

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL  
(DAÑOS CAUSADOS POR EMPLEADOS A TERCEROS)**

**MARIANO YZQUIERDO TOLSADA**

Catedrático de Derecho civil

Ordinario de Responsabilidad civil en la Upco (ICADE)

**I. Un caso muy singular. II. Fundamento de la responsabilidad por el hecho de los dependientes. III. Requisitos de la responsabilidad. 1. ¿Inicial declaración de culpa in operando del dependiente? 2. La relación de dependencia, jerarquía o encargo. 3. La actuación del dependiente en el desempeño de sus obligaciones: el nexo de ocasionalidad. 4. En el caso de la responsabilidad civil "derivada de delito", la insolvencia del empleado. IV. La responsabilidad del deudor contractual por el hecho de sus auxiliares. V. Las acciones de repetición contra el autor material del daño.**

**I. UN CASO MUY SINGULAR**

Por encontrarse el hotel cerrado y parte del personal de vacaciones, sólo prestaban servicios aquel día Roberto, el conserje Alvaro y la limpiadora Rosa María.

Roberto, unos días antes le había manifestado a Rosa María, que estaba enamorado de ella, proponiéndole noviazgo, que ella había rechazado, proponiéndole simple amistad. Tal rechazo causó honda impresión al procesado, el cual padece un trastorno de la personalidad de carácter mixto, que se ha manifestado a lo largo de su vida en conductas anómalas, ante hechos de poca trascendencia, llevando una vida familiar y social de gran retraimiento, y con una afección patológica al cine de terror y publicaciones de igual contenido, en las que colaboraba personalmente como dibujante.

El estado depresivo que le produjo la negativa de María Rosa, le llevó a idear una escena, propia de película de terror, en la que protagonistas serían ambos. El día 7 de agosto no acudió al trabajo por su estado depresivo. El día 8, sí lo hizo, y decidió poner en práctica su plan, aprovechando que en el Hotel, además de ellos dos, sólo estaba el conserje. Ante la manifestación de María Rosa de que tenía que llamar a su madre por teléfono, pues al no tener trabajo saldría antes, el procesado le indicó que podría llamar desde el teléfono de la oficina de mantenimiento, que tenía línea directa aceptando la joven. El procesado, tras pasar por la cocina y elegir un cuchillo apropiado para la escena, de trinchar carne, y de 30 centímetros de hoja, se dirigió a la oficina, donde con las luces apagadas y escondido tras la puerta, esperó la llegada de María Rosa. Esta acudió al lugar y tras abrir la puerta, e intentar encender la luz, se vio sorprendida por el acusado, el cual tras agarrarla por el cuello, la clavó el cuchillo en la espalda, desplomándose la joven, la cual suplicó al procesado que no la matara y que pidiera ayuda. El procesado, sacó el cuchillo del cuerpo de la víctima y llamó al

conserje, diciéndole que María Rosa había tenido un accidente, que era grave y que debía llamar a una ambulancia, tras ello llamó a la madre de la víctima, permaneciendo en el lugar hasta la llegada de auxilio y de la policía, que procedió a su detención.

D., S.A. tenía suscrita póliza de seguros en vigor con la compañía de seguros G., S.A. de cobertura de responsabilidad civil, siendo el riesgo cubierto la explotación del Hotel "Park V."

Resulta difícil de creer que en la STS de 4 de diciembre de 1998 (EDE 28269) el asegurador fuera finalmente condenado a satisfacer la indemnización correspondiente a las graves lesiones producidas en la joven agredida. Pero resulta todavía más difícil de creer que en ningún momento se planteara la responsabilidad civil subsidiaria del establecimiento hotelero, o lo que es lo mismo, que no se discutiera el dato mismo de la producción del siniestro. Acaso fuera porque se temía que el Tribunal Supremo acabara diciendo (como así hizo) que como "se trata de una póliza *Multirriesgo* que da cobertura a la responsabilidad civil del asegurado, directa o subsidiaria, frente a los terceros, derivada de cualquier fuente que proceda de la explotación de un establecimiento hotelero", pues entonces "resulta indudable que el asegurado ha sido declarado legalmente responsable civil subsidiario como consecuencia de un daño causado a un tercero, daño ocasionado en el ámbito de la explotación del establecimiento, durante la jornada laboral del empleado y con ocasión de la misma".

En fin, que una vez más la existencia de un seguro provocó que no hubiera que examinar si se daban o no los elementos de la responsabilidad civil. Pero parece bastante claro que no se daban los necesarios para provocar la responsabilidad del empresario. Y si no concurren los elementos de la responsabilidad civil, condenar al seguro del mismo nombre a pagar la indemnización es tan aberrante como condenar al seguro de incendios cuando no ha existido incendio.

## **II. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LOS DEPENDIENTES**

Uno más de los graves problemas de la dualidad normativa existente en los Códigos civil y penal en materia de responsabilidad civil extracontractual es el de la responsabilidad del empresario por la acción de sus dependientes<sup>1</sup>. Cuando el párrafo 4º del art. 1903 C.civ. establece la responsabilidad de "los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados o con ocasión de sus funciones", sienta una atribución *directa* de responsabilidad, al igual que sucede en los restantes supuestos enunciados en el mismo precepto. Por el contrario, la responsabilidad civil "*derivada de la criminal*" - por utilizar la inadecuada terminología al uso- impuesta por el art. 120 C.pen. es *subsidiaria*: "*Son también responsables, en defecto de los que lo sean criminalmente*".

Comparando la fundamentación de ambas formas de responsabilidad del empresario ha puesto de relieve CAVANILLAS MUGICA que la redacción del art. 1384 del Código civil francés, precedente del art. 1901 del Proyecto de 1851 (y éste, a su vez, del 1903-4º C.civ.), es "una encrucijada de influencias: las históricas de POTHIER y DOMAT, una idea de garantía, latente debido a su excesiva *modernidad*, una idea de representación, una idea de culpa en la vigilancia y elección e, incluso, una idea de distribución de riesgos sobre la base del "*cuius commoda eius incommoda*"<sup>2</sup>. El resultado es, en nuestro Código civil, un sistema de presunción de culpa, que ha de ceder, en teoría, ante una prueba de diligencia que se permite al empresario en el párrafo final del artículo. No se trata así de un modelo de responsabilidad vicaria "a la italiana", en el que la obligación de responder nace de la idea de *representación* del empresario por sus empleados ("*qui facit per alium facit per se*"). No se trata, aparentemente, de un esquema en el que la atribución de

---

<sup>1</sup> Es, en efecto, uno de los más graves, pero no el más grave. Puede verse YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, págs. 63 y ss.

<sup>2</sup> CAVANILLAS MUGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, 1987, págs. 88 y 89.

responsabilidad se configure como algo inexcusable, sobre la base indiscutida de que el empleador prolonga su propia actuación a través de sus subordinados. Antes bien, el criterio del legislador civil español se sitúa en el pretendido enlace existente entre el daño producido por el empleado y la falta de cuidado y vigilancia debidos por el principal. De ahí que la jurisprudencia civil no se canse de insistir en que el fundamento de la responsabilidad del empresario está en la culpa *in vigilando* o *in eligendo* <sup>3</sup>. Como dice DE ANGEL, "la desviación que en este punto manifiesta nuestro Código civil no tiene más explicación que el deseo de sus redactores de ser totalmente fieles a la doctrina de la culpa, en el sentido de no dar un trato indiscriminado a empresarios negligentes y a empresarios cuidadosos" <sup>4</sup>.

¿Qué ocurre en el régimen del Código penal? A diferencia de lo que sucede con el art. 1903 C.civ., pero también -no lo pasemos por alto- a diferencia de lo que sucede en el caso de los padres y tutores con el art. 120.1º, no se hace en el art. 120.4º mención de la culpa o negligencia, ni para exigirla ni para presumir *iuris tantum* su concurrencia <sup>5</sup>. No se permite al empresario hacer constar que hubo diligencia por su parte: responde por el simple hecho de ser empresario, de todo daño

---

<sup>3</sup> Pueden verse, de entre tantas, las sentencias de 28 de febrero de 1983 (R.A.J. 1083), 7 de octubre de 1983 (R.A.J. 5314), 9 de julio de 1984 (R.A.J. 3801), 25 de enero de 1985 (R.A.J. 199), 4 de febrero de 1986 (R.A.J. 413), 21 de septiembre de 1987 (R.A.J.6188), 7 de junio de 1988 (R.A.J. 4825), 30 de enero de 1990 (R.A.J. 74), 30 de julio de 1991 (R.A.J. 5435), 19 de noviembre de 1991 (R.A.J. 8412), 19 de julio de 1993 (R.A.J. 6162), 21 de septiembre de 1993 (R.A.J. 6650), 11 de marzo de 1995 (EDE 1569), 11 de marzo de 1996 (EDE 953), 7 de abril de 1997 (EDE 2755), 27 de enero de 1998 (EDE 316) o 19 de junio de 2000 (EDE 13141). COLOCAR MÁS\*\*\*

<sup>4</sup> DE ANGEL YÁGÜEZ, *Tratado de la responsabilidad civil*, Madrid, 1993, pág. 353.

<sup>5</sup> Algo tiene que significar el cambio radical en relación con el Proyecto de 1992 (art. 121.4ª), que basaba la responsabilidad en criterios subjetivos de atribución, al condicionarla a que las conductas de los empleados, independientes, representantes o gestores "supongan la consumación imprudente de un riesgo típico de la actividad que se les encomendó o, de haber dolo en el delito o falta, exista cualquier negligencia por parte de aquéllas en la vigilancia de las actividades de éstos o de sus aptitudes o condiciones personales".

derivado de una conducta delictiva imputable a un hecho acaecido en el ámbito de la propia actividad. El esquema es ahora el propio de la responsabilidad vicaria. Es indiferente que haya o no culpa: se responde por el hecho de tener unos subordinados que actúan por y para el llamado a responder: "no es el acierto en la elección de la persona la que juega como entraña de la responsabilidad civil subsidiaria, sino la utilidad potencial en favor del *dominus* de la actividad del sujeto, que luego cometió el delito" (sentencia de 6 de marzo de 1975, R.A.J. 863). "La responsabilidad civil subsidiaria, basada no ya en la culpa *in eligendo, in vigilando o in educando*, sino en el principio de creación del riesgo, se genera cuando el responsable criminal actúa con anuencia del presunto responsable civil subsidiario..." (sentencia de 24 de febrero de 1995, R.A.J. 241). Y se concibe "como responsabilidad de carácter objetivo, puesto que al patrono o empresa no se le admite prueba alguna tendente a demostrar su diligencia o cuidado" (sentencia de 15 de noviembre de 1978, R.A.J. 3444). Al cometer el delito, el responsable actuaba en beneficio de su principal, y esta responsabilidad aparece como "la consecuencia obligada de la utilidad o beneficio de cualquier clase que sea que reporta al dueño el trabajo o encargo que realizaba el procesado por cuenta de aquél cuando se produjo el daño" (sentencia de 23 de diciembre de 1965, R.A.J. 5864).

Como resultado de esta *pretendida* diferencia de fundamento, tenemos así una responsabilidad (la del art. 1903 C.civ.) *directa y por culpa presunta* y otra (la del art. 120 C.pen.) *subsidiaria y objetiva* (más severa, por tanto, en cuanto a no admitirse la prueba de la ausencia de culpa, pero más benigna por su carácter subsidiario) <sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Ello es así, aunque haya alguna sentencia de la Sala Segunda, como la de 14 de julio de 1999 (EDE 16747), que dice una cosa sorprendente: eso de que la responsabilidad prevista en el art. 120 sea subsidiaria es solamente el producto de una indeseable interpretación literal, a la que califica de "añeja postura restrictiva". Y por eso termina declarando que la responsabilidad del empresario no es subsidiaria, sino directa, gracias al "sentido progresivo que el art. 3.1 del Código civil señala a la hora de

Es evidente que no está justificada la diferencia en cuanto al carácter directo o subsidiario de la responsabilidad precisamente porque no creo que el fundamento de una y otra sea distinto. Además, si el carácter de la responsabilidad del art. 120 es el propio de la responsabilidad vicaria, debe observarse, como hace ZELAYA ETCHEGARAY, que la subsidiariedad no es algo consustancial al sistema de responsabilidad vicaria, sino simplemente una nota característica y singular del Código penal español, probablemente imbuida de la idea de la indemnización civil como una especie de pena criminal que se impone de manera directa al autor del delito. En los ordenamientos en los que se impone la responsabilidad vicaria, el empresario responde directamente de los actos dañosos de sus dependientes, no siendo necesario demandar a éstos ni acreditar previamente su insolvencia. La posible exoneración del empresario vendrá, no cuando acredite su diligencia, sino cuando logre probar que no se dieron los elementos constitutivos de la responsabilidad (*infra*, III) <sup>7</sup>. Es fácil comprender que la jurisprudencia de la Sala Segunda ha encontrado siempre el terreno bien abonado para elaborar una sólida construcción de los requisitos de la responsabilidad: una vez acreditada la infracción penal del subordinado y el daño, el empresario responde objetivamente, sin que pueda acreditar falta de culpa *in vigilando* o *in eligendo*. Pero para el establecimiento de una fórmula tan automática fue preciso elaborar con precisión un claro catálogo de condiciones o requisitos. Cosa que, en principio, no le ha sido necesario hacer a la Sala Primera, pues desde la perspectiva de la responsabilidad por culpa presunta, parecía la culpa del empresario recabar para sí todo el protagonismo.

Pero de hecho, y como demuestra razonadamente el autor citado, el sistema del Código civil, aparentemente presuntivo, ha terminado actuando como el propio de la responsabilidad vicaria: "una expresa (formal) responsabilidad por culpa

---

interpretar las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas" (?)

<sup>7</sup> ZELAYA ETCHEGARAY, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, Pamplona, 1995, pág. 181, en nota 256.

presunta esconde una tácita (real) responsabilidad vicaria" <sup>8</sup>. Parecía como si la responsabilidad vicaria o por representación encajara, en principio, mejor en la responsabilidad contractual, que es la sede natural en la que se nos aparece la empresa como foco de atracción de compromisos de hacer cosas bien hechas: como lugar al que el cliente acude por lo que la empresa es, y no por la confianza personal que pueda ofrecer el operador o dependiente concreto que la representa. Que la empresa es un centro de imputación de compromisos se aprecia con más facilidad en las operaciones del tráfico, en las "relaciones contractuales, precontractuales, postcontractuales y hasta diría paracontractuales, mantenidas con sus proveedores y clientes" <sup>9</sup>, lo que se traduce en la responsabilidad (contractual) vicaria *químicamente pura* o por representación.

Con un ejemplo de la vida diaria comprobaremos cómo no se ve razón alguna para que, llevadas las cosas al terreno extracontractual, apreciemos un fundamento diferente en la responsabilidad en los casos en que, además, el hecho revista caracteres de delito. Ciertamente es que la razón de ser de la empresa fabricante de automóviles se aprecia en el ámbito de las relaciones contractuales; para eso precisamente se creó la empresa. Ciertamente que el comprador, cuando adquiere un último modelo, pone su atención en la garantía que la firma representa, y no en el aspecto que pueda merecer el trabajador que canta las virtudes del vehículo. La responsabilidad por los daños que cause un defecto de fabricación encajará de lleno en el severo panorama de la responsabilidad vicaria o por representación. Hasta aquí, la responsabilidad contractual. Pero pongamos ahora a ese comprador en su papel de peatón: si éste relaja su diligencia a la hora de cruzar la calle no va a ser, desde luego, porque piense que el camión que se acerca pertenece a la empresa fabricante del coche del año. Y si esto es así, ¿por qué van a ser las cosas de una manera cuando el atropello es

---

<sup>8</sup> ZELAYA, cit., págs. 182 y ss.

<sup>9</sup> RUBIO GARCIA-MINA, *La responsabilidad civil del empresario*, Madrid, 1971, en especial págs. 11, 57 y 59.

resultado de un delito de imprudencia punible y de otra cuando el acto sea un mero ilícito civil?

Pues bien, si a pesar de todo el Código penal opta por configurar como vicaria la responsabilidad civil del empresario derivada del delito cometido por su dependiente, no se encuentran razones para que las cosas cambien en el régimen del Código civil. La práctica diaria lo demuestra, con la clarísima tendencia objetivadora de la jurisprudencia civil. La siguiente afirmación se ha convertido casi en una fórmula de estilo de las sentencias: "cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela ello la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo por prevenir" (por todas, la de 22 de diciembre de 1986, R.A.J. 7796). Decir que el sistema basa "el deber de indemnizar en la teoría del riesgo, a no ser que el suceso tenga su causa en la culpa exclusiva y manifiesta del perjudicado" (sentencia de 22 de noviembre de 1983, R.A.J.6490) es decir que la fórmula coincide en la práctica con la severísima de los Códigos italiano y francés, en donde es literalmente imposible una prueba exoneratoria que consista en la demostración de la falta de negligencia del empresario. El empresario responde, en definitiva, porque es empresario, porque de la empresa sólo pueden salir las cosas bien hechas, porque los terceros que contratan o se relacionan con el trabajador lo hacen confiados en que con quien se relacionan es en realidad con la empresa..., porque si la empresa se beneficia de su actividad (máxime si ésta ocasiona riesgos para la sociedad: industrias químicas, compañías aéreas, laboratorios farmacéuticos, etc.), hay que estar "a las duras y a las maduras", que es la manera castiza de decir lo que los romanos decían con un célebre aforismo: "*ubi emolumentum, ibi onus*" ("allí donde esté el beneficio, ahí ha de estar también la carga")<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Además, tenemos el argumento de la contradicción que ofrece el art. 1904 C.civ.: si el empresario responde por culpa, pero luego puede repetir del empleado lo que por él pagó, ¿a qué queda reducida la culpa del empresario? ¿No será que responde por otra razón?

En fin, basar la responsabilidad en la culpa *in eligendo* o *in vigilando* es partir de la inicial afirmación de la posibilidad teórica de que el empresario puede escoger al hombre perfecto, y un imposible semejante no puede servir de base a una institución jurídica. ¿Qué culpa cabe imputar a quien contrata para trabajar en un hospital a un médico a quien su propia titulación nos permite suponer que se trata de alguien competente? ¿Hay culpa en un empresario social? ¿Y en un menor o incapacitado, a quien el art. 5 del Código de comercio permite continuar el comercio que ejercían sus causantes? Sólo en la teoría del riesgo cabe encontrar el auténtico fundamento de la responsabilidad empresarial. La explicación no puede estar sino en la idea de que cada uno debe soportar el riesgo de su propia economía individual. El simple poder de dirección general por parte de la organización implica el compromiso patrimonial y la asunción de ese riesgo consistente en la atribución sobre el patrimonio propio de los derechos y, por ende, de las obligaciones que derivan de la actividad y el ejercicio empresarial.

Y si el fundamento de la responsabilidad prevista en el art. 1903, pº 4º C.civ. coincide, pese a todo, con el de la declarada en el art. 120.4º C.pen., ¿por qué ha de ser ésta subsidiaria y aquélla directa? No vale decir que debería ser al revés porque resulta un contrasentido que cuando más grave es el acto (es decir, en el caso de haber delito) la responsabilidad del empresario es precisamente menor. No vale decirlo porque desde el punto de vista civil, el daño no es más grave por el hecho de existir delito, ni menos grave cuando no hay infracción penal del trabajador. Simplemente, el régimen de la responsabilidad del empresario no puede ser diferente en ambos Códigos, cuando se está regulando idéntico problema civil.

Un sistema claro, ordenado y coherente sería el que pasase por un reconocimiento de que la responsabilidad civil del empresario, ya provenga de un hecho constitutivo de delito del trabajador, ya de un acto dañoso no delictivo: a) tiene carácter vicario, no siendo posible la exoneración por la demostración de la diligencia *in vigilando vel in eligendo*; b) es directa y no

subsidiaria; c) requiere inicial declaración de culpa *in operando* del trabajador (si ésta no se observa, y sí un fallo de la empresa, una "culpa anónima", la responsabilidad se basará en el art. 1902 (o en el 1101, si es contractual), y no será por el hecho ajeno ex art. 1903); y d) deja abierta la vía de reingreso o reintegro contra el autor material del daño. Y el caso es que el Código penal se apunta a las notas a) y c), pero no a las b) y d), mientras que el Código civil hace justo lo contrario.

### III. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD

En cualquier caso, para que el empleador esté llamado a responder es preciso que se den en el caso una serie de condiciones, basadas en el actuar del dependiente, en su condición de tal y en las circunstancias de lugar y tiempo de la causación del daño. La realidad es que el carácter claramente vicario o por representación de la responsabilidad del empresario prevista en el Código penal ha determinado que el control casacional de los requisitos sea mucho más lineal y uniforme en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que en de la Sala Primera. Ello contrasta con esa *tensión* que, en el sistema del Código civil, encontramos entre una responsabilidad que aparentemente es por culpa presunta, pero que en el fondo es también vicaria y severamente objetiva, una tensión que lleva a que la jurisprudencia sea mucho más dubitativa a la hora de apreciar los requisitos. Veamos cuáles son éstos.

#### 1. *¿Inicial declaración de culpa in operando del dependiente?*

Es ésta condición absolutamente inexcusable para que opere la responsabilidad prevista en el art. 120 C.pen. En un sistema de responsabilidad subsidiaria, el empresario sólo responde cuando los daños sean consecuencia de un delito cometido por el dependiente, que además resulta insolvente para hacer frente a la responsabilidad civil. No bastan así las abstractas faltas de servicios ni las culpas más o menos anónimas, precisándose una

inicial imputación criminal a título de dolo o culpa (art. 10 C.pen.).

Estando claro el requisito cuando se trata de responsabilidad *ex delicto*, es éste un punto que dista de encontrarse definitivamente resuelto en la aplicación del art. 1903, pº 4º C.civ.: si fuese *formalmente* cierto que se trata de un régimen de responsabilidad vicaria, no cabe duda de que la inicial declaración de culpa *in operando* del trabajador ha de ser también exigida para que se pueda comprometer al empleador. Y así lo dicen no pocas resoluciones, al afirmar tal culpa "como soporte fáctico y legal necesario para dar lugar, en segundo grado, a la responsabilidad de aquellas personas que están obligadas a responder" (sentencias de 23 de febrero de 1966, R.A.J. 1297, y 25 de octubre de 1980, R.A.J. 3638).

Pero si la Sala Primera insiste una y otra vez en que la del empresario es una responsabilidad, no vicaria, sino por culpa presunta <sup>11</sup>, es obligado sorprenderse, como hace CAVANILLAS, de que la jurisprudencia civil exija este requisito, pues "si la responsabilidad del empresario se debe a su propia culpa, con ésta ha de valer" <sup>12</sup>. Que se exija en la jurisprudencia de Italia o de Francia no ha de sorprender -dice, dado que se trata de sistemas de responsabilidad vicaria, con presunción *iuris et de iure*. Pero que lo exija nuestro Tribunal Supremo acaso no es más que un velado reconocimiento de que la responsabilidad del empresario es siempre vicaria y objetiva. En fin, o el empresario responde "porque es empresario", objetiva y automáticamente, en cuyo caso la exigencia de culpa *in operando* del trabajador es completamente coherente (y la vía de regreso del art. 1904 también), o responde por culpa presunta, *in*

---

<sup>11</sup> Ultimamente, pueden verse las sentencias de 4 de febrero de 1999 (EDE 931) y 19 de junio de 2000 (EDE 13141). Con anterioridad, y por citar sólo alguna, lo dicen las sentencias de 4 de octubre de 1980 (R.A.J.3614), 16 de marzo de 1982 (R.A.J. 1380), 7 de junio de 1984 (R.A.J.3217) y 30 de noviembre de 1985 (R.A.J. 5918). Una relación probablemente exhaustiva en BARCELÓ DOMÉNECH, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, 1995, págs. 303 y 304.

<sup>12</sup> CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación...*, cit., pág. 92

*eligendo vel in vigilando*, pero entonces no cabe entender la inicial declaración de culpa del trabajador como requisito (y no procederá acción de regreso).

Con todo, sería de desear una superación de las dificultades por medio de una clarificación legislativa, pues no cabe duda de que erigir en "asociaciones incontrovertibles" los binomios "responsabilidad vicaria/*culpa in operando*" y "responsabilidad por culpa/no necesidad de culpa *in operando*" supone dejar sin solución el caso, nada infrecuente, del daño que se ha causado en la actividad empresarial sin que sea posible identificar al autor material del mismo, y hasta de los supuestos de daños causados por personas incapaces de culpa, que llevan a cabo labores diversas a pesar de su discapacidad (lo cual es incluso promovido por los propios ordenamientos constitucionales, en aras de la integración social de estas personas). En Italia se ha propuesto sin ambages la desaparición de la culpa *in operando* como requisito de la responsabilidad del empresario (y ello, recordémoslo, a pesar de tratarse el italiano de un sistema claramente vicario). Hasta es posible que haya que felicitarse de que el sistema español, con su cruce endemoniado de notas propias de sistemas diversos, facilite a los jueces instrumentos suficientemente flexibles para dar solución a todos los casos imaginables, incluso aquellos en que se produce la que BARCELÓ describe como "disolución de la figura del empleado en los complejos entresijos de la organización productiva".

De hecho, tampoco faltan sentencias en la Sala Primera, como las de 25 de octubre de 1980 (R.A.J. 3638), 16 de marzo de 1982 (R.A.J. 1380) o 16 de junio de 1983 (R.A.J. 3630), en las que se estableció la responsabilidad de la empresa no obstante la total ausencia de culpa del trabajador. O las que, como la de 27 de enero de 1998 (EDE 316), entienden que hubo negligencia de alguna persona dependiente de identidad ignorada. Lo que no parece de recibo es que, si no se observa culpa *in operando* del médico, el fallo del servicio hospitalario tampoco comprometa al INSALUD, como parece de la sentencia de 4 de febrero de 1999 (EDE 931). Lo que ocurrirá en todos estos casos es que ya no

estaremos hablando de una responsabilidad por el hecho ajeno, sino por actos propios, al estilo de lo que en Francia denominan "*faute de service*" en el ámbito de la responsabilidad de la Administración.

## **2. La relación de dependencia, jerarquía o encargo**

"Empleados o dependientes, representantes o gestores", dice el art. 120.5º C.pen., con más riqueza de matices que la expresión utilizada por el art. 1903, pº 4º C.civ., que habla, sin más, de "dependientes". Este elemento fundamental de la responsabilidad del empresario no tiene precisamente unos contornos bien definidos, si nos atenemos a la abundante jurisprudencia a que ha dado lugar<sup>13</sup>.

Está claro que no es necesario que medie una **relación jurídico-laboral**, por más que sea la dependencia laboral la más paradigmática y frecuente. La dependencia no significa aquí lo que la doctrina laboralista entiende como condición para que exista contrato de trabajo. Tampoco se ciñe la responsabilidad empresarial a los casos en que existe control o dirección técnica, pues el profesional de la medicina o de la arquitectura también van a ser "dependientes" a los efectos de la responsabilidad civil, por más que su actividad no sea controlable por el empresario: la independencia propia de sus elevados conocimientos técnicos precluyen las ingerencias del empresario sobre lo que es una ejecución plenamente liberal de la *lex artis*, pero a los efectos de la responsabilidad no cabe deducir de ello, como hace GITRAMA, que "el organismo que con el médico contrató los servicios de éste, no puede ser considerado responsable de las faltas cometidas por el mismo en la práctica de su arte", limitando con ello la responsabilidad de ese organismo a los supuestos en que la falta del médico respecto del enfermo deriva de alguna actuación fácilmente controlable

---

<sup>13</sup> Sobre el tema, SIERRA PÉREZ, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, Madrid, 1997.

por la entidad (regímenes de consultas y de visitas, por ejemplo)" 14.

Una tesis tan restrictiva llevaría a exonerar de responsabilidad cada vez que se trata de empleados con alto nivel técnico y titulaciones académicas (cirujanos, arquitectos, etc.), pues en tales casos el empresario nada tiene que decir sobre cuestiones técnicas. Antes bien, el concepto de dependencia se ha trasladado de la "dirección técnica" a la pertenencia a la "organización económica" de la empresa, esto es, del control a la titularidad empresarial. De no ser así no sería concebible la condena de un hospital por la negligencia de un cirujano. Además, pensemos en las dificultades que en la práctica arrojaría tener que distinguir entre la esfera plenamente controlable por el empresario y la que escapa de tal control 15.

Con todo, el manejo del requisito de la dependencia, a veces con un sentido de adscripción al giro o tráfico de la actividad propia de la organización empresarial, y a veces como relación en la que existe una dirección o control por parte del llamado a responder, la jurisprudencia ha podido atribuir responsabilidad en una variada gama de situaciones distintas de la que concurre en el contrato de trabajo, de las que se pueden destacar las siguientes:

1. Responsabilidad deducida de la dependencia en el marco de la **gestión representativa** (poder, mandato, comisión

---

14 GITRAMA GONZÁLEZ, *Configuración jurídica de los servicios médicos*, en *Estudios de Derecho público y privado en homenaje al prof. Serrano y Serrano*, Valladolid, 1963, pág. 364.

15 Buen ejemplo es el supuesto resuelto por la sentencia de 19 de enero de 1972 (R.A.J. 287): ante el fallecimiento de una parturienta producido por la infección de los restos de placenta que habían quedado sin expulsar, el Tribunal afirma como "consecutivas e intolerables negligencias omisivas": "el deber de residencia en Tarrasa" (habiendo sido ya sancionado disciplinariamente por este incumplimiento) y el hecho de "que con laudable celo se le advirtió por su ayudante y subordinado la necesidad imperiosa de un legado con anestesia" (advertencia que fue desatendida). Cosa distinta habría sucedido, probablemente, si la paciente hubiese elegido y contratado libremente los servicios de un ginecólogo que no tenía relación alguna de dependencia laboral ni profesional con el sanatorio.

mercantil, etc.). Suele tratarse de delitos contra el patrimonio, respecto de los cuales ha determinado la Sala Segunda del Tribunal Supremo la responsabilidad del mandante sobre la base de la dependencia que con él guardaba el mandatario. En el caso de la sentencia de 28 de abril de 1968 (R.A.J. 2457) se declaró la comisión de una estafa, al venderse como libres de cargas unas viviendas que se encontraban gravadas con hipoteca. La responsabilidad subsidiaria de aquel en cuyo nombre y representación actuó el delincuente se determina con base en que era el dueño del terreno, la construcción se iba a costear a sus expensas y las relaciones de sumisión y servicio con el representante eran patentes para los compradores. Expresamente de dependencia habla, para un caso semejante, la sentencia de 5 de marzo de 1977 (R.A.J. 948).

Para un caso de comisión mercantil, la sentencia de 12 de mayo de 1992 (R.A.J. 3869) declara la responsabilidad subsidiaria de un concesionario de automóviles, pues el comisionista, cuando desempeña la comisión contratando en nombre del comitente, "exterioriza más acusadamente su subordinada vinculación al mismo, su dependencia actuacional". Y existen casos en los que el Supremo prefiere no entrar a dilucidar si la auténtica naturaleza de la relación: en la muy interesante sentencia de 23 de diciembre de 1971 (R.A.J. 5524), los agentes colaboradores de una Compañía de capitalización habían conseguido suscribir diversas pólizas, pero no enviaron la correspondiente cuota a la Compañía, sino que se apropiaron del dinero. Dice la sentencia: "...Cualquiera que sea la relación jurídica que a su quehacer y relación quiera otorgarle, de comisionista o de empleados laborales, o de meras personas actuantes en provecho de aquella sociedad (...) todas ellas encajan (...) en la relación subjetiva de dependencia propia de la responsabilidad objetiva subsidiaria, sin tener que analizar normas legales más o menos directamente aplicables...".

2. Responsabilidad deducida de una dependencia basada en el **contrato de obra**. Aunque en términos generales hay que rechazar la responsabilidad del comitente por los daños que causen o sufran los empleados del contratista (y no son pocas las

resoluciones que así lo hacen expresamente <sup>16</sup>), no faltan casos en que, por mucho que el contratista goce de libertad plena en cuanto sea de su incumbencia técnica, el dueño de la obra es condenado, entendiéndose que mediaba una más o menos expresa reserva del control sobre los trabajos a efectuar por el contratista y los empleados de éste, a lo que a veces se añade el dato o indicio del provecho económico del comitente en relación con la obra encargada al contratista.

El tema es de importancia capital, pues no sé si habrá en España alguna obra que se ejecute sin el sistema de la subcontrata. Y en este punto coinciden en términos generales los pronunciamientos de ambas Salas del Tribunal Supremo: la regla general es la no responsabilidad del comitente por los daños causados por el que en Derecho anglosajón se denomina "contratante independiente", o por los empleados de éste, pues el contratista trabaja a su riesgo y sin depender del comitente. Excepcionalmente, se declara la responsabilidad cuando haya existido por parte del comitente una reserva de la dirección y vigilancia de los trabajos del contratista o subcontratista <sup>17</sup>. La diferencia entre la jurisprudencia civil y la penal está en que la primera suele efectuar un análisis notablemente más detallado y técnico de la relación existente entre el responsable civil subsidiario y el contratista independiente, cosa de la que no se suelen preocupar en la jurisdicción criminal.

Así, en la sentencia de 11 de julio de 1980 (R.A.J. 3149) se condena a la empresa propietaria de la obra, que había contratado con un empresario individual la construcción de unas naves metálicas. Este contratista a su vez subcontrató la confección del revestimiento exterior de una nave con otro empresario. El andamio tocó un cable de alta tensión y murieron varios obreros del subcontratista. La Audiencia condenó criminal

---

<sup>16</sup> Últimamente puede verse, con abundante cita jurisprudencial, la sentencia de 20 de diciembre de 1996 (EDE 9163), o la de 11 de junio de 1998 (EDE 4869).

<sup>17</sup> Una buena síntesis jurisprudencial en ZELAYA, cit., págs. 354 y ss. (para la jurisprudencia civil) y 365 y ss. (para la penal).

y civilmente al contratista y al capataz, determinando la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, que recurrió en casación. El Tribunal Supremo determinó que "basta para dar por existente el nexo o relación del que deriva la responsabilidad civil subsidiaria, que el responsable civil subsidiario reciba cualquier utilidad, ventaja, satisfacción o goce, máxime si es valorable económicamente, de la actuación del responsable penal". Criterio del provecho o beneficio que también se maneja en la sentencia de 5 de diciembre de 1989 (EDE 10907) para concluir que si no hay dependencia laboral, sí al menos económica. Pero el criterio decisivo por el que excepcionalmente se condena al comitente es, repito, el de si existían o no facultades de decisión o control reservadas por el comitente (últimamente, sentencias de 25 de mayo de 1999, EDE 13360, 24 de julio de 2000, EDE 22074, y 29 de septiembre de 2000, EDE 28964). Recientemente, la sentencia de 4 de junio de 2002 (EDE 20076) declara que el contratista debe responder de lo que hagan las personas subcontratadas en la obra si sabía que no había director de obra, pues en ese caso ha de ser él quien asuma las funciones del arquitecto técnico.

3. Un claro exponente de cómo se pueden interpretar torcidamente los conceptos lo constituye la responsabilidad civil subsidiaria basada en una ficticia dependencia pretendidamente derivada de **encargos familiares, situaciones de amistad, relaciones de favor**, etc. Es bien cierto que este tipo de relaciones quedan fuera del Derecho laboral (art. 1.3, letras d) y e) del Estatuto de los Trabajadores), pero a juzgar por lo que se dice en algunas declaraciones jurisprudenciales, no queda excluida la dependencia a los efectos de la responsabilidad civil. Un caso lo encontramos en la sentencia de 9 de diciembre de 1992 (R.A.J. 10025), que declaró la responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de un bar por el homicidio cometido por una persona que llevaba a cabo labores de guarda, limpieza y protección de las jovencitas que trabajaban en él, al parecer

por pura amistad o benevolencia con aquéllos <sup>18</sup>. No entra el Supremo a decidir de qué tipo era la relación, pero parece que no le hacía falta, pues "no resulta necesario que entre responsable directo y subsidiario exista una relación jurídica concreta, ni menos que se corresponda con una determinada categoría negocial, pudiendo tratarse de un vínculo de hecho en méritos del cual el responsable penal se halle bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial o esporádica, de su principal". "Lo que vincula al responsable civil subsidiario no es la naturaleza de la relación existente con al autor del delito, sino la existencia de esa relación", había dicho ya la sentencia de 16 de octubre de 1958 (R.A.J. 3316). Este tipo de afirmaciones han servido constantemente a la jurisprudencia para declarar responsable civil al propietario del vehículo de motor por el delito cometido por quien lo conducía, merced a una simple cesión gratuita de uso. "Relación de dependencia y servicio estable y duradera o fugaz y transitoria", dice la sentencia de 31 de octubre de 1985 (R.A.J. 5079), que ni tan siquiera precisa que de la relación se derive beneficio para el llamado a responder (sentencia de 4 de diciembre de 1989, R.A.J. 9414). Del tema trataré no corresponde tratar aquí <sup>19</sup>.

### **3. La actuación del dependiente en el desempeño de sus obligaciones: el nexo de ocasionalidad**

Por último, es necesario que el daño se haya causado en el marco de las actividades propias de la función del dependiente.

---

<sup>18</sup> En la sentencia de 10 de julio de 1987 (R.A.J. 5312) el titular de un Club es condenado civilmente en un supuesto parecido: había sido contratado para mantener el orden y la seguridad del local y de los clientes una persona que acudía habitualmente acompañada de otro sujeto, cosa que sabía el dueño del local. En un intento de proteger a unas camareras, el acompañante dio muerte a dos personas y lesionó a otras dos.

<sup>19</sup> Puede verse YZQUIERDO, *Sistema de responsabilidad...*, cit., págs. 297 y ss.

Debe existir un nexo de ocasionalidad (término tomado de la doctrina italiana) entre el hecho dañoso y las funciones asignadas, de manera que el desempeño de éstas viene a ser la ocasión necesaria de aquél (últimamente, sentencia de la Sala Segunda de 22 de septiembre de 2000, EDE 27967). Si bien el daño se produce materialmente (causa inmediata) por su ejercicio dentro del ámbito de funciones conferido, su causa mediata se encuentra en esa atribución o investidura. El empresario no responde por el hecho de ser titular frente a los subordinados de una relación laboral o del tipo que sea, sino porque les ha atribuido una competencia de la que precisamente se ha derivado el daño a reparar, sin que, por otra parte, sea necesaria una orden concreta y precisa para cada acto (sentencia de 3 de febrero de 1964, R.A.J. 571).

Dadas las escasas posibilidades reales que tienen los empresarios para probar su no culpa (nulas en el caso de delito del empleado, al tratarse la del art. 120 C.pen. de una responsabilidad marcadamente vicaria y objetiva), las pocas posibilidades de exoneración pasan por la demostración de que el empleado se extralimitó de su función. Pero ese cariz severamente objetivo ha llevado a la jurisprudencia a adoptar una línea de interpretación flexible y aperturista de los casos de extralimitaciones por parte del empleado: no se exige que el daño se produzca en el desempeño del servicio, bastando que el hecho tenga lugar "*con ocasión próxima* del mismo servicio, haciendo uso de medios o instrumentos puestos a su disposición" (sentencia de 10 de febrero de 1972, R.A.J. 846).

A la hora de dilucidar en qué ocasiones existirá una extralimitación que excluya la responsabilidad del empresario, es de gran utilidad la distinción elaborada por la sentencia de 15 de noviembre de 1978 (R.A.J. 3444), para un supuesto de responsabilidad *ex delicto*: si el dependiente se coloca previamente al margen u obra como extraño a la relación de trabajo, y en el curso de esa situación comete el delito, en tal caso puede decirse que falta el requisito de haber obrado con las obligaciones o servicios encomendados. Por el contrario, si la propia extralimitación laboral constituye el delito,

actividad laboral y actividad delictiva se identifican, sin que pueda decirse que el reo al cometer la culpa se hubiera colocado en esfera distinta a la del servicio. Tal conducta, en el segundo caso, se considerará ajena a la causa del vínculo mutuo que les une, considerándose que "obran por su cuenta, por voluntad no sometida a la disposición del dueño" (sentencia de 21 de septiembre de 1965, 3792).

Hasta aquí, las cosas están claras. La dificultad aparece a la hora de delinear los criterios que han de valer para saber si la extralimitación del subordinado reviste caracteres suficientes para excluir la responsabilidad del principal. Hay que decir, con VINEY, que no es criterio que valga por sí sólo el basado en consideraciones de **horario o lugar de trabajo**, pues habrá daños causados como consecuencia de actos delictivos llevados a cabo por el trabajador fuera de la jornada o del lugar de trabajo, pero que tengan relación directa con las funciones encomendadas, de la misma manera que puede haber actuaciones delictivas que encajen temporal y espacialmente en el trabajo pero que nada tengan que ver con las funciones <sup>20</sup>. Tampoco los criterios basados en el manejo de los instrumentos de trabajo es completamente seguro: un vigilante jurado puede abusar de su arma reglamentaria en el curso de una reyerta ajena por completo a sus funciones, cosa que en principio determinará la exoneración del empresario.

No es tampoco un criterio decisivo para exonerar al empresario el hecho de que el dependiente haya desobedecido una orden dada por el principal, sin que ello quiera decir que la **desobediencia** no deba tener nunca relevancia alguna. Si desobedecer una orden fuese un dato que automáticamente conllevara la exención de responsabilidad subsidiaria de la empresa, el precepto tendría una aplicación más bien excepcional. Con todo, la jurisprudencia es algo vacilante, pues

---

<sup>20</sup> VINEY, *Les obligations. Conditions*, en el *Traité de Droit civil* de Guestin, t. IV, Paris, 1982, pág. 889. Sobre la responsabilidad del empresario por el delito causado por el trabajador fuera del horario y lugar de trabajo, pueden verse las sentencias de 12 de febrero de 1968 (R.A.J. 864), o de 6 de julio de 1990 (R.A.J. 6245), en ninguna de las cuales hubo exoneración.

si bien algunas sentencias entienden que, en efecto, el empresario solamente quedará exonerado si con la vulneración de las órdenes o instrucciones recibidas el empleado se ha situado fuera del ámbito de sus funciones (así, en la sentencia de 29 de noviembre de 1992, R.A.J. 7217), otras quieren hacernos creer que lo importante es que haya existido una desobediencia cierta y abierta de una prohibición expresamente formulada por el principal, en cuyo caso la exención de éste será automática (sentencia de 31 de octubre de 1985, R.A.J. 5079). Me parece más correcta la primera solución.

Me parece fuera de duda que los anteriores criterios son, efectivamente, insuficientes por sí mismos, si bien proporcionan datos valiosos, constituyendo indicios que ayudan a examinar si la extralimitación del trabajador fue lo suficientemente excluyente para tener fuerza exonerativa para su empleador o principal. La evolución de la jurisprudencia ha sido bastante clara, pues, como relata la sentencia de 26 de enero de 1984 (R.A.J. 412), en un primer momento se exigía que los actos del empleado se efectuaran en el ejercicio normal de su cometido, pronto se advirtió que difícilmente podría contraerse la responsabilidad criminal principal cuando el asalariado cumpliera escrupulosamente todas sus tareas, con observancia de toda clase de prevenciones y ajustándose a las instrucciones de su principal, por lo que se concluyó estimando que la responsabilidad civil debe generarse partiendo incluso de un ejercicio anormal de las tareas del empleado, con tal de que dicha anormalidad no excediese la esfera natural de la relación.

Debe resultar mucho más decisivo que cualquier otro criterio, y en consonancia con la consabida teoría del riesgo empresarial, averiguar si la actividad dañosa tuvo lugar en el marco de una actuación realizada en exclusivo interés particular del agente o si, por el contrario, se trataba de actos situados, siquiera tendencialmente y por mucho yerro que mediara en su ejecución, en la **esfera del servicio** o beneficio para el empresario. Así por ejemplo, el vigilante jurado, empleado de una empresa de seguridad, que padece una enfermedad mental y comete un asesinato frustrado cuando vigilaba una finca,

naturalmente que se extralimita de lo que es el ejercicio normal de sus funciones, pero no por ello dejará de comprometer la responsabilidad de la empresa (sentencia de 12 de abril de 1995, R.A.J. 3379).

A este respecto, revisten particular interés los **delitos patrimoniales**, pues según el criterio del beneficio, cabría excluir la responsabilidad del empresario cuando el empleado es condenado como autor de un delito de estafa, hurto, falsificación, etc., en perjuicio de los clientes de aquél. Si el empleado de un Banco, consultado por unos clientes, aconseja a éstos la apertura de una cartilla de ahorros y sugiere le hagan previa entrega de una suma de dinero que inmediatamente se apropia en beneficio privado, y es condenado por estafa y apropiación indebida, parece claro que su actuación no debe comprometer al Banco (sentencia de 24 de marzo de 1961, R.A.J. 1288). Sin embargo, tampoco resulta un criterio definitivo, pues no faltan resoluciones que condenan al empresario si el autor del delito es una persona precisamente encargada de llevar a cabo las operaciones cuyo desarrollo origina la comisión del mismo, y la víctima del engaño confió en que el empleado actuaba dentro del cometido propio de sus funciones: es la *teoría de la apariencia*, a cuyo tenor el empresario ha de responder si el conjunto de funciones propias del trabajo confieren al subordinado una apariencia externa de legitimidad en todo cuanto haga en relación con terceros, siempre que se trate de actos pertenecientes a la función y siempre que tales terceros actúen de buena fe, amparados en la creencia de legitimidad.

Tal es el caso de la sentencia de 6 de marzo de 1975 (R.A.J. 863): el Delegado de una empresa de mobiliario de oficina realizó unos pedidos a los proveedores habituales de la empresa, pero los muebles no fueron entregados a ésta, sino vendidos a título particular y a bajo precio, reteniendo para sí el dinero. El que el autor de los delitos (estafa y apropiación indebida) fuera la persona encargada de recibir los pedidos bastó para establecer la condena de la empresa para la que trabajaba. Y hasta puede suceder que el empleado cometa el delito en el desempeño de actividades que forman parte del

tráfico de la empresa, pero que no se cuentan entre las atribuciones que concretamente tiene asignadas aquél, como ocurrió en la sentencia de 18 de diciembre de 1981 (R.A.J. 5033): el dependiente de aquella Caja de Ahorros no tenía a su cargo el Negociado de Imposiciones a plazo fijo, pero de los daños causados por sus estafas fue condenada la Caja de Ahorros, pues el delincuente participaba habitualmente en la captación de clientes, percibiendo incentivos por ello.

En definitiva, resulta difícil proporcionar una fórmula universalmente válida que vaya más allá de un cúmulo de indicios circunstanciales que acrediten el nexo de ocasionalidad. La casuística es enorme, pues se trata de una responsabilidad que, como dice ZELAYA,, "se mueve entre dos grandes tendencias: la necesidad de condenar civilmente al empresario que ha autorizado genéricamente a una persona o entidad para realizar una actividad que económicamente le reporta beneficio, lucro o utilidad, y el sentir común de que sería injusto hacerlo responsable de todos los actos realizados por sus dependientes y que causen daños a terceros" <sup>21</sup>. Puede resultar muy práctica la presunción, propuesta por algún autor, de que el empleado se hallaba en el ejercicio de sus funciones, salvo prueba en contrario del empresario <sup>22</sup>.

Naturalmente, por lo dicho al comienzo de estas páginas, si la empresa cuenta con un seguro de explotación es previsible que se aprecie con bastante alegría el requisito de la actuación dentro del servicio encomendado. En la STS de 11 marzo 2002 (EDE 7944) la Parroquia tenía asegurada la responsabilidad civil derivada de los actos realizados por monitores y niños o sufridos por éstos últimos en las actividades de esparcimiento propias del centro. El caso es que mientras se estaba representando por los niños "La Bella Durmiente", el director del centro fue llamando a varios de ellos, con los que cometió repugnantes abusos sexuales. No deja de ser curioso que se

---

<sup>21</sup> ZELAYA ETCHEGARAY, cit., pág. 440.

<sup>22</sup> Así, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1989, págs. 626 y 627.

estableciera la responsabilidad del asegurador y que para ello se partiera de una afirmación tan sumamente discutible como que resulta "innegable la responsabilidad civil subsidiaria de la Parroquia por los actos de los monitores". Si es así, ya sobraba todo lo referente a la inoponibilidad o no por el asegurador de la comisión dolosa de los hechos, que conforma, con diferencia, la parte más pormenorizada de la resolución.

Muy parecido es el caso resuelto por la STS de 17 octubre 2000 (EDE 37097), en la cual la condena era para el empleado de una sociedad cooperativa. En su cometido de ayuda domiciliaria había cometido repetidos abusos sexuales en la persona del discapacitado al que tenía la misión de cuidar y asear. El seguro de responsabilidad civil general de la cooperativa cubría los daños que los trabajadores de la empresa pudiesen ocasionar a terceras personas en el ejercicio de su labor de ayuda a domicilio, y en ningún momento se dudó de la responsabilidad subsidiaria de la entidad asegurada. A mi juicio, recursos planteados así están llamados a fracasar: discútase si existe responsabilidad de la persona jurídica por los daños causados por el pedófilo y no de si los hechos dolosos se cubren o no (frente a la víctima, se entiende) por las pólizas. La tendencia de la jurisprudencia penal es la de entender el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro en términos de completa inoponibilidad del dolo frente a la acción directa. Lo que el abogado de la empresa debería oponer es la no producción de un siniestro que pueda desembocar en la declaración de la responsabilidad empresarial, o lo que es lo mismo, la extralimitación del trabajador.

En la STS de 22 abril 2002 (EDE 12209) el caso sí es más claro, en la medida en la que resulta poco dudoso que no medió extralimitación excluyente: se trataba del portero de una discoteca que, en su función de control de acceso, protagonizó un incidente de gran violencia en la entrada del establecimiento, determinante de un procesamiento por tentativa de homicidio. Parecidamente ocurre en la STS de 27 mayo 2002, aunque en el caso sí llegó a producirse una muerte. En estos

casos me parece correcta la condena de la empresa propietaria de la discoteca o de la empresa de seguridad, respectivamente, y de las correspondientes Compañías aseguradoras, por la sencilla razón de que no existe extralimitación suficiente como para poder exonerar a los empresarios para quienes los condenados prestaban sus servicios. Dicho ello, no hace ninguna falta que las sentencias insistan en su forma de interpretar el sentido del derecho de repetición previsto en el art. 76 L.C.S. Sencillamente, si hay responsabilidad subsidiaria de la empresa por lo que haga el portero en su función de permitir o impedir, con buenas o malas maneras, la entrada al recinto, y tal responsabilidad se halla cubierta por un seguro, no hay nada más de que hablar.

Resulta curioso que cuando las empresas están aseguradas, el hecho delictivo de un trabajador raras veces esté provocando que se examine la concurrencia de un requisito tan fundamental de la responsabilidad del empresario como es que el daño haya tenido lugar dentro del desempeño del servicio o función del dependiente. El debate se desvía alocadamente por los recurrentes hacia la cobertura o no de los hechos dolosos por el asegurador de responsabilidad civil, cuando lo que habría de impugnarse es la apreciación en sí misma del concepto de siniestro. Y, naturalmente, ello está brindando en bandeja al Tribunal Supremo sucesivas oportunidades para sedimentar su doctrina acerca de la inoponibilidad de la *exceptio doli*. En el caso de la sentencia de 4 de diciembre de 1998 (con la que se han adelantado *supra* I algunas de las coordinadas de esta ponencia), en ningún instante del procedimiento se habló de la cuestión verdaderamente trascendental, a saber, si el que un loco apuñale a la joven limpiadora, despedido por el rechazo de ésta, era algo que formaba parte del concepto de siniestro que se maneja en el seguro de responsabilidad civil. El recurso se planteó alegando inútilmente la inasegurabilidad de los hechos dolosos, y, lógicamente, ello dio pie al Tribunal Supremo para exponer su conocida doctrina, con cita de la conocidísima sentencia de 29 de mayo de 1997 (asesinato con la utilización de

un automóvil <sup>23</sup>). Pero está claro, a mi juicio, que el supuesto tenía otra magnitud diferente. De lo que se tenía que haber tratado es de si la agresión protagonizada por ese perturbado a la infortunada joven constituía un hecho del que tuviera que responder el establecimiento hotelero o no. Y, desde luego, a mi entender nos hallamos ante un caso "de libro" de extralimitación excluyente del trabajador. Por mucha relación de jerarquía o subordinación que exista, si el daño tiene lugar al margen del desempeño de las obligaciones o servicio, no existía responsabilidad del hotel. Por eso tampoco la debía haber del asegurador de éste.

Pero obsérvese que lo de menos es que el delito cometido por el empleado o auxiliar sea doloso o no lo sea. Lo que se excluye por el art. 19 L.C.S. es la responsabilidad del asegurador por el acto dañoso cometido de mala fe por el asegurado, pero eso no significa que no pueda quedar cubierto el comportamiento doloso de las personas por las que el asegurado deba responder <sup>24</sup>. Cosa bien distinta será discernir cuándo existe una extralimitación del empleado suficientemente visible para exonerar a su empresario.

#### **4. En el caso de la responsabilidad civil "derivada de delito", la insolvencia del empleado**

No es preciso insistir en esta condición, exigida para la totalidad de los supuestos del art. 120 C.pen., y que, según ha quedado dicho, es una especificidad sin mucha justificación que contiene el Código penal. La responsabilidad -dice en relación con el derogado art. 22 la sentencia de 15 de noviembre de 1978, R.A.J. 3444)- es "subsidiaria, defectiva o de segundo grado, puesto que sólo se exige para el caso de que el dependiente no

---

<sup>23</sup> Puede verse la ponencia titulada *Daños dolosamente causados en la circulación de vehículos de motor. Polémica sobre su cobertura*, que SOTO NIETO presentó en el I Congreso constituyente de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Granada, 2001, págs. 83 y ss.

<sup>24</sup> Así, ATIENZA NAVARRO, *Daños causados dolosamente...*, cit., p.176, en nota 38.

pueda hacerla efectiva por su insolvencia". Sí conviene añadir aquí que la responsabilidad del empresario era directa, y no subsidiaria, en el primer Código penal que tuvo España (art. 27, nº 5º). El criterio cambió con el Código de 1848 (arts. 17 y 18), donde ya se estableció un sistema vicario en garantía de la insolvencia de los dependientes. Por tanto, y lamentablemente, en ningún momento de nuestra historia han coincidido las soluciones de los Códigos penal y civil.

#### **4. La responsabilidad del deudor contractual por el hecho de sus auxiliares**

Al margen del régimen que haya de aplicarse a los daños causados por los empleados del contratista y de si de ellos debe o no responder el comitente, o de los que causen los empleados del subcontratista, procede plantearse el problema de la responsabilidad contractual que, frente al acreedor, incumbe al deudor que, empresario o no, utiliza auxiliares o dependientes en la ejecución de sus compromisos contractuales. Existen normas dispersas en el Código civil en materia de subarriendo (arts. 1550 y 1551), contrato de obra (art. 1596), mandato (art. 1721), hospedaje (art. 1784) y gestión de negocios (art. 1890), pero lo que falta es una regla general al estilo de las que existen en los Códigos (arts. 1228 C.civ. italiano y 800 del portugués, § 278 del alemán, etc.). Como ha faltado hasta hace poco tiempo un estudio completo y acabado de la figura del auxiliar del deudor, de los criterios de atribución de la responsabilidad y de los mecanismos de defensa con que cuenta el acreedor que no obtiene la prestación debida, o que la obtiene defectuosamente, debido a la intervención del auxiliar <sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Contrasta la enorme atención que ha merecido, en general, la responsabilidad extracontractual por el hecho del dependiente (art. 1903, pº 4º) con el escaso interés que ha tenido entre nosotros la responsabilidad del deudor por el hecho de sus auxiliares. Teníamos el importante y conocido trabajo de TORRALBA SORIANO, *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, A.D.C., 1971, pág. 1.166. Y contamos ahora con la acabada monografía de JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994, y

Por lo pronto, debe quedar claro que, si en el terreno extracontractual es la jurisprudencia la que se ha ocupado de desdibujar el requisito de la dependencia, aquí quien lo hace es la propia naturaleza de las cosas: aquí no hablamos necesariamente de dependientes, sino de cualesquiera personas de quienes se sirve el deudor para el cumplimiento de su obligación. La relación obligatoria vincula exclusivamente al deudor, y el auxiliar es un tercero no obligado, que interviene en las actividades preparatorias o de cumplimiento propiamente dicho a iniciativa del deudor que autoriza su intervención<sup>26</sup>, ya sea como colaborador, ya como sustituto, cuando la fungibilidad de la prestación lo permita<sup>27</sup>.

En segundo término, el criterio general de atribución de responsabilidades no puede consistir en hacer bascular el régimen de la responsabilidad sobre la falta de diligencia del deudor en la elección de los auxiliares o en el control de su actuación (culpas "*in eligendo vel in vigilando*"), ni tampoco en la mala instrucción (culpa "*in instruendo*"). Si la doctrina subjetivista es notoriamente insuficiente en la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno, en la contractual lo es más todavía: el acreedor no puede ver limitados sus derechos porque el deudor logre probar que escogió al hombre idóneo con premio extraordinario de Licenciatura, puso a su disposición las técnicas más avanzadas y le financió todos los cursos de especialización y formación permanente habidos y por haber.

Pero cuando se dice que la responsabilidad del deudor por el acto del auxiliar tiene carácter objetivo<sup>28</sup>, no debe entenderse con ello que los criterios de atribución de la

---

con la de JIMÉNEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid, 1996.

<sup>26</sup> JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor...*, cit., págs. 46 y 47.

<sup>27</sup> Naturalmente, no se trata de una sustitución novatoria en la que el deudor se libera de cumplir porque otro asume la deuda. Así, JIMÉNEZ HORWITZ, *La imputación...*, cit., pág. 40, y TORRALBA SORIANO, *La responsabilidad por los auxiliares...*, pág. 1158.

<sup>28</sup> Así, JORDANO, cit., págs. 488 y ss., y JIMÉNEZ HORWITZ, cit., págs. 88 y ss.

responsabilidad contractual pasan a ser inmediatamente objetivos por el hecho de que el deudor se haga valer de auxiliares. Si así fuera, de nada valdría decir, por ejemplo, que las obligaciones de los médicos son generalmente de medios y no de resultado: cada vez que, en una delicada intervención quirúrgica en la que no se compromete la curación, el cirujano se vea auxiliado por enfermeras o anestesistas (es decir, siempre), la no curación desencadenaría la responsabilidad salvo prueba del caso fortuito. Lo que se quiere decir es otra cosa: el deudor, de igual manera que responde por el hecho propio, responde por el hecho del auxiliar. La intervención del auxiliar, por sí sola, no constituye una circunstancia exoneratoria, no pudiendo alegar el deudor que el daño ha sido causado por un tercero a quien él mismo introdujo en la actividad deuditoria. Y a partir de ahí, el deudor podrá alegar en su defensa las mismas causas de exoneración que tendría a su disposición en caso de que la actuación se hubiera producido con total aislamiento y en soledad absoluta.

En eso consiste el denominado "*principio de equiparación*"<sup>29</sup>: la actuación del auxiliar se configura, no como una agravación de la responsabilidad del deudor, sino como un evento vinculado a su esfera de responsabilidad. Como dice la sentencia de 1 de marzo de 1990 (EDE 2287), "el tercero confía en la formalidad y en la reputación comercial de aquel con quien contrata, y espera razonablemente que éste sea responsable de la normal ejecución de lo pactado, bien lo realice personalmente o por medio de sus auxiliares". Las actuaciones de éstos se deben valorar entonces como actuación del propio deudor, y jugando las reglas generales, tanto en lo que se refiere a la perpetuación o no de la obligación, como en lo relativo a los daños y perjuicios: exoneración si el auxiliar no ha podido cumplir a causa de una circunstancia fortuita, extinción de la obligación por pérdida de la cosa debida no imputable (art. 1182), irresponsabilidad (en las obligaciones de medios) si no ha existido culpa de nadie, subsistencia de la obligación genérica

---

<sup>29</sup> Ver JIMÉNEZ HORWITZ, cit., págs. 88 y ss. y 221 y ss.

en virtud del "*genus numquam perit*", ejecución a costa del deudor de la obligación de hacer incumplida por el auxiliar (art. 1098), pervivencia del deber de cumplir en forma específica o por el equivalente, etc.

Con todo, yo también entiendo que la equiparación sirve para no excluir la responsabilidad del deudor por el solo dato de que éste se valga de auxiliares, pero no para entender que el régimen de responsabilidad es exactamente el mismo en lo que se refiere a la extensión de la misma. Para algunos autores, el principio de equiparación opera no sólo en el *an*, sino en el *quantum*: si el art. 1107, pº 2º C.civ. extiende la responsabilidad del deudor doloso a todas las consecuencias que se deriven de la falta de cumplimiento, hubieran sido o no previsibles a la hora de contratar (agravación de la responsabilidad en relación con la que corresponde al deudor no doloso), el dolo del auxiliar hace que el deudor deba responder con esa misma extensión <sup>30</sup>. Pero parece más convincente pensar que las cosas no deben ser así, y que es más realista pensar que el riesgo tenido en cuenta por las partes al celebrar el contrato no tiene al dolo del auxiliar como evento típico en el correspondiente cálculo de costes y beneficios. Y más aún: lo que el art. 1107 hace es agravar la situación del deudor que personalmente decide colocarse al margen de ese cálculo, incumpliendo deliberadamente, luego parece que se ha de tratar de un dolo propio de él mismo. Por más que valerse de la colaboración de un tercero suponga un riesgo asumido por el deudor, que sabe que responderá de lo que él haga y de lo que haga el auxiliar, su responsabilidad por el dolo del auxiliar se ha de limitar al riesgo típicamente asumido, que no es otro que el de responder por los daños previsibles. En una palabra, del dolo del auxiliar responde el deudor con arreglo al pº 1º del art. 1107, y no al pº 2º <sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Es de este parecer JORDANO FRAGA, cit., pág. 561.

<sup>31</sup> Es de esta opinión JIMÉNEZ HORWITZ, cit., págs. 239 y ss. Ya lo mantuvieron BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, págs. 795 y 796, y MORALES MORENO,

El principio de equiparación tampoco significa necesariamente que, si el art. 1102 no permite la renuncia a la acción de dolo, quede igualmente precluida necesariamente la posibilidad de renuncia a la acción de responsabilidad por el dolo del auxiliar.

#### **V. Las acciones de repetición contra el autor material del daño**

El sistema español de responsabilidad por el hecho ajeno diseñado por el art. 1903 no impide al perjudicado demandar únicamente al causante material del daño, al menos cuando de responsabilidad del empresario se trata. Pero como está ideado para que no sea necesario hacerlo, apareciendo el responsable como garante o responsable por el hecho de otro, puede el que ha satisfecho la indemnización repetir del empleado lo que por él pagó, como indica el art. 1904, pº 1º C.civ. De la misma manera, los titulares de los Centros de Enseñanza pueden hacer lo propio en relación con los profesores (pº 2º, añadido por la Ley 1/1991, de 7 de enero), pero siempre que en el cumplimiento de sus funciones hubiesen incurrido en dolo o culpa grave, a semejanza de lo que sucede en el ámbito de las Administraciones Públicas (art. 145.2 de la Ley 30/1992) <sup>32</sup>.

Ha llamado la atención de cuantos se han ocupado del art. 1904 la contradicción existente, desde la perspectiva de un sistema de responsabilidad por culpa presunta, entre los arts. 1903, pº 4º y 1904. En efecto -dice DE ANGEL YÁGÜEZ- "si el empresario responde porque hubo culpa por su parte (ésta es la filosofía del Código civil), no parece razonable que pueda repercutir sobre el dependiente toda la carga de la indemnización; si así fuera, resultaría que el empleado es el

---

MORALES MORENO, *El dolo como criterio de imputación al vendedor por los defectos de la cosa*, A.D.C., 1982, pág. 600.

<sup>32</sup> También en el régimen de responsabilidad por productos defectuosos se reconocen sendas acciones de regreso o repetición, lo mismo que sucede en la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación o en el ámbito del seguro de responsabilidad civil.

único responsable efectivo"<sup>33</sup>. Y es que, verdaderamente, no se entiende el carácter subjetivo de la responsabilidad empresarial a la luz de los párrafos 4º y último del art. 1903 si inmediatamente después, el 1904 permite al que ha salido al frente de los actos de su empleado recuperar lo que por él pagó.

Hay quien prefiere salvar la contradicción entendiendo que el empresario responde como dice el art. 1903, esto es, por culpa ("*in vigilando vel in eligendo*"), y que sólo puede repetir del empleado la parte que a la culpa de éste ("*in operando*") corresponda <sup>34</sup>, pero semejante interpretación encuentra el grave inconveniente del tenor literal del art. 1904, que permite repercutir "*lo que hubiese satisfecho*" (todo lo que hubiese satisfecho). Comparto, pues, la idea de que la contradicción sólo se puede salvar entendiendo que lo que hay que sacrificar es el art. 1903, pº final: el 1904 sólo se entiende prescindiendo de toda idea de responsabilidad por culpa (por muy presunta que ésta sea), y pensando que no es sino una manifestación más de la teoría del riesgo empresarial y de la responsabilidad vicaria o de sustitución: la empresa responde porque es empresa, incluso aunque no haya mediado culpa por parte de su titular. A la vista de este precepto -dice RUBIO GARCIA-MINA-, "desaparece como fuente de responsabilidad del empresario la negligencia, ni por nombramiento ni por inspección, ni de ninguna otra clase. El empresario responde sencillamente porque lo es; porque la Ley remite sobre su patrimonio el daño causado en el desempeño de su negocio. Otra cosa serán las repercusiones de esta responsabilidad sobre la esfera interna, donde podrá discutirse si el daño se produjo por su orden o contra ella, con alguna o con ninguna participación"<sup>35</sup>. Al empresario le queda siempre la posibilidad

---

<sup>33</sup> DE ANGEL YÁGÜEZ, *Tratado...*, cit., pág. 366. Ya lo apuntaba hace años ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1976, págs. 160 y ss.

<sup>34</sup> Es el caso de GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil. Contratos en particular. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, págs. 484 y 485

<sup>35</sup> RUBIO GARCÍA-MINA, *La responsabilidad civil del empresario*, cit., págs. 31 y 32. Así también, últimamente, ROCA I TRÍAS, *La acción de*

de evitar la responsabilidad aportando, eso sí, la prueba del caso fortuito o de que no existe relación entre el hecho del dependiente y la esfera de sus actividades como tal dependiente; y, como premio de consolación, una vez pagada la indemnización, la acción de reintegro contra el propio trabajador.

Por lo que toca al párrafo 2º del mismo artículo, contiene una curiosa diferencia: si cualquier empresario puede repetir lo pagado, con arreglo al pº 1º, el "empresario escolar" encuentra a sus profesores parapetados y a salvo de la acción de regreso en todos los casos en que en su conducta no se haya apreciado una especial gravedad: sólo procede el regreso en caso de dolo o culpa grave. Tan injustificado resulta este privilegio como el que no aparezcan en ese párrafo otros dependientes del Centro escolar, lo que invita a pensar que se puede repetir contra un ordenanza, un vigilante de los tiempos de recreo o un encargado del gimnasio sin ninguna limitación, lo cual no resulta de recibo. Pero la ruidosa gestación de la reforma de 1991 deja a las claras que la única preocupación del legislador era precisamente quitar preocupaciones a los profesores. Además, si lo que el colegio puede repetir son "las cantidades satisfechas", ¿así será también cuando haya existido culpa del propio colegio? Se podrá contestar, lo mismo que para el pº 1º, que en realidad la de los Centros de Enseñanza es también una responsabilidad objetiva, pero ello no quita para que empresarios y colegios puedan también en no pocos casos ser culpables de determinadas faltas de organización, supervisión y control, y no se ve entonces por qué extraña razón unos y otros pueden recuperar todo lo pagado.