

¿Hasta dónde llega la responsabilidad *In vigilando* del empresario?

por Javier López y García de la Serrana
Director

Para ninguno de nosotros es desconocida esta figura, la responsabilidad *in vigilando* del empresario, pero sin embargo creo que pocas veces nos detenemos a analizar la amplitud de sus efectos y sobre todo la excepción que supone frente a los criterios generales que imperan nuestro sistema de responsabilidad civil tal y como actualmente lo conocemos. Me refiero al criterio de imputación por culpa, pues tal y como tiene establecido de forma pacífica nuestra doctrina y jurisprudencia, para que exista responsabilidad civil, salvo en determinados supuestos excepcionales, es necesaria la prueba sobre la culpa o negligencia directa del agente en la producción del hecho dañoso respecto al que se le está reclamando, sin que baste o esté permitida la imputación sin la existencia de esta culpa directa. Sin embargo el artículo 1903 del Código Civil establece un tipo de responsabilidad distinta al determinar que la responsabilidad civil extracontractual regulada en el artículo 1902 del mismo cuerpo legal será exigible no sólo por los actos u

omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder; señalando entre otros ejemplos de estos supuestos, a la responsabilidad que nace para 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 tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

Se trata así de un tipo de responsabilidad por hecho ajeno, la cual da lugar al nacimiento del deber de responder frente al daño causado a quien no ha sido el causante del directo del mismo. Lo que se establece es una presunción de responsabilidad civil siempre que concurre una de las conductas que fija la ley, siendo el empresario el obligado a desvirtuar esa presunción. Estamos por tanto ante la también llamada responsabilidad vicaria, donde no es necesario acreditar previamente la insolvencia del trabajador o empleado por el que el empresario debe responder, si no que podrá exigirse dicha obligación de reparar directamente a este último, con la agilidad procesal que ello conlleva.

No obstante lo anterior, (aunque esto es precisamente lo que trataremos de analizar) es requisito imprescindible que se pruebe la culpa del empresario para que pueda entrar en juego su responsabilidad directa por los actos

de sus empleados, pero como veremos más adelante este requisito es tratado de forma contradictoria por nuestra jurisprudencia; como dice **MARIANO YZQUIERDO TOLSADA**¹ *“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 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”*. Pero como antes anunciábamos, esta exigencia de culpa en la obligación *in vigilando* del empresario respecto a la actuación de sus empleados recibe un tratamiento muchas veces no uniforme por nuestra jurisprudencia, pues mientras hay sentencias que parecen exigir un plus de actuación protectora de los empresarios respecto a sus trabajadores, hay otras que analizando a fondo el asunto en cuestión son capaces de discernir hasta dónde es razonable exigir la obligación de vigilancia al empresario para con ello establecer si realmente existió una falta de diligencia o no por su parte, aplicando criterios de lógica material, pues se hace inviable la exigencia de una vigilancia constante en el tiempo y en el espacio, debiéndose considerar también cuál ha sido la actuación del trabajador en la causa del accidente.

En este sentido se pronuncia la **sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2019**, ponente **JOSÉ MANUEL LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA**, en la que aplicando los anteriores criterios de imputación considera la inexistencia de culpa en el empresario: *“En apoyo de esta solución pueden citarse los artículos 4-2, 12-A y 16, números 1 y 2 del Convenio 155 de la OIT que nos dicen que deben tomarse medidas “razonables y factibles”. Pues bien, dado que en el presente caso el siniestro*

acaeció cuando se sustituía una torre de un tendido eléctrico la pregunta es si era razonable y factible que el empresario (persona jurídica) estuviese allí controlando la operación, al igual que en otros lugares donde se estuvieran realizando actividades peligrosas o bastaba con haber enviado a realizar esa misión a personal formado y suficientemente cualificado con un jefe de servicio igualmente cualificado y con un protocolo de actuación conocido por todos. La respuesta es que no es razonable y factible esta exigencia, solución apuntada y seguida por la sentencia recurrida, porque sería diabólico exigir al titular de la empresa el don de la ubicuidad para estar presente en todos los lugares en que se desarrollan actividades de peligro. La LPRL no establece expresamente esa obligación, salvo aparentemente en su artículo 17, que no parece que se violara en el presente caso usando los equipos adecuados y personal formado, sin que conste infracción alguna de lo dispuesto en los Reales Decretos 1215/1997, de 18 de Julio, sobre equipos de trabajo y 773/1997, de 30 de mayo, sobre equipos de protección”.

Este mismo magistrado también fue el ponente de la **sentencia** dictada por la **Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2016**, en la que tampoco se estimó que existiera culpa *in vigilando* del empresario ante la caída de su trabajador en accidente de trabajo, considerando que se habían cumplido con todas las exigencias en materia de seguridad en el trabajo y que no existía por tanto motivo para la imputación del resultado a una actuación culposa de la empresa: *“resulta que, según los hechos declarados probados en el supuesto contemplado por la sentencia recurrida consta que la empresa había puesto a disposición del trabajador los elementos que para trabajos en altura requiere el Anexo IV, parte C-3 del R.D. 1627/1997, de 24 de octubre (escaleras homologadas al efecto, andamio tubular homologado, plataforma elevadora o torre móvil homologadas), elementos de los que no hizo uso el trabajador. Por contra, en el caso de la sentencia de contraste no consta que esos elementos de seguridad se pusiesen a disposición del trabajador, cual evidencia el tenor literal de la sentencia de contraste que en su fundamento de derecho tercero refiere los medios de seguridad alternativos que la empresa pudo haber facilitado al trabajador. Pero existen más diferencias relevantes, pues la sentencia de contraste funda su fallo condenatorio en que la empresa; no vigiló la utilización de los medios de seguridad de que estaba previsto el trabajador accidentado, ni adoptó todas las medidas de precaución posibles...; Esos argumentos no son*

¹ En su manual *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*.

trasladables al caso de la sentencia recurrida en el que si consta que la empresa proporcionó los medios de seguridad establecidos para trabajos en altura y que había en la obra dos encargados de seguridad”.

Por el contrario, encontramos otras resoluciones que aplican este tipo de responsabilidad de una forma mucho más estricta, convirtiendo la responsabilidad del empresario en una responsabilidad cuasi objetiva (por no pecar de exagerado y calificarla prácticamente de objetiva) entendiendo que la carga de la prueba sobre la falta de su responsabilidad corresponde en exclusiva al empresario y que sólo cederá en supuestos de fuerza mayor o culpa exclusiva y no exonerable de la víctima. Citamos aquí a modo de ejemplo la **sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social), de 18 de noviembre de 2021** que establece: *“Por consiguiente, es el empresario quien debe probar que obró con la diligencia que le era exigible y que el incumplimiento de su deber de garantizar la seguridad de sus empleados no le era imputable, pues así se deriva de lo dispuesto en los preceptos citados y en el art. 1183 del Código Civil, donde se establece la presunción “iuris tantum” de que si la cosa se pierde en poder del deudor se presume que el incumplimiento de la obligación se debe a la culpa del deudor, presunción que el Tribunal Supremo (Sala 1ª) en Sentencia de 2 de octubre de 1995, extiende al incumplimiento de las obligaciones de hacer. Lo que es lógico, ya que el daño prueba la realidad del incumplimiento imputable al deudor mientras no acredite lo contrario, esto es, que hizo todo lo posible para cumplir con su obligación. Estas ideas son las que han motivado la sentencia de la Sala 4ª de 30 de junio de, dictada en Sala General. En ella, sobre la base de que el empresario es deudor de seguridad, se concluye que estamos ante un supuesto de responsabilidad contractual, lo que conlleva, conforme al art. 217 de la L.E.C. y al 1.183 del Código Civil, que sea el empresario quien deba probar que actuó con toda la diligencias que le era exigible, quedando exento de responsabilidad, como en esta sentencia, se dice “cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario argumentando los arts. 1105 CC y 15.4 LPRL, pero en todo estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los*

términos cuasi objetivos en que la misma está concebida legalmente».

Vemos por tanto como se aplica un criterio de interpretación totalmente distinto, partiendo de la idea de que el daño de por sí prueba la existencia de culpa en el empresario, (presunción de carácter genérico) por lo que la exigencia de prueba sobre el cumplimiento de sus obligaciones va a ser mucho más exigente que en cualquier otro supuesto de responsabilidad civil; la diligencia del empresario deber cumplir un plus y en base a este principio gira esta línea jurisprudencial. Y en el mismo se pronuncian las **sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (sala de lo Social), de 24 julio de 2020 y la del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (sala de lo Social), de 24 de julio de 2020.**

Pero si ya la responsabilidad exigida al empresario en estos supuestos por incumplimiento del deber de cumplir con las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo para sus empleados pueden resultarnos, en ocasiones, una responsabilidad que, muchas veces, se aparta de los criterios generales de imputación por culpa, más aun se hace ver en aquellos casos donde la responsabilidad *in vigilando* surge por el deber de responder por los actos no ya negligentes sino dolosos de sus empleados, por los que se ha causado daño a otro trabajador o incluso a un tercero. Son aquellos supuestos donde el trabajador realiza una conducta dolosa dentro de su horario de trabajo, en su centro de trabajo o fuera del mismo, pero con ocasión de su puesto de trabajo, causando daños por los que finalmente deberá responder el empresario; el empresario no responde aquí por la falta de adopción de medidas de seguridad para sus trabajadores, sino que responde ante un acto intencionado de sus empleados por el mero hecho de haber sucedido dentro del marco laboral de la empresa o con ocasión del puesto de trabajo del empleado.

Dice nuestra jurisprudencia que esta obligación de asunción de responsabilidad del empresario tiene también su fundamento en su obligación de elección y vigilancia sobre la actuación de sus empleados, pero sin duda alguna veremos que en muchos supuestos resulta complicado poder llegar a comprender la argumentación jurídica que justifica esta atribución de responsabilidad. En este sentido nuestro Tribunal Supremo llega a reconocer incluso que en los supuestos de responsabilidad civil subsidiaria del ilícito penal cometido un

trabajador, el empresario debe responder por su calidad de titular de la explotación o negocio dentro del cual o como consecuencia del cual se ha producido el ilícito penal, pues quien se beneficia de una actividad debe también responder de los perjuicios que se derivan de ella. Acogiendo la literalidad de la **sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2010**, ponente **JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA**, *“ciertamente, en una primera fase, el origen de la responsabilidad civil subsidiaria de los principales por los actos delictivos cometidos por sus empleados, se justificaba en una falta in vigilando in eligendo, lo que suponía un fundamento culposo de la misma, poco a poco esta fundamentación fue abonándose y hoy ya es general y pacífica la tesis de que el fundamento del nacimiento de la responsabilidad civil subsidiaria encuentra en la teoría de la creación del riesgo, de manera que quien se beneficia de las actividades de otra persona, que de alguna manera puedan provocar un riesgo para terceras personas, también debe soportar las consecuencias negativas de las consecuencias lesivas de ese riesgo creado, y ello, incluso se ha declarado cuando la actividad desarrollada por el infractor no le reporte ningún beneficio al principal”*. Es una proclamación clara y contundente de la existencia de responsabilidad por riesgo y nada más. Veamos un ejemplo de la aplicación de esta doctrina en la **sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de**

enero de 2019 en la que se resuelve sobre el robo cometido por un empleado de hogar en la vivienda donde estaba prestando sus servicios, resultando responsable civil subsidiaria la empresa a través de la cual dicho empleado fue contratado por los propietarios de la misma, y ello aunque no existía como tal una relación de dependencia entre el autor de robo y la empresa, pues también en este punto la jurisprudencia es flexible, indicando que basta una cierta relación *pro damnato* en virtud de la cual se haya puesto en contacto al trabajador con los demandantes del servicio para que con ello deba responder por los actos ilícitos de aquel. Dice la sentencia que *“Precisar que la citada disposición no limita el alcance de la responsabilidad civil a la existencia de una relación laboral con el sujeto activo, sino que se refiere a “empleados o dependientes”, lo que en adecuada hermenéutica a fin de tratar de amparar a los perjudicados, irradiada del principio “pro damnato”, y, conforme a la teoría jurisprudencial del aprovechamiento conjunto del riesgo -quiénes se benefician de la actividad de una persona debe asumir el perjuicio que de la misma se derive, a salvo del derecho de repetición cuando proceda-, le resulta oponible el deber de resarcimiento, es decir, la inmunidad de que goza el perjudicado.”*

Es también interesante la declaración de responsabilidad de la aseguradora del empresario en el supuesto de una pelea entre



sus empleados dentro del local propietario de aquel, pues nuevamente en virtud de su deber *in vigilando* o *in eligendo*, el empresario debe ser responsable por no haber transmitido a sus empleados unas determinadas pautas de comportamiento en el desarrollo de sus funciones, y por tanto su aseguradora del mismo modo debe responder de los daños reclamados aunque en este caso el empresario no hubiera sido llamado al procedimiento, pues el perjudicado ejercita la acción directa del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro. Dice la sentencia: *“Y en ese caso ha sido parte en el procedimiento la aseguradora del establecimiento donde sucedieron los hechos, sin que sea necesario denunciar también al titular del mismo, tomador del seguro, que ex lege, por el artículo 1903 antes transcrito, deviene responsable de las consecuencias de los actos cometidos por sus empleados cuando estaban en sus funciones como es el caso, en el que D. Isidro estaba como encargado del Bar y camarero del mismo, y ello bien por “culpa in vigilando”, bien por culpa “in eligendo” del titular del negocio.”* En el mismo sentido se pronuncia la **sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 2 de febrero de 2010**, con ocasión de la pelea de un portero de discoteca con unos de los clientes que pretendían acceder al mismo, la cual justifica su fallo bajo la siguiente argumentación: *“pues no cabe duda que el agresor al desempeñar su trabajo de portero en la discoteca Cesar’s, ya sea como empleado de la explotadora, ya de otra empresa, debía seguir las pautas, instrucciones y directrices de la explotadora Stringfella’s, responsabilidad directa se establece en razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otras y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos.”*

Es evidente por tanto que en estos supuestos podemos concluir que se prescinde del criterio de imputación por culpa, aunque en los principios que regulan la figura de la responsabilidad civil *in vigilando* del empresario venga establecido como requisito imprescindible para su determinación, pues nuestra jurisprudencia ha priorizado el interés de protección del perjudicado, (como en algunas otras ocasiones), buscando la interpretación jurídica que permita como objetivo primordial que los daños causados no queden sin ser indemnizados. Es lo que **SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA**² califica como

la culpa social. Un claro ejemplo es la **sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2022**, ponente **ANDRÉS PALOMO DEL ARCO**, en la que haciéndose eco de otra anterior de 19 de julio de 2021, condena a una entidad bancaria como responsable civil subsidiaria a raíz de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de apropiación indebida, cometido por uno de sus agentes financieros, reconociendo expresamente lo siguiente: *“Esta Sala admite, como expresa la sentencia núm. 647/2021, de 19 de julio (RJ 2021, 3876), que “nos movemos en un terreno en que aparecen en tensión dos líneas de fuerza enfrentadas: la necesidad de condenar civilmente al empresario que ha autorizado genéricamente a una persona para realizar una actividad que le reporta beneficio, lucro o utilidad; y el sentir común de que sería injusto hacerlo responsable por absolutamente todos los actos realizados por sus dependientes”; pero a su vez precisa que “en nuestro derecho prima la protección a la víctima aunque no de manera absoluta, naturalmente. La presunción es que el empleado o subordinado obra en el ejercicio de sus funciones. Solo cuando puede afirmarse con claridad y ha quedado así acreditado que la acción era ajena o totalmente extraña al ejercicio de sus funciones por cuenta de otro, se cancelará esa responsabilidad civil subsidiaria. La jurisprudencia de esta Sala ha tendido a interpretar el art. 120.4 C.P. de forma expansiva, posibilitado a que estamos ante una cuestión de responsabilidad civil que consiente interpretaciones extensivas a diferencia de las materias de responsabilidad penal; por ende sólo cuando la conducta objeto de consideración presente rasgos de una abierta o radical heterogeneidad, es decir cuando el vínculo con el principal no existe o la conducta delictiva fuere absolutamente ajeno a las funciones desarrolladas para aquel, deja de operar a responsabilidad civil subsidiaria”.*

Cuesta comprender esta conjunción de principios que señala la sentencia, pues nos indica que el derecho de protección a la víctima no puede considerarse de forma absoluta, cuando difícilmente podemos compartir que las soluciones llevadas a cabo por las sentencias analizadas no estén conduciendo a una defensa absoluta del derecho de indemnización a la víctima por encima y con sacrificio de otros principios jurídicos; pues sinceramente, a la vista de las resoluciones que encontramos en estos supuestos, cuesta comprender cuándo se considerará que la conducta delictiva fuere absolutamente ajena a las funciones desarrolladas para aquel.

² En su manual *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*.

Con todo ello podemos considerar que quizás resultaría más conveniente, y esclarecedor para todo agente jurídico, reconocer abiertamente que cuando hablamos de la figura de la responsabilidad *in vigilando* del empresario el requisito de la existencia de culpa ha desaparecido, y que, tal y como dice alguna de estas sentencias, nos encontramos ahora ante una responsabilidad por riesgo, donde la existencia del daño justifica de por sí la declaración de responsabilidad del empresario. Podremos estar de acuerdo o no con esta conclusión, pero no podemos discutir que es una realidad que se desprende de nuestra jurisprudencia actual.

Y es que en esta ocasión, como en algunas otras, nuestra jurisprudencia aplica e interpreta determinadas figuras jurídicas en atención al fin perseguido, en este caso la total indemnización de la víctima, desdibujando los requisitos propios que configuran dicha figura, pues se trata de conseguir el objetivo marcado aunque para ello haya que prescindir de los presupuestos básicos que le son propios. La crítica que quizás podemos hacer ante esta realidad es que nuestra jurisprudencia no determine de forma clara que las reglas del juego han cambiado, y que en el caso de la responsabilidad *in vigilando* del empresario la culpa ya no juega como uno de los límites esenciales para su aplicación, o como diría **MIGUEL PASQUAU LIAÑO** -con ocasión de la crítica a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la prescripción y su interpretación restrictiva-, ya no estamos jugando vinculados por las líneas dibujadas en el campo, sino que aunque las mismas existan nuestros tribunales se permiten en algunos casos pasarlas por alto en favor de la víctima; añadiendo yo parafraseando a

MIGUEL DE CERVANTES, que no por el peso de la dádiva sino por el de la misericordia.

Otra carga más para quien realmente crea empleo en nuestra sociedad actual, el empresario, ya sea pequeño, mediano o grande. Pero ¿quién defiende al empresario? No me refiero a quien defiende sus intereses o a quien lo representa, ni siquiera a quien le procura herramientas o leyes que faciliten o contribuyan a su labor. Me estoy refiriendo a quien defiende su imagen, deteriorada por años de demagogia en los que se le ha tachado de interesado, especulador y hasta explotador. Esa imagen que quizás sea la responsable de que haya desaparecido el requisito de la culpa para que pueda ser condenado por los actos, impredecibles en muchos casos y dolosos en otros, de su empleados, sustituyéndose su responsabilidad *in vigilando* por una responsabilidad por riesgo; el que asume por ayudar al desarrollo social creando puestos de trabajo y riqueza. Lo veremos más claro si ponemos como ejemplo una situación que nos pueda resultar mucho más cercana, como sería la responsabilidad que de forma, algo absurda, surgiría para el titular de un despacho de abogados en el que dos de sus letrados se han visto inmersos en una pelea entre ellos con ocasión de los comentarios vertidos por uno de ellos; el titular de ese despacho se vería obligado a tener que indemnizar por los daños sufridos, sin que sea necesario ningún tipo de imputación por culpa sino tan solo por el hecho de haber elegido a los mismos para que forman parte de su equipo, algo que cuanto menos resulta difícil de comprender, a la vez que injusto, a mi parecer.

ABRIL 2022

