

La responsabilidad civil derivada del delito de administración desleal en el ámbito de las sociedades de capital

ENRIQUE GANDÍA

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

*Al Prof. Agustín Jorge Barreiro.
Con motivo de su jubilación de la cátedra.*

RESUMEN

Doctrina y jurisprudencia dan por sentado que la responsabilidad civil en la que incurre el administrador de una sociedad de capital que comete un delito de administración desleal debe regirse por las normas que regulan esta materia en el Código penal (arts. 109 y ss.). En contra de esta opinión, el propósito de este trabajo es tratar de demostrar que la responsabilidad civil ex delicto es, en estos supuestos, una responsabilidad contractual (o societaria) y que, en consecuencia, ha de ajustarse –en sus presupuestos, ejercicio, abdicación y prescripción– al régimen jurídico de la denominada «acción social» de responsabilidad, contemplado en la Ley de Sociedades de Capital (arts. 236 y ss.).

Palabras clave: *Responsabilidad extracontractual / responsabilidad ex delicto / delito de administración desleal.*

ABSTRACT

Legal doctrine and jurisprudence presuppose that the tortious liability attributed to company directors when committing a criminal offence of improper management has to be governed by the norms regulating non-contractual liability in the Penal Code (Article 109 and subsequent articles). By contrast, this article aims to demonstrate that liability ex delicto is, in these cases, a wholly contractual (or corporate) liability and, consequently, has to be governed –in terms of premises, exercise, abdication and prescription– by the so-called “corporate action” to demand liability, which regime is foreseen in the Corporate Enterprises Act (Article 236 and subsequent articles).

Keywords: *Non-contractual liability / liability ex delicto / criminal offence of improper management*

SUMARIO: I. Introducción. 1. Propósito del trabajo y relevancia práctica del tema. 2. Un ejemplo para ilustrarlo: el alcance de los pactos de exoneración de responsabilidad en los contratos de transmisión de participaciones de control.–II. La responsabilidad civil del administrador que comete un delito de administración desleal ha de regirse por las normas del Código penal. Crítica. 1. La mal llamada «responsabilidad civil derivada del delito» no deriva, en realidad, de delito alguno. A) La naturaleza estrictamente jurídico-privada de esta responsabilidad. B) Excurso: el (verdadero) motivo por el que la responsabilidad civil *ex delicto* se regula en el Código penal. C) La responsabilidad civil *ex delicto* no es más que un régimen especial de la responsabilidad extracontractual general. 2. La responsabilidad civil en la que incurre el administrador desleal es de carácter contractual. A) La distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual. B) Delimitación del injusto penal de administración desleal y el injusto civil de responsabilidad societaria.–III. La responsabilidad civil del administrador que comete un delito de administración desleal ha de regirse por la Ley de Sociedades de Capital. Algunas consecuencias que se derivan de esta conclusión. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

1. Propósito del trabajo y relevancia práctica del tema

1. El objetivo principal de estas líneas es tratar de determinar qué normas deben aplicarse a la *responsabilidad civil* en la que incurre el administrador de una sociedad de capital como consecuencia de

la realización de un hecho tipificado como *delito de administración desleal* (art. 252 CP) (1).

Hasta donde tenemos constancia, la cuestión no ha llamado la atención de la doctrina, tal vez porque se ha entendido que, en el fondo, no plantea mayores problemas: *tratándose de la comisión de un delito, la responsabilidad civil del administrador habrá de someterse a las reglas que regulan esta materia en el Código penal* (2). El razonamiento que subyace a esta afirmación parece ser el siguiente: si la actuación desleal del administrador no alcanza la calificación de delito, su responsabilidad civil se ventilará en el ámbito –estrictamente privado– de la conocida como «acción social de responsabilidad» (arts. 236 y ss. LSC); por el contrario, si los hechos merecen un reproche penal, entrarían en juego las normas –¿jurídico-públicas?– que regulan la llamada «responsabilidad civil derivada del delito» (arts. 109 y ss. del Código penal).

2. El asunto no es, sin embargo, tan sencillo como aparenta y dar con la solución correcta, lejos de ser un ejercicio académico estéril, tiene importantes consecuencias prácticas. Por destacar sólo algunas: de entenderse que la responsabilidad civil del administrador ha de regirse por lo dispuesto en el Código penal y no por las normas de la Ley de Sociedades de Capital:

i) el plazo de prescripción de la acción sería de uno o cinco años –según se entienda que la responsabilidad civil *ex delicto* es o no una responsabilidad extracontractual [*infra* II, *sub C*)]– (arts. 1968.2.º o 1964.2 CC), pero nunca los cuatro años que marca la Ley de Sociedades de Capital para la responsabilidad societaria (art. 241 bis);

ii) en caso de que el delito lo hubiera cometido un órgano colegiado (*v. gr.* un consejo de administración o una comisión ejecutiva) y que pudiera imputarse un distinto grado de participación en los hechos a cada uno de sus miembros, de forma que algunos de ellos fueran condenados a título de autor y otros lo fueran sólo a título de cómplice, los unos responderían subsidiariamente respecto de los otros (art. 116.2 CP), y no todos con carácter solidario como prescribe la Ley de Sociedades de Capital (art. 237);

iii) la competencia para acordar el ejercicio de la acción de responsabilidad, así como su renuncia o transacción, recaería –como

(1) De manera incidental, queremos dar a conocer también algunos resultados de otra investigación, todavía en curso, sobre los orígenes de la responsabilidad extracontractual en el Derecho español [*vid.* el excurso que hacemos *infra* II.1, *sub B*)].

(2) Sirva, como botón de muestra, GÁLVEZ, A., *El delito de administración desleal (artículo 252 del Código Penal) en el ámbito de las sociedades de capital*, Madrid [Dykinson], 2019, pp. 363 y ss.

cualquier otro acto de gestión (art. 209 LSC)– en el órgano de administración y no en la junta general (art. 238 LSC) (3), y cabría dudar de la legitimación de la minoría para entablarla por cuenta de la sociedad (art. 239 LSC).

iv) siendo pretensiones indemnizatorias distintas, los actos de disposición (renuncias, transacciones, etc.) que tuvieran por objeto la responsabilidad *ex delicto* no afectarían, en un principio, a la responsabilidad societaria y viceversa.

2. Un ejemplo para ilustrarlo: el alcance de los pactos de exoneración de responsabilidad en los contratos de transmisión de participaciones de control

1. Esta última cuestión tiene particular relevancia, porque es bastante frecuente que los contratos de transmisión de participaciones de control incluyan una cláusula en virtud de la cual el adquirente renuncia expresa y terminantemente a exigir cualquier tipo de responsabilidad que pudiera tener origen en la gestión desarrollada por el socio mayoritario y administrador saliente. Este tipo de pactos son plenamente válidos y obligan al socio o socios que los suscriben a abstenerse de promover la acción social de responsabilidad y a votar en contra en el supuesto de que fuera otro socio quien plantease su ejercicio (4). Es más, en el caso de que los suscriptores del acuerdo sean *todos* los socios, su renuncia equivale, sin lugar a dudas, a la *renuncia de la sociedad* (ex art. 238.2 LSC), siempre y cuando los elementos constitutivos de la acción (conducta ilícita, daño y relación de causalidad) estuviesen perfectamente determinados o lo estuvieran, al menos, en un grado suficiente como para que los firmantes fuesen plenamente conscientes de las consecuencias del acto que rea-

(3) Así, ROJO, A., «El ejercicio por la sociedad de la acción social de responsabilidad contra los administradores», en JUSTE/ESPÍN (Coords.), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber amicorum Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco*, Cizur Menor (Navarra) [Thomson Reuters – Aranzadi], 2017, p. 1126, quien encuentra paradójico que «la presentación por la sociedad de una querrela contra los antiguos administradores por la comisión de un delito que hubiera causado daño al patrimonio social [v. gr. del art. 252 CP] no exi[ja] el acuerdo previo de la junta, aunque la acción penal se ejercite unida a la acción por responsabilidad civil derivada del delito», mientras que el ejercicio de la acción social sí requiera «necesariamente ese previo acuerdo del órgano soberano».

(4) GANDÍA, E., *La renuncia a la acción social de responsabilidad*, Cizur Menor (Navarra) [Civitas – Thomson Reuters], 2017, pp. 299 y ss. (sobre la validez espec. pp. 326 a 343 y sobre la eficacia, pp. 343 a 347).

lizan (5). Al fin y al cabo, la función de estas cláusulas no es otra que la de ajustar el precio de compraventa de las acciones o participaciones, de modo que la rebaja en el precio obtenida por el comprador como consecuencia de la constatación de irregularidades en la gestión del vendedor se compense con la promesa de librar a éste de toda responsabilidad en la que hubiera incurrido al frente de la gestión (6). Por eso, cuando el firmante es el nuevo *socio único*, su acto abdicativo ha de entenderse como renuncia de la propia sociedad al ejercicio de la acción social, dado que, en tal caso, el interés de la sociedad se identifica plenamente con el del socio adquirente.

Ahora bien, si la responsabilidad civil derivada del delito de administración desleal se concibe como algo distinto de la responsabilidad societaria, el comprador lo tendría realmente fácil para eludir el compromiso adquirido y obtener, así, una doble rebaja en el precio de las acciones o participaciones: en lugar de promover el ejercicio de la acción social ante la jurisdicción civil –que es a lo que, siguiendo esta interpretación, habría renunciado–, le bastaría con hacer que la sociedad se querellase contra el exadministrador solicitando, ante el juez penal, la eventual responsabilidad civil «derivada del delito» –que no quedaría comprendida por el acuerdo abdicativo–.

2. Esto fue precisamente lo que sucedió en el asunto enjuiciado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en la sentencia de 28 de junio de 2018 (7). En esencia, los hechos eran los siguientes (8):

Con fecha 13 de febrero de 2007, el acusado, don R., titular de una empresa dedicada a la distribución de carbón extraído del Alto Bierzo, constituyó junto con un socio de nacionalidad italiana, al cincuenta por ciento de participaciones sociales cada uno de ellos, una sociedad de responsabilidad limitada denominada «Carboastur, SL», cuyo objeto social consistía en la adquisición y posterior distribución de carbón de importación, procedente principalmente de Ucrania. A pesar de que la administración de «Carboastur, SL» se confió de manera solidaria al acusado y a su socio, este último se encontraba la mayor parte del tiempo en Italia, por lo que, en la práctica, era el primero quien llevaba a cabo toda la gestión ordinaria y diaria de la empresa.

(5) GANDÍA, E., ob. cit., p. 338, en nota 119.

(6) *Vid.* de nuevo, y ya por último, GANDÍA, E., ob. cit., pp. 325 y 326.

(7) RJ 2018/3693 (Ponente: Vicente Magro Servet), resolviendo el recurso de casación interpuesto frente a la SAP Asturias (Secc. 3.ª), de 2 de mayo de 2017 (JUR 2017/158109).

(8) Están resumidos en el Fundamento Jurídico primero (*sub* 2).

La sociedad tenía alquiladas unas instalaciones en el depósito aduanero del Puerto de Avilés, donde se almacenaba el carbón proveniente de Ucrania con una serie de ventajas fiscales por tratarse de un país no perteneciente a la Unión Europea, razón por la cual se prohibía el almacenamiento en ese mismo depósito de mercancías nacionales. No obstante, es hecho probado que el acusado, sin conocimiento ni autorización del otro administrador, procedió a utilizar dichas instalaciones para su uso personal, introduciendo en ellas carbón nacional de peor calidad y mezclándolo con el allí existente. De esta forma, conseguía ofrecer a los clientes de su empresa particular un producto de mejor calidad a un precio más bajo y, por el contrario, al mezclarse ambos carbones, «Carboastur, S.L.» vendía a sus clientes un producto de peor calidad a un precio más alto, con el consiguiente perjuicio para la sociedad que tenía a medias con el socio italiano. Esta práctica motivó que, en el mes de octubre de 2012, se iniciasen actividades inspectoras por la Agencia Tributaria, que desembocaron en la imposición a la sociedad de una multa administrativa de más de setecientos mil euros por defraudación en el IVA.

A raíz de este episodio, el socio italiano adoptó distintas medidas tendentes a averiguar lo sucedido: designó un director de almacén para controlar la gestión del acusado y encargó una auditoría de las cuentas, que puso de manifiesto otras muchas irregularidades cometidas durante los cinco años que estuvo al frente de «Carboastur, SL». En concreto, pudo acreditarse que a lo largo de este período don R.:

i) había procedido a realizar disposiciones en efectivo de «caja» y sucesivas transferencias de 1.000 euros a su cuenta bancaria personal sin justificación alguna de su destino, ascendiendo el importe total a unos 127.000 euros;

ii) de idéntica manera, y sin conocimiento ni autorización del otro administrador, había domiciliado en las cuentas de la sociedad facturas de sus gastos personales, entre los que figuraban el abono de la cuota de afiliación al partido Foro Asturias, al club de fútbol Sporting de Gijón, recibos mensuales de Gol televisión, facturas de internet de su domicilio y de sus empresas, así como facturas de teléfonos móviles personales, de su pareja y de sus hijos, teléfono fijo de su residencia y teléfonos de sus empresas, cuyo monto total ascendía a algo menos de 20.000 euros;

iii) por si eso fuera poco, el acusado, en su condición de administrador, había recibido por parte de un cliente la suma de 85.000 euros en metálico, de los que únicamente ingresó en la cuenta de la sociedad la cantidad de 82.000 euros, sin justificar el destino de los 3.000 euros restantes;

- iv) de igual modo, había constituido una garantía a nombre de «Carboastur, SL» en relación con una operación de préstamo realizada por una sociedad de la que era accionista y administrador único;
- v) finalmente, la inspección de la Agencia Tributaria reveló la desaparición de unas 9.000 toneladas de carbón suministradas por el socio italiano, de las que presumiblemente se había apropiado el exadministrador.

Así las cosas, en agosto de 2013, esto es, *una vez finalizada la inspección de la Agencia Tributaria y estando bastante avanzado el proceso de auditoría*, el acusado cesó en su cargo y, tras la correspondiente negociación con su socio, accedió a venderle la totalidad de sus participaciones *por el precio simbólico de un euro*. La operación de compraventa se formalizó en escritura pública, en la que el italiano aceptaba el cese de don R., ratificando la totalidad de los actos de administración realizados por el mismo, reconociendo y agradeciendo su labor como administrador, y *declarando expresamente no tener nada que reclamarle por ningún concepto* (9). Además, fruto de intensas negociaciones entre las partes, se acabó introduciendo una cláusula en virtud de la cual el socio italiano se obligaba frente al acusado:

«a responder, con carácter exclusivo y con renuncia expresa a cualquier repetición frente a éste, de cualquier obligación en la que, eventualmente y en su condición de administrador de “Carboastur”, hubiera incurrido y se pudiera derivar frente a don R. en virtud de sentencia o de resolución administrativa firmes, en especial y sin ánimo de exhaustividad, en relación con las posibles derivaciones de responsabilidad impuesta por la Administración Tributaria».

Pese a lo acordado, y cuando apenas habían transcurrido cuatro meses desde la firma del contrato, en enero de 2014, «Carboastur, SL» (renombrada como «Energy Fuel Asturias, SL») presentó querrela contra don R. por un delito continuado de apropiación indebida y un delito continuado de administración desleal (arts. 252 y 295 CP, en su redacción vigente al tiempo de los hechos) en la que interesaba la condena al exadministrador a pagar un importe superior a los dos millones de euros en concepto de responsabilidad civil derivada de delito.

(9) Con todo, el Tribunal entiende que fue sólo en enero de 2014, tras finalizar la auditoría encargada, cuando el renunciante tomó «cabal conocimiento de todo lo acaecido y de la actuación dolosa (y delictiva) del acusado» y, en consecuencia, da por buena la tesis de la acusación de que «la firma de las escrituras [que] se hizo el 1 de agosto de 2013 [obedeció] a que en ese momento no tenía conocimiento de que lo sucedido procediese de una actuación dolosa del acusado sino de una equivocada o negligente actuación [...] que decidió perdonar» (FJ cuarto).

3. Para armar su defensa contra la pretensión civil, el acusado invocó la plena eficacia frente a la sociedad querellante de la renuncia formulada por el que a la sazón era su único socio, que habría sido acordada en una suerte de «junta universal» (*sic*):

«A través de la escritura pública, de 1 de agosto de 2013 [...] la mercantil “Carboastur” renunció de forma expresa, a través de su socio único [...], a ejercitar cualquier reclamación frente a don R., por lo que la pretensión ejercitada por la acusación particular en relación a la cuestión civil ha de ser desestimada al carecer la querellante de acción civil a consecuencia de su renuncia» (FJ decimocuarto).

No obstante, la sentencia rechaza este argumento sobre la base de que las escrituras no fueron suscritas por la sociedad perjudicada, sino por una persona distinta, «socia [única] de la mencionada, pero con [...] patrimonios diferenciados e intereses diversos» (FJ decimocuarto):

«[D]icha escritura surtirá efectos exclusivamente entre las personas que la suscribieron, es decir, el acusado [...] de un lado y [el socio italiano] de otro, pero no se puede pretender deducir de la misma que “Carboastur, SL” [...] haya renunciado a las acciones civiles que puedan corresponderle en este procedimiento, ya que se trata de una sociedad mercantil distinta [...]. [Y] en nombre y representación de esta entidad verdadera perjudicada por los hechos realizados por el acusado [...] no consta ninguna renuncia, sino todo lo contrario, es la entidad la que presenta la querrela y ejerce la acusación particular» (FJ segundo).

4. El razonamiento del Supremo pone de manifiesto dos cosas. La primera es que la Sala de lo Penal maneja una concepción orgánica o realista de la personalidad jurídica absolutamente trasnochada (10). Ignoramos si en el momento de presentarse la querrela «Carboastur, SL» seguía estando integrada únicamente por el socio renunciante, pero, de ser así, es claro que no había lugar a hablar de un interés de la

(10) Algo que no sorprende si tenemos en cuenta el escaso rigor con el que, en ocasiones, se aproxima la dogmática penal a este concepto. De ello es buena muestra la incorporación a nuestro ordenamiento (reformas del CP de 2010 y 2015) de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis y ss. CP) difícilmente compatible «con la exigencia de “la culpabilidad jurídico penal”, que requiere el previo sustrato de la imputabilidad de carácter personal e individualizado, y que implica una desaprobación ético-social, un reproche jurídico-penal, inherente a toda pena criminal, que sólo [puede] formularse frente a personas individuales responsables, es decir, una culpabilidad individual, con fundamento en la libertad humana, en su voluntad consciente y libre» (JORGE BARREIRO, Agustín, «Reflexiones sobre la regulación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el vigente Código penal español», en EMBID/MIQUEL/MORALES MORENO (Dir.), *Estudios jurídicos. Liber amicorum en honor a Jorge Caffarena*, Madrid [Colegio de Registradores], 2017, p. 465).

sociedad distinto al de aquél. En realidad, el único interés en juego era el del socio italiano a obtener un mejor precio por las participaciones adquiridas, y ese interés se vio satisfecho a cambio de la renuncia al ejercicio de acciones. La sentencia yerra, por tanto, al no imputar a la sociedad el acto abdicativo del socio único. En términos menos rigurosos, aunque quizá más expresivos, podemos decir que el Alto Tribunal debió dar por renunciada la acción civil, cuando menos en aplicación de la llamada «doctrina del levantamiento del velo».

Pero los párrafos transcritos dejan entrever también que el Supremo no se plantea en ningún momento que la acción civil derivada de delito pudiera estar sujeta al régimen jurídico de la acción social de responsabilidad. De lo contrario, carecería de sentido sostener que en nombre y representación de la entidad perjudicada no constaba renuncia alguna. Como en vano trató de alegar la defensa, el acto abdicativo se había adoptado en «junta universal» [*rectius*, fue una decisión del socio único, ciertamente no consignada en acta (art. 15.2 LSC), pero no por ello inválida (11)]. Conque, de haberse entendido que dicho acto debía regirse por lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital, no habría habido ninguna duda de que la renuncia era atribuible a la sociedad *ex* artículo 238.2, sin necesidad de acudir al «desvelo» de la personalidad jurídica.

Parece, en definitiva, que el Supremo comparte esta idea generalizada en la doctrina penal de que la responsabilidad civil derivada del delito de administración desleal es independiente de la responsabilidad societaria y ha de quedar sujeta, por ende, a un tratamiento jurídico diferente.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ADMINISTRADOR QUE COMETE UN DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL HA DE REGIRSE POR LAS NORMAS DEL CÓDIGO PENAL. CRÍTICA

Pues bien, la tesis que nos proponemos desarrollar en las próximas páginas es justamente la contraria, esto es, que la responsabilidad civil en la que incurre el administrador de una sociedad de capital que comete

(11) El acta en el que han de constar las decisiones del socio único no es, en efecto, un requisito de forma *ab substantiam* al que quepa atribuirle valor constitutivo (*vid.*, por todos, DÍAZ MORENO, A., «Decisiones del socio único (art. 15)», en ROJO/BELTRÁN (Dir.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Cizur Menor (Navarra) [Civitas – Thomson Reuters], 2011, pp. 281 y 282).

un delito de administración desleal (art. 252 CP) *es una responsabilidad de carácter (societario o) contractual* que ha de regirse por lo dispuesto en los artículos 236 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital (y, en su caso, por los arts. 1101 y ss. CC), y no por las normas que regulan la mal llamada «responsabilidad civil derivada de delito» (arts. 109 y ss. CP). O por decirlo de una forma más gráfica: la exigencia de responsabilidad civil al administrador de una sociedad de capital que es condenado como autor (o partícipe) en un delito de administración desleal ha de ajustarse –en sus presupuestos, ejercicio, renuncia y prescripción– al régimen jurídico de la denominada «acción social» de responsabilidad.

La pretendida autonomía entre la responsabilidad civil derivada del delito de administración desleal y la responsabilidad societaria que da por hecha la doctrina y que avala el Tribunal Supremo podría sustentarse en alguno de los siguientes argumentos: cabría pensar, en primer lugar, que el delito es fuente autónoma de responsabilidad, de modo que cuando la conducta del administrador es calificada como tal por el juez penal, surge a cargo de aquél una responsabilidad que nada tiene que ver con la societaria (porque su origen es distinto) y que queda sujeta a las normas del Código penal (arts. 109 y ss.) (*infra* 1); en segundo lugar, y si se opta por la tesis correcta que considera que la responsabilidad *ex delicto* no es sino una regulación especial de la responsabilidad extracontractual general (arts. 1902 y ss. CC), todavía cabría sostener que, en el caso del administrador de una sociedad que comete un delito de administración desleal, el régimen aplicable es el del Código penal y no el de la Ley de Sociedades de Capital, sobre la base de que esta última norma regula únicamente la responsabilidad que deriva del incumplimiento del contrato de administración –o sea, la responsabilidad contractual–, siendo así que cuando el incumplimiento tiene la consideración de delito, nos encontraríamos fuera de la órbita del contrato y, en consecuencia, habrían de aplicarse las normas especiales de responsabilidad extracontractual contempladas en el Código penal (art. 109 y ss.) (*infra* 2).

A continuación, pasamos a exponer cada uno de estos argumentos con algo más detalle, y las razones, por las que, a nuestro juicio, ninguno de ellos puede acogerse.

1. La mal llamada «responsabilidad civil derivada del delito» no deriva, en realidad, de delito alguno

El primero apunta, como decimos, a que la responsabilidad *ex delicto* es realmente un tipo especial de responsabilidad –a caballo entre la civil y la criminal– que tiene como origen o hecho desencade-

nante la comisión de un delito y cuya regulación hay que buscarla en los artículos 109 y siguientes del Código penal.

Ésta es la tesis que desde hace años patrocina un sector –ciertamente minoritario– de la doctrina penalista y no pocas resoluciones del Tribunal Supremo (12). En 1946 escribía, por ejemplo, QUINTANO RIPOLLÉS que la responsabilidad civil *ex delicto* constituía una figura *sui generis*, distinta de la responsabilidad civil «pura», que vendría regulada en el Código penal «con un criterio punitivo de sanción y retribución» (13). Por esas mismas fechas, otro autor, tras reconocer que al menos «estáticamente considerada» la naturaleza de esta responsabilidad debía entenderse «innegablemente de tipo privado», señalaba a renglón seguido que «el mismo hecho de que se encuentre prevista y declarada expresamente en el Código penal; que tenga su origen en los ilícitos de máxima gravedad y, sobre todo, la necesidad de que haya de ser declarada [...] en el proceso penal [...], nos fuerza

(12) En las que pueden leerse cosas como que la «responsabilidad civil *ex delicto* nace directamente del delito» (STS [Sala 1.ª] de 13 de diciembre de 1996 [FJ tercero] [RJ 1996/8978]) o que nos encontramos ante una «consecuencia accesoria», «indeclinable» u «obligada» de la responsabilidad criminal (SSTS [Sala 2.ª], de 7 de julio de 1989 [RJ 1989/6137], de 12 de julio de 1902 [en *Jurisprudencia Criminal*, n.º 23, 1902, pp. 56 y ss.] y de 20 de octubre de 1960 [RJ 3494/1960]). De hecho, este planteamiento ha llevado a nuestro Alto Tribunal a sostener que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil derivada de delito es el previsto con carácter general para las acciones personales (art. 1964 CC) y no el fijado para la responsabilidad extracontractual (art. 1968.2.º CC) (*vid.* las sentencias criticadas por PANTALEÓN, F., «Comentario al art. 1902», en PAZ-ARES (*et al.*) (Dirs.), *Comentario del Código civil*, tomo II, Madrid [Ministerio de Justicia], 1991, p. 1974). Más aún, el Supremo ha llegado a decir, sin asomo de empacho, que las normas sobre responsabilidad civil reguladas en el Código penal no pueden ser objeto de interpretación extensiva, por ser ésta una operación hermenéutica «que repugna al campo penal» (!) (STS [Sala 2.ª], de 22 de abril de 1980 [Cdo. quinto] [RJ 1980/1466]). Aunque *vid.*, correctamente, las sentencias citadas *infra* en las notas 25, 26, y 27.

(13) QUINTANO, A., «La “acción tercera” o “cuasi criminal”, propia de la llamada responsabilidad civil dimanante de delito», en *RDP*, n.º 357, 1946, pp. 937 y 938 (del mismo, «Antijuridicidad civil y penal en el evento jurídico de “daño”», en *RDP*, n.º 391, 1949, p. 871, distinguiendo entre una «acción civil *ex delicto* y otra puramente civil privada», e *Id.*, «Responsabilidades civiles “ex delicto” y “ex lege”», en *ADC*, 1963, p. 633, haciendo lo propio entre «las *responsabilidades civiles delictuales* y las que pudiéramos denominar *civiles puras*» (en cursiva en el original). En idéntico sentido, GONZÁLEZ RUS, J. J., «El artículo 444 del Código penal y el régimen general de la responsabilidad civil derivada del delito», en *ADPCP*, 1979, para quien «[n]o puede decirse [...] que la responsabilidad civil sea totalmente privada» (p. 382), dado que en la regulación que el Código penal hace de esta figura «no están ausentes ciertos criterios punitivos de sanción y retribución» (p. 384) (pero *vid.*, más adelante, pp. 390 y ss.).

a reconocer su carácter penal» (14). Y, en términos parecidos, había quien, poco después, defendía que la acción civil *ex delicto* «por su nombre, por su contenido mismo, es de índole civil, pero, por su nacimiento, ejercicio y depuración, es netamente penal» (15).

En tiempos más recientes, y desde una perspectiva victimológica, se viene haciendo hincapié en la idea de que «la indemnización, lejos de ser una simple reparación del daño, constituye un medio de aproximación entre víctima y delincuente» (16). Lo que, unido a los efectos que dicha reparación puede llegar a desplegar sobre la responsabilidad penal –en forma de atenuante (art. 21.5.^a CP) o de presupuesto para la suspensión de las penas privativas de libertad (art. 80.1.3.^a CP)–, ha hecho que algunos autores se afanen en desacreditar «su “sagrada” pureza *iusprivatista*» (17). Bajo este prisma, la responsabilidad civil derivada de delito se integraría en un concepto amplio de Derecho penal, junto con las consecuencias accesorias, con las que compartiría una «naturaleza *híbrida, mestiza o mixta*», a medio camino entre lo civil y lo penal. Razones, todas ellas, que justificarían el mantenimiento en el Código punitivo de las normas que regulan esta responsabilidad (18).

(14) GIL ESTELLÉS, C., *La responsabilidad civil derivada de la penal en la Doctrina y en la Legislación*, Valencia [Publicaciones de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación], s.f. pero ca. 1949, p. 34.

(15) REYES MONTERREAL, J. M., *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, 3.^a ed., Madrid [Gráficas Menor], 1958, p. 46. *Vid.* asimismo MORENO MOCHOLI, M., «La responsabilidad civil por culpa extracontractual, y la penal por el delito o falta de daños por imprudencia», en *RDP*, n.º 400-401, 1950, p. 638, nota 12: «Esta responsabilidad accesoria de que se ocupa el Código penal, en cuanto afecta al daño privado, tiene un carácter en principio equivalente al de la culpa extracontractual; pero al no poder descartarse de la causa principal que la origina, cual el delito, aunque sea efecto secundario, el Derecho penal la absorbe bajo las notas [de] la tipicidad y la punibilidad, suficientes para emanciparla de lo que pudiéramos llamar tronco común».

(16) MARTÍN RÍOS, M. P., «La responsabilidad civil derivada del delito a la luz de las últimas reformas legales», en *Justicia*, núms. 1 y 2, 2004, p. 292 (siguiendo a ROXIN, C., «La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», en *CCJPJ*, n.º 8, 1991, pp. 19 a 30). Si bien esta autora tiene claro el carácter netamente privado de la responsabilidad *ex delicto*: «la simple circunstancia de que su regulación se incluya en el CP no le confiere naturaleza penal [...]. La responsabilidad civil que se contiene en el CP goza [...] de idénticos caracteres que la responsabilidad civil contenida en el CC» (MARTÍN RÍOS, M. P., *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal: una aproximación victimológica*, Madrid [La Ley], 2007, p. 40).

(17) HORTAL, J. C., «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo», en *InDret*, n.º 4, 2014, p. 25.

(18) *Ibid.*, pp. 25 y 26 de quien hemos tomado la frase entrecuadrada. Defiende también la actual ubicación sistemática de la responsabilidad civil *ex delicto* QUINTERO, G., «La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil», en QUIN-

A) LA NATURALEZA ESTRICTAMENTE JURÍDICO-PRIVADA DE ESTA RESPONSABILIDAD

1. Sin embargo, la mejor doctrina lleva años insistiendo en el hecho –por lo demás, evidente– de que la responsabilidad civil «derivada del delito» (arts. 109 y ss. CP) no deriva, en realidad, de delito alguno (19). En otras palabras: no hay ningún delito que, *en cuanto tal*, lleve aparejada como consecuencia jurídica la imposición de una responsabilidad civil para el autor o para un tercero. En tanto que acción típica, antijurídica y culpable, sancionada por el Derecho penal, *el delito no tiene más efecto que la imposición de una pena* (o, en su caso, una medida de seguridad). El fundamento de la responsabilidad civil –se ha repetido hasta la saciedad– no es nunca la comisión de un delito, sino *la causación de un daño* atribuible a un determinado sujeto mediante alguno de los criterios de imputación (el

TERO (*et al.*), *La responsabilidad civil «ex delicto»*, Cizur Menor (Navarra) [Aranzadi], 2002, pp. 19 a 50: «[s]i la regulación de la responsabilidad civil ha de estar en el Código Penal tendrá que ser por causas estrictamente vinculadas a la función y fin del derecho penal, pues de no ser así no habrá razón que lo justifique [...]». Lo anterior [...] conduce a algo que a fuer de simple se olvida siempre: todas las normas que recoge el Código penal han de participar en alguna medida de la función propia de las leyes penales». Y, así, aun reconociendo que «la naturaleza civil de esa clase de obligaciones prima sobre cualquier otra consideración de la ley en que se regule» (*ibid.*, p. 23), termina afirmando en otro trabajo posterior «que la naturaleza (fundamento y función de la responsabilidad civil) no es ya puramente civil» (ID., «La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea», en MÁRQUEZ DE PRADO (Dir.), *Responsabilidad civil «ex delicto»*, Madrid [Consejo General del Poder Judicial], 2004, p. 24).

(19) Ya en su momento, GÓMEZ ORBANEJA, E., primero en «La acción civil de delito», en *RDP*, n.º 384, 1949, pp. 185 a 216 y más tarde en sus *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo 2, vol. 1, Barcelona [Bosch], 1951, pp. 317 y ss. y SILVA MELERO, V., «El problema de la responsabilidad civil en el Derecho penal», en *RGLJ*, 1950, pp. 635 y ss. (espec. p. 641); ID., «En torno a las consecuencias civiles del delito», en *RDP*, 1966, pp. 1065 a 1072, aunque es hoy opinión ampliamente mayoritaria entre iusprivatistas, penalistas y procesalistas (*vid. ex multis*, PANTALEÓN e YZQUIERDO, en las obras que se citan *infra* a lo largo del trabajo; DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Madrid [Civitas], 1999, p. 278; RODRÍGUEZ DEvesa, J. M., «Responsabilidad civil derivada de delito o falta y culpa extracontractual», en AA.VV., *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Granada [Comares], 1984, p. 520; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «La limitación internacional de la responsabilidad del naviero y la responsabilidad civil *ex delicto*», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo III, Madrid [Civitas], 1996, pp. 4079 a 4083; FONT SERRA, E., «Reflexiones sobre la responsabilidad civil en el proceso penal», en *RJC*, n.º 4, 1988, pp. 941 y ss.; DE LA OLIVA, A., *Derecho procesal penal*, 8.ª ed., Madrid [Centro de Estudios Ramón Areces], 2007, pp. 243 y ss., etc.).

dolo, la culpa o el riesgo) que recogen el Código civil o las distintas leyes especiales (20).

Lo que ocurre es que, con mucha frecuencia, una conducta calificada como delito integra *además* el supuesto de hecho de una norma de responsabilidad civil, de forma que, a menudo, las mismas acciones u omisiones son a la vez fuente de responsabilidad penal y civil. Pero es claro que esto no siempre es así y que puede haber delitos que no vayan acompañados de la obligación de indemnizar. De hecho, es lo que sucederá en todos aquellos supuestos en los que la conducta delictiva no ocasione un daño resarcible. Piénsese, sin ir más lejos, en los delitos frustrados o en grado de tentativa, en los que el daño no llega a materializarse (21), o en los llamados «delitos de peligro», que ni tan siquiera requieren la efectiva lesión del bien jurídico protegido (22), o, en fin, en todos aquellos delitos de lesión en los que el resultado típico no consiste en la producción de un daño indemnizable [como sucede *v. gr.* en las ofensas o ultrajes a España o a sus símbolos

(20) Por todos, PANTALEÓN, F., «“Perseverare diabolicum” (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?)», en *Jueces para la democracia*, n.º 19, 1993, pp. 6 a 10 (espec. p. 6).

(21) Esto ha de tomarse *cum grano salis*, porque es obvio que, a pesar de no haberse producido el *daño típico*, la tentativa de delito puede dar lugar a *otros daños* resarcibles: «Basta pensar –decía GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios*, ob. cit., p. 338– en el supuesto [...] de que el que intenta matar a otro, lo hiera, haciéndole sufrir así pérdidas (gastos y ganancias cesantes)», y ello es todavía «más claro si pensamos en un perjuicio no patrimonial, o moral: el espanto, la perturbación psíquica de la persona que se ve agredida con un medio idóneo para matarla, aunque escape del trance sin herida; de la mujer a quien se quiere hacer víctima de violencia carnal y consigue evitarla. Este desequilibrio psíquico puede incluso traducirse en pérdidas patrimoniales [...], como si a la víctima, a consecuencia de él, le es imposible dedicarse a su trabajo habitual durante algún tiempo, o le produce merma de rendimiento» (*ibid.*, p. 340).

(22) El mismo *caveat* de la nota anterior ha de hacerse también aquí, ya que no cabe descartar en absoluto que un hecho constitutivo de delito formal origine daños resarcibles. Un buen ejemplo nos lo proporciona la STS (Sala 2.ª), de 30 de mayo de 2017 (RJ 2017/2847): la procesada, tras haber ingerido una cantidad de bebidas alcohólicas que mermaba considerablemente sus facultades para una conducción en las debidas condiciones de seguridad, se saltó una señal de ceda el paso y golpeó una farola propiedad del Ayuntamiento de Lloret de Mar, causando unos daños valorados pericialmente en la cantidad de 1.605,89 euros. Tanto el Juzgado de lo Penal como la Audiencia Provincial condenaron por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del artículo 379.2 del Código penal, pero excluyeron todo pronunciamiento sobre responsabilidad civil por considerar que de un delito de peligro no podía derivar causalmente un daño resarcible. El Tribunal Supremo hace suyo el recurso del Ministerio fiscal y anula la sentencia de apelación, afirmando, con buen criterio, que la responsabilidad civil surge «del “hecho” no del delito, y en el presente caso, el hecho fue la conducción de la condenada lo que causó daños en [la] farola» (FJ quinto).

(art. 543 CP)]. Es más, aunque en la práctica no sea lo más habitual, podemos llegar a representarnos incluso un delito típicamente lesivo, como pudiera ser un homicidio, que no dé lugar a responsabilidad civil por no haber provocado ningún tipo de daño material o moral: el ejemplo no deja de ser cruel, pero imagínese el caso de un pobre anciano que fallece solo y repudiado por su familia a consecuencia de las lesiones que de manera dolosa o imprudente le provoca uno de los celadores del asilo en el que había sido recluso (23).

2. La mal llamada responsabilidad civil *ex delicto* y la responsabilidad criminal tienen, pues, fundamentos distintos (el daño en un caso y el delito en el otro); como distintas son también su finalidad y su naturaleza jurídica (24). En efecto, frente a las funciones retributiva y preventiva de la pena, la responsabilidad civil persigue un objetivo puramente resarcitorio. Para comprobarlo, basta advertir que, a diferencia de la pena, la responsabilidad civil no se gradúa de acuerdo con la mayor o menor gravedad de la conducta o de la culpabilidad del autor, sino con arreglo a la entidad de los daños ocasionados. Además, la responsabilidad civil derivada de delito es asegurable (art. 117 CP), puede imponerse a personas que no han tenido participación alguna en los hechos (arts. 116 a 121 CP) y es susceptible de transmisión pasiva *mortis causa* (art. 115 LECrim); características todas ellas que resultan inconcebibles en relación con la pena.

La naturaleza jurídico-privada de la responsabilidad *ex delicto* explica, asimismo, que la acción para reclamarla se encuentre sujeta a

(23) Menos de escuela, e igualmente ilustrativo, es el asunto enjuiciado por la STS (Sala 2.ª), de 31 de mayo de 2018 (RJ 2018/3937): los tres procesados, de nacionalidad rumana, idearon un plan para robar a la víctima, de sesenta y siete años de edad, soltero y sin hijos. A tal fin lo citaron en un inmueble que la propia víctima les había arrendado y, una vez en el interior de la vivienda, le propinaron una brutal paliza que acabó con su vida. La Audiencia Provincial consideró a los tres procesados autores de un delito de homicidio, condenándolos a pagar 76.460,73 euros a los hermanos de la víctima, en concepto de daño moral. Los condenados recurrieron el fallo de la Audiencia, alegando que la muerte de la víctima no había ocasionado daño alguno a sus familiares. El Supremo reconoce que «el fallecido era soltero y sin hijos, nadie dependía económicamente de él y sólo tenía como familiares cercanos a sus hermanos con los que no tenía apenas ninguna relación, salvo uno de ellos, el cual le veía, a pesar de vivir en el mismo pueblo una vez por semana». Y pese a que al final acaba desestimando el recurso por entender que no se había podido acreditar una total «rotura del afecto material» entre los hermanos, la sentencia deja claro que «el derecho a la percepción del resarcimiento» no deriva inexorablemente de la infracción penal, ni, en el caso de fallecimiento de la víctima, tiene naturaleza hereditaria, sino que es *iure proprio* y «corresponde únicamente a quien padece un perjuicio real, efectivo y suficientemente acreditado» (FJ decimonoveno).

(24) *Vid.*, para lo que sigue, PANTALEÓN, F., «Comentario al art. 1902», ob. cit., p. 1971.

los principios dispositivo, rogatorio y de congruencia que rigen cualquier proceso civil (STS [2.^a], de 1 de marzo de 2018 (25)). En este sentido, el perjudicado puede renunciar a la acción civil derivada del delito o transigir sobre ella (arts. 106 II LECrim y 1813 CC) y puede igualmente reservársela para su ejercicio ante la jurisdicción ordinaria (art. 109.2 CP y 112 LECrim). Por su parte, el Tribunal penal sólo podrá entrar a conocer de la pretensión civil si ha habido una previa y expresa petición del titular o del Ministerio fiscal, y su pronunciamiento estará vinculado, en todo caso, por la tutela judicial solicitada (26).

Por último, el carácter estrictamente privado de la responsabilidad civil *ex delicto* se ve confirmado por el hecho de que las normas que la regulan admiten una interpretación extensiva que no aparece limitada por los principios *in dubio pro reo* ni por la presunción de inocencia propias de las disposiciones sancionadoras (STS [2.^a], de 19 de junio de 2018 (27)).

B) EXCURSO: EL (VERDADERO) MOTIVO POR EL QUE LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO* SE REGULA EN EL CÓDIGO PENAL

¿Dónde radica entonces el origen de toda esta confusión?, ¿qué es lo que ha podido inducir a una parte de la doctrina penalista y de la jurisprudencia a cuestionar –contra toda evidencia positiva– la naturaleza jurídico-privada de la responsabilidad civil *ex delicto*?

1. Quienes se han pronunciado al respecto coinciden en señalar como uno de los principales culpables de este desconcierto a la doble regulación de la responsabilidad extracontractual en el Código civil (arts. 1902 y ss.) y en el penal (arts. 109 y ss.) (28). Singularidad de nuestro ordenamiento que vendría explicada, a su vez, por los avatares de la codificación española.

(25) RJ 2018/1297 (FJ Séptimo, *sub* 2).

(26) «Para medir la congruencia de la sentencia con la pretensión civil –afirma, entre otras, la STS de 24 de mayo de 2018 (RJ 2018/2039)– hay que acudir a los criterios del proceso civil y no a las especialidades del proceso penal. En particular la imposibilidad de fijar una indemnización más alta que la solicitada no es una derivación del principio acusatorio (como se argumenta a veces de forma inercial) sino de los principios dispositivo y de rogación» (FJ sexto).

(27) RJ 2018/3933 (FJ cuarto, *sub* 2).

(28) *Vid.*, por todos, ROIG, T., *La reparación del daño causado por el delito (Aspectos civiles y penales)*, Valencia [Tirant lo Blanch], 2000, p. 87, identificando en esta dualidad normativa uno de los «factores perturbadores» a la hora de analizar la naturaleza jurídica de la responsabilidad *ex delicto*.

Recordemos que la Constitución de 1812 ordenaba la formación de unos Códigos civil y criminal, junto a un Código de comercio, que habrían de ser «unos mismos para toda la Monarquía» (art. 258) (29). Sin embargo, esta aspiración unificadora de *la Pepa* tardaría más de tres cuartos de siglo en hacerse realidad, porque si en 1822 las Cortes del Trienio Liberal habían conseguido sacar adelante un Código penal, el civil no llegaría a aprobarse hasta 1889, lastrado por las muchas dificultades que trajo consigo la llamada «cuestión foral» (30). Por eso –se nos dice– no es de extrañar que el legislador de la época creyese necesario introducir ya en el primer texto punitivo unas cuantas normas que regulasen la obligación de reparar los daños ocasionados por los hechos delictivos, siquiera con carácter transitorio y a la espera de que el tan ansiado Código civil viera definitivamente la luz (31). De lo contrario –se afirma– la materia habría continuado rigiéndose por una legislación, como la contenida en Las Partidas (7, tít. 15), más propia de un régimen feudal que del ideal ilustrado y liberal que encarnaba el movimiento codificador (32). Idénticas razones habrían llevado a conservar, después, estas normas eminentemente civiles en el Código penal de 1848 (33). Y más tarde, una vez promulgado el

(29) Unos años antes, la malograda Constitución de Bayona de 6 de julio de 1808 (publicada en la *Gaceta de Madrid* de 27, 28, 29 y 30 de julio) había previsto que las Españas y las Indias se gobernasen por un solo Código de leyes civiles y criminales (art. 96) y que uno solo fuese también el Código de comercio que rigiese en ambos territorios (art. 113) (cfr. ROJO, A., «José Bonaparte (1808-1813) y la legislación mercantil e industrial española» en *RDM*, núms. 143-144, 1977, pp. 121 a 182).

(30) Sobre la misma, DE CASTRO, F., «La cuestión foral y el Derecho civil», en *ADC*, 1949, pp. 1003 a 1046 (en especial pp. 1017 a 1020, donde trata de la incidencia de los Derechos forales en el movimiento codificador del siglo XIX) (*vid.*, no obstante, *infra* la nota 36 y el texto correspondiente).

(31) YZQUIERDO, M., «El perturbador artículo 1092 del Código civil: cien años de errores», en AA.VV., *Centenario del Código civil (1889-1989)*, Madrid [Centro de Estudios Ramón Areces], 1990, p. 2110.

(32) *Ibidem* y también NAVARRO, I. A. y VEIGA, A. B., *Derecho de daños*, Cizur Menor (Navarra) [Civitas – Thomson Reuters], 2013, p. 49.

(33) De hecho, esta creencia de que las «[n]ormas sobre responsabilidad civil aparecieron en los Códigos Penales del XIX por el único motivo de que, en España, la codificación penal precedió a la civil» y que lo hicieron, por tanto, con carácter transitorio (PANTALEÓN, F., «“Perseverare diabolicum”», *ob. cit.*, pp. 9 y 10, aunque es un lugar común), parece sustentarse en las afirmaciones de uno de los más destacados redactores del Código penal de 1848, el sevillano Joaquín Francisco PACHECO, quien en sus comentarios al texto restaba importancia al hecho de que éste contuviese algunas reglas sobre responsabilidad *ex delicto*, alegando que no existía aún y tardaría algún tiempo en aprobarse el Código civil (*El Código penal concordado y comentado*, tomo I, 1.ª ed., Madrid [Imp. de D. Santiago Saunague], 1848, p. 295). Pero, a la vista de las explicaciones que ofrecen otros dos miembros de la Comisión, comprobaremos que las de Pacheco eran más justificación de un error que fundamentación de una

Código civil, «probablemente por inercia, por las dificultades que lleva consigo deshacer lo ya hecho, se conservó la normativa sobre responsabilidad civil contenida en el Código penal e incluso el propio Código civil consagró esa doble regulación en los artículos 1092 y 1093» (34).

Así pues, las que en su día fueran concebidas como normas coyunturales, colocadas temporalmente –y poco menos que a regañadientes– en el Código penal, habrían acabado dando lugar a una dualidad normativa que persiste en nuestros días por fuerza de la costumbre y que estaría en la base de las dudas que han surgido posteriormente en la doctrina y la jurisprudencia.

2. Por nuestra parte, coincidimos con la idea de que la presencia en el Código penal de las normas que regulan la responsabilidad civil *ex delicto* responde a una particularidad histórica que carece hoy en día de mayor fundamento. Pero discrepamos de la explicación que suele darse a esta particularidad. Y es que estamos persuadidos de que la doble regulación de la responsabilidad extracontractual no es, en realidad, *causa*, sino más bien *consecuencia* de la confusión, reinante ya en el siglo XIX, acerca de la verdadera naturaleza y origen de la responsabilidad civil derivada de delito.

Por lo pronto, esta tesis unánimemente aceptada de que el legislador decimonónico decidió introducir las normas sobre responsabilidad *ex delicto* en el Código penal ante la ausencia de un Código civil se ve desmentida por un dato histórico incontrovertido, pero que parece pasarse por alto, como es que los primeros proyectos de Código civil y penal, publicados ambos en 1821, *se elaboraron en paralelo* (35). De modo que los miembros de la comisión encargada de

opción de política legislativa premeditada (*vid. infra* la nota 89 y el texto correspondiente).

(34) DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», en *ADC*, 1987, p. 799.

(35) Las Cortes del Trienio Liberal echaron a andar el 9 de julio de 1820 (*Diario de las Sesiones de Cortes*, 1820, n.º 5). Apenas una semana después, el diputado Lasanta recordaba la necesidad de nombrar Comisiones especiales que continuasen los trabajos de formación de los proyectos de Códigos civil, criminal y de comercio que habían quedado interrumpidos en 1814 (*ibid.*, n.º 12, p. 168). El nombramiento de estas Comisiones se produjo el 22 de agosto siguiente (*ibid.*, n.º 49, p. 610). La de Código penal presentó el Proyecto a las Cortes en la sesión del 21 de abril de 1821 (*Diario*, 1821, n.º 53, p. 1131) y el texto se mandó imprimir en la del día 24 (*ibid.*, n.º 56, p. 1248) (*Proyecto de Código penal, presentado á las Cortes por la Comisión especial nombrada al efecto. Impreso de orden de las mismas*, Madrid [Imp. de D. Mateo Repullés], 1821). Un poco más tarde, el 19 de junio, Nicolás María Garellly leía el discurso preliminar y el esquema del proyecto de Código civil (*Diario*, 1821, n.º 112, p. 2354), cuyo texto articulado, aunque incompleto, se mandaría imprimir en

preparar el Código penal no pudieron prever el posterior fracaso del Proyecto de Código civil (fracaso que en esta ocasión no se debió, por cierto, a la tan traída y llevada cuestión foral (36), sino a los acontecimientos políticos que sobrevinieron en 1823 y que terminaron con el regreso al trono de Fernando VII y la restauración del Absolutismo (37)). Y de igual manera, la sección penal de la Comisión General de Codificación que trabajó, años después, en lo que a la postre terminaría siendo el Código penal de 1848 tampoco pudo prever que el Proyecto de Código que había estado redactando *simultáneamente* la sección civil se vería frustrado de nuevo en 1851 (38) (debido, esta vez sí, a las pretensiones unificadoras del texto (39)).

Este dato revela muy a las claras que la intención del legislador al incluir la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto* entre las normas penales no fue la de evitar que, a falta de un Código civil, esta responsabilidad patrimonial continuase «teniendo como régimen el propio de las vetustas acciones romanas» (40). No es exacto, por

la legislatura siguiente (*Diario*, 1821, n.º 21, p. 255) (*Proyecto de Código civil que presenta la Comisión especial de las Cortes, nombrada en 22 de agosto de 1820*, Madrid [Imp. Nacional], 1821).

(36) «Se destaca por los autores la importancia que ha tenido para la historia de la Codificación la existencia de los Derechos forales; ello es indudable, pero convendría añadir que no siempre lo ha sido con el mismo signo; pues, si bien desde 1851 se les ha podido considerar, con razón, como el máximo obstáculo para la promulgación de un Código civil, *se olvida inexplicablemente que, hasta casi esa fecha, de los territorios forales vino el más enérgico impulso para la redacción del Código*» (el énfasis es nuestro) (DE CASTRO, F., ob. cit., p. 1017).

(37) Como ya hiciera en 1814 (*vid.* el Manifiesto de 4 de mayo, recogido en MARTÍN DE BALMASEDA, F., *Decretos del Rey Don Fernando VII*, tomo primero, Madrid [Imp. Real], 1816, pp. 1 a 10), *el Deseado* volvió a poner fin a los anhelos liberales en 1823, declarando «nulos y de ningún valor los actos del gobierno llamado constitucional» posteriores al 7 de marzo de ese año (Manifiesto de 1 de octubre, compilado igualmente por MARTÍN DE BALMASEDA, F., ob. cit., tomo séptimo, 1824, pp. 147 a 149).

(38) La Comisión General de Codificación se crea por Real Decreto de 19 de agosto de 1843 (GdM, n.º 3255, de 20 de agosto, pp. 1 y 2) y el 16 de septiembre de ese mismo año comienza sus tareas, acordando dividirse en cuatro secciones: una dedicada a la elaboración del Código civil, otra a la del penal, y la tercera y cuarta a la redacción de un Código de procedimientos civiles y criminales respectivamente (GdM, n.º 3299, de 1 de octubre de 1843, pp. 1 y 2). Sobre la elaboración y aprobación del Código penal de 1848 (reformado y refundido en 1850), *vid.* LASSO, J. F., *Crónica de la codificación española*, tomo 5, vol. 1, Madrid [Ministerio de Justicia], 1970, pp. 251 a 416. Los trabajos de la sección de Código civil que desembocarían en el Proyecto de 1851 se detallan igualmente en LASSO, J. F., ob. cit., tomo 4, vol. 1, pp. 151 a 295.

(39) Cabe recordar que su Disposición Final (art. 1992) declaraba derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a su promulgación.

(40) YZQUIERDO, M., «El perturbador artículo 1092», ob. cit., p. 2110.

tanto, que el legislador penal viniese a colmar «una laguna de nuestra legislación civil» (41). Como tampoco lo es que «[p]or aquel entonces no [hubiera] duda alguna de que nos encontrábamos ante una institución de naturaleza civil», pero que, aun así, se prefiriese introducir en el Código penal «las disposiciones relativas a la responsabilidad civil, para que la reparación de los daños no quedase sin cobertura legal» (42). No se trató, en suma, de incorporar al Código penal unas pocas normas que se sabían pertenecientes al civil «para tapar agujeros... mientras los hubiese» (43).

3. En nuestra opinión, la (verdadera) razón de que la responsabilidad civil derivada del delito se regule en el Código penal y no en el civil –como sería más acorde a su naturaleza– se debe al hecho de que los redactores de nuestro primer texto punitivo –en particular, el Presidente de la Comisión, el extremeño José María Calatrava (44)– se inspiraron, en este punto, en un proyecto de Código penal francés del año IX del calendario republicano (1801), que se hacía eco, a su vez, de algunas tesis de Domat.

a) Como se sabe, la responsabilidad extracontractual hunde sus raíces más profundas en el Derecho romano; y lo hace, además, cargada de fuertes tintes penales (45). La regulación de esta materia se contenía en un plebiscito, sometido a votación en el siglo III a.C., que ha pasado a la Historia con el nombre de *lex Aquilia*, en el que se tipificaba el *damnum iniuria datum*, como uno de los cuatro delitos priva-

(41) GARCÍA-PABLOS, A., «La responsabilidad civil derivada del delito y su controvertida naturaleza», en ZAFFARONI (Coord.), *De las penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, Buenos Aires [Depalma], 1997, p. 245.

(42) ARNAIZ, A., *Las partes civiles en el proceso penal*, Valencia [Tirant lo Blanch], 2006, p. 33.

(43) YZQUIERDO, M., últ. ob. cit., p. 2111.

(44) Aunque no se conservan las actas de la Comisión que elaboró el Proyecto de Código penal de 1821, parece que el sistema que se siguió fue encargar a varios de sus miembros la preparación de los distintos títulos. En cualquier caso, se cree que la redacción material la llevaron a cabo Vadillo y Calatrava, si bien habría sido este último quien hizo el repaso final y la corrección de estilo y fue él, desde luego, quien asumió la defensa del Proyecto ante las Cortes (vid. ANTÓN ONECA, J., «Historia del Código penal de 1822», en *ADPCP*, 1965, pp. 268 a 270; CASABÓ, J. R., *El Código penal de 1822*, Valencia [Tesis doctoral – Universidad de Valencia], 1968, pp. 116 a 118 y TORRES AGUILAR, M., *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*, Mesina [Sicania], 2008, pp. 81 a 86). Sobre Calatrava, vid. ESPINO JIMÉNEZ, F. M., voz «José María Calatrava Peinado», en REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Diccionario Biográfico electrónico* (en red, <http://dbe.rah.es/>); en torno a él gira, por cierto, la novela de RAMÍREZ, Pedro, J., *La desventura de la libertad*, Madrid [La Esfera de los Libros], 2014, que usó los papeles del propio Calatrava.

(45) Vid. *infra* la nota 47.

dos del *ius civile*, junto al *furtum*, la *rapina* y la *iniuria* (Gai. 3.182) (46). En concreto, la Ley sancionaba a quien causase un daño en la propiedad ajena con una pena –de carácter privado, pero pena al fin y al cabo (47)– consistente en satisfacer al propietario el valor que la cosa dañada hubiera alcanzado en un determinado período de tiempo anterior (48). Por tanto, en el Derecho romano clásico –al contrario que hoy en día– el deber de indemnizar los daños sí constituía una genuina *obligatio ex delicto*, porque la obligación (de carácter penal) nacía directamente de un hecho tipificado como «delito (privado) de daños», que podía cometerse a título de dolo o imprudencia.

Lo que pasó después es bien conocido: los juristas romanos comenzaron a advertir en esa pena un contenido reipersecutorio, al percatarse de que el ejercicio de la acción aquiliana no buscaba sólo castigar al autor de los daños, sino que también permitía al actor recuperar el valor de su patrimonio (49). De esta forma, la *actio ex lege*

(46) La literatura sobre la *lex Aquilia* es abundantísima (una recopilación de la más reciente puede verse en ROSSETTI, G., "*Poena*" e "*rei persecutio*" nell'*actio ex lege aquilia*, Nápoles [Jovene], 2013, nota 2, en pp. 4 a 6) y son muchas las diferencias entre los distintos autores, según las diversas interpretaciones de las fuentes.

(47) El carácter penal de la *actio legis aquiliae* aparece ampliamente acreditado en las fuentes clásicas (lo afirman de manera explícita Gayo [Gai. 3.202; 4.112; D. 9.2.32 pr. y 50.17.111.1], Ulpiano [D. 9.2.11.2; 9.2.23.8] y Paulo [PS 1.13a.6; D. 9.2.30.3 y 17.2.50], e implícitamente Juliano [D. 9.2.51.2 y D. 4.1.8.1]) y se manifiesta también en las características de noxalidad, intransmisibilidad pasiva y acumulatividad, que esas mismas fuentes le atribuyen (*vid.* ROTONDI, G., «Dalla "Lex Aquilia" all'art. 1151 Cod. Civ.», 1.^a parte, en *Riv. dir. comm.*, 1916, I, p. 963).

(48) En su versión original, la *lex Aquilia (de damno)* habría estado compuesta por tres capítulos, que se cerrarían con algunas disposiciones de carácter procesal. El segundo de ellos –en desuso ya en tiempos de Gayo (Gai. 3.215; Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.27.4)– contemplaba un supuesto que hoy día podríamos encuadrar en la categoría de la lesión extracontractual de los derechos de crédito (*vid.* CANNATA, C. A., «Considerazioni sul testo e la portata originaria del secondo capo della *lex Aquilia*», en *Index*, n.º 22, 1994, pp. 151 a 162), mientras que los dos restantes sancionaban distintas ofensas a la propiedad sobre cosas materiales. En concreto, el capítulo primero castigaba al que causare la muerte injusta (*iniuria occiderit*) de un esclavo o un cuadrúpedo ajenos con la obligación de satisfacer al dueño el mayor precio que el bien hubiera alcanzado en el año anterior (Gai. 3.210 y Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.9.2 pr.). A su vez, el capítulo tercero tenía un carácter más general, y se ocupaba de reprimir los daños ocasionados a un tercero, pero no de cualquier modo, sino mediante una conducta consistente en quemar (*urere*), partir (*frangere*) o romper (*rumpere*) de forma «injusta» una cosa ajena, condenando al autor a pagar al dueño lo que ésta hubiera valido en los treinta días anteriores (el texto del capítulo tercero lo encontramos en Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.27.5, aunque algunas claves para su correcto entendimiento hay que buscarlas en Gai. 3.217-218 y en Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.29.8) (*vid.* CANNATA, C. A., «Sul testo della *lex Aquilia*: premesse e ricostruzione del primo capo», en *SDHI*, n.º 58, 1992, pp. 199 a 201).

(49) *Vid.* ampliamente VALDITARA, G., *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milán

Aquilia fue convirtiéndose paulatinamente en el instrumento idóneo para obtener el resarcimiento de cualquier tipo de perjuicio sufrido fuera de una relación contractual, merced a un lento proceso de destigmatización de la conducta sancionada y despenalización de la acción que se alargó varios siglos (50). Este fenómeno se vio acompañado de otro igualmente importante, como fue la progresiva atracción hacia la esfera del Derecho público de los delitos privados: poco a poco, empezaron a preverse penas de carácter público para el hurto, el robo, la injuria y el daño material (51), hasta que llegó un punto en el que la única consecuencia jurídico-privada de cualquier delito era la obligación de resarcir el daño causado a través de una *actio in factum* de carácter general basada en la *lex Aquilia* (52).

Esta evolución es asumida por los glosadores y postglosadores, pero la distinción entre pena y resarcimiento se aprecia todavía con más nitidez entre los humanistas (53). Para estos, todo delito daba origen a dos acciones diferentes: una penal, tendente a la imposición de una sanción, y otra de naturaleza «civil», dirigida a obtener la mera

[Giuffrè], 1992 (y un resumen de sus conclusiones en ID., «Dall'*aestimatio rei* all'*id quod interest* nell'applicazione della *condemnatio* aquiliana», en VACCA (coord.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Turín [Giappichelli], 1995, pp. 76 a 87).

(50) La descripción más completa de este proceso sigue siendo la de ROTONDI, G., «Dalla "Lex Aquilia" all'art. 1151 Cod. Civ.» (1.^a parte ya cit. y 2.^a parte en *Riv. dir. comm.*, 1917, I, pp. 942 a 970), pero *vid.* también ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford [Oxford University Press], 1996, pp. 953 a 1049 y VALDITARA, G., «Dalla *lex Aquilia* all'art. 2043 del Codice civile», en *Seminarij complutenses de Derecho romano*, vol. XV, 2003, pp. 247 a 307.

(51) *Vid.* ALBANESE, B., voz «Illecito (storia)», en *Enc. dir.*, vol. XX, Milán [Giuffrè], 1970, pp. 65 a 69 (espec. p. 67).

(52) Acerca de esta *actio in factum generalis* y su relación con la *actio ex lege Aquilia*, *vid.*, ROTONDI, G., «Dalla "Lex Aquilia"», *ob. cit.*, 1.^a parte, pp. 944 y ss. e ID., «Teorie postclassiche sull'"actio legis Aquiliae"», publicado originalmente en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia*, 1914 y recogido en *Scritti giuridici*, vol. 2, Milán [Hoepli], 1922, pp. 411 a 464, por donde se cita.

(53) Un breve apunte sobre el daño aquiliano en las obras de los preglosadores puede verse en ROTONDI, G., «Dalla "Lex Aquilia"», *ob. cit.*, 1.^a parte, p. 238, quien las considera de escaso interés en este punto. Para el tratamiento de la materia entre los glosadores, postglosadores y humanistas, *vid.* con carácter general, además de ROTONDI, G., *loc. ult. cit.*, pp. 239 a 255, MASSETTO, G. P., voz «Responsabilità extracontrattuale (dir. interm.)», en *Enc. dir.*, vol. 39, Milán [Giuffrè], 1988, pp. 1118 y ss., VALDITARA, G., «Dalla *lex Aquilia* all'art. 2043 del Codice civile», *ob. cit.*, pp. 287 y ss.; CERAMI, P., «La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio», en VACCA (coord.), *La responsabilità civile*, *ob. cit.*, pp. 107 a 119 y CURSI, M. F., *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Nápoles [Jovene], 2010, pp. 97 y ss.

reparación del daño (54). Con todo, el fundamento de la obligación de indemnizar seguía siendo la comisión de un delito y no la causación de un daño injusto, por lo que, en el fondo, nos seguimos moviendo aún en los parámetros del antiguo Derecho romano (55).

b) Hay que esperar al iusnaturalismo del siglo xvii para apreciar un verdadero cambio en la configuración dogmática de la responsabilidad extracontractual: es en la obra de Hugo GROCIO en la que se afirma, por vez primera, el principio de que *todo hecho ilícito* –que el jurista holandés denominaba *maleficium*– genera la obligación de resarcir el daño ocasionado (56), *con independencia de que ese mismo hecho lleve aparejada, al propio tiempo, la imposición de una pena* (57). El fundamento de la obligación de resarcir el daño no es ya la comisión de un delito tipificado y sancionado como tal, sino la infracción del deber natural de no causar un perjuicio a otro (*neminem laedere*) (58). Esta construcción moderna de un Derecho general del ilícito privado es la que acabará incorporándose a los primeros Códigos

(54) Así, por ejemplo, el alemán Böhmer, quien señalaba que del *damnum contra ius datum*, entendido como *delictum* o como «hecho ilícito», nacían dos obligaciones: una *ad lesionis reparationem* y otra *ad poenam* (BÖHMERI, J. H., *Doctrina de actionibus ad praxin hodiernam et novissimam ordinationem processus electoralis saxonici accomodata*, ed. Frankfurt am Main [Ex Officina Buchneriana], 1756, *sectio II, cap. XI, De actionibus personalibus ex facto illicito ortis*, § I, pp. 684 y 685).

(55) Es cierto que, en la práctica, la *actio legis Aquiliae* había llegado a convertirse en la *actio ex delicto* por excelencia y podía usarse en lugar de cualquier otra acción especial; pero, a pesar de ello, los escritores humanistas «non potevano emanciparsi dalle fonti fino al segno d’affermare la responsabilità per fatto illecito colposo come regola generale» (ROTONDI, G., «Dalla “Lex Aquilia”», ob. cit., 2.^a parte, pp. 253 y 255).

(56) GROTIJ, H., *De iure belli ac pacis libri tres*, ed. Ámsterdam [Apud Ioannem Blaeu], 1651, lib. II, cap. XVII, *sub I*, p. 289: *Maleficium hic appellamus culpam omnem, sive in faciendo, sive in non faciendo, pugnantem cu meo, quod aut homines communiter, aut pro ratione certae qualitatis facere debent. Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur, si damnum datum est, nempe ut id resarcitur.*

(57) Dice KUPISCH, B., «La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale», en VACCA (coord.), *La responsabilità civile*, ob. cit., pp. 137 y 138, que esta afirmación no es tan clara aún en Grocio, como lo sería después en Pufendorf (*ibid.*, p. 129). Y es que los ejemplos con los que el primero ilustra la materia, así como la terminología empleada (*obligatio ex maleficio*), podrían llevar a pensar que el autor neerlandés se refería tan sólo a conductas sancionadas penalmente (*ibid.*, p. 137). Pero esto se ve desmentido en otros pasajes de su obra, como cuando afirma: *non tamen semper, ubi damni obligatio est, etiam delictum est, sed tum demum si qua malitia notabilior accesserit, cum ad damni dati obligationem saepe qualiscumque culpa sufficiat* (GROTIJ, H., ob. cit., lib. II, cap. XXI, *sub I*, p. 366) (*ibid.*, p. 138).

(58) Afirma HEINECIO, en sus *Elementa iuris naturae et Gentium*, ed. Halle [Orphanotropheum], 1738, lib. I, cap. VII., que del principio de igualdad entre los hombres se deriva una obligación de amor recíproco de la cual surge, a su vez, la *obligatio connata* de *neminem laedere* (§§ 172 y ss.), y que es norma general del

gos civiles del área germánica (59). Así, por ejemplo, el *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* de 1794 crea una figura general de «acto ilícito» como fuente de la obligación de resarcir el daño (60), concebido éste como cualquier empeoramiento de la condición de una persona respecto al cuerpo, a la libertad, al honor o a la propiedad (61). Y la misma noción genérica de ilícito aparece codificada en el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austríaco de 1811, en el que el daño se define como «cualquier perjuicio que se haya causado a un tercero respecto a su patrimonio, a sus derechos o a su persona» (62).

c) Idéntica fórmula general es la que parece recoger también el artículo 1382 del Código civil francés de 1804, a tenor del cual: «cualquier acción humana que cause un daño a otra persona obligará a aquél por cuya falta se hubiese producido a reparar dicho daño». Sin embargo, el propio lenguaje del Código napoleónico pone de manifiesto que el legislador francés manejaba, en realidad, un concepto de «hecho ilícito» menos homogéneo que el empleado por los iusnaturalistas y los Códigos germánicos. En efecto, la responsabilidad extracontractual aparecía regulada en el título IV, del Libro III, bajo la rúbrica: «Delitos y *cuasi-delitos*». Y aunque esta distinción carecía de toda relevancia práctica (63), lo cierto es que revelaba una concepción particular del ilícito civil, que tenía su origen en la obra de Domat, y que se aprecia con claridad en los trabajos preparatorios del *Code* (64).

derecho natural *ut qui damnum dedit ad illud resarciendum satisfaciendumque omnino sit obligatus* (§ 210).

(59) *Vid.*, por todos, ROTONDI, G., «Dalla “Lex Aquilia”», *ob. cit.*, 2.^a parte, pp. 267 y ss. y CURSI, M. F., «L’eredità del giusnaturalismo nei codici europei», en *Id.*, *Danno e responsabilità*, *ob. cit.*, pp. 167 y ss.

(60) ALR, I. 6, rúb.: «*Von den Pflichten und Rechten, die aus unerlaubten Handlungen entstehen*».

(61) ALR, I. 6, § 1: «*Schade heißt jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen, in Absicht seines Körpers, seiner Freyheit, oder Ehre, oder seines Vermögens*».

(62) § 1293 ABGB: «*Schade heißt jeder Nachtheil, welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefüget worden ist*»; § 1295 ABGB: «*Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefüget hat, zu fordern*».

(63) Por todos, TERRÉ, F. (*et al.*), *Droit civil. Les obligations*, 12.^a ed., París [Dalloz], 2019, p. 979. *Contra*, MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tomo primero, 6.^a ed., París [Montchrestien], 1965, pp. 473 y ss.

(64) Acerca los cuales y en relación con este tema, puede verse DESCAMPS, O., *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, París [LGDJ], 2005, *passim* (espec. pp. 441 y ss.).

Como es sabido, Pothier dividía los hechos ilícitos generadores de responsabilidad civil en dos categorías: el delito y el cuasidelito, en función de que los daños se hubieran producido con dolo o con simple imprudencia (65). Y, para la mayoría de los tratadistas franceses del siglo XIX, ésta era la lógica a la que respondía asimismo la división del Código civil (66).

No obstante, existen argumentos para sostener que, en realidad, el modelo que siguió el legislador francés fue, en un principio, el diseñado por Domat (67). Este otro autor distinguía tres tipos de «faltas» (*fautes*) (68) de las que podía derivarse un perjuicio: aquellas que suponen un crimen o un delito; aquellas que cometen quienes rompen un compromiso contractual; y aquellas otras que no tienen nada que ver con los contratos, ni suponen un crimen o un delito, como la que comete aquel que por descuido arroja algo por la ventana estropeando un vestido, o aquel otro que causa un incendio por imprudencia (69).

(65) POTHIER, R. J., *Traité des obligations*, en SIFFREIN (ed.), *Œuvres de Pothier, nouvelle édition*, tomo primero, París [Chez l'Éditeur], 1821, § 116, p. 158: «Les délits sont la troisième cause qui produit les obligations, et les quasi-délits la quatrième. On appelle délit le fait par lequel une personne, par dol ou malignité, cause du dommage ou quelque tort à un autre. Le quasi-délict est le fait par lequel une personne, sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à un autre» (y de modo similar en ID., *Coutume d'Orléans*, en DUPIN (ed.), *Œuvres de Pothier, nouvelle édition*, tomo segundo, París [Bechet Ainé], 1824, § 116, p. 48: «On appelle délits et quasi-délits, les faits illicites, qui ont causé quelque tort à quelqu'un, d'où naît l'obligation de le réparer. Si ce fait procède de malice et d'une volonté de causer ce tort, c'est un délit proprement dit, tel que le vol: s'il ne procède que d'imprudence, c'est un quasi-délict»).

(66) Vid. los autores citados por DESCHEEMAËKER, E., *The Division of Wrongs. A Historical Comparative Study*, Oxford [Oxford University Press], 2009, p. 124, en texto y nota 56.

(67) Pone igualmente en cuestión que el *Code* siguiese los postulados de Pothier en materia de responsabilidad extracontractual, DESCHEEMAËKER, E., ob. cit., pp. 118 y ss. y reconocen la influencia de Domat, entre otros, RANJARD, Y., *La responsabilité civile dans Domat*, París [Tesis doctoral – Université de Paris], 1943, pp. 44 a 46 y MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., ob. cit., p. 45, en texto y nota 3 bis.

(68) Sobre la ambigüedad en el uso del término *faute* por parte de Domat, vid. DESCHEEMAËKER, E., ob. cit., pp. 144 a 146.

(69) DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 2.^a ed., tomo II, París [Jean Baptiste Coignard], 1696, lib. 2, tit. 8, p. 113: «On peut distinguer trois sortes de fautes dont il peut arriver quelque dommage. Celles qui vont à un crime ou à un délit: Celles des personnes qui manquent aux engagements des conventions, comme un vendeur qui ne délivre pas la chose vendue, un locataire qui ne fait pas les réparations dont il est tenu: Et celles qui n'ont point de rapport aux conventions, & qui ne vont pas à un crime ni à un délit: Comme si par légèreté on jette quelque chose par une fenêtre que gâte un habit: Si des animaux mal gardez font quelque dommage: Si on cause un incendie par une imprudence: Si un bâtiment qui menace ruine n'étant pas réparé tombe sur un autre, & y fait du dommage».

Fácilmente se advierte que, con el primer y tercer tipo de faltas, el jurista auvernés se estaba refiriendo, como Pothier, a la responsabilidad por delito y cuasidelito (70). Pero lo importante es que, al contrario de este último, Domat no basaba la diferencia entre una y otra categoría en la presencia de dolo o imprudencia, sino en la *calificación penal* que mereciese el hecho generador de responsabilidad. Dicho con otras palabras: Domat identificaba el delito (civil) con el hecho castigado por la ley penal (como «crimen» o «delito» (71)), mientras que el cuasidelito constituía para él una categoría residual que englobaba todos los ilícitos no susceptibles de reproche penal (72). Se trataba, además, de una construcción con importantes consecuencias dogmáticas, porque en opinión de este autor, el Derecho civil únicamente tendría por objeto los cuasidelitos, siendo así que *la responsabilidad civil derivada de un hecho sancionado penalmente pertenecería a la esfera del Derecho penal* (73).

Este enfoque es el que se siguió, sin duda, en los trabajos preparatorios de los Códigos civil y penal franceses. Prueba de ello es que el proyecto de Código civil de 1801 (74) ni siquiera mencionaba los delitos entre las fuentes de las obligaciones, limitándose a regular tan sólo la responsabilidad derivada de los cuasidelitos, a los que definía como aquellos «*actos del hombre que contienen una falta no susceptible de ser castigada por la [ley penal] y que le obligan a reparar el daño causado*» (75). No se puede ser más claro: la responsabilidad

(70) RANJARD, Y., ob. cit., p. 40.

(71) «On appelle crime ou délit une injustice qui mérite punition» (DOMAT, J., *Le droit public*, lib. 3, tít. 1, se cita por esta edición: *Le droit public, suite des loix civiles dans leur ordre naturel*, nouvelle édition, tomo II, Luxemburgo [André Chevalier], 1702, p. 201).

(72) DESCHEEMAERKER, E., ob. cit., pp. 131 y 132.

(73) DOMAT, J., *Les loix civiles*, ob. cit., p. 113: «De ces trois sortes de fautes [las enumeradas *supra* en el texto y en la nota 69] *il n'y a que celles de la dernière espèce qui soient la matière de ce Titre. Car les crimes & les délits ne doivent pas être mêlez avec les matières civiles, & tout ce qui regarde les conventions, a été expliqué dans le premier Livre*» (vid. esta aproximación entre los autores españoles, *infra* en la nota 90 y el texto correspondiente).

(74) *Projet de Code Civil, présenté par la Commission nommée par le Gouvernement le 24 Thermidor an 8*, París [Imprimerie de la République], an IX (=1801) (conocido como «Proyecto de la Comisión Tronchet», está recogido en FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tomo II, París [Videcoq], 1836, pp. 3 y ss.).

(75) Art. Ier, liv. III, tit. III: «IV. Les quasi-délits sont les faits de l'homme qui contiennent de sa part une faute non susceptible d'être punie par la police simple, correctionnelle ou criminelle, et qui l'obligent à quelque réparation du dommage qui en est résulté». La razón por la que el *Code* acabó incorporando una definición de «hecho ilícito» tan amplia como la del artículo 1382, bajo el título «De los delitos y

derivada del «delito» (concebido éste en términos penales), no es materia de la que deba ocuparse el Código civil. La confirmación la encontramos en el Proyecto de Código Criminal redactado ese mismo año (1801) (76), en el que sí se regulaba minuciosamente la responsabilidad civil «derivada del delito»:

Art. 58. Quand il y aura lieu à restitution envers une partie lésée, le coupable sera condamné en outre à des indemnités, dont la détermination est laissée à la justice du tribunal, lorsque la loi ne les aura pas réglées; sans qu'elles puissent jamais être au-dessous du quart des restitutions.

Ces indemnités appartiendront à la partie lésée, qui pourra en disposer à volonté, sans que le tribunal puisse, du consentement même de la partie, en prononcer l'application à une œuvre quelconque [...].

Art. 62. Tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit, sont tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais.

Art. 78. Sont civilement responsables des restitutions et des indemnités, adjudgées à ceux auxquels les crimes ou les délits ont causé des dommages, ainsi que des amendes et des frais,

Les pères, ou à leur défaut les mères tutrices, au défaut de celles-ci les tuteurs ou tutrices, les maîtres de pension de mineurs au-dessous de l'âge de seize ans et qui sont sous leur garde, les instituteurs et institutrices, à l'égard de ceux o de celles de leurs élèves ou disciples, âgés de moins de seize ans, qui commettraient des crimes ou des délits, pendant tous les momens où ils sont sous leur surveillance et celle de leurs préposes;

Les chefs de famille ou de maison, les maîtres, les entrepreneurs, à l'égard des crimes ou des délits commis par leurs gens de service,

cuasi delitos», hay que buscarla en las observaciones del *Tribunal de Cassation*, que, llamado a pronunciarse sobre el Proyecto, criticaba de esta forma el precepto transcrito: «L'article du projet semble supposer qu'il ne s'agit ici que des quasi-délits non susceptibles de peine par voie de police simple, correctionnelle ou criminelle; mais lors même qu'un délit est assez grave pour être poursuivi par voie de police correctionnelle, ou criminellement, il n'en pas moins vrai qu'un engagement sans convention en résulte en faveur de celui qui a éprouvé le dommage». Y proponía, en consecuencia, una redacción alternativa: «Les délits et quasi-délits sont les faits de l'homme desquels est résulté un dommage à la réparation duquel il est obligé, lorsque ces faits contiennent une faute, même non susceptible d'être punie par la police simple, correctionnelle ou criminelle» (vid. FENET, P. A., ob. cit., pp. 415 y ss.).

(76) *Projet de code criminel, correctionnel et de police, présenté par la Commission nommée par le Gouvernement*, París [Imprimerie de la République], s.f. pero ca. 1803-1804. Sobre este proyecto, vid. brevemente CARBASSE, J. M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, París [Presses Universitaires de France], 2000, § 239, pp. 398 a 400, y con mucho más detalle GAWELIK, K., *Sources de la codification pénale à la lumière des observations des tribunaux sur le projet de Code criminel de l'an IX*, dos tomos, Lille [Tesis doctoral – Universidad de Lille II], 2002.

leurs ouvriers, leurs apprentis, à l'occasion seulement du genre de service auquel ils les emploient;

Les maris, à l'égard des crimes ou des délits commis par leurs femmes, jusqu'à concurrence seulement de la jouissance qu'ils ont des biens personnels des femmes coupables;

Les pères ou mères, tuteurs ou tutrices, curateurs ou curatrices, et les gardiens de personnes en démence ou fureur, quant à la réparation des dommages que ces personnes auront causés, lorsqu'ils auront manqué à la vigilance sous laquelle elles sont placées naturellement ou constituées par l'autorité publique;

Les aubergistes et hôteliers, à l'égard de celui qui, ayant logé chez eux, sans qu'ils eussent inscrit ses noms, sa profession et son domicile sur leur registre, aura commis un crime ou un délit dans le même arrondissement communal (77).

Pues bien, es en este Proyecto francés en el que, con toda probabilidad, se inspiró Calatrava –a través de la obra de Bexon e influenciado por la de Bentham– para redactar el artículo 27 del Código penal español de 1822 (78), primera norma en la que se reguló en nuestro

(77) Dada la amplitud con la que finalmente se definió el «hecho ilícito» generador de la obligación de indemnizar en el *Code Napoléon* (art. 1382) este precepto acabaría desapareciendo del Código Penal de 1810, que se limitó a establecer la responsabilidad civil de los alberguistas y hoteleros (art. 73), remitiéndose para los demás supuestos al Código civil: «Dans les autres cas de responsabilité civile qui pourront se présenter dans les affaires criminelles, correctionnelles ou de police, les cours et tribunaux devant qui ces affaires seront portées, se conformeront aux dispositions du Code Napoléon, liv. III, tit. IV, chapitre II [arts. 1382 a 1386]» (art. 74). No obstante, la idea de que, en realidad, el Código civil se ocupaba tan sólo de los cuasi delitos y de que la responsabilidad derivada de los crímenes o delitos debía contenerse en el penal siguió estando muy presente en la doctrina de la época. Lo podemos apreciar claramente en el curioso proyecto de *Code de la sureté*, elaborado por el jurista francés Scipion-Jérôme Bexon (*vid.*, sobre el personaje, BUISSON, E., «Un jurisconsulte vosgien: Scipion Bexon, sa vie et ses œuvres», en *Annales de la Société d'émulation du département des Vosges*, LXVIIe Année, 1891, pp. 81 a 144, y sobre su influencia en el Código penal español de 1822, *infra* en el texto y las dos notas siguientes). Dicho proyecto, dirigido a Maximiliano I, Rey de Baviera, y publicado en 1807 –esto es, después del *Code civil* (1804), pero antes del *pénal* (1810)–, señalaba en su artículo 124 que «L'auteur d'un délit ou d'un crime, est tenu à l'entière réparation du tort en résultant, tant envers la chose publique, qu'envers les parties lésées» y, más adelante, en el artículo 130, establecía que: «Les dispositions de la réparation du tort, ou du dommage, s'appliquent également à quiconque en occasionne par un fait provenant de sa faute, de sa négligence, ou de son imprudence», pero al final de este precepto hay una nota a pie de página que reenvía, para este último caso, a los artículos 1382 a 1386 del Código civil (*vid.* BEXON, S. J., *Application de la théorie de la législation pénale, ou Code de la sureté publique et particulière*, París [Courcier], 1807, liv. II, chap. II, pp. 13 y 14).

(78) Los referentes doctrinales del Código nos los revela el propio Calatrava: «la Comisión confiesa ingenuamente que ha tomado muchas cosas del código francés

país la responsabilidad extracontractual. Júzguese, si no, el enorme parecido con los preceptos anteriormente transcritos:

Además de los autores, cómplices, auxiliadores y receptadores de los delitos, las personas que están obligadas á responder de las acciones de otros serán responsables, cuando estos delincan ó cometan alguna culpa, de los resarcimientos, indemnizaciones, costas y penas pecuniarias que correspondan; pero esta responsabilidad será puramente civil, sin que en ningún caso se pueda proceder criminalmente por ella contra dichas personas responsables. Los que están obligados á responder de las acciones de otros son los siguientes:

Primero: el padre, abuelo ó bisabuelo, respecto de los hijos, nietos ó biznietos menores de veinte años de edad, que tengan bajo su patria potestad y en su compañía; entendiéndose que esta responsabilidad debe ser subsidiaria en defecto de bienes propios del delincuente; y que nunca se ha de estender á mayor cantidad que la que importe la porción legítima de bienes que el hijo, nieto ó biznieto heredaría de su padre, abuelo ó bisabuelo.

Segundo: la madre, abuela ó bisabuela viudas, respecto de los hijos, nietos ó biznietos menores de diez y siete años, que tengan también en su compañía y bajo su inmediata autoridad, con las mismas circunstancias expresadas en el párrafo precedente.

Tercero: los tutores y curadores, los gefes de colegios, ú otras casas de enseñanza á pupilaje, los ayos, amos y maestros respecto de los menores de diez y siete años que tengan igualmente en su compañía y á su inmediato cargo, en cuanto no alcancen los bienes que á estos pertenezcan.

Cuarto: los obligados a guardar la persona del que esté en estado de demencia ó delirio, respecto del daño que este cause por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia.

Quinto: los amos y los gefes de cualquiera establecimiento respecto del daño que causen sus criados, dependientes ú operarios, con motivo ó por resultas del servicio ó trabajo en que aquellos los empleen; debiendo ser esta responsabilidad mancomunadamente con los que causen el daño, y sin perjuicio de que el amo ó gefe pueda repetir después contra ellos si se hubieren escedido de sus órdenes.

Sexto: los maridos respecto de sus mujeres, en cuanto alcancen los bienes que correspondan á estas, inclusa la mitad de ganancias.

[de 1810], así como de las obras de Bentham, de Filangieri, de Bexon y de los demás que ha tenido a mano» (*Diario*, 1821, n.º 60, de 23 de abril, p. 924). Pero en lo tocante a la responsabilidad *ex delicto*, parece claro que la principal fuente de inspiración fueron Bentham y sobre todo Bexon (no pudo serlo, desde luego, el Código penal francés, porque sabemos que no regulaba la materia, *vid.* la nota anterior). De hecho, todo el título preliminar del Proyecto de 1821 calca el redactado años antes por este último autor (*vid.* el análisis comparativo que hace CASABÓ, J. R., *ob. cit.*, pp. 122 y ss. e *infra* la nota siguiente).

Sétimo: los fiadores respecto de la persona que hayan fiado, y con arreglo á las circunstancias y condiciones de la fianza.

Octavo: los mesoneros, fondistas y cualesquiera otros que reciban huéspedes, aunque sea por obsequio, responderán también, mancomunadamente con el huésped que tengan en su casa, de las resultas pecuniarias del delito que este cometiere entonces, siempre que omitan el asiento verídico, o dejen de dar á la autoridad competente el aviso puntual que respectivamente les estén ordenados por las leyes ó reglamentos dentro del término que en ellos se prescriba (79).

4. La razón por la que se eligió el texto punitivo como sede para albergar esta materia no fue, por tanto, el temor de que no se acabara aprobando el Código civil, sino *la firme convicción de que se trataba de una cuestión atinente al Derecho penal*. Para comprobarlo, no hay más que asomarse a los diarios de sesiones de las Cortes extraordinarias de 1821 (80), en los que se recoge, con todo lujo de detalles, la acalorada discusión que provocó entre los diputados la incorporación de este precepto (que era el 28 en el Proyecto debatido). Fue, en concreto, la caracterización que en él se hacía de la responsabilidad de las «personas obligadas a responder de las acciones de otros» (padres, madres, abuelos, curadores, amos y «gefes» de establecimiento, etc.) como «puramente civil» lo que suscitó el recelo de algunos diputados, que cuestionaban su ubicación en el Código penal. En este sentido, decía, por ejemplo, el Sr. Marcial López:

(79) Este precepto guarda también un notable paralelismo con los artículos 132 a 134 del Proyecto de Bexon (*cf.* BEXON, S. J., *ob. cit.*, pp. 14 y 15), ya que éstos no son sino un trasunto del artículo 78 del Proyecto francés, del que puede decirse, en consecuencia, que sirvió indirectamente como modelo a la Comisión. Estos supuestos de responsabilidad civil por hecho ajeno también son objeto de atención en la obra de Bentham. En la segunda parte de los *Principios del Código penal*, incluidos en sus *Tratados de legislación civil y penal* (publicados en Francia por Étienne Dumont en 1802), el filósofo inglés dedica una serie de capítulos a hablar de lo que él denomina la «satisfacción»; esto es, el equivalente que ha de darse a la parte perjudicada por el daño que el delito le ha causado. Esta satisfacción puede ser de distintos tipos: pecuniaria, en especie, «atestatoria» o mediante manifestación, honoraria, vindicativa y sustitutiva. De esta última, que es la que corre a cargo de un tercero que no ha cometido el delito, se ocupa en el Capítulo XVII, donde analiza las razones por las que el amo ha de responder por su criado, el tutor por su pupilo, el padre y la madre (en calidad de tutora) por sus hijos y el marido por su mujer (*vid.* BENTHAM, J., *Tratados de legislación civil y penal*, trad. al castellano, con comentarios, por SALAS, R., tomo II, Madrid [Imp. de D. Fermín Villalpando], 1821, pp. 315 y ss.).

(80) Fueron publicados en tres tomos (*Diarios de las actas y discusiones de las Cortes extraordinarias de 1821*, Madrid [Imp. Nacional], 1821), pero se citan por el diario oficial de sesiones.

«[...] no puedo menos de opinar que esto [la materia del artículo 28 del Proyecto] corresponde al código civil. Daré la razón. La persona responsable, según este artículo, está solo obligada á pagar la correspondiente pena, no corporal, sino pecuniaria, es decir, la que viene de los procedimientos, y el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el delito; pero ésta, verdaderamente hablando, no es pena porque nace de la culpa, y tomada la culpa en un sentido lato corresponde al código civil. De otro modo toda la materia de fraudes debe ponerse lo mismo en este código, y también la parte de contratos; y esto es sabido que tiene su lugar propio en el civil» (81).

Es, sin embargo, en las explicaciones que ofrece el ponente donde mejor se aprecia la confusión de los redactores del Código acerca de la verdadera naturaleza y el origen de la responsabilidad civil *ex delicto*:

«La responsabilidad de que aquí se trata –decía Calatrava– aunque sea puramente civil en sus efectos, como dirigida contra los bienes solos, *se impone como una especie de pena* por la culpa que se considera haber en la persona responsable. *Es una responsabilidad que*, aunque meramente pecuniaria, *procede de un delito ó culpa, y por consiguiente está bien puesta en el código penal*» (82).

(81) Sesión del día 16 de diciembre de 1821 (*Diario*, n.º 83, p. 1317). De la misma opinión era el Sr. GIL DE LINARES: «Si [la responsabilidad debe ser puramente civil] creo que el lugar propio donde corresponde colocar esta pena [!] es el código civil, pues si no se ha de proceder criminalmente, no hay necesidad de ponerla en el código penal» (*ibid.*). También GARELLY, mostrando su superioridad técnica (no en vano estaba encargándose de redactar el Proyecto de Código civil, *vid. supra* la nota 35): «He tomado la palabra no para entrar en el examen detallado del artículo, sino para manifestar su dislocación. La comisión conviene que el procedimiento en los casos del artículo será puramente civil y nunca criminal: luego su lugar propio es el código civil. Yo prescindo de la responsabilidad y de la extensión que se le da: lo que digo es que una responsabilidad puramente civil no corresponde al código penal. Si se dijese que había lugar á proceder criminalmente, aunque con penas pecuniarias, podría tolerarse; pero todo procedimiento civil, aunque dimane de culpa, es propio de un código civil» (*ibid.*). Y poco después: «Insisto, señor [dirigiéndose a Calatrava], en que esto no es del código criminal, al cual no toca arreglar el modo de proceder en materias puramente civiles [...]. [Y] por consecuencia esta parte debe trasladarse al código civil» (*ibid.*, p. 1318). La presencia de esta responsabilidad «puramente civil» en el Proyecto de Código penal fue criticada igualmente por algunos de los organismos e instituciones oficiales que, en respuesta a la invitación de la Comisión redactora, enviaron sus observaciones sobre el texto. Así sabemos, por boca de Calatrava (*ibid.*, p. 1317), que «el Colegio de [Abogados] de Pamplona cree que este punto no toca al código criminal» y que «[l]a Audiencia de Madrid dice que la responsabilidad pecuniaria toca al código civil, y que solo corresponde al penal la de los que reciben huéspedes; bien que estos, como que delinque por sí, deben ser castigados á su entender con el resarcimiento de daños y costas [...]».

(82) *Diario*, 1821, n.º 83, cit., p. 1317 (la cursiva es siempre nuestra).

Más adelante, volvía a insistir: «*Aunque dice la comisión que esta responsabilidad será puramente civil, sin que se pueda proceder criminalmente por ella, no se deduce que no haya de estar en el código penal una disposición que es inseparable de él. Esta responsabilidad pecuniaria se impone como pena ó como una especie de pena, y se dice que es puramente civil, porque no se ha de hacer efectiva procediendo criminalmente contra las personas responsables, sino que solo ha de tener efecto en los bienes de las mismas [...]. Esta disposición toca exclusivamente al código penal; porque, repito, es una especie de castigo que se prescribe contra la culpa que se supone en las personas responsables por otros*» (83).

Y concluía, visiblemente molesto con las críticas vertidas por los demás diputados: «*Parece que no acierto á explicarme, ó no se entiende lo que digo, pues veo repetirse los argumentos sobre cosas que en mi concepto no dan motivo á dudas [...]. Solo se trata, como he dicho y repito por tercera ó cuarta vez, de determinar una pena, lo cual es un objeto propio de este código [...]. Ruego a los señores que quieran impugnar el artículo, que nos hagan la justicia de creer que no tenemos empeño alguno en que esta declaración se ponga aquí o en otra parte; pero en nuestro concepto, y según las razones espresadas, este es su propio lugar, y nos parecería extraño que en el código civil se tratase de una responsabilidad por delitos*» (84).

La idea es básicamente la misma que la del prelegislador francés: la obligación de resarcir los daños derivados de un hecho merecedor de reproche penal tiene su sede natural en el Código punitivo porque, a fin de cuentas, es una *consecuencia del delito* («procede de un delito...»). Con ello se quiebra, de algún modo, la idea iusnaturalista del «hecho ilícito» como categoría uniforme y de la infracción del *neminem laedere* como fundamento último del deber de indemnizar. Se vuelve, en definitiva, a la concepción si no del Derecho romano, sí de su recepción por los humanistas [*supra sub a*], *in fine*: el delito (o, en general, la infracción penal, comoquiera que ésta se denomine) es

(83) *Ibid.*, p. 1318.

(84) *Ibidem*. Concordando con Calatrava, decía otro diputado, el Sr. OCHOA: «A mí me parece que esta parte del artículo está en su lugar [...]. Es sabido que el hombre debe responder, ó se obliga por cuatro causas (sin que sea mi ánimo hacer una disertación académica), que son contrato, cuasi contrato, delito, y cuasi delito. Los contratos ó cuasi contratos son objeto del código civil; los delitos y cuasi delitos del criminal [...]. Repito pues que este artículo le considero en su lugar, ya se hable del resarcimiento de daños é indemnizaciones, ya de las multas pecuniarias, porque uno y otro trae su procedencia de un casi delito ó culpa mas ó menos grave» (*ibid.*, pp. 1319 y 1320).

en sí mismo fuente de la obligación civil de resarcir el daño. Y esta forma de ver las cosas fue la que motivó que, años más tarde, en 1848, el legislador español incluyera de nuevo la responsabilidad *ex delicto* en el Código penal (85). Podemos constatarlo acudiendo esta vez a las actas de la Sección Penal de la recién creada Comisión General de Codificación (86). En la correspondiente a la sesión del 26 de octubre de 1844 y al tratar de la cuestión relativa a las personas responsables civilmente de los delitos y faltas (Cap. 2.º del Tít. II), el Sr. Ruiz de la Vega afirma:

«En el Código civil se trata de esto, pero no impide que también aquí se haga porque son distintos los objetos: en aquél es el de las acciones que producen daño por una mera negligencia o descuido, sin propósito malicioso, que es lo que se llama cuasi delito, y recuerdo que en el mismo proyecto se ha puesto un artículo advirtiendo que las responsabilidades civiles que emanen de delito se comprenderían en el Código penal[(87)]. *Tenemos aquí necesidad de tratar de la responsabilidad que nace de un delito o falta en que haya intención de parte del autor*, aun cuando sea otra la persona responsable» (88).

De hecho, el desconcierto reinante en la Comisión acerca del origen y significado de la responsabilidad *ex delicto* sería confesado por dos de sus miembros tras la publicación del Código:

«Los artículos 16, 17 y 18 [en los que se establecían supuestos de responsabilidad civil por hecho ajeno] estarían perfectamente en el código civil en el tratado de las obligaciones, al hablar de las que se forman sin convención. Aquí bastaba haber dicho que toda persona responsable criminalmente de un delito ó falta, lo sería civilmente a la reparación del daño causado; y para satisfacer á este objeto sobraba con el artículo 15, que es en donde se consigna oportunamente el principio [...]. [S]i en el código nuevo no se ha seguido este sistema [...] es porque en su redacción se ha procedido bajo el imperio de una

(85) Resulta muy revelador que las Bases de este Código, aprobadas oficialmente el 6 de noviembre de 1843 (GdM, n.º 3342, de 11 de noviembre, p. 2) y redactadas por el diputado Manuel SEIJAS LOZANO (según afirmó el mismo en el Congreso, *vid.* DS-CD, n.º 79, de 10 de marzo de 1848, p. 1714) incluyesen entre las *penas* «la indemnización del daño causado» (las Bases pueden consultarse en LASSO, J. F., *ob. cit.*, tomo 5, vol. I, pp. 261 y 262, y las recoge también CANDIL, F., «Observaciones sobre la intervención de Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848», en *ADPCP*, 1975, pp. 409 a 411).

(86) Están publicadas por LASSO, J. F., *Crónica de la codificación española*, *ob. cit.*, tomo 5, vol. II, apéndice VI, pp. 461 y ss.

(87) Se refiere al artículo 1899 del Proyecto de 1851: «Todo el que comete un delito o falta contrae la responsabilidad civil definida y regulada en el Código penal».

(88) *Vid.* LASSO, J. F., *loc. ult. cit.*, p. 546 (énfasis añadido).

equivocación que ahora sinceramente reconocemos. La comisión, al redactar esta parte de la ley se preocupó, considerando que hay muchas personas á quienes, aunque ejecuten un hecho penado por la ley, no puede imponérseles más responsabilidad que la civil, que consiste en la reparación del daño [el caso de los locos, dementes, menores de nueve años, etc.]. Pero no se advirtió por la comisión que la responsabilidad civil que se impone á un menor obligándole á reparar con sus bienes el daño causado por sus hechos, no es una responsabilidad proveniente de un delito o falta, es una responsabilidad que se funda en ese principio de derecho civil y común, de que el *hombre responde siempre de las consecuencias de un hecho propio* [en cursiva en el original]» (89).

5. Vemos, pues, que la cuestión acerca de la correcta ubicación de las normas sobre responsabilidad civil *ex delicto* estuvo bien presente tanto en la elaboración del Código penal de 1822, como en la del posterior de 1848, y el motivo por el que finalmente se optó por colocarlas en el texto punitivo fue en ambas ocasiones el mismo: la convicción de que esta materia formaba parte del Derecho penal. Esto explica que la doble regulación de la responsabilidad extracontractual acabara por perpetuarse en el artículo 1092 del Código civil vigente, a tenor del cual: «*Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal*». Y es que, en aquella época, las tesis que predominaban en la doctrina española eran, al fin y a la postre, las enunciadas cerca de dos siglos antes por DOMAT. Lo vemos en el tratamiento que daba a esta materia uno de los más ilustres civilistas de la segunda mitad del siglo XIX, Benito GUTIÉRREZ, quien concluía el libro IV de sus *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español* (1869) con las siguientes reflexiones acerca de los cuasi delitos:

«*El Proyecto de Código [civil de 1851] dedica dos capítulos [...] a tratar de las obligaciones provenientes de los delitos ó que nacen de culpa ó negligencia; el mas sistemático de nuestros Códigos, el de Partida, pasa en silencio esta doctrina: por lo cual, sin embargo, no acusamos de omiso al inmortal autor de tan ponderado libro, pues fue tal vez su opinión como lo es hoy la de algunos que el determinar la*

(89) VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al nuevo Código penal*, Madrid [González y Vicente], 1848, pp. 188 y 189. *Vid.*, en el mismo sentido, GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., *Elementos del Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica*, tomo III, 5.ª ed., Madrid [Imp. de Sánchez], 1855, pp. 74 y 75.

responsabilidad nacida de un hecho ilícito corresponde más que á la parte civil á la parte penal del derecho» (90).

C) LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO* NO ES MÁS QUE UN RÉGIMEN ESPECIAL DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL GENERAL

Confiamos en que esta digresión histórica haya servido para poner en claro dos cosas: (i) que la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto* en el Código penal responde a la concepción que el legislador decimonónico tenía de este tipo de responsabilidad, como una auténtica consecuencia del delito, perteneciente, en cuanto tal, a la esfera del Derecho penal [*supra* B, *sub* 4) y 5)]; y (ii) que esta concepción era entonces y es ahora manifiestamente errónea, por cuanto resulta evidente que la obligación de reparar no deriva del delito, sino de la causación de un daño antijurídico, como lo muestra el hecho de que la comisión de un delito sin daño no comporta indemnización alguna [*supra* A, *sub* 1)], y porque no hay ni un solo elemento de su régimen jurídico (arts. 109 y ss. CP) que permita dudar de su carácter estrictamente jurídico-privado [*supra* A, *sub* 2)].

La sedicente responsabilidad civil *ex delicto* ni deriva del delito, ni tiene nada que ver con la pena. En realidad, los artículos 109 y siguientes del Código penal no son más que un *régimen especial de la responsabilidad extracontractual general*, prevista en los artículos 1902 y siguientes del Código civil. Y es que, como demostrara PANTALEÓN, la acción de responsabilidad civil derivada de delito y la acción de responsabilidad extracontractual son, a fin de cuentas, la misma cosa: cuando un hecho antijurídico genera un daño, surge en el patrimonio del sujeto dañado una única pretensión –o «acción» en sentido sustantivo– que tiene idéntico fundamento (el daño), finalidad (resarcitoria)

(90) Se cita por la edición facsimilar publicada por Lex Nova en 1998, tomo V, p. 633. Éste era también el parecer del principal exégeta del Proyecto, Florencio GARCÍA GOYENA, quien en el Título VIII del tercer tomo de su *Febrero, ó Librería de Jueces, Abogados y Escribanos* (con AGUIRRE, J.), Madrid [Boix], s.f. pero 1841, dedicado a los contratos y obligaciones en general, tras explicar que «[l]as obligaciones proceden o de hecho voluntario del hombre contenido en contrato, cuasi-contratos, delitos y cuasi-delitos, o independientemente de la voluntad del hombre y por sola disposición de la ley [...]», advierte lo siguiente: «Anunciamos desde luego que descartaremos de esta parte, como puramente civil, las obligaciones que nacen de los delitos y cuasi-delitos: el orden y método de nuestro sabio código de las Partidas nos parecen mucho más naturales y filosóficos que los que han adoptado nuestros institutistas por apego y respeto al Derecho romano. Los delitos y cuasi-delitos fueron justamente relegados a la séptima partida, es decir, al código criminal [...]» (n.º 2629, p. 105).

y naturaleza (civil), con independencia de que el hecho lesivo tenga o no consideración de delito desde un punto de vista penal. No estamos, por consiguiente, ante un concurso de acciones (*Anspruchskonkurrenz*), sino ante un concurso de normas que regulan una misma pretensión (*Anspruchsnormenkonkurrenz*) (91). Concurso que habrá de resolverse, a nuestro juicio, en virtud del principio de especialidad, aplicando el régimen del Código penal (arts. 109 y ss.), en detrimento de las normas generales del Código civil (arts. 1902 y ss.), siempre que la conducta lesiva sea calificada como delito por el Tribunal penal competente (92).

2. La responsabilidad civil en la que incurre el administrador desleal es de carácter contractual

Precisamente esta conclusión nos conduce al segundo de los argumentos sobre los que podría fundarse la tesis de que la responsabilidad civil del administrador de una sociedad de capital que es condenado por un delito de administración desleal (art. 252 CP) ha de regirse por las normas del Código penal (arts. 109 y ss.). Como se recordará, este otro argumento venía a decir lo siguiente: la Ley de Sociedades de Capital (arts. 236 y ss.) regula, en todo caso, la responsabilidad por incumplimiento del contrato de administración –esto es, *la responsabilidad (societaria o) contractual*–, pero cuando ese incumplimiento alcanza un reproche penal, saldríamos fuera de la órbita del contrato, incurriendo el administrador en una responsabilidad de naturaleza *extracontractual*; y puesto que las normas que recoge el Código penal constituyen un régimen especial de responsabilidad *extracontractual*, que entra en juego cuando los hechos reciben la calificación de delito, habrán de ser dichas normas –y no las de la Ley de Sociedades de Capital– las que tengan que aplicarse en estos casos.

(91) Vid. PANTALEÓN, F., en sus comentarios a las SSTs de 28 de enero, 10 de marzo, 27 de mayo, 25 de junio y 7 de julio de 1983 (en *CCJC*, 1983, n.º 1, pp. 103 a 116; n.º 2, pp. 447 a 458 y 617 a 629; n.º 3, pp. 789 a 799 y 825 a 836), de 13 de julio de 1984 (en *CCJC*, 1984, n.º 6, pp. 1953 a 1964), de 6 de mayo de 1985 (en *CCJC*, 1985, n.º 8, pp. 2609 a 2624) y de 1 de julio de 1986 (en *CCJC*, 1986, núm. 12, pp. 3883 a 3915), y también en *Id.*, «Comentario al art. 1902», *ob. cit.*, p. 1973. Le sigue GÓMEZ CALLE, E., «Comentario a la STS de 27 de septiembre de 1990», en *CCJC*, n.º 24, 1990, p. 1030.

(92) Así también, YZQUIERDO, M., *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid [Reus], 1993, pp. 75 a 77. *Contra*, postulando la aplicación del principio *iura novit curia*, PANTALEÓN, F., *obs. cit.* en la nota anterior.

A) LA DISTINCIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

1. Este argumento nos introduce de lleno en el delicado problema de la *distinción entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Pero, a los fines que aquí interesan, no será necesario descender a los detalles de una cuestión que sigue siendo polémica en la doctrina y cuya solución se ha visto notablemente oscurecida por la inclinación del Tribunal Supremo a dar a cada caso concreto la solución «justa» o equitativa, aun a costa de sacrificar los más elementales postulados de la dogmática jurídica (93).

Simplificando mucho las cosas, podemos decir que la responsabilidad contractual y la extracontractual conforman *de lege lata* dos categorías distintas, regidas por normas diversas y con ámbitos de aplicación diferenciados (94). Es más, de acuerdo con la opinión mayoritaria, el sistema vigente en nuestro ordenamiento respondería al modelo francés del *non-cumul* que postula la incompatibilidad absoluta de ambos tipos de responsabilidades (95), de suerte que un

(93) Cfr. CARRASCO, A., «Comentario al art. 1101», en ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo XV, vol. 1, Madrid [Edersa], 1989, pp. 415 y ss.

(94) La tesis de la unidad de la culpa civil fue sostenida en Francia, entre otros, por Lefebvre, Grandmoulin y Aubin (cfr. BRUN, A., *Rapports et Domaines des Responsabilités Contractuelle et Délictuelle*, París [Recueil Sirey], 1931, pp. 109 a 114), y en Italia por Canelutti y Cogliolo (cfr. CARADONNA, P., «Concorso di colpa contrattuale ed extracontrattuale», en *Riv. dir. comm.*, 1922, I, pp. 261 a 277, *passim*). En España, la viene aplicando desde la segunda mitad de los años 90 el Tribunal Supremo (vid. DE ÁNGEL, R., en SIERRA (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I, 2.ª ed., Barcelona [Bosch], 2008, pp. 33 y ss.) y aboga por ella, *de lege ferenda*, YZQUIERDO, M., «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación», en *RCDI*, n.º 603, 1991, pp. 448 y ss.

(95) Vid. ya LAURENT, F., *Principes de droit civil*, tomo 16, 1.ª ed., Bruselas [Bruylant-Christophe & Comp.] – París [A. Durand & Pedone Lauriel], 1875, n.º 230, p. 293: «*Appliquer la faute aquilienne aux obligations conventionnelles, c'est non-seulement violer le texte du code, c'est surtout méconnaître l'esprit de la loi*», y después la doctrina predominante hasta nuestros días, v.gr.: BONNET, E., «Responsabilité délictuelle et contrat», en *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1912, pp. 418 y ss.; JOSSERAND, L., *Cours de Droit civil positif français*, tomo II, 3.ª ed., París [Recueil Sirey], 1939, n.º 486, p. 291; MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., ob. cit., pp. 230 y ss. (espec. pp. 258 y 259); VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Les conditions de la responsabilité*, en GHESTIN (dir.), *Traité de Droit Civil*, 3.ª ed., París [LGDJ], 2006, pp. 788 y ss.; etc. Este principio, acogido asimismo por la jurisprudencia (vid. Cass. 2e civ. 9 juin 1993, en *Bull. civ.*, 1993, II, n.º 204, p. 110), podría quedar consagrado en el *Code* si llega a aprobarse finalmente el *Projet de réforme de la responsabilité civile*, presentado por el Ministerio de Justicia el 13 de marzo de 2017 (art. 1233: «En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions propres à la responsabilité contractuelle

mismo daño nunca podría ser calificado, a la vez, como contractual y extracontractual (96). A este respecto se afirma que, existiendo entre el sujeto dañante y el perjudicado una previa relación obligatoria, tan sólo puede haber lugar a una responsabilidad de carácter contractual. En estos casos, –dice Yzquierdo– «la norma genérica de la responsabilidad aquiliana deja de desempeñar su función frente a la norma específica que, tutelando el mismo interés, ha sido la deseada por las partes al contratar» (97). La cuestión se reduciría, por tanto, a comprobar si, en el supuesto concreto, existe un contrato válido entre el responsable y la víctima, y si el daño deriva del incumplimiento de ese contrato.

2. Ahora bien, determinar cuándo el daño resulta del incumplimiento contractual no es tarea, en absoluto, sencilla. Buena muestra de ello son los bandazos que ha ido dando la jurisprudencia en esta materia. Con relativa frecuencia, el Supremo ha sostenido que, a fin de que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana, no es suficiente con que haya un contrato entre las partes, sino que se requiere además la realización de un hecho *dentro de la rigurosa órbita de lo pactado* (vid., por ejemplo, STS de 9 de marzo de 1983 (98)). De conformidad con esta doctrina, la responsabilidad contractual «pura» se daría sólo cuando el hecho se presentase como infracción de una de las obligaciones (expresamente) convenidas (STS de 19 de junio de 1984 (99)). Lo cual ha llevado a calificar como

pour opter en faveur des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle») (vid. TERRÉ, F. (et al.) ob. cit., p. 973).

(96) Las distintas opiniones acerca de si el Derecho español admite la concurrencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual las recoge CAVANILLAS, S., en CAVANILLAS/TAPIA, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid [Centro de Estudios Ramón Areces], 1992, pp. 81 y ss. Lo cierto, en cualquier caso, es que la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil se decanta por la denominada teoría de la individualización a la hora de configurar el objeto del proceso (arts. 218.2.º y 399.1), de modo que la *causa petendi* viene determinada no sólo por los hechos narrados por las partes, sino también por la fundamentación jurídica que éstas aleguen. Esto implica que, al menos en el plano procesal, las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual sí serían dos acciones distintas e incompatibles entre sí, que únicamente podrían acumularse de forma eventual o subsidiaria [vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras», en AA.VV., *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Murcia [Universidad de Murcia], 2011, pp. 113 y ss. (en espec. pp. 158 y ss.)].

(97) YZQUIERDO, M., «La zona fronteriza», ob. cit., p. 485.

(98) RJ 1983/1463 (Cdo. segundo). Para un análisis crítico, vid. DE ÁNGEL, R., ob. cit., pp. 25 y ss.

(99) RJ 1984/3250 (Cdo. tercero).

extracontractuales los daños sufridos por las mercancías transportadas debido a la negligente conducción del vehículo (STS de 10 de mayo de 1984 (100)), o los padecidos por un esquiador a consecuencia de un defectuoso funcionamiento de las instalaciones (STS de 10 de junio de 1991 (101)). Pero, en otras ocasiones, el Alto Tribunal ha entendido, con mejor criterio, que el contenido del contrato no se reduce sólo a las inequívocamente estipuladas por las partes, sino que *comprende también las denominadas «obligaciones (accesorias) de seguridad»*, que se derivan de una correcta aplicación del artículo 1258 del Código civil, y que imponen al prestador del servicio el deber de velar por la salud y la integridad de su contraparte durante la ejecución del contrato (*vid.*, en relación con un contrato atípico de hospitalización, la STS de 12 de marzo de 2004 (102)).

3. La clave radicaría, entonces, en saber si el daño es consecuencia necesaria de una conducta que supone el incumplimiento de las obligaciones de prestación asumidas por el deudor o de cualesquiera otras de carácter accesorio determinadas por vía de integración *ex bona fide*. Y es en este punto en el que la calificación del hecho dañoso como delito podría ser relevante. Según la doctrina francesa menos reciente, a la que se adhieren algunos autores italianos y españoles, cuando el daño es resultado de un comportamiento sancionado penalmente, la responsabilidad debería calificarse como extracontractual, con independencia de que las partes estuvieran ligadas por un vínculo obligatorio previo (103). Es cierto que los fundamentos de esta opinión no han sido claramente establecidos por sus partidarios (104), pero si examinamos algunos de los ejemplos que se proponen a la

(100) RJ 1984/2405 (Cdo. cuarto).

(101) RJ 1991/4434 (FJ cuarto).

(102) RJ 2004/2146 (FJ segundo).

(103) En realidad, lo que suele reconocerse en estos casos es una excepción al principio de *non-cumul*, de suerte que el sujeto lesionado podría optar por ejercitar la acción de responsabilidad contractual o extracontractual. Así, además de los autores citados *infra* en las notas 105 a 107, LAURENT, F., *ob. cit.*, tomo 20, 1.ª ed., Bruselas [Bruylant-Christophe & Comp.] – París [A. Durand & Pedone Lauriel], 1876, n.º 463, pp. 493 y 494; WILLEMS, J., «Essai sur la responsabilité édictée par les articles 1382-1386 du code civil», *Revue générale du Droit*, tomo XIX, 1895, p. 115; DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, París [Librairie Arthur Rousseau], 1925, n.º 1244, pp. 553 y ss.; LALOU, H., *La responsabilité civile*, 1.ª ed., París [Librairie Dalloz], 1928, n.º 202, p. 134 y n.º 271, p. 169; entre nosotros, GULLÓN, A., *Curso de derecho civil: contratos en especial, responsabilidad extracontractual*, Madrid [Tecnos], 1968, p. 473.

(104) BRUN, A., *ob. cit.*, n.º 110, pp. 128 y 129, quien ofrece posibles explicaciones de orden técnico, lógico, de equidad, etc. Aunque lo más probable es que la razón última fuese la de permitir que el actor pudiera constituirse como parte civil en el proceso penal, posibilidad que quedaba reservada, en principio, al ejercicio de

hora de ilustrarla, parece que la idea que hay detrás es que *cuando el daño deriva de un hecho delictivo –sobre todo si se trata de un delito doloso– nos encontraríamos irremediablemente fuera de la órbita de lo pactado*. La razón es que, entre las obligaciones contractuales, no cabría entender incluida nunca la obligación de no dañar voluntariamente a la contraparte, puesto que nadie pacta no ser víctima de un ataque premeditado a su integridad física o a su patrimonio, ni este deber puede considerarse como un simple precipitado de la buena fe. En otras palabras: la existencia de un delito (doloso) pondría de manifiesto que el daño no deriva de un incumplimiento contractual, sino que el contrato y su ejecución habrían constituido tan sólo la ocasión escogida por el delincuente para producir el daño (105).

Así sucedería en el caso planteado por Larombière del inquilino que, de forma premeditada, prende fuego a la casa arrendada (106), o en aquel otro, rescatado de la jurisprudencia italiana por Caradonna, del cuidador al que se contrató para cuidar de un enfermo mental al que acabó maltratando (107). Por no alejarnos mucho del tema que nos ocupa, podríamos pensar en el consejero de una sociedad de capital que, tras una reunión, espera a quedarse solo para arramplar con uno de los cuadros que decoran la sala de juntas (108). En todos estos supuestos, es evidente que, pese a existir un contrato entre las partes, la responsabilidad en la que incurre el autor del ilícito es de carácter extracontractual, dado que *la relación entre el daño y el contrato es puramente fáctica*. En efecto, el sujeto dañante lo que hace es valerse del contrato para cometer un acto antijurídico que nada tiene que ver con el cumplimiento o incumplimiento de los deberes asumidos frente a la contraparte dañada. Es cierto que el administrador debe velar por la integridad del patrimonio social, pero este deber no trata de impedir que un cleptómano aproveche la posibilidad fáctica de acceder al patrimonio de la víctima que le brinda su condición jurídica para

acciones de naturaleza extracontractual (vid. MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., ob. cit., p. 253).

(105) Dice LABBÉ que cuando el deudor realiza un hecho delictivo «*commet un acte que le contrat a rendu possible mais qui n'en pas une suite, qui n'est pas une dépendance des rapports créés par le contrat*» (apud MARTINE, E. N., *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, París [LGLJ], 1957, p. 155).

(106) LAROMBIÈRE, L., *Théorie & pratique des obligations*, tomo 5, 1.ª ed., París [A. Durand], 1857, p. 690.

(107) CARADONNA, P., ob. cit., p. 271.

(108) El ejemplo lo hemos tomado de PASTOR, N. y COCA, I., *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código penal*, Barcelona [Atelier], 2016, p. 121.

cometer un hurto. Puede decirse, en definitiva, que la relación entre el contrato y el daño no es aquí causal, sino meramente casual.

B) DELIMITACIÓN DEL INJUSTO PENAL DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y EL INJUSTO CIVIL DE RESPONSABILIDAD SOCIETARIA

Pero vengamos al caso que realmente nos importa: cuando el administrador de una sociedad de capital lleva a cabo un hecho constitutivo de un delito de administración desleal, ¿desborda su actuación el contenido típico del contrato de administración, tal y como éste se configura en la Ley de Sociedades de Capital? ¿Cabe afirmar que el delito se ha cometido «con ocasión» del incumplimiento contractual? En otras palabras: ¿es posible deslindar ese incumplimiento del ilícito penal?

La respuesta pasa, lógicamente, por analizar la relación existente entre el «tipo penal» de administración desleal y el «tipo civil» de responsabilidad societaria, a fin de determinar si el primero sanciona una conducta distinta del segundo. En cuyo caso, podría decirse que el administrador que ha cometido el ilícito penal ha hecho algo más (grave) que infringir sus deberes contractuales para con la sociedad.

1. El delito de administración desleal se encuentra tipificado hoy en el artículo 252 del Código Penal, que fue introducido en la penúltima reforma del texto punitivo, operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (109). A diferencia del antiguo delito societario de administración fraudulenta, que sólo podía ser cometido en el ámbito de las entidades consideradas «sociedades» (en el sentido del art. 297 CP), el nuevo tipo se concibe como un delito patrimonial genérico, «que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona». Con ello se ha ampliado notablemente el ámbito de protección del ilícito, que abarca ahora todo patrimonio ajeno y no sólo el de una «sociedad constituida o en formación» (así, por ejemplo, el de un particular, un menor, una sociedad de gananciales, etc.). Dice textualmente el precepto en la parte que aquí interesa:

«Serán punibles [con las penas del delito de estafa, en su modalidad simple o agravada] los que teniendo facultades para administrar

(109) Uno de los objetivos de la reforma era tratar de aclarar la delimitación de los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida (§ XV del Preámbulo), que tantos quebraderos de cabeza había ocasionado en la doctrina y la jurisprudencia (*vid.*, por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Valencia [Tirant lo Blanch], 2016, pp. 12 y ss. de la versión digital). Que esto se haya conseguido o no ya es otra cuestión (*cf.* PASTOR, N. y COCA, I., *ob. cit.*, pp. 251 y ss.).

un patrimonio ajeno [...] asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado».

Lo primero que llama la atención es la deficiente técnica legislativa empleada. Si nos fijamos, la conducta típica se describe como una «infracción de facultades», siendo así que de las facultades puede abusarse, pero lo único que pueden infringirse o incumplirse son, en pureza, los «deberes» (110). Pero sorprende asimismo la extraordinaria amplitud con la que se define el tipo penal (111). De hecho, si lo comparamos con el civil, recogido en el artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, pudiera dar la impresión de que ambos sancionan las mismas conductas. Dice este último precepto:

«Los administradores responderán frente a la sociedad [...] del daño que causen por actos u omisiones [...] realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa».

Sustituyamos la desafortunada expresión «infracción de facultades» por la más correcta «incumplimiento de deberes» y tendremos que el tipo objetivo del injusto penal es exactamente igual al del civil: uno y otro exigen la causación de un daño al patrimonio social objetivamente imputable a una conducta que suponga el incumplimiento de los deberes inherentes al cargo de administrador. Más aún, si tenemos en cuenta que la cuantía del daño es indiferente a la hora de calificar la conducta como delito (112), cabría pensar que el

(110) *Vid. GILI, A., «Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP)», en GONZÁLEZ CUS-SAC (Dir.), Comentarios a la reforma del Código penal de 2015, 2.ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2015, p. 739. A pesar de su mala redacción, se entiende que el injusto penal engloba dos modalidades típicas distintas: «por un lado, [e]l subtipo del abuso, en el que incurre el autor que lesiona el patrimonio disponiendo de él u obligándolo de forma jurídico-civilmente válida frente a terceros, aunque excediéndose con ello en la relación interna que le une al titular del patrimonio», y «por otro, [e]l subtipo de la infidelidad [...] en el que incurre aquel administrador que ejecuta cualquier otro acto de gestión no válido jurídico-civilmente frente a terceros, pero con consecuencias lesivas para el patrimonio administrado» (COCA, I., «La Business Judgment Rule ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal», en *La Ley*, n.º 9371, 2019, pp. 2 y 3 de 27, de la versión digital).*

(111) Crítico también JIMÉNEZ CRESPO, L. M., «El delito de administración desleal. Los administradores societarios como sujetos activos del mismo y su relación con los deberes de diligencia y lealtad», en *Lex Mercatoria*, n.º 8, 2018, p. 71.

(112) Al haber desaparecido en 2015 la diferencia entre delitos y faltas, lo único que se contempla es una rebaja en la pena si el daño no supera los cuatrocientos euros (*vid. infra* en el texto).

legislador penal se ha limitado a criminalizar todo ilícito civil cometido por el administrador: ya fuera desleal o negligente, cualquier infracción contractual que causase un perjuicio patrimonial a la sociedad, llevaría aparejada, junto a la obligación de reparar el daño, una pena de prisión de seis meses a seis años (o multa de uno a tres meses, si la cuantía del perjuicio no excediese los cuatrocientos euros). Se daría, con ello, la paradoja de que dos conductas, como son el incumplimiento de los deberes de diligencia y lealtad, que desde un punto de vista civil reciben un tratamiento jurídico diferente –sancionándose con mayor rigor el fraude que la negligencia– estarían sujetas al mismo castigo penal.

2. Pero esta conclusión sería precipitada. En realidad, el delito de administración desleal se limita al castigo de aquellas conductas que incorporan un mayor desvalor por atentar más gravemente contra el bien jurídico protegido (113), si bien esta reducción del tipo no se aprecia tanto en sus elementos objetivos, cuanto en su parte subjetiva (114). No hay que olvidar que el Código penal actual, a diferencia de los Códigos anteriores al de 1995, acoge un sistema de tipificación cerrada y excepcional de la imprudencia, en virtud del cual sólo se castigan los hechos dolosos, salvo que expresamente se sancione la comisión imprudente (art. 12 CP). Así pues, el delito de administración desleal exige *dolo* (aunque sea suficiente el dolo eventual), con lo que la pena se circunscribe a aquellos administradores que actúen con el conocimiento y la intención de infringir los deberes propios de su cargo y *de lesionar el patrimonio social* (o que lo hagan asumiendo, al menos, como probable que su conducta conculca esos deberes y es apta para producir el resultado típico) (115). De este modo, quedarían sin sanción penal:

(113) La mayor parte de la doctrina penalista considera que el delito de administración desleal guarda una relación de «accesoriedad relativa o asimétrica» respecto del ilícito civil, lo que significa que la antijuridicidad mercantil es condición necesaria pero no suficiente para afirmar la tipicidad penal, ya que para ello haría falta un segundo juicio de antijuridicidad estrictamente penal, «que opera[ría] como tamiz para filtrar aquellas infracciones del Derecho societario lo suficientemente graves como para merecer adicionalmente el reproche penal» (*vid.* COCA, I., *ob. cit.*, pp. 12 y ss. de la versión digital, quien, no obstante, discrepa de esta posición dominante).

(114) Conforme JIMÉNEZ CRESPO, L. M., *ob. cit.*, pp. 73 y ss.

(115) Por claridad expositiva, la conducta del administrador se describe, de aquí en adelante, en términos de dolo directo, pero no hay que olvidar que el delito de administración desleal no presenta en nuestro sistema ninguna especialidad en el tipo subjetivo (por el contrario, los tribunales alemanes sostienen un concepto restrictivo de dolo al interpretar el § 266 *StGB*, que tiende a restringir el tipo, excluyendo los supuestos de dolo eventual, *vid.* PASTOR, N. y COCA, I., *ob. cit.*, pp. 187 y ss.).

i) todas aquellas conductas amparadas por la regla de la discrecionalidad empresarial (*business judgment rule*), puesto que, en estos casos, no cabe apreciar siquiera el incumplimiento del deber de diligencia (116);

ii) las infracciones no intencionales del deber de diligencia (lo que equivaldría, en el ámbito penal, a una «imprudencia inconsciente») (v. gr. el consejero no acudió a la reunión en la que se adoptó el acuerdo lesivo porque apuntó mal la cita), e incluso las infracciones intencionales de este deber cuando el administrador no se hubiera representado como probable el perjuicio para la sociedad (esto es, hubiera actuado con «imprudencia consciente») (v. gr. el consejero no acudió a la reunión por pereza, pero confiando plenamente en que no se alcanzaría la mayoría suficiente para adoptar el acuerdo lesivo);

iii) y, en los mismos términos –esto es, mediando imprudencia consciente o inconsciente–, sería también impune la infracción de las obligaciones básicas en las que se concreta el deber de lealtad (arts. 228 y 229 LSC), con lo que sería penalmente irresponsable (sin perjuicio de la obligación de reparar el daño causado) el administrador que revelase un secreto convencido de que se trataba de una información de dominio público, y aun aquél que se lo reveló en la intimidad a un pariente cercano, a sabiendas de que era una información confidencial, pero en la firme creencia de que ello nunca ocasionaría un perjuicio a la sociedad.

3. Podemos concluir, en consecuencia, que el delito de administración desleal no sanciona cualquier inobservancia de los deberes asumidos por el administrador que sea idónea para lesionar el patrimonio social, sino únicamente las más graves: aquellas que vengan calificadas por el conocimiento y la voluntad de causar un perjuicio a la sociedad administrada. La infracción penal va más allá, por tanto, de un mero incumplimiento consciente de los deberes contractuales. Pero ello no significa, en modo alguno, que la conducta delictuosa del administrador rebase el contenido típico del contrato, precisamente porque el deber de no dañar de manera consciente e intencionada a la sociedad, mediante un abuso de facultades, forma parte de ese conte-

(116) Cfr., sin embargo, COCA, I., ob. cit., *passim* (espec. pp. 13 y ss. de la versión digital). Dejamos conscientemente a un lado el debate acerca de si la *business judgment rule* actúa como «puerto seguro» para los administradores, o como simple presunción de cumplimiento del estándar de diligencia (*vid.* sobre el tema y por todos ALFARO, J., «Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial», en JUSTE (coord.) *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, 1.ª ed., Cizur Menor (Navarra) [Civitas – Thomson Reuters], 2015, pp. 327 y ss.).

nido típico; se trata, en concreto, de la manifestación más básica o elemental del *deber de lealtad o buena fe* (art. 227 LSC). Dicho en otros términos: *el administrador que comete un delito de administración desleal infringe siempre, al mismo tiempo, el contrato que le une con la sociedad*. Por lo que no cabe afirmar que el delito se cometa aquí «con ocasión» de un incumplimiento contractual, sino que *el delito consiste, cabalmente, en una infracción (grave) del contrato*.

La diferencia con el caso del cuidador que maltrata al enfermo o del administrador que se lleva el cuadro de la sala de juntas es clara: nadie pacta con un enfermero que éste no aproveche la ocasión que le brinda el contrato para vejar o lesionar a la persona que se dejó a su cargo, como tampoco contrata nadie a un administrador para que no le hurte ciertos enseres. Estas obligaciones –no lesionar de forma intencionada, no robar un cuadro– no se pactan de forma expresa, ni pueden entenderse incluidas entre los deberes que típicamente asume el deudor de una prestación de servicios, por la sencilla razón de que desbordan las expectativas contractuales normales de las partes. Y por eso mismo, resultaría forzado considerarlas prestaciones accesorias (o «de seguridad») derivadas del uso o de la buena fe (art. 1258 CC). En estos supuestos, el daño es tan extracontractual como lo sería el padecido por el inquilino al que su casero atropella por la calle, dado que la relación entre el incumplimiento del contrato y el perjuicio ocasionado no va más allá de una simple casualidad. Pero con el administrador que se comporta de un modo desleal sucede todo lo contrario. Por virtud del contrato que le une a la sociedad, éste asume la facultad de gestionar un patrimonio ajeno y de hacerlo, además, con un amplio margen de discrecionalidad (art. 209 LSC). De ahí que uno de los contenidos básicos del contrato de administración sea precisamente regular el deber de lealtad del administrador, esto es, la obligación de este último de procurar el mejor interés de la sociedad en todo momento, anteponiéndolo a cualesquiera otros intereses y, muy en particular, a los suyos propios (art. 227 LSC). Y no hay mayor infracción de este deber que ocasionar un daño al patrimonio social de una forma consciente y voluntaria, excediéndose en el ejercicio de sus facultades. En una palabra: *la comisión de un delito de administración desleal no es otra cosa que un incumplimiento (particularmente grave) del contrato de administración*.

4. El tipo del artículo 252 del Código Penal presupone, pues, la violación consciente y voluntaria de los deberes asumidos por el administrador mediante la celebración del correspondiente contrato con la sociedad [básicamente el deber de diligencia (art. 225 LSC) y las obligaciones básicas en las que se concreta el deber de fidelidad

(arts. 228 y 229 LSC)]. Con lo cual *el delito es inconcebible si la conducta del administrador no supone una infracción contractual*. Pero es que, además, *el incumplimiento voluntario de esos deberes con la intención de causar un daño a la sociedad supone, a su vez, una clara vulneración del deber contractual general de lealtad*, entendido como la obligación de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad (art. 227.1 LSC).

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ADMINISTRADOR QUE COMETE UN DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL HA DE REGIRSE POR LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL. ALGUNAS CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE ESTA CONCLUSIÓN

1. Todo lo anterior viene a confirmar que la responsabilidad civil en la que incurre el administrador que lleva a cabo un acto calificado como delito de administración desleal no es sino una *responsabilidad de naturaleza (societaria o) contractual* (117). Se trata, en concreto, de la *responsabilidad por incumplimiento del contrato de administración, cuyos presupuestos, contenido y extensión regulan los artículos 236 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital* (118). Desde una

(117) La posibilidad teórica de una «responsabilidad contractual derivada del delito» es aceptada, entre nosotros, por YZQUIERDO, M., *Responsabilidad civil*, ob. cit., p. 117, quien no ve impedimento alguno en el artículo 1092 del Código civil, ya que este precepto ordenaría al juez aplicar las normas de Derecho civil contenidas en el Código penal sólo cuando lo que «derivase» del delito fuese una responsabilidad de carácter extracontractual. *Vid.* también DE LA OLIVA, A., ob. cit., p. 253; BLANCO, J. J., *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho sustantivo español*, Madrid [Dykinson], 1996, pp. 112 a 114; SÁINZ-CANTERO, M. B., *La reparación del daño ex delicto*, Granada [Comares], 1997, pp. 75 a 88 y LLERA, E., «La responsabilidad civil y el proceso penal: los contenidos posibles de la acción de responsabilidad civil “ex delicto”», en MÁRQUEZ DE PRADO (dir.), *Responsabilidad civil «ex delicto»*, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. XVI, 2004, pp. 49 y ss., *passim*. En Francia, *vid.* MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., ob. cit., n.º 202, pp. 253 y 254, criticando la doctrina tradicional, que postulaba la existencia de una excepción al principio del *non-cumul* (*vid. supra* la nota 103 y el texto correspondiente).

(118) Que los jueces de lo penal deban aplicar normas extrapenales cuando se hallen investidos de competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad civil (*ex art. 112 LECrim.*) es algo que no debería suscitar mayor perplejidad. Y es que, como bien dice YZQUIERDO, M., «Justicia penal y derecho civil “light”», en *El Notario del siglo XXI*, n.º 85, 2019, p. 84, «el Derecho civil que deben conocer los jueces y los

perspectiva estrictamente civil, el hecho de que la conducta esté sancionada penalmente no muta la naturaleza de la responsabilidad. Quiere esto decir que, si el día de mañana el legislador decidiese suprimir el delito de administración desleal, la realización de las conductas que hoy en día aparecen sancionadas por el artículo 252 del Código penal fundamentarían, sin género de duda, el ejercicio de una «acción social» de responsabilidad y no de una acción *ex* artículo 1902 del Código civil.

2. Llegados a este punto, resta tan sólo analizar algunas de las consecuencias ligadas a esta calificación de la responsabilidad civil derivada del delito de administración desleal como responsabilidad contractual de carácter societario.

*i) Los pactos de renuncia de acciones que se incluyen en los contratos de compraventa de participaciones de control, ¿alcanzan a la responsabilidad civil derivada de delito? Confiamos en haber podido demostrar que, aun cuando la conducta del administrador sea constitutiva de delito, la sociedad dañada es titular de una única pretensión indemnizatoria que no tiene su origen en el ilícito penal (*supra* II.1), sino en el daño causado, que es, además, un daño de naturaleza estrictamente contractual (*supra* II.2). Por consiguiente, los actos de disposición sobre dicha pretensión han de regirse por las normas que regulan el contrato de administración contenidas en la Ley de Sociedades de Capital y que atribuyen a los socios la competencia exclusiva para renunciar o transigir (art. 238.2). Así pues, el adquirente de una participación mayoritaria en el capital social que renuncia a ejercitar acciones de responsabilidad frente a los administradores salientes se obliga, en todo caso, a votar en contra del ejercicio de la acción social de responsabilidad o a favor de una renuncia, incluso si los hechos son constitutivos de un delito de administración desleal. Más aún, cuando el comprador pasa a ser titular de todas las acciones o participaciones, su renuncia equivale a la de la sociedad, la cual no podrá actuar con éxito frente al administrador o administradores responsables, aunque estos hubieran sido declarados penalmente responsables. Teniendo esto en cuenta, la solución al caso enjuiciado por la sentencia del Tri-*

fiscales y las acusaciones particulares al articular la pretensión civil adherida a la penal no se agota en los veintiséis artículos de Derecho civil que contienen los artículos 109 a 122 CP». De hecho, el juez penal habrá de recurrir a la Ley de Sociedades de Capital en otros supuestos, como, por ejemplo, a la hora de declarar la nulidad de un acuerdo de junta que aprueba unas cuentas falseadas (art. 290 CP) o que se impuso de manera (criminalmente) abusiva (art. 291 CP) (*vid.* nuevamente YZQUIERDO, M., *últ. ob. cit.*, pp. 86 y 87 y, del mismo, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*, 5.^a ed., Madrid [Dykinson], 2019, pp. 545 y 546).

bunal Supremo de 28 de junio de 2018 (*supra* I.2) debió haber sido muy distinta: el compromiso del socio italiano de no ejercitar ningún tipo de acciones de responsabilidad frente al antiguo administrador debió equipararse a una renuncia de la sociedad y, por tanto, el Tribunal debió haber desestimado la pretensión civil.

ii) ¿Es necesario el acuerdo favorable de la junta para exigir la responsabilidad civil derivada de delito? El ejercicio de la acción social de responsabilidad requiere el previo acuerdo de la junta general [arts. 160, letra b), y 238.1 LSC]. Pero cuando la responsabilidad civil es consecuencia de unos hechos tipificados como delito cabría entender exceptuado este requisito sobre la base de que la competencia para el ejercicio de la acción penal recae exclusivamente en el órgano de administración (*ex art. 209 LSC*) y de que, una vez entablada la acción penal, se presume utilizada también la civil, a no ser que medie una *renuncia o reserva expresa* (art. 112 LECrim). Ahora bien, esta regla está pensada, lógicamente, para los supuestos normales, en los que la decisión acerca del ejercicio de la acción penal recae en el mismo sujeto competente para entablar la acción civil. Cosa que no sucede en nuestro caso. Por eso, no parece descabellado plantear una reducción teleológica de su alcance que permita cohonestar la competencia del órgano de administración en relación con la acción penal con la propia de la junta para entablar la acción social de responsabilidad. La solución pasaría por entender que, en aquellos supuestos en los que los administradores presenten la querrela por delito de administración desleal sin contar con el consentimiento de los socios, *la sociedad se habría reservado (tácitamente) la acción social* para su posterior ejercicio ante la jurisdicción civil.

iii) ¿Puede la minoría exigir la responsabilidad civil derivada del delito? La Ley de Sociedades de Capital atribuye a los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social (o el tres, si se trata de una sociedad cotizada) la legitimación extraordinaria para ejercitar la acción social de responsabilidad frente a los administradores. Legitimación que, a nuestro juicio, mantienen, aunque los hechos hubieran sido constitutivos de delito. El problema será, si acaso, coordinar esta legitimación de la minoría con la de la propia sociedad en el marco del procedimiento penal. A este respecto, cabe hacer las siguientes observaciones:

a) En el caso de que la sociedad hubiera presentado la querrela por administración desleal sin recabar el acuerdo de la junta, habrá que entender que ha habido una reserva (tácita) de la acción social de responsabilidad [*supra* ii)]. Por tanto, una vez concluido el procedimiento penal, la minoría podría entablarla directamente –puesto que

los hechos denunciados serán constitutivos, en todo caso, de una infracción del deber de lealtad (art. 239.1, párrafo segundo, LSC)—, sin perjuicio de los efectos que la sentencia penal pudiera desplegar en el posterior litigio civil.

b) Por el contrario, si la sociedad hubiera optado por constituirse en parte civil mediante el correspondiente acuerdo de la junta, no habría mayor inconveniente en que la minoría interviniera en el procedimiento penal personándose como parte civil junto con la sociedad (art. 13 LEC) (119).

iv) ¿Cómo se determina la responsabilidad civil en el seno de los órganos de administración colegiados en los supuestos de coautoría y participación *en el delito*? Si todos los miembros del órgano de administración fuesen condenados como coautores de un delito de administración desleal (*v.gr.* todos votaron a favor del acuerdo lesivo), llegaría a la misma solución aplicando el Código penal (art. 116.2) y la Ley de Sociedades de Capital (art. 237), ya que ambos textos establecen una responsabilidad solidaria en estos supuestos. Pero la cuestión sería distinta si algunos consejeros fuesen condenados como autores y otros como simples cómplices. Imagínense, por ejemplo, que el presidente del consejo anima de manera informal a los demás consejeros a adoptar el acuerdo, pero, percatándose de que existe una mayoría favorable a su aprobación, decide finalmente votar en contra. Bajo esta hipótesis, los consejeros que votaron a favor del acuerdo deberían ser condenados como coautores, mientras que el presidente podría responder a título de cómplice (por haber reforzado psicológicamente una decisión preexistente) (120). Pues bien, si aplicáramos el Código penal en este caso los consejeros responderían solidariamente entre sí por sus cuotas, en tanto que el presidente lo haría sólo con carácter subsidiario (art. 116.2). No obstante, la solución correcta sería afirmar la responsabilidad solidaria de todos ellos, en aplicación de la norma establecida en el artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital.

v) ¿Cuál es el plazo de prescripción de la responsabilidad civil derivada de delito de administración desleal? Conforme al artículo 241 bis de la Ley de Sociedades de Capital, la acción social de responsabilidad prescribe a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse, esto es, desde el momento en que concurren los pre-

(119) Sobre la facultad de la minoría de intervenir en el proceso iniciado por la sociedad, *vid.*, en general, GANDÍA, E., *ob. cit.*, pp. 424 a 439 y nota 291 de esta última página.

(120) *Vid.* PASTOR, N. y COCA, I., *ob. cit.*, pp. 178 y 179.

supuestos de la responsabilidad (acción u omisión antijurídica, daño y relación de causalidad) y la sociedad tiene conocimiento cabal de los mismos (121). Y éste es, desde luego, el plazo que ha de aplicarse también cuando los hechos son constitutivos de delito, con independencia de que, si la pretensión civil se ejercita en el proceso penal, la prescripción quede interrumpida (arts. 112 LECrim y 1973 CC) o meramente suspendida si la sociedad opta por reservársela para su posterior ejercicio ante la jurisdicción civil (arts. 111 y 114 LECrim).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS (*)

- ALBANESE, B., voz «Illecito (storia)», en *Enc. dir.*, vol. XX, Milán [Giuffrè], 1970.
- ALFARO, J., «Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial», en JUSTE (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, 1.ª ed., Cizur Menor (Navarra) [Civitas – Thomson Reuters], 2015.
- ANTÓN ONECA, J., «Historia del Código penal de 1822», en *ADPCP*, 1965, pp. 263 a 278.
- ARNAIZ, A., *Las partes civiles en el proceso penal*, Valencia [Tirant lo Blanch], 2006.
- BENTHAM, J., *Tratados de legislación civil y penal*, trad. al castellano, con comentarios, por SALAS, R., tomo II, Madrid [Imp. de D. Fermín Villalpando], 1821.
- BEXON, S. J., *Application de la théorie de la législation pénale, ou Code de la sureté publique et particulière*, París [Courcier], 1807.
- BLANCO, J. J., *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extra-contractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho sustantivo español*, Madrid [Dykinson], 1996.
- BÖHMNERI, J. H., *Doctrina de actionibus ad praxin hodiernam et novissimam ordinationem processus electoralis saxonici accomodata*, ed. Frankfurt am Main [Ex Officina Buchneriana], 1756.
- BONNET, E., «Responsabilité délictuelle et contrat», en *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1912, pp. 418 a 437 (disponible en <https://gallica.bnf.fr/>).
- BRUN, A., *Rapports et Domaines des Responsabilités Contractuelle et Délictuelle*, París [Recueil Sirey], 1931.

(121) Vid. MASSAGUER, J., «Artículo 241 bis. Prescripción de las acciones de responsabilidad», en JUSTE (Coord.), *Comentario*, ob. cit., p. 484.

(*) Todas las obras anteriores al siglo XIX han sido consultadas en versión digital. Las francesas están disponibles en la base de datos *online* de la *Bibliothèque Nationale de France (Gallica)* (<https://gallica.bnf.fr/>) y al resto puede accederse libremente a través de la herramienta *Google books* (<https://books.google.es/>).

- BUISSON, E., «Un jurisconsulte vosgien: Scipion Bexon, sa vie et ses œuvres», en *Annales de la Société d'émulation du département des Vosges*, LXVII^e Année, 1891, pp. 81 a 144.
- CANDIL, F., «Observaciones sobre la intervención de Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848», en *ADPCP*, 1975, pp. 405 a 441.
- CANNATA, C. A., «Sul testo della *lex Aquilia*: premesse e ricostruzione del primo capo», en *SDHI*, n.º 58, 1992, pp. 194 a 214.
- «Considerazioni sul testo e la portata originaria del secondo capo della *lex Aquilia*», en *Index*, n.º 22, 1994, pp. 151 a 162.
- CARADONNA, P., «Concorso di colpa contrattuale ed extracontrattuale», en *Riv. dir. comm.*, 1922, I, pp. 261 a 277.
- CARBASSE, J. M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, París [Presses Universitaires de France], 2000.
- CARRASCO, A., «Comentario al art. 1101», en ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo XV, vol. 1, Madrid [Edersa], 1989.
- CASABÓ, J. R., *El Código penal de 1822*, Valencia [Tesis doctoral – Universidad de Valencia], 1968 (hemos podido consultar esta obra gracias al servicio de préstamo interbibliotecario de la Universidad de Valencia).
- CAVANILLAS, S. y TAPIA, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid [Centro de Estudios Ramón Areces], 1992.
- CERAMI, P., «La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio», en VACCA (coord.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Turín [Giappichelli], 1995.
- COCA, I., «La *Business Judgment Rule* ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal», en *La Ley*, n.º 9371, 2019 (consultado en versión digital).
- CURSI, M. F., *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Nápoles [Jovene], 2010.
- DE ÁNGEL, R., en SIERRA (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I, 2.ª ed., Barcelona [Bosch], 2008.
- DE CASTRO, F., «La cuestión foral y el Derecho civil», en *ADC*, 1949, pp. 1003 a 1046.
- DE LA OLIVA, A., *Derecho procesal penal*, 8.ª ed., Madrid [Centro de Estudios Ramón Areces], 2007.
- DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, París [Librairie Arthur Rousseau], 1925 (disponible en <https://gallica.bnf.fr/>).
- DESCAMPS, O., *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, París [LGDJ], 2005.
- DESCHEEAEMAEKER, E., *The Division of Wrongs. A Historical Comparative Study*, Oxford [Oxford University Press], 2009.
- DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», en *ADC*, 1987, pp. 795 a 894.
- DÍAZ MORENO, A., «Decisiones del socio único (art. 15)», en ROJO/BELTRÁN (Dir.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Cizur Menor (Navarra) [Civitas – Thomson Reuters], 2011.

- DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Madrid [Civitas], 1999.
- DOMAT, J., *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 2.^a ed., tomo II, París [Jean Baptiste Coignard], 1696.
- *Le droit public, suite des loix civiles dans leur ordre naturel*, nouvelle édition, tomo II, Luxemburgo [André Chevalier], 1702.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras», en AA.VV., *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Murcia [Universidad de Murcia], 2011.
- ESPIÑO JIMÉNEZ, F. M., voz «José María Calatrava Peinado», en REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Diccionario Biográfico electrónico* (en red, <http://dbe.rah.es/>).
- FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tomo II, París [Videcoq], 1836.
- FONT SERRA, E., «Reflexiones sobre la responsabilidad civil en el proceso penal», en *RJC*, n.º 4, 1988, pp. 939 a 950.
- GÁLVEZ, A., *El delito de administración desleal (artículo 252 del Código Penal) en el ámbito de las sociedades de capital*, Madrid [Dykinson], 2019.
- GANDÍA, E., *La renuncia a la acción social de responsabilidad*, Cizur Menor (Navarra) [Civitas – Thomson Reuters], 2017.
- GARCÍA GOYENA, F., y AGUIRRE, J., *Febrero, ó Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, Madrid [Boix], s.f. pero 1841.
- GARCÍA-PABLOS, A., «La responsabilidad civil derivada del delito y su controvertida naturaleza», en ZAFFARONI (Coord.), *De las penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, Buenos Aires [Depalma], 1997.
- GAWELIK, K., *Sources de la codification pénale à la lumière des observations des tribunaux sur le projet de Code criminel de l'an IX*, dos tomos, Lille [Tesis doctoral – Universidad de Lille II], 2002.
- GIL ESTELLÉS, C., *La responsabilidad civil derivada de la penal en la Doctrina y en la Legislación*, Valencia [Publicaciones de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación], s.f. pero ca. 1949.
- GILI, A., «Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP)», en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2.^a ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2015.
- GÓMEZ CALLE, E., «Comentario a la STS de 27 de septiembre de 1990», en *CCJC*, n.º 24, 1990, pp. 1023 a 1032.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., *Elementos del Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica*, tomo III, 5.^a ed., Madrid [Imp. de Sánchez], 1855.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., «La acción civil de delito», en *RDP*, n.º 384, 1949, pp. 185 a 216.
- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo 2, vol. 1, Barcelona [Bosch], 1951.
- GONZÁLEZ RUS, J. J., «El artículo 444 del Código penal y el régimen general de la responsabilidad civil derivada del delito», en *ADPCP*, 1979, pp. 381 a 426.

- GROTIJ, H., *De iure belli ac pacis libri tres*, ed. Ámsterdam [Apud Ioannem Blaeu], 1651.
- GULLÓN, A., *Curso de derecho civil: contratos en especial, responsabilidad extracontractual*, Madrid [Tecnos], 1968.
- GUTIÉRREZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo V, Madrid [Lib. de Sánchez], 1869 (ed. facsímil, Madrid [Lex Nova], 1998).
- HEINECCIUS, J. G., *Elementa iuris naturae et Gentium*, ed. Halle [Orphanotropheum], 1738.
- HORTAL, J. C., «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo», en *InDret*, n.º 4, 2014.
- JIMÉNEZ CRESPO, L. M., «El delito de administración desleal. Los administradores societarios como sujetos activos del mismo y su relación con los deberes de diligencia y lealtad», en *Lex Mercatoria*, n.º 8, 2018, pp. 65 a 77.
- JORGE BARREIRO, Agustín, «Reflexiones sobre la regulación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el vigente Código penal español», en EMBID/MIQUEL/MORALES MORENO (Dir.), *Estudios jurídicos. Liber amicorum en honor a Jorge Caffarena*, Madrid [Colegio de Registradores], 2017.
- JOSSERAND, L., *Cours de Droit civil positif français*, tomo II, 3.ª ed., París [Recueil Sirey], 1939.
- KUPISCH, B., «La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale», en VACCA (coord.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Turín [Giappichelli], 1995.
- LALOU, H., *La responsabilité civile*, 1.ª ed., París [Librairie Dalloz], 1928 (disponible en <https://gallica.bnf.fr/>).
- LAROMBIÈRE, L., *Théorie & pratique des obligations*, tomo 5, 1.ª ed., París [A. Durand], 1857.
- LASSO, J. F., *Crónica de la codificación española*, tomo 4, vol. 1 y tomo 5, vols. I y II, Madrid [Ministerio de Justicia], 1970.
- LAURENT, F., *Principes de droit civil*, 1.ª ed., Bruselas [Bruylant-Christophe & Comp.] – París [A. Durand & Pedone Lauriel], tomo 16 (1875) y tomo 20 (1876).
- LLERA, E., «La responsabilidad civil y el proceso penal: los contenidos posibles de la acción de responsabilidad civil “*ex delicto*”», en MÁRQUEZ DE PRADO (Dir.), *Responsabilidad civil «ex delicto»*, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. XVI, 2004, pp. 49 a 99.
- MARTÍN DE BALMASEDA, F., *Decretos del Rey Don Fernando VII*, Madrid [Imp. Real], tomos primero (1816) y séptimo (1824).
- MARTÍN RÍOS, M. P., «La responsabilidad civil derivada del delito a la luz de las últimas reformas legales», en *Justicia*, núms. 1 y 2, 2004, pp. 291 a 325.
- *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal: una aproximación victimológica*, Madrid [La Ley], 2007.
- MARTINE, E. N., *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, París [LGLJ], 1957.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Valencia [Tirant lo Blanch], 2016 (consultado en versión digital).

- MASSAGUER, J., «Artículo 241 bis. Prescripción de las acciones de responsabilidad», en JUSTE (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, 1.ª ed., Cizur Menor (Navarra) [Civitas – Thomson Reuters], 2015.
- MASSETTO, G. P., voz «Responsabilità extracontrattuale (dir. interm.)», en *Enc. dir.*, vol. 39, Milán [Giuffrè], 1988.
- MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tomo primero, 6.ª ed., París [Montchrestien], 1965.
- MORENO MOCHOLI, M., «La responsabilidad civil por culpa extracontractual, y la penal por el delito o falta de daños por imprudencia», en *RDP*, núms. 400 y 401, 1950, pp. 633 a 646.
- NAVARRO, I. A. y VEIGA, A. B., *Derecho de daños*, Cizur Menor (Navarra) [Civitas – Thomson Reuters], 2013.
- PACHECO, J. F., *El Código penal concordado y comentado*, tomo I, 1.ª ed., Madrid [Imp. de D. Santiago Saunague], 1848.
- PANTALEÓN, F., «Comentario al art. 1902», en PAZ-ARES (*et al.*) (Dir.), *Comentario del Código civil*, tomo II, Madrid [Ministerio de Justicia], 1991.
- «“Perseverare diabolicum” (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?)», en *Jueces para la democracia*, n.º 19, 1993, pp. 6 a 10.
- Comentarios a las SSTs de 28 de enero, 10 de marzo, 27 de mayo, 25 de junio y 7 de julio de 1983 (en *CCJC*, 1983, n.º 1, pp. 103 a 116; n.º 2, pp. 447 a 458 y 617 a 629; n.º 3, pp. 789 a 799 y 825 a 836), de 13 de julio de 1984 (en *CCJC*, 1984, n.º 6, pp. 1953 a 1964), de 6 de mayo de 1985 (en *CCJC*, 1985, n.º 8, pp. 2609 a 2624) y de 1 de julio de 1986 (en *CCJC*, 1986, n.º 12, pp. 3883 a 3915).
- PASTOR, N. y COCA, I., *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código penal*, Barcelona [Atelier], 2016.
- POTHIER, R. J., *Traité des obligations*, en SIFFREIN (ed.), *Œuvres de Pothier, nouvelle édition*, tomo primero, París [Chez l'Éditeur], 1821.
- Coutume d'Orléans*, en DUPIN (ed.), *Œuvres de Pothier, nouvelle édition*, tomo segundo, París [Bechet Ainé], 1824.
- QUINTANO, A., «La “acción tercera” o “cuasi criminal”, propia de la llamada responsabilidad civil dimanante de delito», en *RDP*, n.º 357, 1946, pp. 935 a 942.
- «Antijuridicidad civil y penal en el evento jurídico de “daño”», en *RDP*, n.º 391, 1949, pp. 868 a 877.
- «Responsabilidades civiles “ex delicto” y “ex lege”», en *ADC*, 1963, pp. 631 a 640.
- QUINTERO, G., «La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil», en QUINTERO (*et al.*), *La responsabilidad civil «ex delicto»*, Cizur Menor (Navarra) [Aranzadi], 2002.
- «La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea», en MÁRQUEZ DE PRADO (dir.), *Responsabilidad civil «ex delicto»*, Madrid [Consejo General del Poder Judicial], 2004.
- RAMÍREZ, Pedro, J., *La desventura de la libertad*, Madrid [La Esfera de los Libros], 2014.

- RANJARD, Y., *La responsabilité civile dans Domat*, París [Tesis doctoral – Université de París], 1943.
- REYES MONTERREAL, J. M., *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, 3.^a ed., Madrid [Gráficas Menor], 1958.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «Responsabilidad civil derivada de delito o falta y culpa extracontractual», en AA.VV., *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Granada [Comares], 1984.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «La limitación internacional de la responsabilidad del naviero y la responsabilidad civil *ex delicto*», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo III, Madrid [Civitas], 1996.
- ROIG, T., *La reparación del daño causado por el delito (Aspectos civiles y penales)*, Valencia [Tirant lo Blanch], 2000.
- ROJO, A., «José Bonaparte (1808-1813) y la legislación mercantil e industrial española» en *RDM*, núms. 143-144, 1977, pp. 121 a 182.
- «El ejercicio por la sociedad de la acción social de responsabilidad contra los administradores», en JUSTE/ESPÍN (Coords.), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber amicorum Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco*, Cizur Menor (Navarra) [Thomson Reuters – Aranzadi], 2017.
- ROSSETTI, G., *'Poena' e 'rei persecutio' nell'actio ex lege aquilia*, Nápoles [Jovene], 2013.
- ROTONDI, G., «Dalla "Lex Aquilia" all'art. 1151 Cod. Civ.», 1.^a parte, en *Riv. dir. comm.*, 1916, I, pp. 942 a 970.
- «Dalla "Lex Aquilia" all'art. 1151 Cod. Civ.», 2.^a parte, en *Riv. dir. comm.*, 1917, I, pp. 236 a 295.
- «Teorie postclassiche sull' "actio legis Aquiliae"», en *Id.*, *Scritti giuridici*, vol. 2, Milán [Hoepli], 1922.
- ROXIN, C., «La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», en *CCJPJ*, n.º 8, 1991, pp. 19 a 30.
- SÁINZ-CANTERO, M. B., *La reparación del daño ex delicto*, Granada [Comares], 1997.
- SILVA MELERO, V., «El problema de la responsabilidad civil en el Derecho penal», en *RGLJ*, 1950, pp. 635 a 669.
- «En torno a las consecuencias civiles del delito», en *RDP*, 1966, pp. 1065 a 1072.
- TERRÉ, F. (et al.), *Droit civil. Les obligations*, 12.^a ed., París [Dalloz], 2019.
- TORRES AGUILAR, M., *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*, Mesina [Sicania], 2008.
- VALDITARA, G., *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milán [Giuffrè], 1992.
- «Dall'aestimatio rei all'id quod interest nell'applicazione della *condemnatio aquiliana*», en VACCA (coord.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Turín [Giappichelli], 1995.
- «Dalla *lex Aquilia* all'art. 2043 del Codice civile», en *Seminarios complutenses de Derecho romano*, vol. XV, 2003, pp. 247 a 307.
- VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Les conditions de la responsabilité*, en GHESTIN (dir.), *Traité de Droit Civil*, 3.^a ed., París [LGDJ], 2006.

- VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al nuevo Código penal*, Madrid [González y Vicente], 1848 (consultado a través de la *Biblioteca Digital Hispánica*, de la Biblioteca Nacional de España, disponible en la dirección: <http://bdh.bne.es>).
- WILLEMS, J., «Essai sur la responsabilité édictée par les articles 1382-1386 du code civil», *Revue générale du Droit*, tomo XIX, 1895, pp. 110 a 150.
- YZQUIERDO, M., «El perturbador artículo 1092 del Código civil: cien años de errores», en AA.VV., *Centenario del Código civil (1889-1989)*, Madrid [Centro de Estudios Ramón Areces], 1990.
- «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación», en *RCDI*, n.º 603, 1991, pp. 443 a 490.
- *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid [Reus], 1993.
- «Justicia penal y derecho civil “light”», en *El Notario del siglo XXI*, n.º 85, 2019, pp. 84 a 90.
- *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*, 5.ª ed., Madrid [Dykinson], 2019.
- ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford [Oxford University Press], 1996.