

1.6. Responsabilidad civil

Cuando el empresario responde casi solo por el hecho de serlo: requisitos jurisprudenciales de su responsabilidad por hecho ajeno*

When the employer responds almost only by the fact of being: jurisprudential requirements of vicarious liability

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Profesora Dra. de Derecho civil
Universidad Antonio de Nebrija*

RESUMEN: Las resoluciones judiciales relativas a la responsabilidad civil del empresario por hecho ajeno, en los últimos años, están asentando el criterio de que el empresario debe responder prácticamente en cualquier caso en el que su empleado o dependiente incurra en responsabilidad civil. Esta circunstancia se agrava cuando existe un seguro de responsabilidad civil del empresario que cubre dichos «sinistros», pues de este modo, se «asegura» con más probabilidad que la víctima cobre su indemnización, que si tuviera que dirigir su acción de responsabilidad civil contra el causante directo del daño.

Así, se empieza a pensar que, el empresario, por los hechos cometidos por sus dependientes (responsabilidad por hecho ajeno) responde por el hecho de serlo, pasando de una responsabilidad subjetiva basada en la culpa *in vigilando* del empresario, a una responsabilidad de corte objetivo. La amplia interpretación hecha por los tribunales de los requisitos necesarios para que el empresario incurra en esta responsabilidad por hecho ajeno, han contribuido a dibujar este cambio en su naturaleza. Analizamos en este trabajo, la interpretación jurisprudencial de dichos requisitos.

ABSTRACT: *Judgments concerning the liability of employers, in recent years, are settling the view that the employer must respond in almost any case in which their employees or dependents incur liability. This is exacerbated when exists a liability insurance of the employer who covers these «accidents», because in this way, it «ensures» most likely the victim coppers the compensation, if he has to direct its action for damages against the direct cause of the damage.*

* Este artículo se ha realizado dentro del Proyecto de investigación «Derecho y Sociedad: La responsabilidad de la empresa», proyecto subvencionado a través de Convocatoria Pública y Competitiva a nivel nacional, de la Fundación Hergar para la Investigación y Promoción Educativa, REF: FH-2013-06, marzo de 2014 - marzo de 2015, investigador responsable: Esther MONTERROSO CASADO.

So, it seems that the employer takes responsibility for the acts committed by its subsidiaries (vicarious liability) for the fact of being employer; changing from a subjective (based on guilt in watching the employer) to an objective responsibility. The broad interpretation by the courts of the requirements for the employer incurring this vicarious liability have helped to draw this change in nature. We analyzed in this paper, the judicial interpretation of these requirements.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad por hecho ajeno. Empresario. Empleado o dependiente. Responsabilidad subjetiva.

KEY WORDS: *Vicarious liability. Businessman. Employer. Employee or dependent. Subjective responsibility*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR DAÑOS DE LOS EMPLEADOS. 1. EL EMPRESARIO. 2. EL DEPENDIENTE O EMPLEADO.—III. ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR DAÑOS DE LOS EMPLEADOS. 1. RELACIÓN DE DEPENDENCIA. A. *Relación jurídico-laboral*. B. *Relación derivada de un contrato de obra*. C. *Gestión representativa: relación de mandato, poder, comisión mercantil*. D. *Relación de amistad, relaciones de favor o de encargo familiar*. 2. OCASIONALIDAD. 3. ¿CULPA DEL EMPLEADO? A. *La culpa del empleado como requisito de la responsabilidad empresarial*. B. *La culpa exclusiva del empleado*.—IV. RECAPITULACIÓN.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA

I. PLANTEAMIENTO

El Código Civil, en su artículo 1903.4, recoge la responsabilidad civil del empresario por los daños ocasionados por sus empleados con ocasión del desempeño de sus funciones como tales. Se trata, por tanto, de una responsabilidad por hecho ajeno, pero directa: responde directamente el superior responsable (empresario) porque él ha infringido su deber de vigilancia, sin que sea necesario reclamar en primer lugar al agente del daño y de forma subsidiaria al responsable. Es una responsabilidad directa *ex* 1903 del Código Civil.

Eso sí, también es una responsabilidad solidaria, pues si coincide con el actuar también culpable del agente dañador, ambos sujetos pueden responder de forma conjunta si así lo considera el perjudicado, que será quien decidirá si demanda solo al responsable *ex* 1903 del Código Civil, solo al agente *ex* 1902 del Código Civil, o a ambos por tratarse de una responsabilidad directa, pero no excluyente, pudiendo repartirse la reparación del daño entre ambos sujetos¹.

Esta responsabilidad por hecho ajeno responde a la culpa como criterio de imputación: la culpa, entendida en este caso como culpa *in vigilando* o *in eligiendo*, lo que nos lleva a calificar, en principio, este tipo de responsabilidad como subjetiva.

Además, existe otro tipo de responsabilidad por hecho ajeno que no es directa, si no subsidiaria; es decir, el sujeto superior jerárquico y vigilante responde solo cuando el sujeto agente y verdadero responsable no puede hacerlo. En estos casos, de forma indirecta, y previa reclamación al agente y solo cuando este no

pueda responder por insolvente, lo hará el sujeto superior. Es la responsabilidad subsidiaria típica y existente cuando los daños producidos por un subordinado son consecuencia de un delito, tanto cuando el subordinado es un empleado, de cuyos daños responde subsidiariamente su empleador (*ex* 120 CP), o un hijo menor, de cuyos daños responden sus padres (art. 120 CP), o como cuando es un funcionario, de cuyos daños responde la Administración de forma subsidiaria (*ex* 121 CP y 145 y 146 LRJPAC), y en muchos casos esta responsabilidad es objetiva, sin necesidad de culpa alguna.

Dos son, por tanto, las responsabilidades del empresario por daños de sus empleados: la subjetiva y directa, basada en la culpa *in vigilando* o *in eligiendo*, *ex* 1903.4 del Código Civil y la objetiva y subsidiaria derivada del artículo 120.4 CP.

Analizaremos, ahora, los elementos o requisitos necesarios para que exista esa responsabilidad.

Estos requisitos han sido ampliamente interpretados y abordados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, generando una rica doctrina jurisprudencial en torno a los mismos que ha ido evolucionando en el tiempo, con interpretaciones distintas, según se trate de responsabilidad *ex* delito o *ex* acto dañoso, y con ciertas dudas y vacilaciones en el orden civil que pasamos a analizar a continuación, que conducen, a mi juicio, a un acercamiento entre ambos tipos de responsabilidades.

De este modo, creo que la inicial responsabilidad subjetiva del empresario por su falta de vigilancia respecto de sus dependientes muda o gira hacia una responsabilidad de corte más objetivo, similar a la responsabilidad derivada de los delitos cometidos por los empleados. Esto es así ya que cada vez es más difícil —por no decir imposible— probar la debida diligencia del empresario en sus funciones de vigilancia, lo que conduce a que no haya exoneración de responsabilidad (*ex* 1903.5 del Código Civil); y, además, la jurisprudencia cada vez interpreta de forma más laxa los requisitos que exige para que exista responsabilidad empresarial, lo que conduce casi de forma unívoca a que siempre se aprecie la misma.

Lo vemos a continuación, separando los requisitos o elementos subjetivos y objetivos de la misma.

II. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR DAÑOS DE LOS EMPLEADOS

En esta responsabilidad por hecho ajeno, dos son los sujetos concretos que intervienen en la misma: el empresario, o sujeto responsable, y el empleado o dependiente, agente causante del daño que debe indemnizarse. Existe por tanto, una disociación entre el agente y el responsable como en todos los casos de responsabilidad por hecho ajeno.

1. EL EMPRESARIO

El empresario, o empleador, es la persona que tiene contratado a su empleado o dependiente, o tiene una relación jurídica con él, de dependencia, en virtud de la cual se establece esa relación de subordinación y vinculación entre ambos que va a ser la base sobre la que se organiza este especial tipo de responsabilidad.

El empresario, según el Código Civil es el «dueño o director de un establecimiento o empresa», mientras que el Código Penal en el artículo 120.4, afirma que son «las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio». De estas dos definiciones no parece que pueda extraerse que se refieran a personas diferentes, si no más bien, parece que se está pensando tanto en los sujetos coincidentes con el concepto de comerciante del Código de Comercio, como, ese concepto trasladado a la actualidad como empresario (individual) o sociedad mercantil², entendiendo por tal todos los que realizan una actividad económica organizada dirigida a la producción de bienes o servicios para el mercado. Jurídicamente, el empresario es el titular de la empresa. Por tanto, hoy en día «empresario» es cualquier persona física o jurídica titular de una explotación económica, y como dice MONTERROSO, siendo indiferente «la naturaleza del título jurídico que ostente sobre la explotación (propietario, poseedor, subarrendatario, usufructuario)»³.

Sin embargo, habría que plantearse si, además, del empresario persona física o jurídica, puede también ser responsable por daños de sus dependientes, el dueño o director de una organización sin ánimo de lucro, una fundación, una asociación, que tuviera sus empleados.

El Tribunal Supremo no dice nada al respecto, pero podemos pensar que no es necesario que exista ánimo de lucro, pues lo que realmente justifica esa responsabilidad es la relación de dependencia que se genera entre el empleador y el subordinado, de la que responde aquel, y no tanto por su vínculo laboral o empresarial. Esta idea puede confirmarse igualmente con la interpretación que hace la jurisprudencia, como luego veremos, del requisito de «relación de dependencia entre ambos» que se interpreta de manera amplia. Esta laxitud en la interpretación nos lleva a pensar que cualquier tipo de relación interna entre ellos que obligara a vigilar o a reducir el riesgo que se genere por su actividad, sería suficiente.

En segundo lugar, y con relación al empresario, debemos preguntarnos si el legislador se refiere solo a empresarios, dueños o titulares de la empresa o actividad, o también alcanza esta responsabilidad a los directivos, puesto que el 1903.4 del Código Civil habla de «dueños o directores».

En un primer momento, se hacía responsable tanto a los dueños (verdaderos empresarios), como a los directivos que tuvieran encargada la función de gerencia, pues se entendía que a ellos correspondía esa labor de vigilancia, siempre que hubieran tenido relación con la producción del daño (correspondería a ellos exactamente esa vigilancia o minoración del riesgo). Sin embargo, esta postura jurisprudencial ha cambiado, y hoy mayoritariamente se rechaza que los directivos, o gerentes, tengan esta responsabilidad, puesto que ellos son también dependientes y empleados de la entidad, y solo el titular de la actividad empresarial es quien debe responder. En este sentido la STS 27 de mayo de 2003 afirma que la responsabilidad por los daños producidos por accidente laboral no pueden achacarse al directivo sino a la persona jurídica responsable⁴.

Por último, nos podemos plantear si la empresa— sociedad mercantil puede ser responsable civil, al tratarse de una persona jurídica y no física, a la que, en consecuencia, difícilmente se le puede atribuir una responsabilidad basada en la culpa *in vigilando* o *in eligiendo*, pues esas funciones no puede realizarlas como tal persona jurídica. Si esto es así, la responsabilidad del 1903.4 del Código Civil, basada —*a priori*— en la culpa, no se predicaría de este tipo de sujeto.

Según esta tesis, la culpa «in vigilando» no la puede asumir una persona jurídica, sino las personas físicas. Sin embargo, el TS, en varias sentencias ha

confirmado que sí cabe una responsabilidad propia de las personas jurídicas, tal y como sostiene en la sentencia que se acaba de citar de 27 de mayo de 2003, afirmando lo siguiente ante la afirmación de que las personas jurídicas no puedan responder por culpa «in vigilando»: «lo que obviamente no resulta aceptable porque una cosa es que no tengan voluntad y otra distinta que sí puedan responder con responsabilidad civil «propia», en cuanto que los actos (acciones u omisiones) de sus representantes orgánicos o necesarios lo son de la propia persona jurídica»⁵.

En resumen, el sujeto activo, responsable por los daños cometidos por sus empleados, puede ser: el comerciante, el empresario individual, las sociedades mercantiles o civiles (sus titulares), los titulares o dueños de otras personas jurídicas sin ánimo de lucro (fundaciones, asociaciones, ONG), siempre que exista una persona vinculada a las mismas a través de una relación de subordinación y dependencia con ellas, que produzca un daño en el desempeño de su actividad profesional como ahora veremos.

2. EL DEPENDIENTE O EMPLEADO

El otro sujeto que interviene en la responsabilidad que estamos analizando es el dependiente o empleado que es el agente o productor del resultado dañoso.

El Código Civil habla de «dependientes», mientras que el Código Penal describe más situaciones: «empleados o dependientes, representantes o gestores».

Corresponde averiguar y analizar ahora quién es el «empleado o dependiente» a los efectos de averiguar si existe responsabilidad del empresario.

Pero, además, el empresario no responde de cualquier daño producido por sus empleados, por el hecho de que estos lo sean; para que exista responsabilidad civil del empleador, deben darse los requisitos propios de la misma en cuanto al daño, el nexo causal e imputación del mismo. Es decir, el empleado será el agente, pero solo responderá el empleador cuando ese daño se haya causado por el dependiente en el ejercicio de sus funciones.

Es decir, el empleado será sujeto participe en este tipo de responsabilidad, con relación a un concreto objeto que es el que analizamos a continuación.

III. ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR DAÑOS DE LOS EMPLEADOS

Para que exista responsabilidad es necesario, como dice el Código Civil, que el empleado o dependiente haya causado el daño con ocasión del desempeño de sus funciones.

Es por tanto necesario analizar cada uno de los elementos o presupuestos que se recogen en esa afirmación: empleado o dependiente (relación de dependencia), con ocasión del desempeño de sus funciones (ocasionalidad), y por último, analizaremos si es también presupuesto de la responsabilidad del empresario la culpa del propio empleado.

1. RELACIÓN DE DEPENDENCIA

Es el empleado o dependiente el que produce el daño. Pero, ¿quién es el empleado? ¿Quién es el dependiente? ¿El que tiene una relación laboral con el empre-

sario o alguien mas? ¿Es necesario un contrato laboral entre ambos sujetos para que se genere la responsabilidad del empresario u otro tipo de relación jurídica?

Está claro que el primer concepto que podemos dar de empleado o dependiente es aquel que tiene con la empresa una relación laboral y se somete a ella. No hay duda de que esta persona, además de dependiente, es empleado y trabajador por cuenta ajena y la relación jurídico-laboral que les une, determina la relación de dependencia y jerárquica que, como veremos a continuación, es la determinante para que surja la responsabilidad del empresario.

Sin embargo, una persona también puede ser dependiente sin tener estrictamente una relación laboral, pongamos por ejemplo, un empleado mercantil, o un gestor, o un subcontratado... se trata de personas vinculadas también en relación de dependencia con otras superiores, sin que con ellos exista un contrato de trabajo propiamente dicho. ¿Se genera en estos casos responsabilidad del superior? Incluso, como veremos, no existe a veces, ni siquiera, una relación jurídica, no hay relación contractual, ni laboral desde luego, pero tampoco de otro tipo, bastando a veces, una mera relación de amistad o confianza. No importa que la relación entre ambos sea retribuida o no, y ni siquiera es determinante que sea una relación estable y duradera, permitiéndose, a veces, una relación esporádica.

Vamos a analizar a continuación cada una de estos supuestos, a la luz de lo que la jurisprudencia ha ido estableciendo, delimitado los contornos de esa relación de dependencia, determinante y presupuesto de la responsabilidad del empresario y como veremos, nos llevará a la conclusión de que hay que interpretar la relación de dependencia como requisito de la responsabilidad empresarial de forma amplia.

A. *Relación jurídico-laboral*

La existencia de un contrato de trabajo crea una relación laboral entre los sujetos agente y responsable, clara. Es el supuesto mas frecuente en la práctica y no se duda de que si entre ellos existe una relación jurídico laboral, la relación de dependencia que exige el 1903.4 del Código Civil y 120.4 CP existe.

No obstante, dentro de las relaciones laborales, se ha planteado parte de la doctrina si esta relación de dependencia exige control o dirección técnica de sus trabajadores, o no. En el primer caso, si exige esa dirección técnica, quedarían exonerados muchos empresarios por los daños cometidos por sus empleados técnicamente cualificados (vgr. médicos, arquitectos, ingenieros) que no están sometidos a esa dirección o control por parte del titular de la empresa. YZQUIERDO TOLSADA⁶, con buen criterio, afirma que también van a ser «dependientes» a los efectos de la responsabilidad civil, aunque su actividad profesional no esté dirigida o controlada directamente por el empresario, pues «la independencia propia de sus elevados conocimientos técnicos precluyen las injerencias del empresario sobre lo que es una ejecución plenamente liberal de las *lex artis*», pero a los efectos de la responsabilidad no cabe deducir de ellos, como hace GITRAMA⁷, que «el organismo que con el médico contrató los servicios de este, no puede ser considerado responsable de las faltas cometidas por el mismo en la práctica de su arte».

La relación de dependencia que exige la responsabilidad del empresario se encuentra por tanto y desde luego en la relación laboral, sin que sea necesario que esta implique la dirección o control técnico del empleado. Dentro del supuesto más común y restrictivo, hay una interpretación amplia de la misma, como luego

veremos, esto contribuye también a que prácticamente y en todo caso responda el empresario, en una responsabilidad casi objetiva.

B. Relación derivada de un contrato de obra

Por el contrato de obra, una de las partes se obliga a ejecutar mediante precio (contratista), no ya un trabajo en beneficio de otro, si no un trabajo materializado en una obra que es el objeto de contrato que ha de entregar a la otra parte (comitente). El contratista, a su vez, puede subcontratar con otras personas para la realización del trabajo encargado (subcontratistas o auxiliares), y por regla general, responde de los daños que estos produzcan (art. 1596 del Código Civil)⁸.

A *priori*, hay que decir que la relación entre comitente y contratista está basada en la autonomía, pues el contratista dirige y controla el trabajo encargado, y responde de forma autónoma de los riesgos y daños producidos en la misma. En este caso, se puede decir que no existe relación de dependencia entre el comitente y el contratista, y por lo tanto, no se genera responsabilidad civil del comitente por los daños producidos por el contratista o sus auxiliares o subcontratados, tanto en el ámbito civil como penal⁹.

Sin embargo, y siendo esta la regla general pues falta la estricta dependencia entre ambos, en algunos supuestos, el Tribunal Supremo ha considerado que sí puede existir responsabilidad civil del comitente: en aquellos casos en los que, además de encargar la obra o trabajo, asume expresamente las funciones de dirección, control o supervisión. Si esto es así, parece lógico pensar que exista relación de dependencia en sentido amplio y que además, si el comitente o empresario responde de esa vigilancia o control, puede perfectamente incurrir en culpa *in vigilando*, en teoría fundamento de esta responsabilidad.

En este sentido el TS considera que hay responsabilidad del comitente en los siguientes supuestos:

- Cuando existe mal estado de la cosa sobre la que se ejecutan las obras.
- Cuando las obras se realizan bajo las órdenes, supervisión y dirección del comitente¹⁰.
- Cuando el contratista, contratado y elegido por el comitente, es manifiestamente incompetente y carece de la cualificación profesional necesaria para llevar a cabo la obra¹¹.
- A veces, también se desliza el argumento del provecho económico del comitente en relación con la obra encargada¹².
- Cuando el contratista se encuentra incardinado en su organización. En este caso, es clara la relación de dependencia entre ambos, pues hay vínculos empresariales más allá de la obra concreta que les una. Y procede aunque el contratista sea un trabajador autónomo, si normalmente presta sus servicios para el comitente, lo que conlleva a una relación duradera y permanente entre ellos.

C. Gestión representativa: relación de mandato, poder, comisión mercantil

En estos supuestos, una persona actúa en representación de otra, por encargo, mandato o poder. Entre ellas existe una relación jurídica de encargo, que no tiene carácter laboral, pero que faculta al comisionista, mandatario o representante a

desempeñar funciones o realizar servicios por cuenta del representado, mandante o comitente. Hay que plantearse si todos estos sujetos que encargan a otro una determinada función responden de los daños producidos por sus representantes o gestores.

Por regla general, el TS establece que el comitente, o empresario, sí responde de los daños producidos por sus gestores, sobre todo en el ámbito penal, y basa su responsabilidad en la apariencia y confianza que estos gestores producen en el cliente, que contrata con ellos porque lo hacen en nombre de sus mandantes o comitentes, como si contrataran directamente con aquellos. Existe una especial relación de dependencia entre estos y aquellos (pues actúan en su nombre), y si el daño se produce dentro de la actividad encargada exactamente por estos, es lógico que se responda. De este modo, la STS 23 de diciembre de 1971 afirma que «cualquiera que sea la relación jurídica que a su quehacer y relación quiera otorgarles, de comisionista, de empleados laborales o de mera 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». Igualmente, la STS 4 de marzo de 1997, en un supuesto de un daño derivado de delito cometido por un gestor, afirma que es necesario que «el delito que genera una y otra responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio, normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno de la actividad, cometido o tarea confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuación». La falta de relación de representación impide la responsabilidad civil del representado o mandante, pues se excluye entonces la relación de dependencia¹³.

Es clara la doctrina jurisprudencial de considerar responsable subsidiario a la empresa o al Estado por los delitos patrimoniales cometidos por sus agentes, mandatarios, etc., así como se hace responder también a la empresa beneficiaria de los ingresos ilícitos, y sin que sea preciso comprobar hasta el extremo si estos actuaron sometidos al control e instrucciones de las empresas responsables¹⁴.

También podemos plantearnos si existe responsabilidad del arrendador por los hechos dañosos de su arrendatario en el uso de la cosa arrendada. Este supuesto se plantea sobre todo en el arrendamiento de bienes muebles (no hay responsabilidad en el inmueble, donde la relación de arrendamiento en ellos no se entiende en ningún caso de dependencia a los efectos 1903 del Código Civil, y de cuyos daños responde el arrendatario¹⁵), y en concreto en los vehículos de motor. En estos casos, responde por regla general el propietario del vehículo, pero no como superior en la relación de dependencia con el arrendatario, si no porque así lo establece la Ley de responsabilidad civil y seguro de circulación de vehículos de motor (art. 1.1. 5 y 6) y el CP (art. 120.5). Se trata de un supuesto especial de responsabilidad por hecho ajeno del 1903 del Código Civil, no previsto exactamente en el mismo, y sí que cabría considerarlo como supuestos de responsabilidad empresarial en el caso del 120.5 CP que contempla solo la responsabilidad por los daños producidos por los conductores de los vehículos propiedad del empresario. Pero este supuesto es distinto del que realmente se produce en el alquiler de vehículos a particulares. En este caso, entiendo que aunque hay responsabilidad del dueño, no es una responsabilidad empresarial, por lo que la relación de arrendamiento, entiendo que no cabe incluirla en este apartado y como relación de dependencia que genera una responsabilidad del empresario.

En cuanto al contrato de distribución, no hay jurisprudencia al respecto, pero se puede destacar la sentencia de 15 diciembre 2006 en relación a un supuesto

de franquicia en el que se hace responder al franquiciador, en concurrencia con el franquiciado, en virtud de la teoría objetiva del riesgo de la empresa¹⁶.

D. Relación de amistad, relaciones de favor o de encargo familiar

En este supuesto se analizan aquellos casos en los que una persona realiza actos que producen un resultado dañoso, pero dichos actos se realizan por encargo de un familiar, de amistad o de relaciones no propiamente jurídicas con los que lo encargaron. ¿Deben responder estos de los daños producidos por aquellos? Pues, si en el epígrafe anterior, hemos dicho que si falla la relación jurídica de representación o mandato el gestor no responde, esta debería ser la misma respuesta, pues si no hay encargo, no hay relación de dependencia propiamente dicha que hiciera surgir la responsabilidad empresarial.

Sin embargo, y sorprendentemente, el TS en varias ocasiones ha determinado que, a veces, también en estos casos existe responsabilidad de aquel que por razones de amistad, familiares o de favor, encargara a otro la realización de una determinada actividad.

En la STS 15 de noviembre de 1989, el Alto Tribunal afirma lo siguiente: «a) no es necesario que la relación entre el responsable penal y el civil tenga carácter jurídico concreto ni, menos aun, que se corresponda con una determinada categoría negocial. b) Es irrelevante que tal relación sea más o menos estable o más o menos transitoria u ocasional. c) No se exige que la actividad concreta del inculcado penal redunde en beneficio del responsable civil subsidiario. d) Basta con que exista una cierta dependencia, de modo que la actuación del primero esté potencialmente sometida a una posible intervención del segundo aunque aquel haya obrado con alguna extralimitación». En esta sentencia, un Agente de la Propiedad Inmobiliaria cede su título y subarriendo su local a dos personas que vendían viviendas inexistentes a los compradores que les entregaban una señal a cuenta. Los vendedores fueron condenados por estafa, y el API declarado responsable por la relación de cesión y subarriendo que se produjo entre ellos que, aunque no es de estricta dependencia, sí generaba la apariencia suficiente para que los compradores compraran; amén de que él recibió una contraprestación a cambio, lo que sin duda, confirmaba su relación jurídica. Debería haber vigilado las consecuencias de la cesión de su título.

Pero, en otras ocasiones, el TS va mas lejos, pues no existe relación jurídica alguna, como puede ser el caso de la STS 9 de diciembre de 1992, en la que responde el propietario de un bar por el homicidio causado por la persona que realizaba labores de guarda, y protección de las chicas que trabajaban en él, por pura «amistad o benevolencia», sin que mediara relación jurídica alguna entre este sujeto y el bar. El Supremo afirma que «no resulta necesario que entre el responsable directo y el subsidiario exista una relación jurídica concreta, ni menos que se corresponda con una categoría negocial, pudiendo tratarse de un vínculo de hecho en méritos del cual el responsable penal se halle bajo 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 si no la existencia de esa relación» (STS 16 de octubre de 1958).

De igual manera, y con base en esos argumentos, otras sentencias entienden que la mera relación personal, familiar o encargo, origina responsabilidad civil empresarial: STS de 10 de julio de 1987, un supuesto parecido al anterior, el

dueño de un club responde de la muerte y las lesiones que produjo el acompañante del guarda del bar a unos clientes. STS 20 de febrero de 2002, en la que dos personas acuden a un bar a cobrar una deuda, una de ellas por descuido dispara al dueño del bar y se hace responsable subsidiario a la otra persona que le acompañó, porque se benefició del delito. Igualmente, la STS 14 de julio de 2003 hizo responsable al esposo de la persona que sustrajo dinero del patrimonio de su sobrina, pues se benefició económicamente de la conducta de su esposa. También, y en un caso de préstamo de vehículo, cesión gratuita de un coche a otra persona, que produce daños resultado de un delito, como consecuencia de su conducción, responde el propietario del vehículo (STS 31 de octubre de 1985).

Al leer estos razonamientos no nos sorprende entonces que la relación de dependencia sea interpretada con una gran laxitud, y que hoy se puede entender que hay relación de dependencia en cuanto hay relación —cualquiera que sea su naturaleza— entre dos sujetos, siempre que uno de ellos, deba o responda, o simplemente sean consentidos, de alguna manera por el otro por los hechos que realiza. Si estos hechos traen consecuencia directa, indirecta, o casual de aquella otra persona, hay relación de dependencia. Como dice el Tribunal Supremo en sentencia 4 de marzo de 1997, existe relación de dependencia a los efectos de responsabilidad empresarial cuando «el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallen ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se halle bajo la dependencia, onerosa y gratuita, duradera y permanente, o puramente circunstancial y esporádica, de su principal o, al menos, que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario».

Si esto es así, entendemos que se aumenten los supuestos de responsabilidad empresarial a muchos en los que, sinceramente, creemos que no deberían alcanzar. Es otro paso, en la objetivación y ampliación de esta responsabilidad.

2. OCASIONALIDAD

Para que exista responsabilidad del empresario no es suficiente con que exista esa relación de «dependencia» (con toda la amplitud que hemos visto que tiene el término) entre los sujetos agente y responsable. Es preciso, además, que los daños que deben indemnizarse se hayan producido «con ocasión de sus funciones» —dice el Código Civil—.

Es el requisito de la ocasionalidad, y significa que el empleado o dependiente debe producir los daños cuando está realizando su actividad profesional en la que depende jerárquicamente del superior. Quedarían fuera todos aquellos daños que se produzcan como resultados de actividades personales o fuera del establecimiento y horario laboral, siempre que no estuviera desempeñando tarea alguna relacionada con su trabajo; es decir, que se realizaran con total independencia de las tareas asignadas o encomendadas por el empresario.

Este requisito también ha sufrido cierta evolución en el tiempo, y se ha ido interpretando de forma más amplia. En un principio, los supuestos de ocasionalidad eran más restringidos, y el empresario se exoneraba más fácilmente de su responsabilidad en cuanto los daños no se producían en el ámbito y órbita estricta del desempeño de las funciones encargadas, y tal y como se le habían encomendado. En este sentido, la STS 20 de mayo de 1958, ante el homicidio producido por un obrero agrícola en la finca donde prestaba sus servicios como

tal, exonera al dueño de la finca, por entender que el trabajador agrícola cuando disparó contra los presuntos ladrones —cazadores furtivos—, aunque lo hizo para defender las tierras y enseres de estos, se excedió en su cometido como obrero agrícola, pues no le correspondían dichas labores de guarda, y por tanto, no actuó con ocasión de sus funciones, estableciendo la siguiente doctrina, que confirma la de sentencias anteriores (STS 21 de octubre de 1932, 13 de junio de 1929, y 6 de julio de 1934): «La constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, a los amos, maestros, personas, empresas, padres, tutores, etc., de los directamente obligados, pero tan solo por las infracciones delictivas o culposas en que estos hubieren incurrido en el desempeño de sus obligaciones o servicios en los ramos en que se hallasen empleados o con ocasión de sus funciones, y por la de 6 de julio de 1934, declarativa de que la responsabilidad impuesta a los dueños en el artículo 1903 del Código Civil por los perjuicios causados por sus dependientes, solo es exigible cuando los causen en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados o con ocasión de sus funciones»¹⁷.

Hoy, sin embargo, para que haya exoneración del empresario es preciso que los daños se produzcan como consecuencia de actuaciones que nada tienen que ver con el trabajo asignado, sin que quepa aducir como causa de exoneración una extralimitación temporal o variaciones respecto de lo encargado, como a continuación veremos¹⁸ (SSTS 2 de julio de 1990, 19 de noviembre de 1991, 26 de febrero de 1996).

Se trata de delimitar cuándo surge la responsabilidad del empresario. Como dice CREMADES, es «el marco que delimita o establece la frontera dentro de la cual se marca la relación de dependencia», y si se excede de ese marco, el empresario responde. La única posibilidad de exoneración del empresario hoy en día, es demostrar que el empleado se extralimitó de sus funciones, que no actuó con ocasión de las mismas¹⁹. Para concretar ese ámbito o marco, se suele acudir a criterios como el que el daño se produzca dentro de horario de trabajo, dentro de las instalaciones de la empresa, que la actividad dañosa se produzca por utilizar máquinas o herramientas de la empresa, que se lleve a cabo por defender el interés empresarial etc. Sin embargo, no siempre estos criterios son determinantes a la hora de exigir o exonerar la responsabilidad del empresario, pues, y sobre todo en la responsabilidad vicaria derivada de delito, la responsabilidad es objetiva, y el empresario va a responder casi siempre²⁰.

Prueba de ello, y de que no es necesario para que haya responsabilidad empresarial que el daño se produzca en horario o jornada laboral, encontramos las SSTS 12 de febrero de 1968 y 6 de julio de 1990²¹. En ellas no existe exoneración del empresario, a pesar de que el delito se ha cometido fuera del horario de trabajo, pues, como entiende YZQUIERDO TOLSADA basta que los hechos dañosos «tengan relación directa con las funciones encomendadas», y al revés, no todas las actuaciones que se produzcan en horario o lugar de trabajo, tienen relación con sus funciones.

En el mismo sentido, la STS 18 de octubre de 2010 condena al empresario por los daños producidos por su empleado, fuera del establecimiento mercantil, porque se produjeron con ocasión de sus funciones, pues se trataba de dos porteros de un pub que persiguieron a dos personas que trataron de entrar en el mismo, y les produjeron fuera del establecimiento dichas lesiones²².

El hecho de utilizar herramientas o instrumentos de trabajo puede ser significativo de responsabilidad empresarial, pues si se utilizan dichos instrumentos, en principio parece lógico que se esté desempeñando sus funciones, sin embargo, no siempre es así, y a veces, se produce una utilización incorrecta de dichas

herramientas, sin que se esté desempeñando sus funciones, lo que conduce, al revés, a la exoneración del empresario. Piénsese en un vigilante jurado que utiliza su arma reglamentaria un fin de semana que tiene permiso y ocasiona lesiones a unos viandantes (en contra STS 17 de mayo de 2007, en la que la empresa del vigilante de seguridad sí responde). Con mayor frecuencia, aunque no es la norma general²³, esa exoneración se da respecto de la administración pública: un funcionario de policía que utiliza su arma reglamentaria fuera de su prestación de servicios normal (STS 8 de mayo de 1996, en la que un guardia civil en su casa, y fuera de servicio, asesina a su esposa por celos. La administración del Estado queda exonerada); STS 5 de julio de 2002: policía que mata a su mujer con un revolver oficial, el Estado no responde porque el hecho no deriva del servicio de seguridad pública.

También, el realizar la actividad dañosa en defensa del interés de la empresa, en la esfera del servicio o beneficio de la empresa lleva a considerar que se realiza con ocasión de sus funciones, del ejercicio normal de las mismas. Y es llamativo en este punto la STS 12 de abril de 1995 que recoge un supuesto muy parecido al de la anterior STS 20 de mayo de 1958 ya citada, en la que el vigilante de una finca, comete un asesinato frustrado contra otra persona, excediéndose de sus funciones, pero no por interés particular, sino en defensa de los intereses de la empresa²⁴.

De igual forma, y aunque no haya un interés o beneficio empresarial claro, la empresa va a responder en muchos casos, en los que la persona perjudicada ha contratado por la confianza que genera una empresa determinada, y la apariencia de seguridad que el nombre de dicha empresa le ofrece, cuando el empleado comete algún delito patrimonial en su nombre (sobre todo en el ámbito de la actividad bancaria) (SSTS 6 de marzo de 1975, 18 de diciembre de 1981, 4 de marzo de 1997 y 26 de abril de 1996).

En definitiva, se trata de criterios que tratan de delimitar cuándo el empleado o dependiente se encuentra en el ejercicio normal de sus funciones, pero ninguno de ellos, como hemos visto, es claro y determinante, pues todos ellos tienen excepciones o matices que la realidad práctica ofrece, siendo muy rica en este aspecto. Pero sí, puede apreciarse una, cada vez mayor, tendencia a responsabilizar al empresario, ampliando la interpretación del requisito «con ocasión de sus funciones», pues en la mayoría de los casos se aprecia esa «ocasión», pasando a existir casi una presunción de que el dependiente siempre está actuando en el desempeño o ejercicio normal de sus funciones, salvo que se pruebe en contrario, y esto raras veces ocurre²⁵. Es más, si el daño es consecuencia del delito, siempre responde el empresario, y como apunta YQUIERDO TOLSADA, si además hay un seguro de responsabilidad civil del empresario, esa responsabilidad siempre se aprecia.

3. ¿CULPA DEL EMPLEADO?

El último de los requisitos o presupuestos que debemos analizar es si es preciso para que exista responsabilidad civil empresarial que el daño producido por el empleado se produjo por su culpa o negligencia. Es decir, solo un daño achacable al dependiente por su negligencia (o dolo) generaría la responsabilidad del superior, mientras que si ese daño es consecuencia de un caso fortuito, fuerza mayor o de alguna de las causas de exoneración de la responsabilidad (vgr. legítima defensa), el empresario queda exonerado.

Debemos analizar también en este apartado, qué ocurre cuando se demuestra que el daño indemnizable se debe a la culpa exclusiva del empleado, sin que parece que exista negligencia o culpa *in vigilando* o *in eligiendo* del empresario, ¿puede liberarse entonces este?

Analizamos estas dos cuestiones.

A. La culpa del empleado como requisito de la responsabilidad empresarial

La actuación culposa del dependiente como causa del daño producido es requisito para que responda el empresario. Esa acción culposa, negligente, deberá ponerse siempre en relación con el nivel de diligencia debida en la realización o desempeño profesional del empleado. Es decir, debe medirse su negligencia con la diligencia debida profesional, y ponerse también en relación, por lo tanto, con la *lex artis* que se exija en su ámbito laboral, así como con las circunstancias que rodean la actuación culposa (lugar, tiempo, sujeto...).

Cuando exista y se pruebe su negligencia, concurren la culpa del empleado y la del empresario (*in vigilando*), y el perjudicado o víctima podría dirigirse contra ambos sujetos a la vez (responsabilidad solidaria), o frente a cada uno de ellos por separado, aunque en esta segunda opción, como dice MONTERROSO CASADO²⁶, —dirigirse solo contra el empleado—, no compensará al perjudicado dirigirse contra el empleado, pues deberá probar su culpa (*ex* 1902 del Código Civil), cuestión más complicada que dirigirse contra el empresario cuya culpa (*in vigilando*) se presume, o como luego veremos, ni siquiera es necesaria (objetivada).

El hecho de exigir como requisito la culpa del agente, y luego hacer responder solo al empresario por culpa *in vigilando* o *in eligiendo*, —pues ya hemos dicho que esto es lo mas eficaz—, no deja de ser un contrasentido, como apunta YZQUIERDO TOLSADA²⁷, y si a esto añadimos que si se prueba esa culpa del dependiente, existe acción de repetición contra él, nos lleva a replantearnos cuál es el verdadero fundamento de la responsabilidad empresarial, pues no parece que sea la culpa propia del empresario... Si es necesario que haya culpa del dependiente, no es la culpa del propio superior lo que genera la responsabilidad.

Es comúnmente admitido que la culpa del empleado es requisito para que exista responsabilidad empresarial, pero, ¿si no existiera culpa del dependiente? ¿Debe responder igualmente el empresario? Si esta falta, no procedería la misma, si no que el empresario quedaría exonerado, tal y como pone de manifiesto la jurisprudencia en la sentencia 6 de febrero de 2009, donde se exonera al centro hospitalario del pago de la indemnización por la muerte de un paciente, cuando no se consigue acreditar la culpa de la enfermera demandada. En parecido sentido, la STS 16 de octubre de 2007, en la que se exonera al dueño de la farmacia por la venta que ha realizado su empleado de cianuro potásico a un joven de apariencia normal que aseguraba adquirirlo para una aplicación industrial y que lo ingiere, sin embargo, con intenciones suicidas y muriendo. El empleado actuó correctamente y con la diligencia debida en el caso. Si no hay actuación culposa del empleado, no hay responsabilidad, y por tanto, parece confirmarse que el fundamento de esta responsabilidad empresarial, no derivada de delito, no es la propia culpa del empresario. Se asimila más a una responsabilidad vicaria u objetiva.

En cualquier caso, si el empleado actuó con culpa, el empresario responde, esto queda claro. Es más, y aunque no sea posible determinar con exactitud cuál de los empleados fue el causante del daño indemnizable, el empresario también

responde de ese daño (STS 28 de febrero de 1992, 1 de febrero de 1994, 27 de enero de 1997, 29 de octubre de 2002, 20 de septiembre de 1997, 11 de noviembre de 2002, 20 de julio de 2009²⁸), y en varias de esas sentencias, se les imputa la responsabilidad por no poder individualizar el trabajo de sus empleados, y por no haberlo coordinado o dirigido correctamente, lo que impide saber quién fue el agente culpable; el daño se imputa a la actividad de la empresa. En estos casos, como dice CREMADES²⁹, «la responsabilidad es verdaderamente directa, y no tanto por hecho ajeno, es decir no tanto por culpa *in eligiendo* o *in vigilando*», sería una responsabilidad por hecho propio, del 1902 del Código Civil, quedando fuera del supuesto que aquí se analiza, lo que incide, una vez más, en el disiento fundamento de esta responsabilidad, y a la vez, cierta ampliación de la responsabilidad empresarial, pues responde aunque no se pruebe exactamente la actuación culpable de un sujeto dependiente concreto.

Podríamos decir, entonces, que en los daños producidos por los subordinados, que no son consecuencia de un delito, la culpa del empleado es siempre requisito necesario para que exista la responsabilidad por hecho ajeno. Pero, conviene a estos efectos distinguir la responsabilidad *ex* 1903 del Código Civil, y la *ex* 120.4 CP. Si se trata de daños derivados de un delito cometido por el empleado, parece que la responsabilidad del empresario procede solo si hay culpa del empleado³⁰. Esta responsabilidad en principio es subsidiaria, cuando el empleado es insolvente, y solo y siempre que el daño fuese consecuencia de un delito doloso o culposo del dependiente. Es necesario, a diferencia de la responsabilidad *ex* 1903 del Código Civil, que exista una imputación criminal a un sujeto concreto sin que quepa la culpa indeterminada para que responda el empresario. Solo ante un delito del dependiente se genera esta responsabilidad, que es objetiva y no se basa en la culpa propia del empresario.

Pero si cuando existe culpa propia del empresario —cuando se prueba su falta de organización, o coordinación del trabajo—, no es responsabilidad por hecho ajeno, sino propia (*ex* 1902 del Código Civil), en los demás casos en los que se presume la culpa (pero no se prueba), y sí se prueba la del empleado, en estos casos, se asimilan a los de responsabilidad empresarial *ex* delito, pues el detonante real de la responsabilidad es la culpa del dependiente y no la propia, y en estos casos podemos decir que se asemejan ambos a una responsabilidad objetiva y del tipo vicario, sin que las diferencias entre una y otra sean ser tan claras.

B. La culpa exclusiva del empleado

Siguiendo la doctrina mas tradicional sobre la responsabilidad empresarial basada en la culpa del empresario, siendo necesaria, además, la culpa del agente subordinado, y teniendo en cuenta que la culpa del empresario se presume, si consiguiéramos probar que la culpa del daño es exclusiva del empleado y que el empresario actuó en todo momento con diligencia, pues supervisó, eligió, coordinó y dirigió a la perfección, en estos casos, la prueba de la culpa exclusiva del empleado y la correspondiente diligencia empresarial, exoneraría al empresario, tal y como recoge el último párrafo del 1903 del Código Civil, cuando hace cesar la responsabilidad si el sujeto consigue probar que actuó con la diligencia de un buen padre de familia.

Está claro: si no hay falta de diligencia empresarial, y ese es su fundamento tradicional, no hay responsabilidad; luego la prueba de su diligencia le exoneraría, y solo respondería el empleado.

El problema es que, como ya hemos apuntado, la prueba de la diligencia de un buen padre de familia parece tornarse extrema en este caso, con lo que se hace complicadísima, pues siempre puede haber algo que justifique su falta de control, supervisión, o previsión. La jurisprudencia una y otra vez condena al empresario a pagar las indemnizaciones, sin que existan casi casos de la culpa exclusiva del empleado³¹. Por eso, consideramos que si en la realidad esto no se puede probar, y siempre se achaca a algún tipo de negligencia al empresario, es porque la responsabilidad tiene un fundamento distinto a su culpa. No es necesario rizar el rizo tanto para conseguir hacerle pagar a él. ¿No sería mucho más práctico considerar que se trata de una responsabilidad objetiva, como la derivada de delito, para hacerle responder en todo caso?

IV. RECAPITULACIÓN

A la vista de lo que se acaba de exponer, parece que no es muy arriesgado afirmar que el empresario responde cada vez más y por más causas de los daños cometidos por sus dependientes. Es difícil exonerarse de esa responsabilidad por hecho ajeno. Pero, no obstante, si usted es empresario y quiere tratar de exonerarse, de responder, y probar su diligencia escrupulosamente cumplida, deberá tomar una serie de medidas que le faciliten la prueba de su diligencia en el procedimiento. Estas medidas, las recoge MAGRO SERVET³², como válidos elementos de prueba en el proceso que consigan desvirtuar la presunción de culpa in vigilando de la empresa demandada, y se resumen en lo siguiente:

- a) Sería conveniente conseguir la implementación de un programa específico de formación y prevención para directivos y empleados para fijar marcos de prevención de daños.
- b) Designar un nuevo cargo «director de implementación de los planes de cumplimiento normativo» que se encargue de la elaboración y control del cumplimiento de los planes normativos, y que estos consten documentalmente.
- c) Poder acreditar el *conducting regular trade practices compilance risk assessments and compilance program reviews*; es decir que se están aplicando, ejecutando y revisando correctamente esos planes normativos.
- d) Poder adaptar los planes normativos a cada una de las unidades diferentes de negocio.
- e) Nombrar un *Keeping track*, o persona que se encarga de detectar y conocer (y poner en conocimiento de la empresa) los posibles fallos en la conducta de directivos o empleados que puedan generar luego daños.
- f) Establecer un sistema de evaluación de riesgos o *risk assessments* por la actuación de directivos y/o empleados, y un sistema de puntos de control o *control points*, a fin de reforzar el control de riesgos según las distintas áreas de la empresa.

Como vemos, se trata de un ambicioso programa de prevención y control del riesgo que, si se cumple, aunque no evite en todo caso el daño que puedan producir sus empleados, al menos, sí puede pensarse que se hizo todo lo posible para prevenirlo o evitarlo.

En cualquier caso, y esto ya es opinión personal, tal y como se ha objetivado en los últimos años la responsabilidad empresarial, entiendo que ni aun

implantando estas medidas, se garantiza que se exonere siempre el empresario, pues algo habrá fallado para producirse ese daño, y por lo tanto, algo falló en la vigilancia y control del dependiente.

En definitiva, la culpa exclusiva del empleado, o la prueba de la diligencia del empresario son prácticamente quimeras. Son muy difíciles de probar en la realidad, y el empresario raramente se va a exonerar, por lo que es más que recomendable que contrate un buen seguro de responsabilidad civil que asuma las indemnizaciones derivadas de esta responsabilidad, cuasi objetiva. Aunque, desde luego, ello no impide que el empresario trate, a su vez, de poner toda su diligencia en la prevención, pues así probablemente se eviten daños; pero si se producen, difícil es que se libere de pagarlos.

V. CONCLUSIONES

I. Dos son los tipos de responsabilidad por hecho ajeno en que incurre un empresario: a) la puramente civil, derivada de actuaciones culposas de los dependientes, que es subjetiva, basada en la culpa *in vigilando*, y por tanto directa y solidaria con el empleado, y b) la responsabilidad civil «penal» derivada de los delitos cometidos por aquellos, responsabilidad objetiva, casi vicaria y subsidiaria.

II. Para que exista esta responsabilidad empresarial es necesario que concurren una serie de requisitos, subjetivos y objetivos, que la jurisprudencia, a nuestro entender, ha ido interpretando de forma cada vez más laxa, con el fin de que se aprecie responsabilidad empresarial en más casos.

III. De este modo, habrá responsabilidad empresarial siempre que exista una relación de dependencia, de subordinación, del dependiente hacia el empresario, entendida en un sentido laxo: esa relación se justifica, por supuesto, en una relación laboral, pero también hasta las relaciones de pura amistad o familiares pueden hacer que una persona tenga «relación de dependencia» con el empresario para que este responda por sus actuaciones dañosas.

IV. Además, la «ocasionalidad» que requiere la responsabilidad empresarial también se entiende de forma amplia, pues para que el dependiente se encuentre en el desempeño de sus funciones, no es estrictamente necesario que esté en el centro de trabajo, ni en horario laboral, e incluso a veces no desempeñando las funciones típicas o propias de su puesto de trabajo, bastando muchas veces para que responda el empresario que el perjudicado hubiese contratado o relacionado con el agente por la confianza que daba la apariencia empresarial que le otorgaba el hecho de ser empleado de una entidad.

V. En definitiva, el ámbito de responsabilidad del empresario se ha ampliado, se han ido interpretando extensivamente sus requisitos, se ha objetivado, y en conclusión se ha transformado en una responsabilidad casi inherente a la empresa, ineludible, y de obligado cumplimiento, donde el empresario raramente va a poder probar que mostró toda la diligencia debida en su elección y vigilancia.

VI. Esto viene confirmado y aumentado por la creciente preocupación que muestra el Tribunal Supremo por la víctima o perjudicado del daño, a quien se sobreprotege, a veces en demasía, y para quien siempre se procura la reparación del daño recibido, siendo mucho más fácil —y solvente— que pague la empresa que el propio sujeto agente.

VII. Podríamos afirmar, si bien no de forma tajante, pero sí con apoyo en esta interpretación jurisprudencial que, hoy en día, el empresario responde prácticamente por el hecho de serlo.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS 13 de junio de 1929
- STS 21 de octubre de 1932
- STS 6 de julio de 1934
- STS 20 de mayo de 1958
- STS 16 de octubre de 1958
- STS 12 de febrero de 1968
- STS 23 de diciembre de 1971
- STS 6 de marzo de 1975
- STS 18 de diciembre de 1981
- STS 31 de octubre de 1985
- STS 10 de julio de 1987
- STS 15 de noviembre de 1989
- STS 2 de julio de 1990
- STS 6 de julio de 1990
- STS 19 de noviembre de 1991
- STS 28 de febrero de 1992
- STS 9 de diciembre de 1992
- STS 1 de febrero de 1994
- STS 12 de abril de 1995
- STS 26 de febrero de 1996
- STS 26 de abril de 1996
- STS 8 de mayo de 1996
- STS 27 de enero de 1997
- STS 4 de marzo de 1997
- STS 20 de septiembre de 1997
- STS 20 de febrero de 2002
- STS 5 de julio de 2002
- STS 29 de octubre de 2002
- STS 11 de noviembre de 2002
- STS 27 de mayo de 2003
- STS 14 de julio de 2003
- STS 15 de diciembre de 2006
- STS 17 de mayo de 2007
- STS 16 de octubre de 2007
- STS 6 de febrero de 2009
- STS 20 de julio de 2009
- STS 18 de octubre de 2010

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CAVANILLAS MÚGICA, S. (1989). *La transformación de la responsabilidad civil en la Jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi.
- CREMADES GARCÍA, P. (2011). La defensa del empresario ante la exigencia de responsabilidad civil por la acción de sus dependientes. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 2, pp. 1-20.
- DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1989). *Sistema de Derecho civil*, vol. II. Madrid: Tecnos.

- GITRAMA GONZÁLEZ, M. (1963). Configuración jurídica de los servicios médicos. En: *Estudios de Derecho público y privado en Homenaje al profesor Serrano y Serrano*, Valladolid, pp. 364 y sigs.
- MAGRO SERVET, V. (2013). Responsabilidad por culpa *in vigilando*. *El Derecho*, 21 de noviembre de 2013. Disponible en <http://www.elderecho.com>, 1-5. (última visita, 21 de noviembre de 2014).
- MIQUEL GONZALEZ, J. M. (1983). Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente. *ADC*, 1501 y sigs.
- MONTERROSO CASADO, E. y ESCUDERO HERRERA, C. (2014). *Presupuestos sustantivos y procesales de la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Ediciones CEF.
- PEÑA LÓPEZ, F. (2001). Comentario al artículo 1903 del Código Civil. En: Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*. Pamplona: Aranzadi, Pamplona, pp. 2126-2127.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2003). La responsabilidad civil en el ámbito empresarial (daños causados por empleados a terceros). Disponible en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-5.pdf>, (última visita, 12 de diciembre de 2014).
- (2001). *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson.

NOTAS

¹ En este sentido, las SSTs 27 de octubre de 1982, 4 de abril de 1997.

² El Código de Comercio da una definición de comerciante y no de empresario; el comerciante es estrictamente, el que intermedia entre la producción y el consumo. Pero este concepto, mas restringido que el de empresario, era lógico en el S. XIX, antes de la revolución industrial, cuando los productores eran artesanos, y por lo tanto, quedaban fuera. Posteriormente, la producción se organiza, y el concepto de empresario se perfila en el sentido que se ha expuesto. Véase https://www.uam.es/personal_pdi/derecho/bbagooria/Hoja%20Web%20RJM/El%20Empresario.pdf.

Artículo 1. C. Com: Son comerciantes para los efectos de este Código: 1.º Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente. 2.º Las compañías mercantiles o industriales que se constituyen con arreglo a este Código.

³ MONTERROSO CASADO, E. y ESCUDERO HERRERA, C. (2014). *Presupuestos sustantivos y procesales de la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Ediciones CEF, p. 102.

⁴ En un caso de un accidente laboral en el que el empleado cae de un andamio mal sujeto, y sin llevar las correspondientes medidas de seguridad, se exige de responsabilidad al gerente de la empresa, porque aunque la empresa —persona jurídica— sí puede tener responsabilidad civil propia, esta estimación no autoriza a condenar también, como se hace, a D. Juan en el concepto de representante legal, gerente y administrador de la empresa mercantil. Podría haberlo sido en otro concepto, —como persona física independiente—, pero no exclusivamente por ser órgano de la sociedad (STS 27 de mayo de 2003).

⁵ En el mismo sentido, véanse SSTs: 13 de octubre de 1994, 3 de julio de 1995, 5 de octubre de 1995, 12 de julio de 1996.

⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson, p. 268.

⁷ GITRAMA GONZÁLEZ, M. (1963). Configuración jurídica de los servicios médicos. En: *Estudios de Derecho público y privado en Homenaje al profesor Serrano y Serrano*, Valladolid, p. 364.

⁸ En este sentido, confirman la responsabilidad del contratista por sus auxiliares y exigen al comitente: SSTS 14 de febrero, 26 de julio de 1991 y 10 de octubre de 1994. Así como 15 de julio de 2000, 2 de noviembre de 2001, 27 de mayo de 2002, 18 de julio de 2002, 3 de diciembre de 2003, 1 de abril de 2004, 14 de octubre de 2004, 13 de diciembre de 2004, 13 de mayo de 2005, 6 de marzo de 2006, 17 de septiembre de 2008, 23 de junio de 2010.

Véase sobre la responsabilidad del comitente, el estudio de MIQUEL GONZALEZ, J. M. (1983). Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente. *ADC*, p. 1501.

⁹ Véase, en este sentido, CREMADES GARCÍA, P. (2011). La defensa del empresario ante la exigencia de responsabilidad civil por la acción de sus dependientes. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 2, p. 9.

¹⁰ Véase SAP Málaga 17 de julio de 2003, SSTS 27 de mayo de 2002, 7 de abril de 2003, 27 de octubre de 2005, 14 de diciembre de 2006, 30 de marzo de 2007, 23 de junio de 2010.

¹¹ Véase SAP Pontevedra 7 de julio de 1999, STS de 18 julio de 2005, en la que se condena al comitente a responder por la muerte de un trabajador que reparaba una nave industrial, cuya reparación se había encargado a una comunidad de bienes que no tenía asegurados a sus empleados, no cumplió con las normas de seguridad, y que era insolvente, por lo que incurrió el comitente en culpa *in eligiendo*. Esta sentencia parte del análisis de la aplicación del 1903 del Código Civil y para ello, afirma que es necesario «que se pruebe que entre el contratista y el subcontratista ha existido dependencia, de forma que este último no era autónomo porque el contratista se hubiese reservado la vigilancia o la participación en los trabajos encargados al subcontratista». Como considera probado que existía una cláusula en cuya virtud entre los subcontratistas uno de ellos asume la responsabilidad de la realización de las obras y de las medidas de seguridad e higiene, el TS concluye que en principio no ha lugar a una responsabilidad *ex* 1903 del Código Civil, porque eran responsabilidad única del subcontratista esas funciones, pero, sin embargo, considera que la empresa no eligió correctamente a la subcontratada y por tanto incurrió en culpa *in eligiendo*, y le considera responsable. Esta sentencia manifiesta lo siguiente: «En los modernos planteamientos sobre responsabilidad por daños causados por actividades empresariales se tiende a considerar que, como ha venido afirmando también esta Sala, el riesgo inherente a determinadas actividades debe ser asumido por quien recibe el provecho o la utilidad del contrato y más cuando para la realización de las actividades a que se ha comprometido, elige a un subcontratista sin controlar la capacidad y aptitud del mismo para llevar a cabo de forma adecuada y segura, las actividades que se había comprometido a ejecutar en virtud del contrato»; Así concluye que al optar «por una empresa que ni tan solo tenía asegurados a sus empleados, que dejó de observar las medidas de seguridad exigidas... y que además era insolvente, incumplió su obligación «in eligiendo». Igualmente la STS 26 de septiembre de 2007, aunque en este caso se exonera de responsabilidad al comitente, pues no se pudo probar que se contrató a una empresa sin capacidad técnica o profesional para realizar la obra que produjo el daño a un viandante. Recogen la misma doctrina establecida en la STS 2005, las siguientes sentencias: 3 de abril de 2006, 7 de diciembre de 2006, 25 de enero de 2007, 1 de febrero de 2007, 17 de septiembre de 2008, 23 de junio de 2010. De todas ellas se puede extraer claramente que el requisito de la dependencia a los efectos del 1903 del Código Civil puede ser únicamente el deber de control, vigilancia y elección del contratista.

¹² YZQUIERDO TOLSADA, M. (2003). La responsabilidad civil en el ámbito empresarial (daños causados por empleados a terceros). Disponible en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-5.pdf>, (última visita, 12 de diciembre de 2014). p. 16, lo que conduce de nuevo a una clara objetivación de esta responsabilidad. STS 11 de julio de 1980: 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. Repetido por STS 5 de diciembre de 1989.

¹³ En este sentido, la SAP Ciudad Real 26 de junio de 2001, excluye la responsabilidad civil empresarial por los actos realizados por el vocalista de un grupo musical que no estaba habilitado para actuar como representante legal del grupo, ni para cerrar contratos, galas o conciertos. Al no contar con el consentimiento expreso de la mercantil para actuar en su

nombre, la empresa no responde de sus actos. Sin embargo y en contra, la STS 26 de enero de 2004 declara la responsabilidad subsidiaria de la empresa ante la apropiación indebida de un intermediario financiero del dinero de sus clientes le habían dado para invertir en servicios financieros. El TS confirma la responsabilidad subsidiaria de la empresa pues considera que el intermediario era representante y existía relación de dependencia aunque no existiera vínculo jurídico entre ambos. Asimismo, la STS 9 de octubre de 2003 señala la responsabilidad de UGT aunque el condenado no desempeñase cargos orgánicos del sindicato, pues intervino en las promociones de las viviendas inexistentes vendidas por el condenado, y su vinculación con el mismo no era indirecta, pues fue elegido por UGT para que dirigiera las operaciones de PSV.

¹⁴ Véase en este sentido, las siguientes sentencias: SSTS 5 de marzo de 1977, 5 de junio de 2002: el administrador único de varias sociedades se apropió de cuantías que se debían abonar a terceros. Responden todas las sociedades porque el condenado actuó en el ámbito de los servicios prestados por ellas y fueron creadas para dotar de credibilidad a los mismos. STS 24 de julio de 2002, estafa bursátil de un empleado de hecho, se condena a las sociedades porque actuó como un verdadero empleado al haber aparecido frente a terceros como integrado en la empresa. STS 24 de septiembre de 2002, un agente de seguros comete estafa de la que responde la compañía de seguros al ser su dependiente. Y muy parecidas: SSTS 17 de octubre de 2002, 15 de febrero de 2003, 23 de mayo de 2003.

¹⁵ Véase la STS 4 de diciembre de 2007, se exonera a la propietaria de la vivienda, y responde la arrendataria por los daños causados por la caída de una maceta del edificio.

¹⁶ Véase STS 15 de diciembre de 2006, que después de definir los requisitos propios del contrato de franquicia: «contrato denominado de franquicia o, *franchising* es que, una de las partes, que es titular de una determinada marca, rótulo, patente, emblema, fórmula, método o técnica de fabricación o actividad industrial o comercial, otorga a la otra, el derecho a utilizar, por un tiempo determinado y en una zona geográfica delimitada, bajo ciertas condiciones de control, aquello sobre lo que ostentaba la titularidad, contra la entrega de una prestación económica, que suele articularse normalmente mediante la fijación de un canon o porcentaje», concluye haciendo responder a la franquiciadora por un delito de estafa cometido por el administrador de la agencia franquiciada basado en la teoría del riesgo, estableciendo la siguiente doctrina: «Según la doctrina de esta Sala, —por ejemplo S. 822/2005 de 23.6 (RJ 2005, 5627)— para que proceda declarar la responsabilidad civil subsidiaria en el caso del artículo 120.4 del Código Penal, es preciso de un lado, que entre el infractor y el responsable civil se haya dado un vínculo jurídico o de hecho, en virtud del cual el autor de la infracción que se sanciona haya actuado bajo la dependencia del segundo, o al menos, la actividad desarrollada por él haya contado con su anuencia o conformidad; y de otro lado, que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas por el infractor, perteneciente a su ámbito de actuación. Por lo demás, la interpretación de estos parámetros de imputación se hace con amplitud, no solo según los criterios de la culpa *in eligendo* y la culpa *in vigilando*, sino también, y muy especialmente, conforme a la teoría de la creación del riesgo, de manera que quien se beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros debe soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando resultan perjudicados.

Por ello la jurisprudencia ha venido interpretando el artículo 120.4 de forma cada vez más flexible, de modo que personas no responsables del delito o falta, pero relacionadas de algún modo con la actividad punible, pudieran ser obligadas a los correspondientes pagos civiles en beneficio de los perjudicados totalmente inocentes de los hechos criminales, y ha declarado incluso de manera reiterada que no es necesario que la relación entre el responsable penal y el civil tenga un carácter jurídico concreto, tampoco se exige que la actividad concreta del inculpa penal redunde en beneficio del responsable civil subsidiario; y basta con que exista una cierta dependencia, de modo que la actuación del primero esté potencialmente sometida a una posible intervención del segundo; y añade que basta la realización de actividad o prestación de servicios que potencialmente beneficien al responsable, sin que tampoco sea preciso un beneficio efectivo. Por otra parte —dice la STS 29 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 1986) —, el delito siempre supone una extralimitación para la que no

hay autorización del principal, y termina reconociendo que la actividad realizada redunda siempre en beneficio de la compañía, el cual se habría producido de no existir el ilícito penal. Extremo en el que incide la STS 29 de noviembre de 2001 al señalar que tal beneficio se habría producido de no existir ilícito penal... y de hecho se pudo producir en los contratos culminados correctamente. Y la STS 14.7.2000 (RJ 2000, 6583), admite incluso la aplicación de esta clase de responsabilidad civil en los casos en que la actividad desarrollada por el delincuente no produce ningún beneficio en su principal, bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentre sujeta tal actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener esta la posibilidad de incidir sobre la misma, lo que constituye una versión inequívoca de la teoría de creación del riesgo mencionada más arriba.

¹⁷ Véase los considerandos de la STS 20 de mayo de 1958: «Probado en el juicio que el procesado, obrero agrícola del conde de XXX, por consiguiente desprovisto de toda función de guarda jurado de la finca, únicas que conceden licencia de uso de armas para la guardería, con la prevención verbal de la Guardia Civil, de que tan pronto como viesan gente extraña sospechosa la avisasen, sus funciones y obligaciones de mero obrero agrícola, no le imponían la de ejecutar los hechos que realizó y tuvieron tan funestas consecuencias, y en aquéllas o con su ocasión, no se produjeron los hechos que ocasionaran la muerte al cazador furtivo, no puede hablarse de responsabilidad civil subsidiaria para el demandado. Y Considerando que según tiene declarado esta Sala en su sentencia de 13 de junio de 1929, conforme al contexto claro y terminante del párrafo cuarto del artículo 1903 del Código Civil, el principio general reconocido por el 1902 de que quien por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado, únicamente es extensivo a los dueños o directores de los establecimientos en que se producen los perjuicios, cuando son originados por sus dependientes en el servicio de los amos en que los tuvieron colocados o con ocasión de las funciones que ejercen, doctrina confirmada entre otras sentencias por las de 21 de octubre de 1932 expresiva de que la responsabilidad civil subsidiaria por razón de delito y, cuasi, delito declarada en los artículos 21 del Código Penal y 1902.3 1903 del Código Civil, alcanza, según el contexto de estos preceptos legales y la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, a los amos, maestros, personas, empresas, padres, tutores, etc., de los directamente obligados, pero tan sólo por las infracciones delictivas o culposas en que éstos hubieren incurrido en el desempeño de sus obligaciones o servicios en los ramos en que se hallasen empleados o con ocasión de sus funciones, y por la de 6 de julio de 1934, declarativa de que la responsabilidad impuesta a los dueños en el artículo 1903 del Código Civil por los perjuicios causados por sus dependientes, solo es exigible cuando los causen en el servicio de los ramos en que los tuvieron empleados o con ocasión de sus funciones».

¹⁸ PEÑA LÓPEZ, F. (2001). Comentario al artículo 1903 del Código Civil. En: Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*. Pamplona: Aranzadi, Pamplona, pp. 2126-2127.

¹⁹ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2003). La responsabilidad civil en el ámbito empresarial..., *ob. cit.*, p. 19.

²⁰ CREMADES GARCÍA, P. (2011). La defensa del empresario ante la exigencia de responsabilidad civil por la acción de sus dependientes, *ob. cit.*, pp. 1-20; YZQUIERDO TOLSADA, M. (2003). La responsabilidad civil en el ámbito empresarial, *ob. cit.*, pp. 1-33.

²¹ En este sentido, la STS 12 de febrero de 1968 condena al Estado como responsable civil subsidiario por los daños producidos por un peón contratado por la Administración pública, que arroja una piedra desde el vehículo en el que es transportado para realizar su trabajo, aun cuando en ese momento no se contaba como su jornada laboral propiamente dicha, sin embargo, la Administración debe responder también durante esos traslados, estableciendo la siguiente doctrina: «CONSIDERANDO que para los obreros de la empresa se prolonga, a efectos laborales, la relación de dependencia hasta los periodos accesorios para su transporte del domicilio a la obra y viceversa, según los reglamentos de accidentes y seguros, porque son en servicio de aquella que encuentra personal en estas condiciones y en esta forma se establecen los contratos, bien sean verbales, en los que va implícita la sumisión del trabajador durante el empleo de tales medios para rendir su labor o cesar en ella, cuestión aceptada en el motivo único, el cual, sin embargo, razona indirectamente

de modo contrario, sobre esta consideración general ha de añadirse como razón primera el carácter profesional del procesado, unido permanentemente a Obras Públicas por razón de su cargo el procesado peón auxiliar caminero, trabajaba para Obras Públicas en la realización de sus tareas en el término municipal de Barbado de la Paz y al término de la jornada era recogido en un camión de dicho Organismo para ir desde el pie de obras a su domicilio en Cubillo del Campo; dependía en el trayecto del dador de trabajo, quien respondía civilmente de su conducta, no dolosa, por esta subordinación, sin eximirle de ella porque su acción concreta no fuera mandada, puesto que en ocasión del servicio realizó los actos de que responde personalmente, siendo ineficaz el argumento vacío del motivo único de que tirar la piedra a la carretera era contrario a su deber de dejarla expedita, ya que el caminero negligente que obstruye con materiales la vía crea responsabilidad civil para el empresario ante los accidentes que provoque, aunque en realidad con su conducta no reporte beneficio ni haya sido ordenado directamente tan imperfecto cometido; el perjudicado por una acción imprudente acude primero a su autor y subsidiariamente contra quien le manda y se sirve del que no se comportó bien cuando estaba en ocasión del servicio, porque el inculpa, fuera de los móviles accidentales que le movieran, continuaba en esta situación sin desligarse de las relaciones subordinadas de trabajo salarial no se referían a su actividad propia, entre las que cuenta la obligación de no entorpecer la carretera en su libre paso a lo que se oponía el lanzar a ella una piedra de volumen y peso considerables, causa del mortal accidente».

²² Sin embargo, la STS 6 de mayo de 2009 exonera al empresario porque el daño que había que indemnizar se produjo como consecuencia de un accidente de tráfico de uno de los empleados que utilizó el vehículo en un desplazamiento particular, fuera de las horas de trabajo, contraviniendo la prohibición que había establecido la empresa para ello.

²³ Se establece la responsabilidad del Estado por uso de armas reglamentarias de los funcionarios en las SSTs: 12 de marzo de 2002, 4 de diciembre de 2002, 24 de marzo de 2003, 30 de abril de 2003, 19 de septiembre de 2003, 27 de octubre de 2003, 8 de febrero de 2005.

²⁴ STS 12 de abril de 1995, en la que se hace responsable civil a la empresa que contrató al vigilante que cometió el asesinato frustrado y con una enfermedad psíquica. Véanse sus considerandos: «El inicial motivo de impugnación del responsable civil subsidiario, Masegu, SA, se formula por infracción de ley, aduciendo aplicación indebida del artículo 22 del Código Penal, pues se arguye que la acción del autor de los hechos no se enmarca dentro de una situación en el desempeño de sus funciones de guardia, sin que ello suponga un beneficio para la entidad, y motivado únicamente por la "locura" que padecía en dicho momento aquel, una psicosis paranoide delirante en fase crítica.

En relación con el artículo 22 del Código Penal, cuya infracción se denuncia en el motivo, la jurisprudencia de esta Sala ha declarado reiteradamente que, para que resulte obligada una persona o entidad, en concepto de responsable civil subsidiaria de otra, se precisan los siguientes requisitos: 1.º) que el infractor y el presunto responsable se hallen ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se halle bajo la dependencia, onerosa o gratuita duradera y permanente, o puramente circunstancial y esporádica de su principal, o al menos, que la actividad, servicio o función que realice, cuenten con el beneplácito o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario; 2.º) que el delito que genera una u otra responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas, en el ámbito de la actividad o cometido confiados al infractor, perteneciendo a su esfera de actuación —cfr. Tribunal Supremo sentencias 1 julio y 29 octubre 1994 (RJ 1994, 6409 y RJ 1994, 8330)—.

Igualmente se ha dicho que el artículo 22 del Código Penal, se viene interpretando de forma cada vez más flexible, de modo que personas no responsables del delito o falta, pero relacionados de algún modo con la actividad punible, puedan resultar obligadas a las correspondientes reparaciones civiles en beneficio de unos perjudicados totalmente inocentes de los hechos criminales, siendo posible declarar responsabilidades civiles en supuestos que aun no encajando en los términos literales en que tal norma se expresa, si responden al mismo espíritu en el que aparece inspirada, que no es otro que el permitir la condena de una empresa o titular de un negocio o de cualquier actividad, cuando alguien, en cierto modo dependiente y actuando en el ámbito de tal actividad y objeto, aún con extralimi-

taciones, comete una infracción penal productora de un daño que ha de repararse, pues dicho precepto, aunque incorporado al Código Penal, tiene naturaleza estrictamente civil, lo que permite una aplicación extensiva que en materia criminal —en contra del reo—, no sería posible por exigencias del principio de legalidad —cfr. Tribunal Supremo sentencia 13 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7377)—.

En el presente caso, y dada la vía procesal elegida, ha de partirse de la intangibilidad del relato fáctico de la sentencia recurrida. En tal sentido, hay que destacar que el acto penalizado, asesinato frustrado, está relacionado con la actuación del agente en la sociedad para la que presta sus servicios, siendo guarda de la finca donde tuvieron lugar los hechos, y por tanto, su misión consistía en velar por la no intromisión de personas ajenas, no describiéndose los hechos si los operarios agredidos con arma de fuego, eran o no personas conocidas por el autor; si bien los tomó como enemigos que iban a vigilarlos. Con estos antecedentes fácticos, la presencia como guardia de quien padece una enfermedad como la que se describe, bajo la dependencia de la sociedad del recurrente, en evidente que ha de ser condenada como responsable civil subsidiaria, por cuanto que el autor del hecho, con una concreta relación que le ligaba con la empresa, Masegu, SA, y aun cuando hubiera efectuado un ejercicio anormal de las tareas encomendadas por dicha empresa, debe responder civilmente y con carácter subsidiario de la indemnización que en favor de los perjudicados se fija en la sentencia de instancia. El motivo, pues, ha de desestimarse».

²⁵ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1989). *Sistema de Derecho civil*, vol. II. Madrid: Tecnos, pp. 626 y 627.

²⁶ MONTERROSO CASADO, E. (2014). *Presupuestos sustantivos y procesales de la responsabilidad civil extracontractual*, ob. cit., pp. 102-103.

²⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2003). La responsabilidad civil en el ámbito empresarial, ob. cit., pp. 10-12. En el mismo sentido CAVANILLAS MÚGICA, S. (1989). *La transformación de la responsabilidad civil en la Jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi, p. 92, insisten en lo sorprendente de que se exija la culpa del empleado para que haya responsabilidad civil, si es que esta se basa en la propia culpa del empresario, por su falta de diligencia en la vigilancia.

²⁸ En las tres últimas, se hace responsable a un centro hospitalario o al INSALUD por las negligencias de su personal médico, no individualizadas, haciendo responsable directo al centro hospitalario por su mala coordinación, o no adoptar todas las medidas necesarias para obtener un buen resultado clínico, sin que sea requisito necesario para la responsabilidad empresarial la identificación de los concretos sujetos responsables. En la STS de 29 de octubre de 2002 también se hace responsable al empresario dueño de una discoteca cuando no se pudo identificar qué camarero fue quien vertió el contenido de un botellín de agua mineral en un vaso que ingirió una menor; y que le produjo lesiones, pues no era agua el contenido de aquel.

²⁹ CREMADES GARCÍA, P. (2011). La defensa del empresario ante la exigencia de responsabilidad civil por la acción de sus dependientes, ob. cit., p. 15. En el mismo sentido PEÑA LÓPEZ, F. (2001). Comentario al artículo 1903 del Código Civil, ob. cit., p. 2128.

³⁰ SSTS 23 de febrero de 1966, 25 de octubre de 1980 que exigen la culpa del empleado para la responsabilidad del empresario.

³¹ De hecho, y como afirma PEÑA LÓPEZ, no existen supuestos en los que la jurisprudencia exonere de responsabilidad al empresario, probando su comportamiento diligente, haciéndole indemnizar en todo caso, basando dicha responsabilidad en el riesgo o beneficio obtenido por la actividad. Véase en: PEÑA LÓPEZ, F. (2001). Comentario al artículo 1903 del Código Civil, ob. cit., p. 2128. Y confirman esta idea las SSTS 13 de mayo de 1967, 9 de junio de 1998, 4 de abril de 2000, entre otras.

³² MAGRO SERVET, V. (2013). Responsabilidad por culpa in vigilando. *El Derecho*, 21 de noviembre de 2013. Disponible en <http://www.elderecho.com>, 1-5. (última visita, 21 de noviembre de 2014), pp. 3-4.