relevante en este caso es que «la persona elegida para desempeñar una determinada función actúe delictivamente precisamente en el ejercicio de dichas funciones (culpa in eligendo), y las desarrolle con infracción de las normas penales sin que los sistemas ordinarios de control internos de la empresa los detecte (culpa *in vigilando*) [...]. Por lo demás, el acoso laboral significa, como su nombre indica, que el delito se produjo en el ámbito empresarial de la entidad recurrente. La inexistencia del establecimiento de controles a los empleados que dirigen la tienda supone el primer módulo para declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa. Además, en el caso enjuiciado, no puede decirse que la acción delictiva fuera puntual o episódica, sino más bien muy prolongada en el tiempo, lo que significa que cualquier tipo de control brilló por su ausencia».

que llegó la SAP Madrid 18 mayo 2023 [JUR 2023\306975] en relación con una agresión sexual cometida por un empleado de un supermercado contra otra trabajadora del mismo establecimiento que realizaba tareas como limpiadora. Aunque el acusado trabajaba en la pescadería y no existía ningún tipo de relación jerárquica con la víctima, aquél la llamó un día concreto con el pretexto de que limpiara una mancha en el interior de su obrador —que no disponía de cámaras de seguridad— y aprovechó la ocasión para cometer la conducta delictiva. El Juzgado de lo Penal condenó al acusado a las penas correspondientes y declaró la responsabilidad civil subsidiaria del centro comercial. Interpuesto recurso de apelación por parte de éste, la Audiencia revocó la sentencia de instancia al considerar que:

«no existe ninguna vinculación entre los hechos cometidos por el empleado por los que ha resultado condenado y las funciones de éste en relación a su contrato de trabajo con el supermercado, ni siquiera se podría enmarcar en un anormal ejercicio de las mismas, por lo que no se puede declarar la responsabilidad subsidiaria del supermercado por el hecho de que la conducta enjuiciada ocurriera dentro de sus dependencias ni por un trabajador ligado con un contrato de trabajo. No se aprecia que la organización empresarial de los medios personales ni de los medios materiales tuviera ninguna influencia en los hechos acaecidos».

### *3.7 La actuación del auxiliar cuando «aparenta» actuar dentro del ámbito de las funciones encomendadas*

Finalmente, es importante destacar la doctrina de la apariencia como otro factor relevante para atribuir responsabilidad o no al principal. Se trata de un criterio que puede referirse tanto a aquellos supuestos en que alguien «aparenta» ser auxiliar sin serlo —lo que se relaciona con el presupuesto de la relación de dependencia—, como también aquellos otros casos en que el auxiliar actúa fuera del ámbito de las tareas encomendadas.<sup>69</sup> Esta última forma de manifestarse, que tiene ya una notable tradición en nuestra jurisprudencia, será el supuesto objeto de comentario en las siguientes líneas.

La doctrina de la apariencia es particularmente útil para hacer responder a empresas o entidades bancarias o de seguros por daños derivados de delitos realizados por auxiliares que cometen estafas, hurtos, falsifican documentos, se apropian de fondos pertenecientes a los clientes o, en general, destinan dinero de éstos para fines particulares.<sup>70</sup>

De entrada, y según el criterio del beneficio, debería excluirse la responsabilidad civil subsidiaria del principal cuando el auxiliar es condenado por cualquiera de los delitos contra el patrimonio mencionados con anterioridad ya que resulta incuestionable que, en estos supuestos, la actuación realizada por el dependiente redundará únicamente en su exclusivo interés particular.

---

<sup>69</sup> Véase MARTÍN CASALS, Miquel, «La modernización del Derecho de la Responsabilidad Extracontractual», *op. cit.*, pp. 75-76.

<sup>70</sup> Al respecto SOLÉ FELIU, Josep, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, *op. cit.*, pp. 122 y ss.

Lo interesante de esta doctrina se encuentra en que precisamente permite atribuir la responsabilidad civil al principal al considerar que el auxiliar «aparentaba» actuar dentro del ámbito de las funciones encomendadas y, por tanto, la víctima del daño no pudo conocer que el dependiente actuaba al margen de aquellas funciones.<sup>71</sup> Por tanto, la responsabilidad civil del principal no se hace depender solo de su conducta o de la del auxiliar sino también, y muy especialmente, del conocimiento que el perjudicado haya podido tener de la extralimitación del auxiliar con base en las reglas generales de la buena fe. Es imprescindible, pues, que la actuación del dependiente haya podido fundar en la víctima del daño una creencia razonable de que, en el momento de la comisión del hecho ilícito, se encontraba en el desempeño de sus obligaciones o servicios. De concurrir las anteriores circunstancias, el principal no podrá exonerarse de su responsabilidad alegando que el auxiliar actuaba al margen de sus funciones y en un interés exclusivamente personal, puesto que su trabajo le dio la apariencia externa de actuar para y por cuenta de su principal.<sup>72</sup>

Por todo ello resulta interesante el análisis del supuesto resuelto en la STS (2ª) 5 noviembre 2009 [RJ 2009\7872] en relación con un delito de estafa cometido por el director de una sucursal bancaria a quien su tío le había encomendado la gestión de determinadas cantidades de dinero. El acusado, lejos de cumplir con su cometido, se aprovechó de la relación de confianza con su tío, consiguió firmas y autorizaciones para traspasar los saldos depositados en la oficina bancaria de la que era director, retuvo durante un tiempo la correspondencia bancaria de la víctima con la intención de ocultar sus operaciones y extrajo de la cuenta del mandante, sin su consentimiento, determinadas cantidades de dinero que ingresó en efectivo en una cuenta propia. La Audiencia condenó al acusado como autor de un delito de estafa a las penas correspondientes y a indemnizar al perjudicado con cerca de 500.000 euros. Sin embargo, exoneró a la entidad financiera como responsable civil subsidiario al considerar que el acusado había actuado como mandatario del cliente y, en consecuencia, no resultaba de aplicación el artículo 120.4 CP pues el banco solo había ejecutado sus instrucciones. En definitiva, se afirmaba que la vigilancia del mandatario correspondía únicamente a su mandante. Interpuesto recurso de casación por parte de la víctima, el Tribunal Supremo declaró haber lugar en parte al mismo y condenó a la entidad bancaria como responsable civil subsidiaria, pero solo en relación con las cantidades económicas que correspondían a los traspasos de los meses en los que el acusado retuvo la correspondencia para ocultar la extracción de dinero y que ascendían a un total de 210.000 euros. Según el Alto Tribunal el acusado se valió, pero solo respecto de estos concretos traspasos

---

<sup>71</sup> En este sentido, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de Responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, op. cit., p. 272.

<sup>72</sup> En este sentido, ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, op. cit., p. 544.

«de su posición en el banco para retener durante meses la correspondencia y ocultar a su mandante, de esta manera, la extracción de diversas cantidades de la cuenta del mismo e ingresarlas en la suya. Este uso irregular de las funciones que le incumbían en el banco con el objeto de favorecer la comisión del delito es generador de la responsabilidad civil subsidiaria de dicha entidad en los términos del artículo 120.4 CP».

Como puede verse, la concreta expectativa razonable de la víctima en relación con la función del auxiliar en cada uno de estos casos es determinante para la declaración o no del principal como responsable civil.

Por cumplirse en su totalidad los requisitos exigidos por nuestro Tribunal Supremo para aplicar la doctrina de la apariencia, la STS (2ª) 24 noviembre 2022 [RJ 2022\5562] declaró la responsabilidad civil subsidiaria de una entidad bancaria por un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de estafa cometido por una empleada que aparentaba que el banco ofertaba productos para ciertas personas, siendo ello falso, y solicitaba dinero a amigos y familiares para dicha inversión ascendiendo el perjuicio total causado a una cantidad de casi 6 millones de euros. Como suele ser habitual, para fundamentar la condena el Alto Tribunal barajó distintos factores que han sido analizados a lo largo del presente artículo, como que la conducta delictiva había tenido lugar en las instalaciones de la empresa, durante el propio horario de trabajo y en un extenso período temporal de diez años y todo ello sin que los sistemas de control internos funcionaran adecuadamente siendo, además, muy relevante que la acusada utilizara documentos con membrete, firma y sello de la entidad bancaria. Ante todo ello, la sentencia declara que es claro que el principal debe responder

«cuando el conjunto de funciones encomendadas al autor del delito le confieren una apariencia externa de legitimidad en su relación con los terceros, en el sentido de permitirles confiar en que el autor del delito está actuando en su condición de empleado o dependiente del principal, aunque en relación a la actividad concreta delictiva el beneficio patrimonial buscado redundase exclusivamente en el responsable penal y no en el principal».<sup>73</sup>

#### 4. CONCLUSIONES

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo maneja distintos criterios para determinar cuándo un delito cometido por un auxiliar se ha producido o no en el desempeño de sus obligaciones o servicios. En este sentido, cobra especial relevancia el análisis de la concurrencia de los elementos temporal, espacial, de custodia, de protección, de apariencia u otros análogos. En un supuesto concreto, ante una mayor presencia de dichos elementos, mayor será la posibilidad de declarar la responsabilidad civil subsidiaria del empresario.

---

<sup>73</sup> En parecidos términos véanse también las SSTs (2ª) 1 abril 2014 [RJ 2014\2781] y 3 mayo 2016 [RJ 2016\1872].

A mi juicio, puede concluirse también, después de un análisis de más de 50 sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de los últimos 20 años que, a pesar de lo que pueda sostener la doctrina civilista en el sentido de afirmar, de manera muy mayoritaria, que la responsabilidad civil del empresario prevista en el artículo 120.4 CP es de carácter objetivo lo cierto es que la culpa del empresario, quizá de manera sutil, pero sigue siendo un criterio relevante a tener en cuenta por parte de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal. Ello, posiblemente, pueda deberse todavía a la circunstancia de ver la jurisdicción penal como un factor extraño el hecho de poder condenar a un empresario, aunque sea civilmente, si en su conducta no ha existido un cierto grado de culpa o negligencia.

#### BIBLIOGRAFÍA

von BAR, Christian y CLIVE, Eric (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full edition*, Sellier, Munich, 2009, Com. Art. VI 3:201.

BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por sus dependientes (comentario a la STS de 29 de marzo de 1996)», *ADC*, 2003.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1987.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago, *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Instituciones de Derecho civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1998.

DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, «Comentario al artículo 120.4 del Código Penal», en COBO DEL ROSAL, Manuel, *Comentarios al Código penal*, Edersa, Madrid, 1999.

European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Traducción a cargo de la «Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado» (REDPEC), coordinada por MARTÍN CASALS, Miquel, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

FEDTKE, Jörg y MAGNUS, Ulrich, «Liability for Damage Caused by Others under German Law», en SPIER, Jack (ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2003.

GALAND-CARVAL, Suzanne, «Liability for Damage Caused by Others under French Law», en SPIER, Jack (ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2003.

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

HORTON ROGERS, W.V., «Liability for Damage Caused by Others under English Law», en SPIER, Jack (ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2003.

LÓPEZ LÓPEZ, «Sobre la responsabilidad civil ex delicto y el responsable civil subsidiario», *La Ley*, núm. 4404, de 28 de octubre de 1997.

MARTÍN CASALS, Miquel

- «La responsabilidad por hecho ajeno en los PETL», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007.
- «La modernización del Derecho de la Responsabilidad Extracontractual», en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Editum, Murcia, 2011.

MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, «Comentario al Art. 1903 del Código Civil», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (Coord.), *Comentarios del Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

MONTÉS PENADÉS, Vicente L. «Comentario al artículo 120 del Código Penal», en VIVES ANTÓN, Tomás S., *Comentarios al Código penal de 1995, vol. I*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

DEL MORAL MARTÍN, Antonio y DEL MORAL GARCÍA, Antonio, *Interferencias entre el proceso civil y el proceso penal. Estudio jurisprudencial*, Comares, Granada, 2002.

MORÉTEAU, Olivier, «Comentarios al Capítulo 6 PETL. Responsabilidad por otros», en MARTÍN CASALS, Miquel (Coord.), *European Group on Tort Law, Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil. Traducción a cargo de la «Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado» (REDPEC)*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Comentario al artículo 120 del Código Penal», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios al Código Penal Español, tomo I*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

SALVADOR CODERCH, Pablo y GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos «Respondeat Superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización», *InDret 3/2002*.

SALVADOR CODERCH, Pablo y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia (Coord.), MIRAMBELL FARGAS, Miquel S., MORALES MARTÍNEZ, Sergi, MORENO ALCALDE, Marta, ALLUEVA AZNAR, Laura y TERRA IBÁÑEZ, Antoni, «150 casos de Derecho de daños (2004-2014)», *InDret 4/2015*.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier y ALMODÓVAR PUIG, Borja, «La desobjetivización de la responsabilidad civil ex delicto: los programas de cumplimiento», *InDret 3/2022*.

SOLÉ FELIU, Josep,

- «Criteris per a una regulació de la responsabilitat de l'empresari al Llibre VIè del CCCat», en ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA, *Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya (Materials de les Setzenes Jornades de Dret català a Tossa)*, Documenta Universitaria, Girona, 2012.
- *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, Editorial Reus, Madrid, 2012.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano

- *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, Dykinson, Madrid, 1997.
- *Sistema de Responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.
- *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, Dykinson, Madrid, 2023.

ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

##### Tribunal Supremo

STS (2ª) 9 marzo 1979 [RJ 1979\1089]  
STS (2ª) 26 enero 1984 [RJ 1984\412]

STS (2ª) 16 julio 2009 [RJ 2009\6991]  
STS (2ª) 5 noviembre 2009 [RJ 2009\7872]

|  |  |
|--|--|
| STS (2ª) 6 abril 1990 [RJ 1990\3180]       | STS (2ª) 17 marzo 2010 [RJ 2010\4499]        |
| STS (2ª) 12 mayo 1992 [RJ 1992\3869]       | STS (2ª) 6 octubre 2011 [RJ 2011\6867]       |
| STS (2ª) 16 septiembre 1992 [RJ 1992\7159] | STS (2ª) 27 junio 2012 [RJ 2012\11231]       |
| STS (2ª) 1 julio 1994 [RJ 1994\6409]       | STS (2ª) 1 abril 2014 [RJ 2014\2044]         |
| STS (2ª) 29 octubre 1994 [RJ 1994\8330]    | STS (2ª) 1 abril 2014 [RJ 2014\2781]         |
| STS (2ª) 12 abril 1995 [RJ 1995\3379]      | STS (2ª) 28 noviembre 2014 [RJ 2014\6231]    |
| STS (2ª) 4 marzo 1997 [RJ 1997\1826]       | ATS (2ª) 5 marzo 2015 [JUR 2015\106930]      |
| STS (2ª) 26 marzo 1997 [RJ 1997\2512]      | STS (2ª) 3 mayo 2016 [RJ 2016\1872]          |
| STS (2ª) 19 abril 2000 [RJ 2000\3732]      | STS (2ª) 6 abril 2017 [RJ 2017\1491]         |
| STS (2ª) 27 mayo 2002 [RJ 2002\7756]       | STS (2ª) 27 octubre 2017 [RJ 2017\4798]      |
| STS (2ª) 24 junio 2002 [RJ 2002\7618]      | STS (2ª) 4 julio 2018 [RJ 2018\3123]         |
| STS (2ª) 31 octubre 2002 [RJ 2002\9912]    | STS (2ª) 5 noviembre 2018 [RJ 2018\5001]     |
| STS (2ª) 22 julio 2003 [RJ 2003\6054]      | STS (2ª) 5 febrero 2019 [RJ 2019\395]        |
| STS (2ª) 30 octubre 2003 [RJ 2003\7523]    | STS (2ª) 10 junio 2019 [RJ 2019\4038]        |
| STS (2ª) 28 abril 2004 [RJ 2004\3462]      | STS (2ª) 10 de julio 2019 [RJ 2019\4038]     |
| STS (2ª) 23 septiembre 2005 [RJ 2005\7372] | STS (2ª) 14 octubre 2019 [RJ 2019\4553]      |
| STS (2ª) 26 enero 2006 [RJ 2006\614]       | STS (2ª) 10 diciembre 2021 [RJ 2021\5512]    |
| STS (2ª) 30 abril 2007 [RJ 2007\4661]      | STS (2ª) 27 mayo 2022 [RJ 2022\2972]         |
| STS (1ª) 17 mayo 2007 [RJ 2007\3542]       | STS (2ª) 15 septiembre 2022 [RJ 2022\4379]   |
| STS (2ª) 4 junio 2007 [RJ 2007\3890]       | STS (2ª) 22 noviembre 2022 [RJ 2023\153]     |
| STS (2ª) 18 octubre 2007 [RJ 2008\254]     | STS (2ª) 23 noviembre 2022 [RJ 2022\5695]    |
| STS (2ª) 28 diciembre 2007 [RJ 2008\561]   | STS (2ª) 24 noviembre 2022 [RJ 2022\5562]    |
| STS (2ª) 6 febrero 2008 [RJ 2008\1850]     | STS (2ª) 23 febrero 2023 [RJ 2023\1245]      |
| STS (2ª) 15 septiembre 2008 [RJ 2008\4392] | STS (2ª) 24 noviembre 2023 [JUR 2023\434270] |

#### *Audiencias Provinciales*

|   |   |
|---|---|
| SAP La Coruña 15 mayo 2002 [ARP 2002\489]   | SAP Asturias 19 diciembre 2022 [JUR 2023\48228] |
| SAP Girona 19 enero 2011 [JUR 2011\149123]  | SAP Madrid 13 enero 2023 [JUR 2023\73703]       |
| SAP Girona 8 marzo 2017 [JUR 2017\266541]   | SAP Salamanca 9 mayo 2023 [JUR 2023\292619]     |
| SAP Murcia 20 julio 2021 [JUR 2021\312338]  | SAP Madrid 18 mayo 2023 [JUR 2023\306975]       |
| SAP Lleida 19 abril 2022 [JUR 2022\241772]  |   |
| SAP Madrid 7 octubre 2022 [JUR 2022\366669] |   |

Fecha de recepción: 11.10.2024

Fecha de aceptación: 15.06.2025